Centro de Arbitraje
Cámara de Comercio I Lima

Exp. 1579-2014

Lima, 23 de enero de 2017

Señores
PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD DEL MINISTERIO DE SALUD
Av. Dos de Mayo N° 590
San Isidro.-

MINISTERIO DE SALUD
PROCURADURIA PUBLICA
25 ENE. 2017
RECEPCION
Hora 10:22 Firma:
La recepcion no implica aceptacion del mismo

Ref: Caso Arbitral Nº 2873-2014-CCL

De mi consideración:

En relación con el caso arbitral de la referencia, les remito el laudo emitido por el Tribunal Arbitral con fecha 23 de enero de 2017.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,

LA NOTARIA NO ASUME RESPONSABILIDAD SOBRE EL CONTENIDO DEL DOCUMENTO

DANIELA PANDURO CORONADO
Secretaria Arbitral

RM ROSALIA MEJIA
NOTARIA DE LIMA
24 ENE. 2017
CARTAS NOTARIALES
Nº 980060

RM ROSALIA MEJIA
NOTARIA DE LIMA
Av. República de Panamá Nº 6540 Lima 4
4451439 / 4453197 / 4458815
rosamej@notariarosaliamejia.com
notariarosaliamejia.com

Centro de Arbitraje Cámara de Comercio Lima

17 ENE 23 PM 2 20

RECIBIDO
NO ES SEÑAL DE CONFORMIDAD

CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA
CENTRO DE ARBITRAJE

Caso Arbitral N° 2873-2014-CCL

BB Tecnología Industrial S.A.C.

Vs

Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud PARSALUDII

LAUDO

Miembros del Tribunal Arbitral

Jorge Daniel Vega Velasco
Juan Huamaní Chávez
Víctor Huayama Castillo

Secretaría Arbitral

Daniela Panduro Coronado

Lima, 23 de enero de 2017

Tribunal Arbitral:
Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.
Dr. Juan Huamaní Chávez.
Dr. Víctor Huayama Castillo.

RESOLUCIÓN N° 22
Lima, 23 de enero de 2017.-

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 23 de mayo de 2012, PARSALUD y el Contratista suscribieron el Contrato N° 17-2012-PARSALUD/BID[1] derivado de la Licitación Pública Internacional LPI N° 009-2010-PARSALUD/BID para la «*Ejecución de las Obras en la Región Amazonas – Tercera Convocatoria*», en lo sucesivo el **contrato**.

2. La Cláusula 25.3 de las Condiciones Generales del contrato, establece lo siguiente:

> «CGC 25.3 **Todo litigio o controversia, derivado o relacionado con este acto jurídico, será resuelto mediante arbitraje, de conformidad con los Reglamentos Arbitrales del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima**, a cuyas normas administración y decisión se someten las partes en forma incondicional, declarando conocerlas y aceptarlas en su integridad.
> El arbitraje será de derecho y el lugar donde se realizará el mismo será la ciudad de Lima, Perú.»
>
> [El resaltado es nuestro]

3. Como consecuencia de las controversias relacionadas con el contrato, la empresa BB Tecnología Industrial S.A.C. procedió a remitir la correspondiente solicitud de arbitraje, en aplicación del convenio arbitral contenido en la citada Cláusula del Contrato.

4. Por otro lado, en el convenio arbitral se pactó que el presente arbitraje será, Nacional y de Derecho, asimismo, en atención a lo establecido en el artículo 60 del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de comercio de Lima, en lo sucesivo el Reglamento de Arbitraje, el laudo del presente proceso será vinculante para las partes, produce efectos de cosa juzgada, siendo definitivo e inapelable.

II. DESARROLLO DEL PROCESO

A. Actuación Preliminar del Tribunal Arbitral

5. Con fecha 21 de agosto de 2014, a horas 3:00 p.m., se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral en las instalaciones del Centro

[1] Anexo 1 del escrito de Demanda de fecha 18 de septiembre de 2014, presentado mediante escrito de fecha 26 de septiembre de 2014

de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en lo sucesivo el Centro de Arbitraje), donde se reunieron el Dr. Jorge Daniel Vega Velasco, en calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, el Dr. Juan Huamaní Chávez, en calidad de árbitro designado por la empresa BB Tecnología Industrial S.A.C. (en lo sucesivo el Contratista), y el Dr. Víctor Huayama Castillo, en calidad de árbitro designado por el Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD II (en lo sucesivo PARSALUD), conjuntamente con el Dr. Marco Gálvez Díaz, profesional del Centro de Arbitraje a cargo de la secretaría arbitral, con el propósito de instalar el Tribunal Arbitral que se encargará de resolver la presente controversia.

6. Mediante la Resolución N° 1, se admitió la demanda y se tuvo por ofrecidos los medios probatorios, corriendo traslado a PARSALUD para que dentro de veinte días hábiles la conteste.

7. Mediante escrito presentado el 11 de noviembre del 2014, PARSALUD dedujo las excepciones de caducidad y de incompetencia y contestó la demanda.

8. Mediante la Resolución N° 2 se admitió a trámite la contestación de la demanda, teniendo por ofrecidos los medios probatorios y se corrió traslado al Contratista de las excepciones deducidas por PARSALUD para que las absuelva en veinte días hábiles.

9. Mediante escrito del 12 de enero del 2015 el Contratista absolvió las excepciones deducidas por PARSALUD.

10. Seguidamente, mediante Resolución Nº 10 de fecha 13 de octubre de 2015, se Fijaron los Puntos Controvertidos y Admitieron los Medios Probatorios. Los puntos controvertidos respecto de las excepciones deducidas en el proceso, fueron establecidas de la siguiente manera:

4.1. Determinar si corresponde declarar fundada la Excepción de Caducidad respecto al derecho a impugnar la resolución del contrato.

4.2. Determinar si corresponde o no declarar fundada la excepción de incompetencia respecto a la impugnación de la resolución del contrato.

4.3. Determinar si corresponde o no declarar fundada la excepción de caducidad respecto a las pretensiones con las que se impugna las decisiones del Gerente de Obras y las pretensiones que debieron ser puestas a su consideración.

4.4. Determinar si corresponde o no declarar fundada la excepción de incompetencia respecto a las decisiones del Gerente de Obras y a las pretensiones que debieron ser puestas a su consideración.

11. En relación a los puntos controvertidos, referidos a las pretensiones formuladas por la demandante, éstos fueron fijados de la siguiente manera:

- **Derivadas de la Demanda presentada por la empresa BB Tecnología Industrial S.A.C.:**

3.1. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la primera pretensión principal, que el Tribunal Arbitral declare la Nulidad y/o Ineficacia del Informe N° 003-2013-EMM/CPA-CONSORCIO ACI CONESUPSA, mediante el cual se aprobó la ampliación de plazo N° 01 que se solicitó para la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli» por 54 días calendarios y, en consecuencia, se deje sin efecto la segunda adenda del contrato N° 017-2012-PARSALUD/BID que modifica el plazo de ejecución de obra por dicho periodo.

3.2. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la segunda pretensión principal, que el Tribunal Arbitral apruebe la ampliación de Plazo Nº 01 por 148 días calendario que se presentó para la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli», en razón de los atrasos ocasionados por la demora en la entrega de los planos modificados del proyecto que corrigieron la incompatibilidad de la topografía real del terreno con los planos del expediente técnico.

3.3. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la primera pretensión accesoria a la segunda pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 158,197.08 (Ciento Cincuenta y Ocho Mil Ciento Noventa y Siete con 08/100 Soles) incluido IGV, por concepto de mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 01 de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli», más el pago de los intereses legales correspondientes desde la fecha de presentación de la demanda hasta la fecha efectiva de pago.

3.4. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la tercera pretensión principal, que el Tribunal Arbitral declare la Nulidad y/o Ineficacia del informe N° 0049-2013-EMM/CPA-CONSORCIO ACI-CONESUPSA, de fecha 26 de abril de 2013, mediante el cual el Gerente de Obras resolvió declarar la improcedencia de la ampliación de plazo N° 02 del «Nuevo Centro de Salud Ocalli» por carecer de sustento técnico.

3.5. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la cuarta pretensión principal, que el Tribunal Arbitral apruebe la ampliación de plazo N° 02 por 35 días calendarios que se presentó para la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud Ocalli», a causa de

los atrasos ocasionados en la ejecución de la obra por la obstrucción de las vía de transporte entre las localidades de Lonya Grande, Calpon, Yungasuyo y Ocalli, como consecuencia de las intensas precipitaciones pluviales que se presentaron en la región de Ocalli, Luya y Amazonas, en los meses de febrero, marzo y abril del 2013.

3.6. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la primera pretensión accesoria a la cuarta pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 37,411.48 (Treinta y Siete Mil Cuatrocientos Once con 48/100 Soles), incluido IGV, por concepto de mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 02 de la obra «Nuevo Centro de Salud Ocalli», más el pago de los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda hasta la fecha efectiva de pago.

3.7. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la quinta pretensión principal, que el Tribunal Arbitral apruebe la ampliación de plazo N° 03 por 30 días calendario que se presentó para la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud Ocalli», por los atrasos ocasionados en la ejecución de la obra por la demora en la aprobación del presupuesto adicional N° 01.

3.8. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la primera pretensión accesoria a la quinta pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 32,066.97 (Treinta y Dos Mil Sesenta y Seis con 97/100 Soles), incluido IGV, por concepto de mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 03 de la obra «Nuevo Centro de Salud Ocalli», más el pago de interese legales desde la fecha de presentación de la demanda hasta la fecha efectiva de pago.

3.9. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la sexta pretensión principal, que el Tribunal Arbitral declare la Nulidad y/o Ineficacia del Informe N° 001-2012-EMM/SC-RA-CONSORCIO ACI-CONESUPSA, de fecha 04 de octubre de 2012, mediante el cual el Gerente de Obras resolvió declarar la improcedencia de la ampliación de plazo N° 01 de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza» por carecer de sustento técnico.

3.10. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la séptima pretensión principal, que el Tribunal Arbitral apruebe la ampliación de plazo N° 01 por 07 días calendarios que se presentó para la ejecución de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza», en razón de los atrasos

ocasionados en la ejecución de la obra por el cambio de proceso constructivo.

3.11. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la primera pretensión accesoria a la séptima pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 15,188.65 (Quince Mil Ciento Ochenta y Ocho con 65/100 Soles), incluido IGV, por concepto de mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 01 de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza», más el pago de intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda hasta la fecha efectiva de pago.

3.12. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la octava pretensión principal, que el Tribunal Arbitral apruebe la Ampliación de Plazo Nº 02 por 11 días calendarios que se presentó para la ejecución de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza», por el bloqueo del acceso a la Obra debido a los trabajos de movimientos de tierra realizados por el consorcio DUBAI, contratista de la obra «Pistas y Veredas del barrio Cuillas de la Ciudad de Rodríguez de Mendoza».

3.13. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la primera pretensión accesoria a la octava principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 23,867.88 (Veintitrés Mil Ochocientos Sesenta y Siete con 88/100 Soles) incluido IGV, el concepto de mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 02 por los 11 días calendarios solicitados, como consecuencia de la extensión del plazo contractual, que incrementó el gasto general variable, más el pago de los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda hasta la fecha efectiva de pago.

3.14. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la novena pretensión principal, que el Tribunal Arbitral apruebe la ampliación de Plazo Nº 03 por 69 días calendarios que se presentó para la ejecución de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza», por el bloqueo del acceso a la Obra, dispuesto por el consorcio DUBAI, contratista de la obra «Pistas y Veredas del barrio Cuillas de la Ciudad de Rodríguez de Mendoza» (45 días calendario) y por la restricción del trámite vehicular desde las 8:00 am hasta las 5:00 pm en la carretera Chachapoyas – Rodríguez de Mendoza, debido a los trabajos que ejecuta el consorcio VIAS PERU, contratista de la obra: «Pavimentación y Mantenimiento de la carretera Chachapoyas – Molinopampa – Rodríguez de Mendoza – Punta de carretera» (24 días calendarios).

3.15. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la primera pretensión accesoria a la novena pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 149,716.70 (Ciento Cuarenta y Nueve Mil Setecientos Dieciséis con 70/100 Soles) incluido IGV, por concepto de mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 03 de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza», más el pago de intereses legales desde la fecha presentación de demanda hasta la fecha efectiva de pago.

3.16. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la décima pretensión principal, que el Tribunal Arbitral declare la Nulidad e Ineficacia de la Decisión Conciliatoria emitida por el Conciliador, Señor Daniel Triveño Daza, con fecha 26 de agosto del 2013, donde declara INFUNDADA la solicitud de Reconsideración de la Ampliación de Plazo Nº 01 por 140 días calendario.

3.17. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la décima primera pretensión principal, que el Tribunal Arbitral apruebe la ampliación de plazo N° 01 por 133 días calendario que se presentó para la ejecución de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Tingo» por demora en la absolución de consulta por parte de la Entidad respecto a las características técnicas del porcelanato y la demora en el suministro del porcelanato debido a la necesidad de su importación desde China, al amparo de lo estipulado en la cláusula 28.1 y 44.1 de las Condiciones Generales del Contrato.

3.18. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la primera pretensión accesoria a la décima primera pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 194,757.25 (Ciento Noventa y Cuatro Mil Setecientos Cincuenta y Siete con 25/100 Soles) incluido IGV, por concepto de mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 01 de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Tingo», más el pago de intereses legales desde la fecha de presentación de demanda hasta la fecha efectiva de pago.

3.19. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la décima segunda pretensión principal, que el Tribunal Arbitral apruebe una ampliación de 123 días calendarios en el plazo de ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli», por los atrasos ocasionados en la misma, debido a la demora en la absolución de consulta sobre las características técnicas del porcelanato y su adquisición, por cuanto dichos eventos afectaron el cronograma de ejecución de obra.

3.20. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la primera pretensión accesoria a la décima segunda pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 131,474.60 (Ciento Treinta y Uno Mil Cuatrocientos Setenta y Cuatro con 60/100 Soles) incluido el IGV, por concepto de mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo por 123 días calendarios, más el pago de los intereses legales desde la fecha de presentación de demanda hasta la fecha efectiva de pago.

3.21. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la décima tercera pretensión principal, que el Tribunal Arbitral apruebe una ampliación de 133 días calendarios en el plazo de ejecución de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud de Rodríguez de Mendoza», por los atrasos ocasionados en la misma, debido a la demora en la absolución de consulta sobre las características técnicas del porcelanato y su adquisición, por cuanto dichos eventos afectaron el cronograma de ejecución de obra.

3.22. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la primera pretensión accesoria a la décima tercera pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 288,584.37 (Doscientos Ochenta y Ocho Mil Quinientos Ochenta y Cuatro con 37/100 Soles) incluido el IGV, por concepto de mayores gastos generales correspondiente a la ampliación de plazo por 133 días calendarios, más el pago de los intereses legales desde la fecha de presentación de demanda hasta la fecha efectiva de pago.

3.23. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la décima cuarta pretensión principal, que el Tribunal Arbitral declare la Nulidad y/o Ineficacia de la Resolución Jefatural N° 101-2013-PARSALUD II, de fecha 18 de julio del 2013, mediante la cual la Entidad resolvió declarar la resolución del contrato de ejecución de obra N° 017-2012-PARSALUD/BID por la supuesta acumulación del monto máximo de la indemnización por daños y perjuicios por demora en la terminación de la obra, toda vez que el contratista no ha incurrido en el supuesto de resolución de contrato señalado por la Entidad.

3.24. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la décima quinta pretensión principal, que el Tribunal Arbitral declare la vigencia del contrato de ejecución de obra N° 017-2012-PARSALUD/BID y establezca que el saldo del plazo de ejecución de obra de 183 días calendarios del «Nuevo Centro de Salud Ocalli» empezará a computarse a partir del día siguiente del reinicio de obra.

3.25. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la décima sexta pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/174,890.15 (Cientos Setenta y Cuatro Mil Ochocientos Noventa con 15/100 Soles) incluido IGV, por concepto de mayores gastos generales de las ampliaciones de plazo N° 01 del «Nuevo Centro de Salud Ocalli» y las ampliaciones de plazo N° 02 y 03 de la Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza aprobados por la Entidad en caso no corresponda aprobar dichas ampliaciones de plazo por el total de días solicitados, más el pago de los intereses legales desde la fecha de presentación de demanda hasta la fecha efectiva de pago.

3.26. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la décima séptima pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 198,084.43 (Ciento Noventa y Ocho Mil Ochenta y Cuatro con 43/100 Soles) incluido IGV, por concepto de enriquecimiento sin causa por los mayores costos incurridos durante la ejecución de la obra para el cumplimiento de los objetivos y metas del contrato, más el pago de los intereses legales correspondientes hasta la fecha real de pago,

3.27. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la primera pretensión subordinada a la décima séptima pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 198,084.43 (Ciento Noventa y Ocho Mil Ochenta y Cuatro con 43/100 Nuevos) incluido IGV, por concepto de indemnización por daños y perjuicios por los mayores costos incurridos durante la ejecución de la obra al no haber cumplido la parte demanda con subsanar las deficiencias del expediente técnico.

3.28. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la décima octava pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 630,528.00 (Seiscientos Treinta Mil Quinientos Veintiocho con 00/100 Soles), incluido IGV, por concepto de enriquecimiento sin causa por los mayores metrados ejecutados en la obra, más el pago de los intereses legales hasta la fecha de efectiva de pago.

3.29. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la primera pretensión subordinada a la décima octava pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 630,528.00 (Seiscientos Treinta Mil Quinientos Veintiocho con

00/100 Soles) incluido IGV, por concepto de indemnización por daños y perjuicios por los mayores costos incurridos durante la ejecución de la obra al no haber cumplido con subsanar las deficiencias del expediente técnico con subsanar las deficiencias del expediente técnico.

3.30. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la décima novena pretensión principal, que el Tribunal Arbitral declare que no existe retraso injustificado en la ejecución de la obra y, en ese sentido, que no corresponde aplicación de penalidad alguna, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1314°, 1315° y 1318° del Código Civil.

3.31. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la vigésima pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II la devolución de la retención efectuada por la presentación retrasada del programa actualizado mensual ascendente a S/ 42,216.35 (Cuarenta y Dos Mil Doscientos Dieciséis con 35/100 Soles), monto al cual deberá incluirse el IGV, más el pago de los intereses legales hasta la fecha de pago.

3.32. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la vigésima primera pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II la devolución de la aplicación de la penalidad efectuada por cambio de personal clave ascendente a la suma de S/ 30,000.00 (Treinta Mil Doscientos Dieciséis con 35/100 Soles), monto al cual deberá agregarse el IGV, más el pago de los intereses legales hasta la fecha efectiva de pago.

3.33. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la vigésima segunda pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II la devolución de la aplicación de la penalidad efectuada por la ausencia en obra de personal clave ascendente a la suma de S/ 117,000.00 (Ciento Diecisiete Mil con 00/100 Soles), monto al cual deberá agregarse el IGV, por no estar debidamente sustentada; más el pago de los intereses legales hasta la fecha efectiva de pago.

3.34. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la vigésima tercera pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II la devolución de la aplicación de la penalidad efectuada por el supuesto retraso injustificado en la terminación de la obra por la suma de S/ 149,771.38 (Ciento Cuarenta y Nueve Mil Ochocientos Setecientos Setenta y Uno con 38/100 Soles), monto al cual deberá agregarse el IGV, más el pago de intereses.

3.35. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la vigésima cuarta pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene al PARSALUD

II la devolución de los montos retenidos para el pago de los mayores costos de servicios de supervisión del gerente de obras por la suma de S/ 6,074.68 (Seis Mil Setenta y Cuatro con 68/100 Soles), monto al cual deberá agregarse el IGV, más los intereses legales hasta la fecha efectiva de pago.

3.36. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la vigésima quinta pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con devolver a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C el fondo de garantía constituido para la ejecución de la obras del lote N° 02 por la suma de S/ 181,462.25 (Ciento Ochenta y Un Mil Cuatrocientos Sesenta y Dos con 25/100 Soles), más el pago de los intereses legales, en razón a que el retraso de obra se ha dado por causas ajenas a la voluntad del contratista.

3.37. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la vigésima sexta pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C el pago de los mayores costos por la renovación de las cartas fianza de fiel cumplimiento y adelanto directo en que se han incurrido desde la arbitraria resolución de contrato hasta la fecha en que se declare consentido el laudo.

3.38. Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la vigésima séptima pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con asumir el pago de los gastos arbitrales que genere el presente proceso.

12. Por último, en la mencionada Resolución N° 10, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por las partes y se estableció que las excepciones deducidas por PARSALUD serían resueltas en la oportunidad que el Colegiado considerara oportuno, inclusive en la emisión del laudo.

13. Cabe señalar que, en relación a los medios probatorios ofrecidos por las partes y sobre la base del principio de la amplitud de la prueba que se aplica en todo proceso arbitral, este Tribunal Arbitral deja constancia que no se ha generado nulidad alguna en el presente proceso arbitral, los que han sido evaluados en su integridad por este Colegiado.

14. Seguidamente, a través de la Resolución N° 13, el Tribunal Arbitral otorgó a las partes un plazo de diez (10) días hábiles, a partir de notificadas, a fin de que presentaran sus escritos de alegatos y conclusiones finales. Este plazo fue ampliado mediante Resolución N° 15.

15. Con fecha 01 y 18 de marzo de 2016, ambas partes presentaron sus alegatos escritos dentro del plazo otorgado, los mismos que se dieron por presentados a través de la Resolución N° 16.

16. Adicionalmente, en la mencionada Resolución N° 16, se citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales, programándose para el día martes 19 de abril de 2016 a horas 11:00 a.m. en la sede del arbitraje.

17. En la fecha y hora programada se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, contando con la presencia y participación de ambas partes y el Colegiado en Pleno.

18. Mediante Resolución N° 20, dictada el 15 de noviembre de 2016, se declaró el cierre de la instrucción y se fijó el plazo para laudar en treinta días hábiles, contados a partir de notificada dicha resolución, prorrogable discrecionalmente por quince días hábiles adicionales. Mediante la Resolución N° 21, el Tribunal prorrogó el plazo para laudar en quince días hábiles adicionales, contado a partir del día siguiente al vencimiento del plazo original, por lo que el plazo final para laudar vence el 23 de enero de 2017.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ÁRBITRAL

A. CUESTIONES PRELIMINARES

Ahora bien, antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

(i) Que, el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes, habiendo sido designado por acuerdo expreso de ambas partes.

(ii) Que, en ningún momento se recusó a algún miembro del Tribunal Arbitral, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.

(iii) Que, el Contratista presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.

(iv) Que, PARSALUD fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa, habiendo cumplido con presentar su contestación de demanda.

(v) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar ante el Tribunal Arbitral, lo que sucedió a través de la Audiencia de Informes Orales.

(vi) Que, de conformidad con las reglas establecidas en el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, las partes han tenido oportunidad suficiente para plantear recurso de reconsideración contra cualquier resolución distinta al laudo emitida en el presente proceso arbitral, que se hubiere dictado con inobservancia o infracción

de una regla contenida en el Acta de Instalación, una norma de la Ley o del Reglamento, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar.

(vii) Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos establecidos en las reglas del proceso, los cuales fueron aceptados por las partes.

B. MATERIA CONTROVERTIDA

De acuerdo con lo establecido en la Resolución N° 10 de fecha 13 de octubre de 2015, en el presente caso, corresponde al Tribunal Arbitral resolver en base a los puntos controvertidos fijados en la mencionada Resolución.

Asimismo, siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso, para determinar, en base a la valoración conjunta de ellas, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el Tribunal Arbitral respecto de tales hechos.

A su vez, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje, que en aplicación del Principio de «*Comunidad o Adquisición de la Prueba*», las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que las ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio el cual establece que:

> « [...] la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenérsele en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó.»[2]

En esta línea, el Tribunal Arbitral deja constancia que al emitir el presente laudo arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido

[2] Taramona Hernández, José «Medios Probatorios en el Proceso Civil»...

valorado, por lo que el Tribunal Arbitral deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Tribunal Arbitral tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

Adicionalmente, debe precisarse que, los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar el Tribunal Arbitral, pudiendo en consecuencia realizar un análisis conjunto de los mismos en aquellos casos en los que se encuentren íntimamente ligados, por lo que en ese sentido, el Tribunal Arbitral considera que el análisis debe realizarse de acuerdo a la forma siguiente:

B.1. CUESTIONES PREVIAS

PARSALUD al momento de contestar la demanda arbitral[3] ha deducido las excepciones de caducidad e incompetencia respecto de las pretensiones referentes la resolución del Contrato y las excepciones de caducidad e incompetencia respecto a las decisiones del Gerente de Obras y *«a las pretensiones que debieron ser puestas a su consideración»*.

En este sentido, con el objeto de lograr una mejor comprensión de la materia controvertida, el Colegiado analizará la controversia sobre las excepciones de caducidad e incompetencia como sigue:

a. EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

PRIMERA EXCEPCIÓN

Determinar si corresponde declarar fundada la Excepción de Caducidad respecto al derecho a impugnar la resolución del contrato.

TERCERA EXCEPCIÓN

Determinar si corresponde o no declarar fundada la excepción de caducidad respecto a las pretensiones con las que se impugna las decisiones del Gerente de Obras y las pretensiones que debieron ser puestas a su consideración.

a1. POSICIÓN DEL PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD – PARSALUD

PARSALUD manifiesta que el derecho de impugnar la Resolución de Contrato de Ejecución de Obra Nº 17-2012/PARSALUD/BID, ha caducado de manera definitiva en la medida que el Contratista no actuó conforme a lo estipulado

[3] Escrito del 11 de noviembre del 2014.

en la cláusula 59.1 del contrato, ya que el PROGRAMA comunica la resolución de contrato el 19 de julio de 2013 y el Contratista recién el 02 de mayo de 2014 presenta su solicitud de arbitraje, es decir, cuando ya ha vencido, en exceso, el plazo de treinta (30) días calendario para recurrir al arbitraje.

Así expresa que la cláusula 59.1 de las Condiciones Especiales del Contrato de Ejecución de Obra N°17-2012/PARSALUD/BID, dispone lo siguiente:

> «CGC 59.1 La recisión o resolución del contrato, formulada conforme a la cláusula 59 de las CGC, podrá ser sometida a arbitraje si «EL CONTRATANTE» o «EL CONTRATISTA» no estuvieren de acuerdo con la misma.
> El plazo para recurrir al arbitraje señalado en esta cláusula será dentro de los treinta (30) días posteriores de comunicada la recisión o resolución del contrato, transcurrido el cual sin que haya sido interpuesto el arbitraje la recisión o resolución quedará consentida y firme entre las partes.»

En ese sentido, PARSALUD indica que la citada cláusula prescribe un plazo de caducidad voluntaria, en el cual luego de los 30 días siguientes a la notificación de la resolución sin que se haya activado el arbitraje la decisión de resolver el contrato habrá quedado consentido.

PARSALUD formula también excepción de caducidad respecto a las decisiones del Gerente de Obras y a las pretensiones que debieron ser puestas a su consideración ya que el Contratista ha presentado la solicitud de arbitraje fuera del plazo establecido en el Contrato de Ejecución de Obras N° 17-2012/PARSALUD/BID, lo cual según las cláusulas 24 y 25.2 de las condiciones Generales del Contrato, es un requisito que permite ejercitar válidamente el arbitraje.

a2. POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL S.A.C.

El Contratista indica que no se puede interpretar que el plazo establecido en la cláusula 59.1 es de caducidad ya que dicha figura, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico solo pueden ser determinados mediante ley, no siendo posible que se determine mediante ley de menor jerarquía como lo son los acuerdos contractuales determinados.

En ése sentido, afirma que las partes no pueden establecer pactos de caducidad y por lo tanto la excepción de caducidad planteada por su contraparte debe ser declarada improcedente.

a3. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Sobre la presente excepción, previo a analizar los fundamentos esbozados por las partes, este Colegiado considera pertinente verificar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 40° del Reglamento de Arbitraje, regla en la cual se

señala expresamente el plazo y oportunidad con la que cuentan las partes para formular sus excepciones y objeciones en el presente proceso. Veamos.

> «**Artículo 40°**
> **Las partes podrán proponer excepciones y objeciones al arbitraje hasta el momento de contestar la demanda, la reconvención o el escrito de presentación simultánea de posiciones**, según corresponda, las que serán puestas en conocimiento de la contraparte para que proceda a su absolución, dentro del mismo término que se tuvo para contestar tales actos [...].»
>
> [El resaltado es nuestro]

De lo reseñado anteriormente se advierte que las partes solo podían presentar excepciones u objeciones hasta el momento de la contestación de la demanda, la presentación de la reconvención o el escrito de presentación simultánea de posiciones.

En el presente caso, PARSALUD presentó las excepciones de caducidad al momento de contestar la demanda, es decir dentro del plazo otorgado conforme al Reglamento que rige el presente proceso.

Puntualizado lo anterior, corresponde que este Colegiado examine, en principio, el concepto de la Institución de la Caducidad y su regulación en el ordenamiento jurídico nacional, para luego de ello determinar si compete su aplicación al presente caso.

Sobre el concepto de caducidad y sus alcances

Bajo esta línea, es pertinente traer a colación la definición de caducidad desarrollada por Albadalejo[4], para quien, esta institución significa generalmente una facultad o un llamado derecho potestativo tendiente a modificar una situación jurídica; el cual, a su vez, nace con un plazo de vida y pasado este se extingue.

Sobre el particular, Juan Monroy Gálvez sostiene que la caducidad está *«referida a actos, instituciones o derechos, siendo en este último caso de uso más común e interesante para el proceso»*. El mismo autor agrega que *«se caracteriza porque se extingue el derecho material como consecuencia del transcurso del tiempo. En ese sentido, si se ha interpuesto una demanda cuya pretensión está sustentada en un derecho que ha venido en caduco, entonces en estricto la pretensión no tiene fundamento jurídico, por lo que ya no puede ser intentada. Esta situación es tan categórica para el proceso que el Código Civil le concede al juez el derecho de declarar la caducidad y la consecuente*

[4] Albadalejo, Manuel. Derecho Civil. Vol. 2. 14ª ed. Bosch. Barcelona. 1996. p. 526 - 527.

improcedencia de la demanda si aparece del sólo examen de ésta al momento de su calificación inicial.»[5]

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico peruano la institución jurídica de la caducidad se encuentra previsto en los artículos 2003 al 2007 del Código Civil. Así, el artículo 2003° del cuerpo normativo antedicho, siguiendo a la doctrina antes reseñada, prescribe que *la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente*.

No obstante lo anterior, a diferencia de otros países latinoamericanos, en el Perú se ha establecido el principio de reserva de ley en relación a la institución bajo comentario, ello con la finalidad de otorgar certidumbre y evitar un uso abusivo de acciones legales más allá de un plazo razonable. Veamos.

> «**Artículo 2004.-**
> **Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto en contrario**.»
>
> [El resaltado es nuestro]

En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, los plazos de caducidad sólo pueden estar contemplados en una norma con rango de ley, siendo una institución regida bajo los criterios de la seguridad jurídica y el interés colectivo. A contario sensu, es factible concluir que nuestro ordenamiento jurídico no reconoce la caducidad convencional – aquella que es pactada entre las partes –.

Ahora bien, habiendo quedado establecido el marco conceptual y el tratamiento de la institución de la caducidad en nuestro ordenamiento jurídico, corresponde que este Colegiado analice la procedencia o no de las excepciones bajo análisis.

Sobre la excepción de caducidad respecto al derecho de impugnar la resolución del Contrato

Con relación a la excepción de caducidad respecto al derecho de impugnar la resolución del Contrato, PARSALUD señala que en la cláusula 59.1 de las Condiciones Especiales del Contrato firmado con el Contratista, han pactado un plazo de caducidad para que se pueda impugnar la resolución de contrato, la cual para mayor detalle se cita a continuación:

> «CGC 59.1 La recisión o resolución del contrato, formulada conforme a la cláusula 59 de las CGC, podrá ser sometida a arbitraje si «EL CONTRATANTE» o «EL CONTRATISTA» no estuvieren de acuerdo con la misma.

[5] Monroy Gálvez, Juan. El proceso civil en un libro sobre prescripción y caducidad. En: Themis N° 10. Lima. Pp.24 - 28.

> **El plazo para recurrir al arbitraje señalado en esta cláusula será dentro de los treinta (30) días posteriores de comunicada la recisión o resolución del contrato, transcurrido el cual sin que haya sido interpuesto el arbitraje la recisión o resolución quedará consentida y firme entre las partes».**
>
> [El resaltado es nuestro]

De la cita anterior se puede apreciar que, en efecto, las partes han establecido un plazo de caducidad para ejercer el derecho a impugnar la resolución o recisión del contrato; esto es, han sujetado el ejercicio de un derecho potestativo a un plazo prefijado y de perentoria observancia, que en caso de no ser ejecutado determinará la extinción del derecho.

En tal sentido, conforme al marco conceptual y la legislación aplicable desarrollada en los apartados anteriores, es imperativo concluir que dicha cláusula contraviene el ordenamiento jurídico peruano, específicamente lo estipulado en el artículo 2004 del Código Civil.

Ciertamente lo concluido en el apartado anterior, permite verificar a este Colegiado la nulidad manifiesta de parte de lo dispuesto en la mencionada cláusula 59.1; esto es, la causal de nulidad que la produce se evidencia de manera insoslayable, sin necesidad de otra comprobación, de ahí que correspondería declarar su nulidad de oficio, en aplicación a lo dispuesto en los artículos 220° y 224° del Código civil.

No obstante lo anterior, este Colegiado es de la opinión, siguiendo los criterios establecidos en el Cuarto Pleno Casatorio Civil, que cuando en el trámite de un proceso, los jueces - árbitros - adviertan la invalidez evidente de un título – o de unas de sus cláusulas -, conforme lo prevé el artículo 220° del Código Civil, sólo corresponderá analizar dicha situación en la parte considerativa de la sentencia – laudo –, y declarará fundada o infundada únicamente sobre lo pedido por las partes.

En este orden de ideas, habiendo determinado este Colegiado que la cláusula 59.1 de las Condiciones Especiales del Contrato es manifiestamente nula, corresponde declarar **INFUNDADA** la excepción de caducidad invocada.

Fundamento del voto del señor árbitro, Víctor Huayama Castillo:

Considero que la excepción de caducidad contra las pretensiones relacionadas con la resolución del Contrato son infundadas y, en tal sentido, coincido con la decisión a la que han arribado mis distinguidos coarbitros.

Sin embargo, en mi opinión dicha excepción es infundada debido a los siguientes fundamentos:

No existe ninguna norma legal que establezca el plazo de caducidad invocado por PARSALUD y porque la cláusula 59.1 de las Condiciones Especiales del Contrato no establece ninguna caducidad, sino que estipula algo totalmente distinto. Dicha cláusula dispone lo siguiente:

> *«La rescisión o resolución del contrato, formulada conforme a la cláusula 59 de las CGC, podrá ser sometida a arbitraje si "EL CONTRATANTE" o "EL CONTRATISTA" no estuvieren de acuerdo con la misma.*
> *El plazo para recurrir al arbitraje señalado en esta cláusula será dentro de los treinta días (30) posteriores de comunicada la rescisión o resolución del contrato, transcurrido el cual, sin que haya sido interpuesto el arbitraje, la rescisión o resolución, quedará consentida y firme entre las partes».*

Se observa de este modo que la cláusula 59.1 no establece plazo de caducidad alguno, ni tampoco dispone que la falta de inicio del arbitraje dentro del plazo acordado supone la extinción del derecho a cuestionar la resolución del Contrato. Lo que la cláusula comentada establece es que la decisión de resolver el Contrato quedará consentida si es que las partes no inician el arbitraje dentro del plazo de treinta días calendario. El consentimiento es diferente a la caducidad, pues mientras ésta implica la extinción de un derecho subjetivo, el consentimiento supone *«la armoniosa integración de la oferta con la aceptación»* (Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. En: "Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas". Tomo VII. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Lima, 2004. Pág. 229).

Sobre la excepción de caducidad respecto a las pretensiones con las que se impugna las decisiones del Gerente de Obras y las pretensiones que debieron ser puestas a su consideración

Con relación a éste extremo PARSALUD ha indicado que las decisiones del Gerente de Obras y las pretensiones que debieron ser puestas a su consideración solo podían ser impugnadas mediante arbitraje por el Contratista dentro de los catorce días posteriores de la notificación de su decisión y los 28 días posteriores de la notificación de la decisión que emitiera el conciliador, esto de conformidad con lo establecido en las cláusulas 24.1 y 25.2 de las condiciones Generales del Contrato.

Bajo las líneas anteriores, PARSALUD sostiene que, al haber el Contratista presentado la solicitud de arbitraje fuera del plazo establecido en el Contrato, no se ha ejercido válidamente el arbitraje.

Vista la posición de PARSALUD, es pertinente realizar un examen sobre lo que indican las cláusulas 24.1 y 25.2 de las Condiciones Generales del Contrato, para lo cual es pertinente traer a la vista las mismas.

> «24.1. CGC **Si el Contratista considera que el Gerente de Obra ha tomado una decisión que está fuera de las facultades que le confiere el Contrato, o que no es acertada, la decisión se someterá a la consideración del Conciliador dentro de los 14 días siguientes a la notificación de la decisión** del Gerente de Obra.
>
> 25.2. CGC El conciliador será compensado por su trabajo, cualquiera que sea su decisión por hora según los honorarios especificados en los DDL y en las CEC, además de cualquier otro gasto reembolsable indicado en las CEC y el costo será sufragado por partes iguales por el contratante y el contratista. **Cualquiera de las partes podrá someter la decisión del Conciliador a arbitraje dentro de los 28 días siguientes a la decisión por escrito del Conciliador. Si ninguna de las partes sometiese la controversia a arbitraje dentro del plazo de 28 días mencionado, la decisión del Conciliador será definitiva y obligatoria».**
>
> [El resaltado es nuestro]

De acuerdo a las cláusulas antes expuestas, PARSALUD entiende que si el Contratista se encontraba en desacuerdo con lo decidido por el Gerente de Obras, debía en el plazo de 14 días, poner a conocimiento del Conciliador para que éste a su vez se pronuncie y por último, en caso tampoco encontrase una respuesta satisfactoria en la decisión del Conciliador tenía 28 días para someter dicha controversia a arbitraje.

En ese sentido, con relación a los plazos establecidos en las cláusulas 24.1 y 25.2, este colegiado aprecia que dichos plazos determinan la caducidad de un derecho, esto en tanto que han sujetado el ejercicio de un derecho potestativo a un plazo prefijado y de perentoria observancia, que en caso de no ser ejecutado determinará la extinción del derecho; en tal sentido, conforme lo desarrollado párrafos atrás, este Colegiado aprecia que estas cláusulas devienen en nulas, no existiendo caducidad alguna que dilucidar.

En razón a lo expuesto, se concluye que las excepciones de caducidad formuladas por PARSALUD con relación al derecho de impugnar las decisiones tomadas por el Gerente de Obras y aquellas que debieron ser puestas a su consideración deben ser declaradas **INFUNDADAS**.

a4. <u>PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES</u>

En síntesis al análisis de los Puntos Controvertidos respecto de las excepciones, este Colegiado emite su pronunciamiento:

- **DECLARAR INFUNDADA** la Excepción de Caducidad deducida por el Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD II – respecto al derecho de BB Tecnología Industrial S.A.C. a impugnar la resolución del contrato de obra N° 17-2012-PARSALUD/BID, de fecha 23 de mayo de 2012.

- **DECLARAR INFUNDADA** la Excepción de Caducidad deducida por el Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD II – respecto a las pretensiones interpuestas por el Contratista con las que se impugna las decisiones del Gerente de Obras y las pretensiones que debieron ser puestas a su consideración.

b. EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA

SEGUNDA EXCEPCIÓN

Determinar si corresponde o no declarar fundada la excepción de incompetencia respecto a la impugnación de la resolución del contrato.

CUARTA EXCEPCIÓN

Determinar si corresponde o no declarar fundada la excepción de incompetencia respecto a las decisiones del Gerente de Obras y a las pretensiones que debieron ser puestas a su consideración.

b1. POSICIÓN DEL PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD - PARSALUD

Respecto a éste extremo, PARSALUD fundamenta su excepción de incompetencia, respecto a la resolución de contrato, bajo los mismos argumentos esgrimidos en su excepción de caducidad. En efecto, alega que éste Colegiado solo podría ser competente si éste proceso se hubiese iniciado dentro de los treinta (30) días de haberse notificado al Contratista la resolución de contrato, de acuerdo a lo indicado en la cláusula 59.1 de las Cláusulas Especiales de Contratación.

Por otro lado, respecto a las pretensiones planteadas por el Contratista tendientes a impugnar las decisiones del Gerente de Obras, señala que el Colegiado no es competente para pronunciarse sobre esas decisiones – consistentes en denegar las ampliaciones de plazo y gastos generales –, toda vez que el Contratista no ha activado previamente la conciliación decisoria, mecanismo de resolución de conflictos estipulado en el contrato como un procedimiento previo para recurrir al arbitraje.

En esa misma línea, PARSALUD sostiene que el Colegiado tampoco es competente para pronunciarse respecto de las pretensiones que han sido declaradas infundadas por el Conciliador, por cuanto el Contratista no cuestionó el pronunciamiento dentro del plazo máximo de 28 días dispuesta en la sub cláusula 25.2 del contrato.

Adicionalmente, PARSALUD indica que el Tribunal tampoco es competente para pronunciarse sobre las nuevas solicitudes de ampliación de plazo recién pretendidas en la demanda, ya que nunca fueron solicitadas durante el desarrollo del contrato.

b2. POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INSDUSTRIAL S.A.C.

Al respecto, el Contratista advierte que, dado que la excepción de incompetencia está basada en la excepción de caducidad formulada por PARSALUD y envista que ésta última no tiene mayor asidero, considera que la excepción de incompetencia debe ser declarada improcedente.

b3. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En primer lugar, es importante traer a colación la facultad del Colegiado de pronunciarse sobre su competencia, así en el numeral 3 del artículo 3° de la Ley de Arbitraje establece lo siguiente:

> «3. El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, **decidir acerca de su propia competencia** y dictar el laudo»
>
> [El resaltado es nuestro]

De la misma manera, en el numeral 1 del artículo 41° de la Ley de Arbitraje se señala que:

> «El Tribunal Arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o **cualquier otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia.**»
>
> [El resaltado es nuestro]

En suma, lo establecido en la Ley de Arbitraje deriva del principio *«kompetenz kompetenz»*, el cual conforme al autor Roque Caivano[6], está creada para:

[6] Caivano, Roque. «Arbitraje». Editorial: Ad Hoc S.R.L. & Villela Editor

> «... Definir la posibilidad que se reconoce a los árbitros para decidir acerca de su propia competencia, cuando esta ha sido cuestionada; es decir, la posibilidad de resolver el planteamiento de incompetencia articulado a su respecto».

Además, el principio *Kompetenz Kompetenz* permite evitar que una parte, limitándose a invocar la incompetencia del órgano arbitral, pueda retrasar o interrumpir el desarrollo del arbitraje, al otorgar a los árbitros el poder de decidir sobre su propia competencia.

Ahora bien, puntualizado lo anterior, este colegiado pasará a examinar lo expuesto por las partes, bajo el siguiente esquema:

Sobre la excepción de incompetencia respecto a la impugnación de la resolución de contrato

Con relación a la excepción de incompetencia respecto al derecho de impugnar la resolución del Contrato, PARSALUD señala que en la cláusula 59.1 de las Condiciones Especiales del Contrato firmado con el Contratista, han pactado un plazo de caducidad para que se pueda impugnar la resolución del contrato.

En tal sentido, estando a lo explicado en párrafos anteriores, siendo que no opera el plazo de caducidad fijado entre las partes y estando a que la cláusula 59.1 – sustento de la incompetencia – es manifiestamente nula en el extremo que fija un plazo de caducidad, éste Colegiado declara que es competente para pronunciarse en relación a la pretensión referida a la resolución de contrato.

Sobre la excepción de incompetencia respecto a las decisiones del Gerente de Obras y las pretensiones que debieron ser puestas a su consideración

Con relación a éste punto, PARSALUD ha indicado que la excepción de incompetencia tiene como fundamento los argumentos ya empleados en la excepción de caducidad, es decir, señala que el Colegiado no es competente para pronunciarse sobre las decisiones del Gerente de Obras – consistentes en denegar las ampliaciones de plazo y gastos generales –, toda vez que el Contratista no ha activado previamente la conciliación decisoria, mecanismo de resolución de conflictos estipulado en el contrato como un procedimiento previo para recurrir al arbitraje.

En esa misma línea, PARSALUD sostiene que el Colegiado tampoco es competente para pronunciarse respecto de las pretensiones que han sido declarados infundados por el Conciliador, por cuando el Contratista no cuestionó el pronunciamiento dentro del plazo máximo de 28 días dispuesta en la sub cláusula 25.2 del contrato.

Por último, indica que el Tribunal tampoco es competente para pronunciarse sobre las nuevas solicitudes de ampliación de plazo recién pretendidas en la demanda, ya que nunca fueron solicitadas durante el desarrollo del contrato. Expuesto los argumentos que sustenta la excepción bajo análisis, éste Colegiado procederá a pronunciarse sobre cada uno de los fundamentos antes esbozados.

Con relación al mecanismo alternativo de resolución de conflictos

De acuerdo a lo indicado por PARSALUD, las decisiones del Gerente de Obras que a consideración del Contratista (i) no resultaban acertadas o que (ii) escapaban a las facultades conferidas en el contrato, debieron ser sometidas a consideración del Conciliador decisorio[7] – *Dispute Boards* – dentro de los 14 días siguientes a la notificación de la decisión del Gerente de Obras de acuerdo a la cláusula 24.1 de las Condiciones Generales del Contrato.

Seguidamente PARSALUD sostiene que, recién si el Contratista no se encontraba de acuerdo con lo decidido por el Conciliador, en aplicación a la cláusula 25.2 de las Cláusulas Generales del Contrato puede someter dicha decisión al arbitraje, para lo cual cuenta con 28 días siguientes a la decisión del Conciliador.

En suma, PARSALUD sostiene que, para que se pueda cuestionar una decisión del Gerente de Obras bajo este mecanismo de resolución de conflictos, el Contratista debía, en cumplimiento de las cláusulas antes expuestas, efectuar lo siguiente:

- Someter primigeniamente las controversias suscitadas ante un Conciliador Decisorio – *Dispute Boards* –; y,

- Respetar los plazos de caducidad establecidos para ello.

En relación al requisito de los plazos de caducidad alegados por PARSALUD, este Colegiado ha señalado reiteradamente que los mismos – artículos 24.1 y 25.2 del Contrato – contravienen el ordenamiento jurídico nacional, de ahí que sean expresamente nulos, debiéndose para el caso en concreto tenerse por no puestos, solo en el extremo del plazo previsto.

Bajo esta tesitura, lo alegado en este extremo por PARSALUD no produce convicción al colegiado para declarar fundada la excepción de incompetencia, debiendo consecuentemente ser desestimada.

[7] No cabe duda que las atribuciones que el Contrato concede al Conciliador son distintas a las atribuidas por la Ley de Conciliación, Ley 26872. Mientras que el conciliador al que se refiere esta ley sólo puede proponer fórmulas conciliatorias de carácter no obligatorias, el Conciliador previsto en el Contrato tiene la potestad de resolver discrepancias, definitiva y obligatoriamente salvo que alguna de las partes someta dicha decisión a arbitraje dentro del plazo de 28 días de notificado. Así, el papel otorgado por las partes al Conciliador corresponde al órgano conocido como "Dispute Board".

Ahora bien, en relación a la necesidad de activar primigeniamente el mecanismo alternativo de resolución de conflictos de la Conciliación Decisoria– *Dispute Boards* –, este Colegiado estima necesario traer a colación las cláusulas del contrato referidas a los mecanismos de solución de controversias, con el fin de dilucidar si ineludiblemente las partes han establecido un trámite previo para solucionar sus controversias bajo el presente mecanismo – Arbitraje.

Bajo este tenor, es imperioso traer a colación lo establecido en las sub cláusulas 24.1, 25.2 y 25.3 de las CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO. Veamos.

> «24.1 CGC Si el contratista considera que el Gerente de Obras ha tomado una decisión que está fuera de las facultades que le confiere el Contrato, o que no es acertada, **la decisión se someterá a la consideración del Conciliador dentro de los 14 días siguientes a la notificación del Gerente de Obras**.
>
> 25.2 CGC [...] Cualquiera de **las partes podrá someter la decisión del conciliador a arbitraje dentro de los 28 días siguientes a la decisión por escrito del Conciliador**. Si ninguna de las partes sometiese la controversia a arbitraje dentro del plazo de 28 días mencionado, la decisión del conciliador será definitiva y obligatoria.
>
> 25.3 CGC **El arbitraje deberá realizarse de acuerdo al procedimiento de arbitraje publicado por la institución denominado en las CEC** y en el lugar establecido en las CEC.»
>
> [El resaltado es nuestro]

Del mismo modo, es pertinente traer a la vista las CLÁUSULAS 24.1, Y 25.3 DE LAS CONDICIONES ESPECIALES DEL CONTRATO, en tanto que en ellas, las partes también han establecido mecanismos de resolución de conflictos. Veamos.

> «24.1. CEC **Las discrepancias que se planteen respecto de las decisiones del Gerente de Obras que no puedan solucionarse amigablemente entre las partes, deberán solucionarse amigablemente mediante la Conciliación prevista en la CGC 24.1** salvo aquellas referidas al CGC 59.
>
> 25.3 CEC **Todo litigio o controversia, derivados o relacionados con este acto jurídico, será resuelto mediante arbitraje**, de conformidad con los reglamentos arbitrales del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas, administración y decisión se someten las

partes en forma incondicional, declarando conocerlas y aceptarlas en su integridad.
El Arbitraje será de derecho y el lugar donde se realizará el mismo será la ciudad de Lima, Perú»

[El resaltado es nuestro]

De las cláusulas antes citadas, éste Colegiado advierte que en el Contrato se han establecido cuando menos tres (03) vías para que las partes puedan solucionar sus controversias. En concreto, las partes han establecido un (1) mecanismo autocompositivo de resolución de conflictos – **(i) Trato amigable** o Trato directo –; y, dos (2) mecanismos heterocompositivos de resolución de conflictos – **(ii)** Conciliación Decisoria o ***Dispute Boards*** y, **(iii) Arbitraje**.

De otro lado, este Colegiado advierte que, los mecanismos de resolución de conflictos a los cuales se han hecho referencia, están instaurados en distintos apartados del Contrato, esto es, por un lado la Conciliación Decisoria y el arbitraje en su espectro específico han sido establecidas en las Condiciones Generales del Contrato y, de otro lado el trato amigable y el arbitraje en su espectro general han sido establecida en las Condiciones Especiales de Contratación.

Por último, este colegiado advierte – de las cláusulas citadas - que, en las Condiciones Generales del Contrato existe ciertamente un mecanismo escalonado de resolución de conflictos sujetos a un procedimiento previo para la activación del arbitraje. Dispuesto distinto pasa con lo establecido en las Condiciones Especiales del Contrato, pues en ella se establece como mecanismo general de resolución de conflictos al arbitraje, sin sujetarlo a ningún procedimiento previo.

Lo antes advertido lleva este colegiado a considerar acertado recurrir a la interpretación contractual a fin de delimitar cual es la real voluntad de las partes sobre el mecanismo de resolución de conflictos y los mecanismos previos para su activación.

En efecto, tal como lo señala Aníbal Torres Vásquez[8], «*todo acto jurídico, unilateral, bilateral o plurilateral, formal o verbal, concluido expresamente o tácitamente, necesita de la interpretación para resolver las desinteligencias que se plantean en cuanto a su significación y alcance*».

Así, para dilucidad el entresijo advertido, es trascendental traer a colación lo establecido en la sub cláusula 2.3 de las Condiciones Generales del Contrato, la cual establece la forma deseada por las partes para interpretar las disposiciones que ellas mismas han establecido en el Contrato. A saber:

«2.3 **Los documentos que constituyen el Contrato se interpretan en el siguiente orden de prioridad:**

[8] Torres Vásquez, Aníbal. «Acto Jurídico». Editorial: IDEMSA. Perú. 2007.

(a) Convenio,
(b) Carta de aceptación,
(c) Oferta,
(d) Condiciones especiales del Contrato,
(e) Condiciones Generales del Contrato,
(f) Especificaciones,
[...].»

[El resaltado es nuestro]

De la cita precedente se advierte que la voluntad de las partes han querido darle mayor prevalencia a las clausulas establecidas en las Condiciones Especiales del Contrato; a *contrario sensu* han querido las partes que su voluntad establecida en las cláusulas de las Condiciones Generales del Contrato sean relegadas al momento de interpretar, cuando estemos ante la existencia de una contraposición o contradicción entre lo establecido en ambos apartados.

Indisputablemente la voluntad de las partes, respecto a la prelación interpretativa, es acorde a lo establecido por la doctrina mayoritaria y las legislaciones comparadas, cuyas conclusiones unánimes establecen que las cláusulas especiales prevalecen sobre las generales aunque éstas no hayan sido canceladas.

En efecto, lo razonado anteriormente apunta hacia la conclusión de que las partes han establecido ciertamente dos patrones no condicionados para resolver sus conflictos. Así, por un lado han establecido mecanismos escalonados de resolución de conflictos (Conciliación Decisoria y Arbitraje); y, de otro lado, han establecido al arbitraje como mecanismo de resolución de todos los conflictos que se susciten a raíz de la ejecución del contrato, siendo esta última – el Arbitraje – el mecanismo de resolución de conflictos que prevalecerá ante cualquier incertidumbre sobre su aplicación.

Cabe resaltar, que lo concluido en el párrafo anterior no elimina la posibilidad de que una de las partes haya podido someter las controversias surgidas en la ejecución del contrato a cualquiera de los mecanismos establecidos en el contrato distintos al arbitraje; antes bien, era potestad de cada una de las partes, atendiendo a la eficiencia y eficacia, que a su juicio, le ofrecía un determinado mecanismo de resolución de conflictos pactado, que podían activarlos.

En concreto, es claro que no se puede considerar que la única vía que tenía el Contratista, para viabilizar cualquier controversia devenida del contrato, los mecanismos de resolución de conflictos establecidos en las cláusulas 24.1, 25.1, 25.2 y 25.3 de las Condiciones Generales del Contrato. En tal sentido, no se puede argüir que el Contratista estaba obligado, para activar el arbitraje, a agotar los otros mecanismos de resolución de conflictos.

Sobre las solicitudes de mayor plazo de ejecución de obra

Sobre este punto PARSALUD ha alegado que este Colegiado no es competente para pronunciarse sobre las pretensiones referidas al otorgamiento de un mayor plazo de ejecución de obra que no han sido puestas a conocimiento del Gerente de Obras, en tanto que este es parte del procedimiento establecido por las partes para su procedencia o no.

Ahora bien, este Colegiado considera pertinente traer a la vista la cláusula del Contrato mediante la cual las partes han regulado el procedimiento para el otorgamiento de un mayor plazo de ejecución de obra, específicamente aquello relativo al gerente de obras.

> «28.1 El Gerente de Obras deberá prorrogar la Fecha Prevista de Terminación **cuando se produzca un Evento Compensable** o se ordene una Variación **que haga imposible la terminación de las Obras** en la Fecha Prevista de Terminación sin que el Contratista adopte medidas para acelerar el ritmo de ejecución de los trabajos pendientes y que le generen gastos adicionales.
>
> 28.2 El Gerente de Obras determinará si debe prorrogarse la Fecha Prevista de Terminación y por cuanto tiempo, dentro de los 21 días siguientes a la fecha en que **el Contratista solicite al Gerente de Obras una decisión sobre los efectos de una Variación o de un Evento Compensable y proporcione toda la información sustentadora**. Si el Contratista no hubiere dado aviso oportuno acerca de una demora o no hubiere cooperado para resolverla, la demora debida a esa falla no será considerada para determinar la nueva Fecha Prevista de Terminación.»
>
> [El resaltado es nuestro]

De las cláusulas antes citadas, este Tribunal Arbitral advierte que, en efecto, las partes han establecido un procedimiento para el otorgamiento de un plazo adicional para la ejecución de las obras, siendo uno de los requisitos que se haya presentado una solicitud ante el Gerente de Obras.

No obstante lo anterior, este Colegiado considera pertinente advertir que el cumplimiento o no de uno de los requisitos del procedimiento establecido por las partes para el reconocimiento de un mayor plazo de ejecución de obra, forma parte del análisis de la procedencia o no de las controversias sometidas a su conocimiento mas no determina la incompetencia alegada por PARSALUD.

Bajo la tesitura antes expuesta, este Tribunal Arbitral es de la posición de que cuenta con plena competencia para conocer sobre aquellas ampliaciones

de plazo que no hayan sido puestas a conocimiento del Gerente de Obras, sin perjuicio de la fundabilidad o no de la pretensión, máxime si fueron las partes las que establecieron en la cláusula 24.1 de las Condiciones Especiales del Contrato que todo litigio o controversia, derivados o relacionados con el Contrato, será resuelto mediante arbitraje.

b4. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES

En síntesis al análisis de los Puntos Controvertidos respecto de las excepciones, este Colegiado emite su pronunciamiento:

- **DECLARAR INFUNDADA** la Excepción de incompetencia deducida por el Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD II – respecto a la impugnación de la resolución del contrato.

- **DECLARAR INFUNDADA** la excepción de la excepción de incompetencia deducida por el Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD II – respecto a las decisiones del Gerente de Obras y a las pretensiones que debieron ser puestas a su consideración.

B.2. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

Habiéndose determinado la competencia de este Tribunal arbitral para conocer todas las controversias sometidas a su conocimiento, corresponde que se analicen los argumentos de las partes para determinar su fundabilidad. Ahora bien, las controversias que han sido puestas a conocimiento de este Colegiado Arbitral están relacionadas con el Contrato de Ejecución de Obras 17-2012-PARSALUD/BID celebrado entre PARSALUD y el Contratista el 23 de mayo del 2012, derivado de la Licitación Pública Internacional N° 009-2010-PARSALUD/BID: «Ejecución de Obras en la Región Amazonas – Tercera Convocatoria», por la suma total de S/.7´756,056.17, incluido el IGV, a suma alzada («Contrato»), con financiamiento del Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial de acuerdo a los Contratos de Préstamos N° 2092/OC-PE y 7643-PE suscritos con la República del Perú.

Conforme lo dispone la cláusula CGC 1.1 (r)[9] de las Condiciones Especiales del Contrato, las Obras que el Contratista se obligó a ejecutar consistían en las siguientes:

N°	Obras – LOTE 02	Descripción
1	«Nuevo Centro de Salud Ocalli».	Comprende la ampliación de 1,128.44 m2 de construcción de obra nueva, con una duración de 240 días calendario.

[9] La descripción de estas tres Obras consta también en la cláusula CGC 1.1 (dd) de las Condiciones Especiales del Contrato.

2	«Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza».	Comprende la remodelación de 184.80m2 de edificación existente y la ampliación de 738.01 m2 de construcción de obra nueva, con una duración de 150 días calendario.
3	«Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Tingo».	Comprende la remodelación de 181.70 m2 de edificación existente y la ampliación de 779.10 m2 de construcción de obra nueva, con una duración de 180 días calendario.

Como contraprestación por la ejecución de las Obras, PARSALUD aceptó la Carta de Oferta del Contratista «a suma alzada, para la ejecución y terminación de dichas Obras y la subsanación de cualquier defecto de las mismas, por el monto de S/.7'756,056.17 (Siete Millones Setecientos Cincuenta y Seis Mil Cincuenta y Seis con 17/100 Nuevos Soles), incluido el Impuesto General a las Ventas (IGV) y cualquier otro tributo»[10].

En la ejecución de las Obras el Contratista solicitó prórrogas al plazo de ejecución de las Obras que fueron concedidas parcialmente o denegadas en su totalidad por el Gerente de Obras, por PARSALUD y/o el Conciliador Decisorio, y que a la postre determinaron que PARSALUD resolviera el Contrato por incumplimiento del Contratista al haberse alcanzado el monto máximo de indemnización por daños y perjuicios.

La diferente posición que las partes mantienen sobre los pedidos de ampliación de plazo y sobre la resolución del Contrato ha generado buena parte de la controversia cuya solución ha sido encargada al Colegiado Arbitral, las cuales pueden ser agrupadas en cinco grandes temas, a saber:

1. Grupo de pretensiones relacionadas con las ampliaciones de plazo.

   - ✓ Obra Nuevo Centro de Salud de Ocalli.
   - ✓ Obra Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza.
   - ✓ Obra Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Tingo.

2. Grupo de pretensiones relacionadas con las penalidades impuestas por PARSALUD.

3. Grupo de pretensiones relacionadas con la devolución de retenciones, devolución del fondo de garantía y el pago de costos de renovación de fianzas.

4. Grupo de pretensiones relacionadas con la decisión de PARSALUD de resolver el Contrato.

5. Grupo de pretensiones relacionadas con el enriquecimiento sin causa o indemnizaciones por mayores costos y por mayores metrados.

[10] Segunda página del Contrato – Antecedentes

En este sentido, con el objeto de lograr una mejor comprensión de la materia controvertida, el Colegiado analizará la controversia en función de las pretensiones conforme a la clasificación efectuada en el apartado precedente.

a. SOBRE EL MAYOR PLAZO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 1 PARA LA OBRA «NUEVO CENTRO DE SALUD DE OCALLI»

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la primera pretensión principal, que el Tribunal Arbitral declare la Nulidad y/o Ineficacia del Informe N° 003-2013-EMM/CPA-CONSORCIO ACI CONESUPSA, mediante el cual se aprobó la ampliación de plazo N° 01 que se solicitó para la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli» por 54 días calendarios y, en consecuencia, se deje sin efecto la segunda adenda del contrato N° 017-2012-PARSALUD/BID que modifica el plazo de ejecución de obra por dicho periodo.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la segunda pretensión principal, que el Tribunal Arbitral apruebe la ampliación de Plazo N° 01 por 148 días calendario que se presentó para la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli», en razón de los atrasos ocasionados por la demora en la entrega de los planos modificados del proyecto que subsanaron la incompatibilidad de la topografía real del terreno con los planos del expediente técnico.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la primera pretensión accesoria a la segunda pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 158,197.08 (Ciento Cincuenta y Ocho Mil Ciento Noventa y Siete con 08/100 Soles) incluido IGV, por concepto de mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 01 de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli», más el pago de los intereses legales correspondientes desde la fecha de presentación de la demanda hasta la fecha efectiva de pago.

a1. <u>RESPECTO DEL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO</u>

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL

Dando inicio a los fundamentos que sustentan la demanda interpuesta, el Contratista señala que con fecha 23 de mayo de 2012 suscribió con

PARSALUD el Contrato N° 17-2012-PARSALUD/BID con el objeto de ejecutar las obras «Nuevo Centro de Salud Ocalli», «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza» y «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Tingo» en la Región Amazonas, por un monto total de S/ 7´756,056.17, bajo el sistema de contratación a suma alzada.

Asimismo, informa que se estableció en el contrato – CEC 1.1 – la entrega parcial de las obras en los siguientes plazos:

- «Nuevo Centro de Salud Ocalli», que comprende la ampliación de 1,128.44 m^2 de construcción de obra nueva, con una duración de 240 días calendario.

- «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza», que comprende la remodelación de 184.80 m^2 de edificación existente y la ampliación de 738.01 m^2 de construcción de obra nueva, con una duración de 150 días calendario.

- «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Tingo», que comprende la remodelación de 181.70 m^2 de edificación existente y la ampliación de 779.10 m^2 de construcción de obra nueva, con una duración de 180 días calendario.

De otro lado, señala que de acuerdo al literal u) de la primera cláusula de las Condiciones Generales del Contrato – CGC – establece que el Gerente de Obras es la persona encargada de supervisar la ejecución de las obras y administrar el contrato.

En ese sentido, el Contratista sostiene que PARSALUD le comunicó que la supervisión de los trabajos estaría a cargo del Consorcio ACI CONESUPSA representado por el señor Daniel Hernández, quien designó como Gerente de Obras al Señor Carlos Mendizábal Palacios.

Del mismo modo, sostiene que el 21 de junio de 2012 PARSALUD realizó la entrega del terreno para la ejecución de la obra del «Nuevo Centro de Salud Ocalli», determinándose como fecha de inicio de obra el día 22 de junio de 2012 y como fecha de término de obra el día 16 de febrero de 2013.

En esta línea, el Contratista señala que, con fecha 14 de febrero de 2013, mediante carta N° 02-2013-RO-NCSO/BTI S.A.C. presentó al Gerente de Obras la solicitud de ampliación de plazo N° 01 de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli» por 148 días calendarios, en razón a los atrasos ocasionados en la ejecución de la obra por la demora en la entrega de los planos modificados que iban a subsanar la incompatibilidad de la topografía real del terreno con los planos del expediente técnico.

Añade que mediante informe N° 003-2013-EMM/CPA-CONSORCIO ACI CONESUPSA, el Gerente de Obras aprueba la ampliación de plazo N° 01 de la obra por 54 días calendarios.
En virtud a lo expuesto, el CONTTRATISTA revela que con fecha 11 de abril de 2013, suscribió con PARSALUD la adenda N° 2, mediante la cual se modificó el contrato en el extremo de ampliar la fecha para la ejecución de la Obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli» por 54 días.

Sostiene además, que de acuerdo a la cláusula 28.1 de las CGC las partes han estipulado que es el Gerente de Obras quien tiene la potestad de aprobar ampliaciones de plazo; en ese sentido, no debe considerarse la suscripción de la adenda como una aceptación al gerente a la decisión del Gerente de Obras. En tal sentido, alega el Contratista que es procedente cuestionar a través del presente proceso la decisión emitida por el Gerente de Obras.

Por tal razón, el Contratista señala que cuestiona el informe N° 003-2013-EMM/CPA-CONSORCIO ASI CONESUPSA, que emitió el Gerente de Obras y que sirvió de base para suscribir la segunda adenda del contrato, toda vez que a través de dicho informe el Gerente de Obras habría determinado la afectación del cronograma de ejecución de obra por 54 días calendarios.

Sostiene además que la ampliación de plazo se sustenta en la demora que incurrió el Gerente de Obras en la entrega de los planos desde que comunicó los defectos del expediente técnico hasta que la supervisión efectuó la entrega de los planos mediante los cuales se corrigió la topografía establecida en el expediente técnico. Esta causal invocada, sostiene el Contratista, afectó la ejecución de los trabajos por un periodo de 148 días calendarios.

Indica además, que la afectación a la ejecución de los trabajos se encuentra acreditada con las anotaciones efectuadas en los asientos del cuaderno de obra N° 79, 80, 85, 86, 134, 214, 217 y 262.

Agrega que, la Entidad y el Gerente de Obra tienen la obligación contractual y legal de subsanar las deficiencias del expediente técnico, las cuales se encuentran establecidas en las ciáusulas 4.1, 18.5, 39.1, 40.1 y 40.3 de las Condiciones Generales del Contrato, en el artículo 13 de la Ley de Contrataciones del Estado y los artículos 10 y 14 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Bajo esta tesitura, el Contratista sostiene que corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia del informe mediante la cual se aprueba la ampliación de plazo N° 1 por 54 días y dejar sin efecto la segunda adenda al contrato.

Párrafos más adelante, alega que la adenda al contrato no establece las razones por las cuales corresponde aprobar la ampliación de plazo N° 01 por 54 días calendarios, en tal sentido, siendo que los actos emanados por las entidades del estado deben contener de modo suficiente las razones de la decisión tomada – *actos administrativos* –, la misma deviene en nula.

POSICIÓN DEL PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD – PARSALUD

Respecto de esta primera pretensión jurídica, PARSALUD precisa que el 11 de abril de 2013 suscribió con el CONTRATIRTA la adenda al contrato de ejecución de obras, en el cual se señala expresamente que *«en concordancia con el pronunciamiento emitido por el gerente de obras, ambas partes acuerdan modificar la fecha prevista de terminación de la obra «nuevo centro de salud OCALLI», siendo su nueva fecha de terminación el 11 de abril de 2013, considerando que se ha encontrado procedente su ampliación de plazo por cincuenta y cuatro (54) días calendarios»*.

Bajo estas prerrogativas, PARSALUD sostiene que la segunda adenda al contrato es vinculante y de obligatorio cumplimiento, a mérito de lo dispuesto por el artículo 168° del Código Civil que establece que *«el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya interpretado en él»*.

Alega además que de acuerdo al artículo 1361° del Código Civil *«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»*.

En esta línea de ideas, PARSALUD sostiene que mediante la suscripción de la segunda adenda al contrato, el Contratista ha aceptado el pronunciamiento del Gerente de Obras, por lo tanto es inaceptable jurídicamente que BB Tecnología intente desconocer la validez de su contenido.

a2. <u>RESPECTO DEL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO</u>

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL

La parte demandante informa que con fecha 14 de febrero de 2013 presentó al Gerente de Obras la solicitud de ampliación de plazo N° 01 de la obra «Nuevo Centro de Salud OCALLI» por 148 días calendarios, en razón de los atrasos ocasionados en la ejecución de la obra por la demora en la entrega de los planos modificados que iban a subsanar la incompatibilidad de la topografía real del terreno con los planos del expediente técnico.

Sostiene que la cláusula 28.1 de las Condiciones Generales del Contrato, en lo sucesivo CGC, establece respecto de la aprobación de las ampliaciones de plazo que será *el gerente de obras el que deberá prorrogar la fecha prevista de terminación cuando se produzca un evento compensable o se ordene una variación que haga imposible la terminación de las obras en la fecha prevista de terminación.*

Acto seguido, el Contratista manifiesta que, la demora en la entrega de los planos, de acuerdo a la cláusula 44.1 de las CGC, es considerado un evento

compensable, que le otorga la posibilidad de solicitar una la ampliación de plazo, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:

- Que se solicite al gerente de obras la ampliación o prórroga de la fecha de terminación por eventos compensables.

- Que se proporcione toda la información sustentadora.

Bajo este análisis agrega que ellos han cumplido cabalmente con los requisitos señalados en el párrafo anterior para la aprobación de la ampliación de plazo bajo análisis.

En este sentido, sostiene que la demora en la entrega de planos modificados del proyecto impidió la ejecución normal de los trabajos de obra, y que este suceso es un evento compensable de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 44.1 de las CGC.

Agrega que, desde el 27 de agosto de 2012, fecha en el que comunicaron al Gerente de Obras que la topografía existente no concordaba con el expediente técnico, hasta el 22 de enero de 2013, fecha en el que se efectuó la entrega de los planos modificados, transcurrieron 148 días calendarios.

Seguidamente, informa que el Gerente de Obras, ante la inconsistencia de los planos del expediente técnico con la topografía existente, finalmente decidió reubicar la estructura proyectada, tal variación, si bien contractualmente no es un evento compensable, las partes han estipulado también que por su causa podría prorrogarse la fecha prevista de terminación de obra, conforme lo establecido en la cláusula 28.1 de las CGC.

Por lo tanto, concluye que ya sea por el evento compensable – demora en la entrega de los planos modificados – o por la variación ordenada por el Gerente de Obras – reubicación de la estructura proyectada – corresponde que se le otorgue la ampliación de plazo.

De otro lado, afirma que la causal de la ampliación de plazo solicitada fue informada oportunamente al gerente de obras mediante anotaciones en el cuaderno de obras, específicamente en los asientos 61, 79, 85 y 262. Asimismo el gerente de obras constató la incompatibilidad tipográfica existente, dejando constancia de tales hechos en los asientos 80, 84, 86 y 134 del cuaderno de obra.

Finalmente, sostiene que está plenamente demostrado que la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud Ocalli» se vio afectada por causas ajenas a la voluntad del Contratista, en tal sentido corresponde que este Colegiado apruebe la ampliación de plazo N° 1 para la obra «Nuevo Centro de Salud Ocalli» por 148 días calendarios.

POSICIÓN DEL PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD – PARSALUD

Respecto a esta segunda pretensión, PARSALUD extiende los argumentos expuestos en la contestación a la primera pretensión de la demanda. Esto es, PARSALUD sostiene que esta pretensión debe declararse infundada en tanto que existe una adenda suscrita con el Contratista, en donde de común acuerdo decidieron que la ampliación de plazo N° 1 para la obra «Nuevo Centro de Salud Ocalli», debería ser aprobada solo por 54 días calendarios, no existiendo motivo alguno para declarar la invalidez y/o ineficacia de este acto jurídico.

Agrega PARSALUD que, de declarar el Colegiado la invalidez y/o ineficacia de la adenda al contrato, la pretensión también debe ser declarada infundada en tanto el plazo aprobado por el Gerente de Obras es acorde a derecho por lo que hace extensivo los argumentos expuestos en la carta N° C-013-SORA-148-13 y en el informe N° 003-2013-EMM/CPA-CONSORCIO ACI – CONESUPSA.

a3. <u>RESPECTO DEL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO</u>

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL

Sobre esta pretensión accesoria, el Contratista sostiene que de acuerdo a lo estipulado en la cláusula 44.2 de las CGC *si un evento compensable ocasiona costos adicionales o impide que los trabajos se terminen con anterioridad a la fecha prevista de terminación se deberá aumentar el precio del contrato.*

Adicionalmente, alega que si bien en la cláusula 44.3 de las CGC se ha establecido el trámite para presentar la proyección de costos, este no pudo ser presentado debido a que el Gerente de Obras jamás comunicó su pronunciamiento respecto de la ampliación de plazo N° 01.

Considera el Contratista que los costos adicionales a ser reconocidos por la ampliación de plazo N° 1 del «Nuevo Centro de Salud Ocalli» deben ser calculados en base al incremento del gasto general variable por efecto de la extensión del plazo de ejecución contractual de obra.

En relación a la forma en cómo deben de calcularse los gastos generales variables, el Contratista informa que no se ha establecido en el contrato el proceso de cálculo técnico, dejando al libre albedrío la demostración de los gastos ocasionados por los eventos compensables que pudieran afectar la ejecución de la obra.

En ese sentido, el Contratista sostiene que a fin de que PARSALUD pueda pagar los costos adicionales que generó el evento compensable que generó la ampliación de plazo N° 01, ha dividido el gastos general variable ofertado por

el número de días de plazo de ejecución de obra para determinar el gasto general diario.

Por consiguiente sostiene que el gasto general variable diario ofertado asciende a la suma de S/ 905.85, el cual multiplicado por los 148 días de ampliación de plazo arroja la suma de S/ 158,197.08, monto que solicita sea reconocido y pagado por PARSALUD.

POSICIÓN DEL PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD – PARSALUD

Sobre este punto, PARSALUD indica que en el contrato de ejecución de obra no reconoce el concepto de «gasto generales», si no el concepto de «aumento de precio del contrato» el cual se efectúa por gestión del Gerente de Obras, de acuerdo a los costos efectivamente acreditados.

De otro lado, PARSALUD sostiene que no corresponde el pago de los gastos generales variables en tanto que ha demostrado que no corresponde otorgarle la ampliación de plazo solicitada.

Agrega que, en el supuesto negado de que el Colegiado considere que le corresponde al Contratista el reconocimiento de los gastos generales solicitados, debe tenerse en cuenta que el Contratista, a fin de determinar el monto de los gastos generales, está utilizando los gastos generales variables de su oferta como si el contrato de las obras fueran a precios unitarios, lo cual no es pertinente, en la medida que el contrato de ejecución de obra es a suma alzada.

Bajo esta tesitura, PARSALUD sostiene que el Contratista debe acreditar fehacientemente los mayores gastos generales, motivo por el cual, considera que tampoco corresponde reconocer dichos montos.

a4. <u>POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL</u>

En relación a los presentes puntos controvertidos, de la lectura de las pretensiones formuladas por el Contratista, este Colegiado advierte que en ellas se ha requerido el pronunciamiento de tres (3) controversias: (i) La Nulidad y/o Ineficacia del Informe N° 003-2013-EMM/CPA-CONSORCIO ACI CONESUPSA, mediante el cual se aprobó la ampliación de plazo N° 01 para la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli» por 54 días calendarios y, a consecuencia de ello, se deje sin efecto la segunda adenda del contrato N° 017-2012-PARSALUD/BID que modifica el plazo de ejecución de obra por dicho periodo; (ii) La aprobación de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 1 por 148 días calendario que se presentó para la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli»; (iii) el reconocimiento y pago por concepto de mayores gastos generales e intereses legales.

En tal sentido, estando las controversias relacionadas entre sí, el Colegiado Arbitral considera conveniente realizar un análisis en conjunto, a fin de determinar la fundabilidad o no de las pretensiones formuladas la parte demandante; para tal efecto se analizará, en primer lugar, la normativa a aplicar en el presente caso.

Así, debe considerarse que, con fecha 23 de mayo de 2012, PARSALUD y el Contratista suscribieron el Contrato N° 17-2012-PARSALUD/BID con el objeto de ejecutar las obras «Nuevo Centro de Salud Ocalli», «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza» y «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Tingo» en la Región Amazonas.

De acuerdo a lo estipulado en la cláusula 3.1 de las Condiciones Especiales del Contrato, las partes establecieron que la Ley que gobierna el Contrato es la Ley de Perú; así, en aplicación del artículo IX del Título Preliminar del Código Civil, la norma a aplicar en el presente caso es la de nuestro código sustantivo. En efecto, de acuerdo a la norma antes referida, «Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza».

Otro aspecto que este Tribunal Arbitral estima pertinente dilucidar previamente a continuar con el análisis de la controversia es el referido a la noción de convenio y la de contrato; para tal efecto cabe precisar que la real academia de la lengua española define al convenio[11] como: *1. m. Ajuste, convención, contrato*; mientras que el contrato[12] es definido como: *1. m. Pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas. 2. m. Documento que recoge las condiciones de este convenio.*

Queda claro entonces que al referirnos a la expresión convenio o contrato, nos estamos refiriendo a la misma idea, por ello, se hace pertinente, realizar el análisis a partir de lo que nuestro sistema jurídico ha realizado en relación a esta noción.

El artículo 1351 del Código Civil peruano de 1984 señala en relación al contrato lo siguiente:

> «Noción de contrato
> Artículo 1351.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.»

Asimismo, el artículo 1402 del mismo cuerpo normativo señala:

> «Objeto del contrato

[11] http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=convenio
[12] http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=

> Artículo 1402.- El objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones.»

Las normas jurídicas invocadas, permiten a este Tribunal Arbitral concluir que el contrato o convenio, según quiera llamársele, consiste en un acuerdo arribado entre dos partes, con el propósito de poner en movimiento una relación jurídica sustantiva generadora de obligaciones, ya sea creándola, regulándola, modificándola o extinguiéndola.

La doctrina se ha pronunciado respecto del contrato señalado que «*se puede definir como un acuerdo de voluntades, verbal o escrito, manifestado en común entre dos, o más, personas con capacidad (partes del contrato), que se obligan en virtud del mismo, regulando sus relaciones relativas a una determinada finalidad o cosa, y a cuyo cumplimiento pueden compelerse de manera recíproca, si el contrato es bilateral, o compelerse una parte a la otra, si el contrato es unilateral. Es el contrato, en suma, un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones relativos*»[13].

Así, los Tribunales de Justicia de la Nación también se han pronunciado en relación a la noción de contrato sosteniendo que: «*El artículo 1351 del Código civil define el contrato como el acuerdo de dos o más partes para crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial y se forma por la perfecta coincidencia entre la propuesta y la aceptación que es lo que se denomina consentimiento.*»[14]

Por otro lado, los artículos 1352 y 1359 señalan textualmente:

> «*Perfección de contratos*
> Artículo *1352.- Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad.*
>
> *Conformidad de voluntad de partes*
> Artículo *1359.- No hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria.*»

Las normas citadas, hacen referencia al principio de consensualidad, que es entendido como «*el resultado del consenso entre las partes respecto a las formas y condiciones de un negocio, de un acuerdo o compromiso. Como es*

[13] Díez-Picazo y Ponce De León, L., y Guillón Ballesteros. Sistema de Derecho Civil. Volumen II. Teoría general del contrato. La relación obligatoria en general. Las relaciones obligatorias en particular. 1ª edición. Editorial Tecno. Madrid, 1977.Pág. 212.
[14] Cas. 1345-98. Lima. Sala Civil de la Corte Suprema. EL PERUANO, 30-01-1999

obvio, sólo existe consenso cuando todas las partes integrantes de un negocio aceptan, expresan su voluntad respecto a las condiciones pactadas en él»[15].

En este tenor, el Estado Peruano a través de los órganos estatales encargados de administrar justicia ha señalado que «*nuestra legislación sustantiva en materia contractual recoge el principio del consensualismo, mediante el cual los contratos se perfeccionan con el consentimiento de las partes. En el proceso de formación del contrato deben distinguirse dos hechos distintos, la conclusión del contrato y su perfeccionamiento. La conclusión del contrato es consecuencia de las declaraciones de voluntad común o sea el consentimiento desde el momento en que la aceptación recoge la declaración contenida en la oferta, haciéndola suya y es conocida por el oferente, el contrato queda concluido, produciendo efectos*»[16].

Teniendo en cuenta lo señalado, el análisis de la materia controvertida inicia con la evaluación al Informe N° 003-2013-EMM/CPA-CONSORCIO ACI CONESUPSA, a fin de determinar si corresponde o no declarar su ineficacia.

De la nulidad del informe

El Contratista ha planteado como pretensión que se deje sin efecto legal el Informe N° 003-2013-EMM/CPA-CONSORCIO ACI CONESUPSA emitido por la supervisión de la obra, en atención a que mediante este documento se habría denegado la solicitud N° 1 de prórroga de la fecha de terminación de la Obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli».

Teniendo en cuenta lo expuesto, es pertinente traer a la vista las partes más importantes del documento «Informe N° 003-2013-EMM/CPA-CONSORCIO ACI CONESUPSA», a fin de corroborar si la denominación que le ha sido otorgada corresponde a su naturaleza o si, por el contrario, de su contenido puede concluirse lo contrario.

Chachapoyas, 19 de Febrero del 2013

INFORME N° 003 -2013-EMM/CPA-CONSORCIO ACI-CONESUPSA

A	:	*Ing. DANIEL HERNANDEZ CARDENAS* *Representante Legal CONSORCIO ACI CONESUPSA*
DE	:	*Ing. ENRIQUE MONTENEGRO MUGUERZA* *SUPERVISOR COORDINADOR*
ASUNTO	:	*APROBACION DE AMPLIACION DE PLAZO N° 01 DEL PROYECTO "NUEVO CENTRO DE SALUD DE OCALLI"*
REFER.	:	*Contrato de Ejecución de Obras N° 017-2012/PARSALUD/BID* *L.P.I. N° 009-2010-PARSALUD/BID: "Ejecución de Obras de la Región Amazonas-Tercera Convocatoria"* *CARTA CMP-005-2013/IUSP*

[15] Díez-Picazo y Ponce De León, L., y Guillón Ballesteros. Sistema de Derecho Civil. Volumen II. Teoría general del contrato. La relación obligatoria en general. Las relaciones obligatorias en particular. 1ª Edición. Editorial Tecno. Madrid, 1977.Pág.312.

[16] Exp. 451-93-Callao. Normas Legales. Tomo 232. Pág. 1-17.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.-

- *El Contratista evidenció la incompatibilidad de los planos del proyecto en ejecución con la topografía real del terreno.*
- *El Contratista comunica a esta Supervisión vía cuaderno de obra solicitando la consulta al Proyectista o el pronunciamiento de esta supervisión.*
- *El Contratista continuó con los trabajos de ejecución de obra del sector "A" tal y como constan en los planos del proyecto.*
- *El Contratista informa que para la ejecución de los trabajos en el Sector B y C se debe ejecutar un muro de contención de manera de garantizar una buena ejecución de obra.*
- *El Contratista efectúa el nuevo levantamiento topográfico en Coordinación con esta supervisión.*
- *La entidad cumple con remitir los Planos Modificados de la Obra del Centro de Salud de Ocalli al contratista.*
- *En los planos modificados, los Proyectistas reubican el Sector B, parte del Sector C y proyectan estructuras de contención.*
- *La incompatibilidad de la Topografía Real del Terreno respecto a los Planos del Proyecto, que ha generado el causal y la Falta de Planos Modificados del Proyecto efectivamente, están contempladas en la Cláusulas C.G.C.44.1(c) y C.G.C.44.2 del Contrato suscrito.*
- *El Contratista solicita la Ampliación de Plazo N° 01 debido a la incompatibilidad de la Topografía Real del Terreno respecto a los Planos del Expediente Técnico y la Falta de los Planos Modificados del Proyecto "Nuevo Centro de Salud Ocalli, que se evidencio desde el 27 de Agosto del 2012 y se entregó el 21 de Enero del 2013 haciendo un total de 148 días.*
- *Ante las ocurrencias descritas por el Jefe de Supervisión de Ocalli, el declara que es viable y procedente una ampliación de plazo solicitada por el contratista.*
- *El sector "A" se encontraba en ejecución, lamentablemente por falta de liquidez de la empresa contratista, paralizaciones por el personal de obra por incumplimiento de pago y demora en la entrega de materiales a obra por falta de pago a los proveedores; no se concluyó este sector en el plazo contractual.*
- *Según la opinión del Jefe de Supervisión, después de haber efectuado los cálculos para determinar la ampliación de plazo de obra (ANEXO 01), es viable y procedente otorgar la ampliación de plazo solicitada por el contratista pero de 54 días calendarios por el causal de Incompatibilidad de la topografía presentada en el expediente técnico y la realidad imposibilitando continuar con los trabajos de ejecución de obras en los sectores B , C y exteriores no ejecutados.*
- *Por lo que esta Coordinación, opina favorablemente dicha Ampliación de Plazo N° 01, por 54 días calendarios, después de haber revisado los cálculos elaborados por el Jefe de Supervisión.*

De la ilustración del documento, este Colegiado Arbitral advierte que el documento materia de análisis no deniega la solicitud N° 1 de prórroga de la fecha de terminación para la Obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli», tal como lo afirmado por el Contratista; antes bien, se puede apreciar que en ella se emite una opinión dirigida al supervisor respecto de la solicitud de prórroga presentada por el Contratista, apreciando que dicha prorroga sea concedida por 54 días calendario.

En este sentido, dicho informe no puede entenderse como denegatorio de la ampliación de plazo, pues es un documento suscrito como una comunicación interna de la supervisión hacia el Gerente de Obras, quien es la persona con las facultades para aprobar o denegar las solicitudes de mayor plazo de ejecución de Obra.

Ahora bien, de acuerdo a la Real Academia Española un informe es la *descripción, oral o escrita, de las características y circunstancias de un suceso*

o asunto[17]. De otro lado, de acuerdo con la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley 27444 – un informe es un *acto de mera administración*[18], no constituyendo un acto administrativo.

Así, en términos generales un informe es un hecho, un acontecimiento humano, cuya verificación no produce por sí misma efectos jurídicos; puede ciertamente, en algunos casos, formar parte de la construcción de la voluntad de un sujeto de derecho, o constituir un medio probatorio. En el primero de los casos este hecho se verá reflejado en un hecho con relevancia jurídica – acto jurídico -, en el segundo supuesto, el medio probatorio podrá ser sometido a una valoración probatoria o, ante una patología en la misma, podrá ser materia de impugnación.

En efecto, este Colegiado no puede declarar la ineficacia del informe N° 003-2013-EMM/CPA-CONSORCIO ACI CONESUPSA, pues tal consecuencia implica en sí misma una calificación que no va acorde con su naturaleza. Dicho de otro modo, este Colegiado no puede declarar la nulidad de un hecho al cual el ordenamiento jurídico no le ha ligado consecuencias de derecho.

Sin perjuicio de lo anterior, el informe en tanto que ha sido presentado como medio probatorio al presente proceso podrá ser valorado – de considerarse pertinente – para acreditar algún hecho o suceso.

Ahora bien, continuando con el análisis de la materia controvertida procederemos a la evaluación de la segunda adenda del Contrato, a fin de determinar si corresponde o no declarar su ineficacia; primer punto controvertido.

Sobre la nulidad de la adenda

En el caso que nos avoca, PARSALUD y el Contratista, con fecha 11 de abril de 2013, suscribieron una modificación al Contrato de ejecución de obra N° 17-2012-PARSALUD/BID – adenda – el cual de acuerdo con la pretensión planteada por la demandante debe ser declarada nula.

En esta adenda, de acuerdo a su tenor literal, las partes han convenido ampliar el plazo de ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli» por 54 días calendario, a raíz de la solicitud N° 1 de mayor plazo de ejecución de obra presentada por el Contratista.

Ahora bien, en principio, una adenda es una adición o complemento añadido a una obra escrita y terminada. En derecho, la obra escrita y terminada puede ser cualquier acto jurídico – en el presente caso es un contrato – y, la adenda termina siendo su modificación, ya sea ampliando y/o suprimiendo su contenido - obligaciones.

[17] Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 23º edición. Madrid, octubre 2014, consultado en: http://dle.rae.es

[18] Incisos 1.2.1 y 1.2.2 del artículo 1 de la ley del Procedimiento [illegible]

Cabe resaltar, que el contrato de obra en el Código Civil[19] no se haya supeditado a la exigencia de formalidad alguna, antes bien, en concordancia con el principio de libertad de forma[20] que gobierna en nuestro ordenamiento jurídico, esta puede celebrarse y *modificarse* conforme hayan las partes expresado su voluntad de realizarlo.

Así, resulta pertinente señalar que los contratos, en tanto su característica convencional, son obligatorios – o ley – para las partes, quienes al celebrarlos en mérito al principio de libertad contractual y respetando los límites de éste, se obligan a observar obligatoriamente todo aquello a lo que se han comprometido, dando cabal cumplimiento a sus obligaciones asumidas; en tal sentido, tenemos que el artículo 1361 del Código Civil señala lo siguiente:

> «Artículo 1361.- 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.»

En efecto, tal como lo señalado por Pérez Gallardo[21] «*hasta el momento de la creación del vínculo las partes son libres de contratar o no. Luego de haber formalizado el contrato, las normas que de él surgen las obligan y las sujetan a su contenido*». La obligatoriedad alcanza ciertamente también a las modificaciones efectuadas al contrato – adendas –.
Resulta pertinente resaltar que dicha norma debe ser entendida en concordancia con lo dispuesto por el Artículo 1363° del Código Civil que establece que:

> «Artículo 1363.- Efectos del Contrato
> Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no trasmisibles.»

Sobre el particular, la Corte Suprema de la República ha señalado que:

> «Los contratos son expresión del acuerdo de voluntad común de las partes, mediante los cuales se crean obligatoriamente de cumplimiento obligatorio en cuanto se haya expresado en ellos, aplicación del principio «pacta sunt servanda.»

Asimismo, la mencionada Corte expresa que:

[19] El contrato de obra se encuentra regulado en los artículos 1771° al 1789° del Código Civil Peruano.
[20] Artículo 143 del Código Civil.
[21] Pérez Gallardo Leonardo, Código Civil Comentado por los 100 Mejores Especialistas, t. VII, Lima, Gaceta Jurídica, p. 230.

> «Los contratos vinculan a las partes que lo celebran, palabra que vine del latín vinculum que quiere decir atadura y que es gráfico para explicar la fuerza del contrato, que evidentemente obliga a las partes que lo celebren.»

Sobre la fuerza vinculante del Contrato, que debe ser observada y acatada por ambas partes del presente proceso arbitral, Barbero ha señalado que:

> «El contrato produce sus efectos entre las partes contratantes no tiene efectos frente a terceros, sino en los casos previstos por la ley. Si las partes celebran el contrato regulando sus propios intereses es lógico que los efectos contractuales sean para ellas.»

En otro aspecto, el artículo 168° del Código Civil establece que «*El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe*».

Ahora bien, con la suscripción de la adenda bajo análisis, las partes pactaron modificar la Fecha Prevista de Terminación de la Obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli» en razón a la solicitud de la ampliación de plazo N° 1 presentado por el Contratista con fecha 14 de febrero de 2013:

> «Por medio de la presente, en concordancia con el pronunciamiento emitido por el Gerente de Obras, **ambas partes acuerdan modificar la Fecha Prevista de Terminación de la Obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli», siendo su nueva Fecha de Terminación de Obra el 11 de abril de 2013, considerando que se ha encontrado procedente su ampliación de plazo por cincuenta y cuatro (54) días calendario**.»
>
> [El resaltado es nuestro]

Lo antes descrito no es pues una simple formulación lírica, sino muy por el contrario, es una exigencia que las partes han asumido en pleno ejercicio de su libertad. En este sentido, corresponde tener presente en todo momento el contenido de la adenda – y el Contrato –, en tanto que es en su contenido donde se ha plasmado los derechos y obligaciones de las partes; así, si las partes han acordado de forma voluntaria determinadas obligaciones, estas no poden ser desconocido en sede arbitral.

Ahora bien, el Contratista argumenta que la adenda al contrato debe ser declarada nula y/o ineficaz en tanto que, de acuerdo a su postura, el plazo que se les debió otorgar a razón de la solicitud de ampliación de plazo N° 1, es mayor a lo estipulado en la adenda; para tal efecto, el Contratista alega y sustenta en todo momento que existe una mayor afectación al cronograma de ejecución de la obra, el mismo que prueba con asientos del cuaderno de obra

y con el análisis a la ruta crítica. Adicionalmente sostiene que, la firma de la adenda no debe considerarse como una aceptación a la decisión del gerente de obras sobre la aprobación de la ampliación de plazo N° 1 por 54 días calendarios, en razón a que el contrato a previsto el derecho del Contratista a cuestionar la decisión del Gerente de Obras a través de la conciliación o el arbitraje.

A efectos de determinar si tiene asidero fáctico y jurídico la imputación realizada por la Entidad es pertinente dar cuenta de las causales de nulidad y anulabilidad prescritas en los artículos 219 y 221 del código Civil:

> «Causales de nulidad
> Artículo 219.- El acto jurídico es nulo:
> 1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
> 2. Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.
> 3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
> 4. Cuando su fin sea ilícito.
> 5. Cuando adolezca de simulación absoluta.
> 6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
> 7. Cuando la ley lo declara nulo.
> 8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.
>
> Causales de anulabilidad
> Artículo 221.- El acto jurídico es anulable:
> 1. Por incapacidad relativa del agente.
> 2. Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.
> 3. Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.
> 4. Cuando la ley lo declara anulable.»

Frente a este escenario, tenemos que, lo alegado por el contratista no acredita ninguna causal de nulidad y/o anulabilidad de la adenda suscrita por las partes con la finalidad de modificar la Fecha Prevista de Terminación de la Obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli».

De otro lado, si bien es innegable el derecho del Contratista a cuestionar la decisión del Gerente de Obras a través de la conciliación o el arbitraje; también es innegable, al menos que se pruebe lo contrario, que el Contratista acordó con PARSALUD modificar la fecha prevista de terminación de la Obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli», sólo por cincuenta y cuatro (54) días calendario, por la ampliación de plazo N° 1. Este Colegiado tiene en cuenta que, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1361 del Código Civil, se presume que la declaración expresada en el contrato – adenda – responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

En este sentido, de los argumentos expuestos por las partes y las pruebas que obran en los actuados arbitrales, este Colegiado Arbitral no encuentra justificación alguna para declarar la nulidad de la adenda numero dos suscrita por las partes con fecha 11 de abril de 2013, máxime si el Contratista no ha probado ante este Colegiado Arbitral la existencia de alguna de las causales de nulidad o anulabilidad del acto jurídico.

En suma, los considerandos expuestos, apuntan a la conclusión de que no corresponde declarar la nulidad de la segunda adenda suscrita por las partes con fecha 11 de abril de 2013.

Sobre la solicitud de ampliación de plazo y el pago de los Mayores Gastos Generales

Ahora bien, el segundo y tercer punto controvertido, está relacionado con las pretensiones referidas a la aprobación de la ampliación de plazo N° 1 para la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli» y a consecuencia de ello ordene a PARSALUD pagar los mayores gastos generales que de ella se pudieran derivar. Veamos.

> «**SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL.**- Que, el Tribunal Arbitral **apruebe la ampliación de Plazo N° 01 por 148 días calendario** que se presentó **para la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli»**, en razón de los atrasos ocasionados por la demora en la entrega de los planos modificados del proyecto que subsanaron la incompatibilidad de la topografía real del terreno con los planos del expediente técnico».
>
> **PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL**.- Que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 158,197.08 (Ciento Cincuenta y Ocho Mil Ciento Noventa y Siete con 08/100 Soles) incluido IGV, por concepto de **mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 01 de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli»**, más el pago de los intereses legales correspondientes desde la fecha de presentación de la demanda hasta la fecha efectiva de pago».
>
> [El resaltado es nuestro]

Conforme se observa del enunciado de las pretensiones, existe una clara vinculación entre ellas y la primera pretensión principal analizada en el apartado anterior, en tanto que, sólo si ella es declarada fundada, dejando sin efecto la segunda adenda al contrato del 11 de abril de 2013, corresponderá que se analice la procedencia del mayor plazo de ejecución de obra N° 01 por

148 días, el cual a su vez abrirá la posibilidad de analizar la procedencia o no del pago de los mayores Gastos Generales.

Conforme a lo anterior, habiéndose determinado que no corresponde declarar nula la segunda adenda del Contrato, habida cuenta que, fueron las partes las que han convenido que la solicitud de mayor plazo de ejecución de obra N° 1 para la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli» sea procedente solo por el plazo de 54 días calendarios, no existe fundamento para que este Colegiado otorgue un mayor plazo de terminación de obra.

Por las razones expuestas, este Colegiado desestima también la pretensión solicitada por el Contratista, referida a la procedencia de la ampliación de plazo N° 1 por 148 días calendarios, para la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli» y al respectivo pago de los gastos generales.

a5. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

En síntesis al análisis de los Puntos Controvertidos, este Colegiado emite su pronunciamiento respecto a las siguientes pretensiones presentadas en la Demanda Arbitral: (1) Primera Pretensión Principal; (2) Segunda Pretensión Principal; y, (3) Primera Pretensión Accesoria a la Segunda Pretensión Principal:

- **DECLARAR IMPROCEDENTE** la Primera Pretensión Principal, analizada en el Primer Punto Controvertido, en el extremo referido a la nulidad e ineficacia del Informe N° 003-2013-EMM/CPA-CONSORCIO ACI CONESUPSA, e **INFUNDADA**, en el extremo referido a la ineficacia de la segunda adenda del contrato N° 017-2012-PARSALUD/BID que modifica el plazo de ejecución de obra por 54 días calendario.

- **DECLARAR INFUNDADA** la Segunda Pretensión Principal, analizada en el Segundo Punto Controvertido, por lo que no corresponde aprobar la ampliación de Plazo N° 01 por 148 días calendario que presentó BB Tecnología Industrial S.A.C. para la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli».

- **DECLARAR INFUNDADA** la Primera Pretensión Accesoria a la Segunda Pretensión Principal, analizada en el Tercer Punto Controvertido; consecuentemente, no corresponde ordenar al Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD – cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 158,197.08 (Ciento Cincuenta y Ocho Mil Ciento Noventa y Siete con 08/100 Soles) incluido IGV, por concepto de mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 01 de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli», más el pago de los intereses legales correspondientes desde la fecha de presentación de la demanda hasta la fecha efectiva de pago.

b. SOBRE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 2 PARA LA OBRA «NUEVO CENTRO DE SALUD DE OCALLI»

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la tercera pretensión principal, que el Tribunal Arbitral declare la Nulidad y/o Ineficacia del informe N° 0049-2013-EMM/CPA-CONSORCIO ACI-CONESUPSA, de fecha 26 de abril de 2013, mediante el cual el Gerente de Obras resolvió declarar la improcedencia de la ampliación de plazo N° 02 del «Nuevo Centro de Salud Ocalli» por carecer de sustento técnico.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la cuarta pretensión principal, que el Tribunal Arbitral apruebe la ampliación de plazo N° 02 por 35 días calendarios que presentó para la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud Ocalli», a causa de los atrasos ocasionados en la ejecución de la obra por la obstrucción de las vía de transporte entre las localidades de Lonya Grande, Calpon, Yungasuyo y Ocalli, como consecuencia de las intensas precipitaciones pluviales que se presentaron en la región de Ocalli, Luya y Amazonas, en los meses de febrero, marzo y abril del 2013.

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la primera pretensión accesoria a la cuarta pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/. 37,411.48 (Treinta y Siete Mil Cuatrocientos Once con 48/100 Soles), incluido IGV, por concepto de mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 02 de la obra «Nuevo Centro de Salud Ocalli», más el pago de los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda hasta la fecha efectiva de pago.

b1. <u>RESPECTO DEL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO</u>

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL

Dando inicio a los fundamentos que sustentan el presente punto controvertido, el Contratista sostiene que, con fecha 08 de abril de 2013, mediante carta Nº 10-2013-RD-NCSD/BBTI SAC, presentó al Gerente de Obras la solicitud de ampliación de plazo Nº 02 del «Nuevo Centro de Salud Ocalli» por 35 días calendarios, por la obstrucción de las vías de transporte entre Lonya Grande, Galpón, Yungasuyo y Ocalli como consecuencia de las

deslizamientos y hundimientos de talud, derrumbe de rocas, huaycos, desborde de ríos y/o quebradas producto de las intensas precipitaciones pluviales que afectaron el transporte de los materiales a obra.

Adicionalmente sostiene que, con fecha 26 de abril de 2013 el Gerente de Obras mediante Carta Nº C-013-SORA-179-13, del 26.04.2013, de fecha 25 de abril de 2013, comunicó al Contratista la improcedencia de la ampliación de plazo Nº 02 del «Nuevo Centro de Salud Ocalli», en mérito al informe Nº 0049-2013- EMM/CPA-CONSORCIO ACI CONESUPSA y la carta Nº CMP-011-2013/JSUP emitidos por la Supervisión de Coordinación y el Jefe de Supervisión de Obra.

Asimismo informa que, de acuerdo con la carta Nº CMP-011-2013/JSUP, que emitió el Jefe de Supervisión de Obra, el mismo recomendó al Coordinador de Supervisión declarar la improcedencia de la ampliación de plazo Nº 02 del «Nuevo Centro de Salud Ocalli» por las siguiente razones:

a) Desde el mes de octubre del 2012, el Residente informa al Supervisor de Obras de las intensas lluvias que están atrasando el transporte de materiales desde Lonya Grande hasta Ocalli.

b) También es cierto que con el Asiento Nº 146 del Supervisor de Obra, del 08 de octubre de 2012, se pronuncia al Supervisor así «... se le recuerda al Residente que en reiteradas veces se solicitó que se remitiera a la obra el 100% de los materiales, antes del inicio de obras, así como antes del inicio de la temporada de lluvias, se solicita al Contratista llevar un control de paralizaciones por lluvia y reportar ésta a la supervisión»

c) El Contratista no ha presentado a la fecha un registro de paralizaciones de obra.

d) El Contratista no cumplió con enviar el 100% de los materiales a obra el Calendario propuesto. Hizo caso omiso a las indicaciones del Supervisor quien reiteradas veces se le solicitó esta acción según asientos Nº 146 en el cuaderno de obra.

e) Hoy día, el atraso del transporte pesado, por la obstrucción de la carretera debido a las intensas lluvias es una consecuencia directa de la negligencia por planificación y logística del Contratista, deficiencias evidenciadas en informes especiales y situaciones anteriores.

f) Es cierto que en los días indicados por el Contratista el transporte pesado no puede transitar por la carretera, desde el Caserío de Campoi hasta el Distrito de Ocalli. Pero, si transita el transporte ligero conformadas por Camionetas 4x4 doble tracción trasladando comestibles, ropa y otros desde Lonya Grande y abasteciendo los poblados aledaños.

g) Es cierto que el flete se ha incrementado por responsabilidad del Contratista según inciso (b) y (e) de las presentes conclusiones.

h) También es cierto que en estos meses el flete se ha incrementado, pero el costo del Contratista por no ceñirse a su calendario ofertado y reprogramarlos y según en los ítems b) y e) de las conclusiones.

i) A la fecha el Contratista no ha remitido calendarios reprogramados de obra.

Adicionalmente alega el Contratista que, mediante informe Nº 0049-2013-EMM/CPA-CONSORCIO ACI CONESUPSA, de fecha 26 de abril de 2013, emitido por la Supervisión de Coordinación, el mismo resolvió declarar la improcedencia de la ampliación de plazo Nº 02 del «Nuevo Centro de Salud Ocalli»; sin embargo no se advierte con exactitud las razones por las cuales arribó a dicha decisión.

Del mismo modo sostiene que, del acápite Análisis General de la Ampliación de Plazo Nº 02, la Coordinación de Supervisión, encargada de decidir finalmente si se prorroga o no la fecha prevista de terminación de obra, no ha señalado de manera clara las razones de hecho y de derecho por las cuales no cabría aprobar la ampliación de plazo Nº 02, pues solo se ha limitado a citar los asientos de cuaderno de obra de la supervisión y del residente.

Bajo esta tesitura, colige el Contratista que la decisión emitida por la Coordinación de Supervisión carece de una adecuada motivación, que ocasiona su nulidad de pleno derecho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10º de la Ley de Procedimiento Administrativo General- Ley 27444, de aplicación supletoria al contrato suscrito por las partes, cuyo tenor literal cita.

Agrega el Contratista que, las disposiciones establecidas en la Ley de Procedimiento Administrativo General - Ley 27444 se extienden al Gerente de Obras dado que es el representante técnico de la Entidad en obra, aquel por tratarse de actos de representación en mérito a los cuales la Entidad basará sus decisiones.

En este sentido, concluye el Contratista que, dado que el informe Nº 0049-2013-EMM/CPA-CONSORCIO ACI CONESUPSA, de fecha 26 de abril de 2013, emitido por la Supervisión de Coordinación, mediante el cual resolvió declarar la improcedencia de la ampliación de plazo Nº 02 del «Nuevo Centro de Salud Ocalli» carece de motivación, el mismo deberá ser declarado nulo y/o ineficaz respecto de nuestra representada.

Sin perjuicio de lo señalado, el Contratista indica que las razones por las cuales el Jefe de Supervisión señaló que no corresponde aprobar la ampliación

de plazo Nº 02 del «Nuevo Centro de Salud Ocalli» carecen de sustento técnico en base a lo siguiente:

A. En relación al transporte del 100% de los materiales de obra desde antes del inicio de las obras:

Bajo este acápite el Contratista informa que, el supervisor de obra señaló en relación a los atrasos ocasionados a la obra por la obstrucción de las vías de transporte que, mediante asiento Nº 146 de fecha 08 de octubre de 2012, solicitó al Contratista en reiteradas oportunidades el transporte del 100% de los materiales de obra desde antes del inicio de obras y antes del inicio de la temporada de lluvias que se comunicaron desde el mes de octubre de 2012.

Seguidamente sostiene al respecto que, que el pedio de la supervisión de obra de transportar todos los materiales a obra desde antes del inicio de los trabajos es totalmente contraproducente y resulta una práctica inusual en el rubro de la construcción de obras, por cuanto los materiales se transportan al lugar de la obra según proceso constructivo y avance de obra programado.

Agrega el Contratista que, de lo contrario se presentarían situaciones de caducidad del cemento para el vaciado del concreto, corrosión del acero, daños a los materiales, desorganización en la distribución de los mismos.

B. En relación a la presentación de un registro de paralizaciones de obra

Sobre este punto, el Contratista alega que el requerimiento de la entrega de un registro de paralizaciones de obra por parte de la Supervisión carecía de objeto, por cuanto el Residente de Obra comunicó mediante diversos asientos de cuaderno de obra la suspensión de la partida de transporte de materiales y no la paralización de la obra.

Seguidamente indica, que la suspensión de la partida de transporte de materiales no implicó la paralización de la obra, toda vez que el evento compensable descrito en la ampliación de plazo Nº 02 del «Nuevo Centro de Salud Ocalli» ocasionó la suspensión de una de las partidas del presupuesto de obra, en cambio la paralización de obra implica necesariamente la paralización de todas las partidas del mismo.

En ese sentido, señala el Contratista que la suspensión de la partida de transporte de materiales ocasionó retrasos en la ejecución de la obra, más no su paralización, por cuanto el Contratista se encontraba ejecutando en otros frentes, tales como relleno y compactación de las zonas adyacentes del sector A, vaciado de veredas con el poco material que se encontraba en almacén, tal como desprende de los asientos Nº 328, 332, 341, 343, 349, 353, 369, 373, 376, 378, 380, 382 y 388 que seguidamente detalla.

Adicionalmente refiere que los asientos antes descritos demuestran que las fuertes precipitaciones pluviales provocaron la suspensión de la partida de

transporte de materiales y no la paralización de la obra; agrega que, no obstante lo anterior la obra se vio retrasada por causas ajenas a la voluntad del Contratista, toda vez que sin materiales era imposible avanzar con los trabajos de obra.

Asimismo, indica el Contratista que el impedimento en el transporte de materiales mediante vehículos de carga pesada y, consecuente suspensión de la ejecución de dicha partida fue constatada por el Jefe de Supervisión de obra mediante los asientos Nº 327, 350, 358, 362, 377, 379, 381,383 y 389, cuyo tenor literal detalla.

Bajo ese razonamiento, concluye el Contratista que no cabía solicitar la presentación de un registro de paralización de obra, por cuanto el Jefe de Supervisión de Obra directo constató la obstrucción de la carretera Lonya Grande - Ocalli como consecuencia de las fuertes precipitaciones pluviales que se estaban presentando durante los meses de febrero, marzo y abril de 2013.

C. En relación a que el Supervisor indica que si transita el transporte ligero conformados por Camionetas 4 X 4

Bajo este acápite el Contratista informa que, pese a que el supervisor reiteró, mediante carta Nº CMP-011-2013/JSUP, que en los días indicados por el Contratista el transporte de carga pesada no podía transitar por la carretera Lonya Grande Ocalli, señaló que el transporte ligero sí podía transitar, indicando con ello que el Contratista debía trasladar los materiales a obra en vehículos de carga ligera.

En relación a lo anterior, el Contratista sostiene que no tenía la obligación de contratar nuevos vehículos de carga ligera para el transporte de materiales a obra, en razón a que la compra de materiales lleva consigo el pago del flete.

Adicionalmente sostiene que, realizar el alquiler de vehículos ligeros o asimiles para el transporte del material implicaría realizar un costo adicional que no corresponde realizar al Contratista, por cuanto para la ejecución de la obra se pactó un monto fijo integral.

Señala además que, la obstrucción de la carretera incrementó el flete, por causas ajenas a su voluntad, por lo que no puede asumir los mayores costos que iban a generar el transporte de los materiales, ya que para tales efectos el contrato había previsto el reconocimiento de costos adicionales por los eventos compensables establecidos en el contrato que pudieran retrasar la ejecución de la obra.

D. En relación a que atraso de transporte pesado es una consecuencia directa de la negligencia por planificación y logística del Contratista.

El Contratista sostiene en este apartado que, no ha cometido negligencia por cuanto estuvo transportando los materiales según proceso constructivo de obra y que los atrasos ocasionados por la obstrucción de la carretera se deben

a fenómenos naturales de carácter imprevisible e irresistible y por ende ajenos a la su voluntad.

Asimismo señala que, si bien cierto los fenómenos naturales provocaron la obstrucción de la vía de transporte, su permanencia en ese estado se ha dado por la negligencia de las autoridades municipales en liberar la carretera Lonya Grande - Ocalli de los deslizamiento de terreno y rocas, lo cual constituyen un evento compensable según lo estipulado en el literal h) de la cláusula 44.1 de las Condiciones Generales del Contrato.

Bajo esta tesitura alega que, de acuerdo con el evento compensable descrito el Alcalde de la Municipalidad Distrital de Ocalli no cumplió con realizar la limpieza y reparación de la carretera Lonya Grande - Ocalli, lo cual generó el retraso en la ejecución de las partidas de obra, por cuanto sin materiales de obra era imposible cumplir con el cronograma de avance de obra.

En este sentido concluye que, el incumplimiento de la máxima autoridad de la Municipalidad Distrital de Ocalli en la limpieza del terreno es un evento compensable, por lo que los retrasos en la ejecución de la obra, específicamente en la ejecución de la partida de transporte de materiales debe ser considerados para ampliar el plazo de ejecución de obra por el tiempo en que la carretera estuvo obstruida.

POSICIÓN DEL PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD - PARSALUD

Iniciando con sus argumentos, PARSALUD informa que extiende como sustento los argumentos expuestos por el Gerente de Obras en la Carta N° C-013-SORA-179-13 y su adjunto (Informe N° 0049-2013-EMM/CPA-CONSORCIO ACI - CONESUPSA), los cuales han sido presentados como Anexo 18 por el Contratista.

Sin perjuicio de lo anterior, PARSALUD señala que el Contratista intenta sustentar su solicitud argumentando unas supuestas intensas lluvias y la falta de abastecimiento de materiales, que le habrían impedido en forma imprevisible cumplir con sus obligaciones.

Asimismo sostiene que, se debe tener presente que el Contrato de Ejecución de Obras N° 017-2012-PARSALUD/BID, que es Ley para las Partes, estableció en su literal f) de la Cláusula 44, una serie taxativa y precisa de «eventos que ameritan compensación», por cuyos supuestos se admite una prórroga de la fecha de terminación de la obra y un ajuste a la retribución.

En este sentido, PARSALUD sostiene que, el «Evento Compensable» originado en la «condición más desfavorable del terreno», sólo se origina cuando el Contratista no hubiera podido inferir RAZONABLEMENTE la condición del terreno a partir de: a) La información brindada a los postores; b) La información pública; o, c) La inspección visual del sitio de obras.

En este orden de ideas PARSALUD sostiene que era condición expresa del Contrato, que sólo en la medida que el Contratista no hubiera podido inferir Razonablemente la condición del terreno a partir de cualquiera de los tres (3) citados hechos de manera independiente, se podría reconocer el pago por dichos Eventos Compensables.

Sobre la información brindada a los postores

Bajo este acápite PARSALUD informa que en el Contrato de Ejecución de Obras N° 017-2012-PARSALUD/BID, que es LEY PARA LAS PARTES, señala en su Cláusula 2.3 (i) de sus Condiciones Especiales, que forma parte integral del mismo, los Expedientes Técnicos.

De este modo sostiene PARSALUD que, en el Expediente Técnico se advirtió expresamente en el numeral 2.00 «Ubicación del Establecimiento de Salud» de la Memoria Descriptiva General, que existían precipitaciones pluviales:

> «Las precipitaciones pluviales se presentan entre los meses de enero a mayo».

Asimismo agrega que, en el Literal B de las Especificaciones Técnicas Generales del Expediente de Contratación del C.S. Ocalli, se dispuso lo siguiente:

> «El Contratista deberá tener en cuenta las condiciones y variaciones del clima, así como las vías de comunicación, problemas de agua, energía eléctrica, accesos, lluvias y otros factores y preverlos en la ejecución de la obra de manera que no perjudique el avance de la misma.»

De otro lado, PARSALUD alega que se debe tener presente que Artículo 1315° del Código Civil señala que el «*Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso*».

Bajo esta tesitura sostiene PARSALUD que, al haberse señalado expresamente en el Expediente Técnico que la ocurrencia de precipitaciones pluviales y la obligación del Contratista de prever sus posibles contingencias, no constituye un hecho extraordinario ni imprevisible que se hayan producido lluvias, en la medida que el Contratista, al momento de formular su oferta tenía conocimiento de la intensidad de las precipitaciones en la zona donde se ejecutaría la obra.

En este sentido, PARSALUD concluye que no encuentra amparo en el Artículo 1315° del Código Civil considerar que es una imposibilidad técnica, que las lluvias hayan afectado la zona de trabajo, en la medida que estas no tienen el

atributo de ser extraordinarias o imprevisibles, en el ámbito del Contrato de Ejecución de Obras Nº 017-2012-PARSALUD/BID.

Sobre la inspección visual del sitio de obras

Bajo este acápite PARSALUD sostiene que, es carga de todo deudor, en el marco de una relación obligatoria, desenvolverse con la debida diligencia en la ejecución de la prestación, que es la diligencia exigible según las circunstancias.

PARSALUD sostiene que la exigencia de esta carga particular de diligencia para El Contratista, se refleja en la recomendación que se hizo en las Bases de la Licitación (Documentos de Licitación), Disposiciones Generales de la Sección 1, numeral 8.1 de las «Instrucciones a los Licitantes», para que éstos «visiten» e «inspeccionen» el sitio en que se instalará la obra y sus alrededores, y obtenga por sí mismos, «bajo su propia responsabilidad, toda la información que pueda necesitar para preparar la oferta y celebrar un contrato para la construcción de la obra. El costo de la visita al sitio de Obra correrá por cuenta del Oferente». Asimismo, agrega que en el Pliego de absolución de Consultas se recomendó enfáticamente, que los postores visiten el sitio de obras (consulta 6).

En este orden de ideas PARSALUD fundamenta que en el proceso de selección se señaló la responsabilidad del ofertante de verificar el sitio de obras, en forma previa a efectuar su oferta a Suma Alzada, por lo que a su vez podía razonablemente inferir los factores climáticos de la zona.

La información pública

En este apartado PARSALUD expone que el Contratista actuando razonablemente, considerando la magnitud y la ubicación de la zona de obras, podía diligentemente obtener los reportes del SENAMHI a fin de identificar la intensidad de las lluvias en la zona de obras lo cual tampoco efectuó.

Bajo estas tesituras, PARSALUD alega que no se cumple los presupuestos establecidos en el Contrato de Ejecución de Obras Nº 017-2012-PARSALUD/BID, para considerar que se ha producido un «Evento Compensable».

b2. RESPECTO DEL QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL

El Contratista inicia sus argumentos informando que, con Carta Nº 10-2013-RD-NCSD/BBTI SAC del 08 de abril del 2013, presentó al Gerente de Obras la solicitud de ampliación de plazo Nº 02 por 35 días calendarios, por la obstrucción de las vías de transporte entre Lonya Grande, Calpón, Yungasuyo y Ocalli.

Adicionalmente advierte que con Carta Nº C-013-SORA-179-13, del 26.04.2013, el Gerente de Obras le comunicó que luego de haber revisado la solicitud de Ampliación de Plazo Nº 02 por 35 días calendarios, la misma resulta improcedente.

Por último, comunica que de acuerdo con la cláusula 28.1 de las Condiciones Generales del Contrato son requisitos para la aprobación de las ampliaciones de plazo: (i) Que, el Contratista solicite al Gerente de Obras la ampliación o prórroga de la fecha prevista de terminación por los eventos compensables establecidos en la cláusula 44.1 del Contrato o cuando el Gerente se ordene una variación (ii) Que, el Contratista proporcione toda la información sustentadora.

Evento compensable

Bajo este acápite el Contratista sostiene que sustentó la ampliación de plazo Nº 02 del «Nuevo Centro de Salud Ocalli» por el evento compensable establecido en el literal h) de la cláusula 44.1 de las CGC, cuyo tenor literal es el siguiente:

> «44.1 Se considerarán eventos compensables los siguientes:
> [...]
> h) Otros Contratista, autoridades públicas, empresas de servicios públicos, o el Contratante no trabajan conforme a las fechas y otras limitaciones estipuladas en el Contrato, causando demoras o costos adicionales al Contratista».

Alega adicionalmente que, de acuerdo con los asientos de cuaderno de obra adjuntos a la ampliación de plazo, el Contratista solicitó al Gerente de Obras se prorrogue la fecha prevista de terminación de obra por el tiempo en que la vía de transporte entre Lonya Grande y Ocalli permaneció obstruida como consecuencia de los deslizamientos y hundimientos de talud de la carretera, derrumbe de rocas, huaycos, desborde de ríos y/o quebradas producto de las intensas precipitaciones pluviales que se presentaron en los meses de febrero, marzo y abril de 2013.

En esta línea de argumentos, el Contratista sostiene que las fuertes precipitaciones pluviales que se presentaron en la Región Ocalli provocaron el crecimiento del caudal del rio y la inundación de la vía de transporte desde Lonya Grande hasta Ocalli, lo cual originó que se produjera el deslizamiento y hundimiento del talud de la carretera y consecuentemente la obstrucción de la misma para el tránsito de los vehículos de carga pesada.

Alega que, el impedimento en el transporte de los vehículos de carga pesada se debió a que la vía afectada era una carretera trocha, la cual antes las fuertes lluvias se vieron seriamente afectadas por su excesiva saturación

conforme se demuestra del panel fotográfico que se adjunta al informe de la ampliación de plazo Nº 02.

En este sentido el Contratista sostiene que, considerando los atrasos que el impedimento en el transporte de los vehículos de carga pesada ocasionó en su cronograma de obra, por la imposibilidad de transportar los materiales de obra, mediante cartas Nº 06-2013-RO-NCSO/BBTI-SAC y Nº 08-2013-RO-NCSO/BBTI-SAC, que se acompañan al expediente de ampliación de plazo, el Contratista solicitó al Alcalde de la Municipalidad Distrital de Ocalli realice las gestiones pertinentes con los gobiernos locales afectados para que se proceda a rehabilitar la carretera Lonya Grande – Ocalli.

Asimismo informa que, pese a sus requerimientos la Municipalidad Distrital de Ocalli no cumplió con reparar la vía de transporte conforme a sus atribuciones, permaneciendo obstruida la carretera que permite el ingreso a Ocalli desde el 27 de febrero hasta el 03 de abril de 2013.

A) Información sustentadora

Continuando con sus argumentos el Contratista alega en este apartado que, la obstrucción de la carretera y consecuente impedimento del tránsito de los vehículos de carga pesada que afectaron la partida de transporte de materiales se sustentó en diversas anotaciones de cuaderno de obra que a continuación se detallan:

Asientos Nº 328, del residente de obra de fecha 28.02.2012
Asientos Nº 332, del residente de obra de fecha 02.03.2012
Asientos Nº 341, del residente de obra de fecha 07.03.2012
Asientos Nº 343, del residente de obra de fecha 08.03.2012
Asientos N° 349, del residente de obra de fecha 12.03.2012
Asientos N° 353, del residente de obra de fecha 14.03.2012
Asientos Nº 371, del residente de obra de fecha 25.03.2012
Asientos Nº 376, del residente de obra de fecha 27.03.2012
Asientos Nº 378, del residente de obra de fecha 28.03.2012

En esta línea de ideas, el Contratista sostiene que con los asientos señalados anteriormente, se demuestra que ellos cumplieron con comunicar al Jefe de Supervisor de Obra de manera inmediata la obstrucción de la carretera Lonya Grande - Ocalli desde el inicio de su ocurrencia hasta el día 35 de obstrucción como consecuencia de la inacción de las autoridades municipales.

Adicionalmente informa que, la fuertes precipitaciones pluviales durante los meses de octubre a diciembre del año 2012 en la zona de Ocalli - Lonya Grande ocasionaron deterioros en la plataforma del terreno de la carretera, inundaciones – la cuales a su vez causaron el deslizamiento y hundimiento del talud de la carretera – y derrumbe de rocas en 12 puntos de la carretera Lonya Grande, Calpón, Yungasuyo y Ocalli, tal como se demuestra del panel fotográfico que obra en el expediente de ampliación de plazo.

Sostiene que la inestabilidad de la vía de transporte y su obstrucción por derrumbe de rocas y huaycos afectaron la ejecución de la partida de transporte de materiales y el desarrollo normal de la obra por el retraso y posterior impedimento en la llegada de materiales a obra, ya que sin materiales de obra era imposible seguir ejecutando la obra.

Los daños a la carretera no solo suspendieron la ejecución de la partida de transporte de materiales, sino también la pérdida de horas hombre y horas máquina, pues sin material de obra el Contratista no podía ejecutar la obra a un ritmo normal.

Sostiene que, lo antes descrito acredita que la obstrucción de la vía de transporte afectó la ejecución de la partida de transporte de materiales, lo cual fue constatado por el Jefe de Supervisión de Obra desde Lonya Grande hasta Ocalli.

De este modo concluye el CONTRATSTA que, conforme consta de los asientos de cuaderno de obra Nº 371, 373 y 378 y cartas Nº 06-2013-RO-NCSO/BBTI-SAC y Nº 08-2013-RO-NCSO/BBTI-SAC, el Residente de Obra solicitó a la máxima autoridad del Distrito de Ocalli el mantenimiento y rehabilitación de la carretera afectada, siendo dicha inacción de la Entidad que estuvo retrasando la obra un evento compensable tal como se indica en la C.G.C.44.1 (h) del Contrato suscrito.

B.1 Cuantificación de la ampliación de plazo

(a) Inicio del evento compensable

Bajo este acápite el Contratista informa que el Supervisor de Obra en el Asiento Nº 327 del 27.02.13, da fe de las fuertes lluvias producidas y noticia al Contratista que no llega a la obra los coordinadores del PARSALUD, por derrumbes y crecidas de ríos en la carretera, razón por la cual se toma como fecha de inicio de la causal el 28.02.2013, toda vez que a partir de esta fecha se lleva en el Cuaderno de Obra un registro de la afectación en la Ejecución de la Obra por esta causal, para posteriormente cuando cese la causal solicitar la Ampliación de Plazo respectiva.

(b) Fin del evento compensable

En este apartado el Contratista indica que la presentación del informe de la solicitud de Ampliación de Plazo N°02 la causal aún seguía vigente pero al estar cerca la fecha de término de la obra, se tomó como fecha de cese de la causal el 03 de abril del 2013.

De lo antes expuesto el Contratista concluye lo siguiente:

Periodo de ampliación de plazo : Del 28.02.13 al 03.04.2013

Total de ampliación de plazo : 35 días calendarios

B.1 Cuantificación de la ampliación de plazo

En este acápite el Contratista alega que las ampliaciones de plazo no están condicionadas a la afectación de la ruta crítica, no obstante ello, alegan que estos sucesos si afectaron la ruta crítica.

En esta línea de ideas, sostiene que la obstrucción a las vías de transporte entre las localidades de Lonya Grande, Calpon, Yugasuyo y Ocalli, no permitió el transporte de materiales a la obra, lo cual originó que no se puedan ejecutar las partidas de vaciados de concreto armado tanto en techos como vigas, entre otras partidas enlazadas.

Agrega que, tomando como base la partida 7. CONCRETO ARMADO donde aumentamos los 35 días calendarios de ampliación, el cronograma corre con la misma cantidad de días:

POSICIÓN DEL PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD - PARSALUD

Para sustentar su posición respecto de esta pretensión, PARSALUD extiende lo argumentos expuestos para desvirtuar la tercera pretensión formulada por el Contratista.

b3. RESPECTO DEL SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL

Sobre esta pretensión accesoria, el Contratista sostiene que de acuerdo a lo estipulado en la cláusula 44.2 de las CGC si un evento compensable ocasiona costos adicionales o impide que los trabajos se terminen con anterioridad a la fecha prevista de terminación se deberá aumentar el precio del contrato.
Considera el además que los costos adicionales a ser reconocidos por la ampliación de plazo N° 2 del «Nuevo Centro de Salud Ocalli» deben ser calculados en base al incremento del gasto general variable por efecto de la extensión del plazo de ejecución contractual de obra.

En ese sentido, el Contratista sostiene que a fin de que PARSALUD pueda pagar los costos adicionales que generó el evento compensable que generó la ampliación de plazo N° 02, ha dividido el gastos general variable ofertado por el número de días de plazo de ejecución de obra para determinar el gasto general diario.

Por consiguiente sostiene que el gasto general variable diario ofertado asciende a la suma de S/ 905.85, el cual multiplicado por los 35 días de ampliación de plazo arroja la suma de S/ 37,411.48, monto que solicita sea reconocido y pagado por PARSALUD.

POSICIÓN DEL PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD - PARSALUD

Sobre este punto, PARSALUD indica que el contrato de ejecución de obra no reconoce el concepto de «gasto generales», si no el concepto de «aumento de precio del contrato» el cual se efectúa por gestión del Gerente de Obras, de acuerdo a los costos efectivamente acreditados.

De otro lado, PARSALUD sostiene que no corresponde el pago de los gastos generales variables en tanto que ha demostrado que no corresponde otorgarle la ampliación de plazo solicitada.

b4. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En relación a los presentes puntos controvertidos, de la lectura de las pretensiones formuladas por el Contratista, este Colegiado advierte que en ellas se ha requerido el pronunciamiento de tres (3) controversias: (i) La Nulidad y/o Ineficacia del Informe N° 0049-2013-EMM/CPA-CONSORCIO ACI-CONESUPSA, de fecha 26 de abril de 2013; (ii) La aprobación de la ampliación de plazo N° 02 por 35 días calendarios para la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud Ocalli»; y, (iii) el reconocimiento y pago por concepto de mayores gastos generales e intereses legales.

En tal sentido, estando las controversias relacionadas entre sí, este Colegiado ha considerado conveniente realizar un análisis en conjunto, a fin de determinar la fundabilidad o no de las pretensiones formuladas la parte demandante.

De este modo, una primera cuestión a determinar refiere a si corresponde o no declarar la Nulidad y/o Ineficacia del Informe N° 0049-2013-EMM/CPA-CONSORCIO ACI-CONESUPSA, de fecha 26 de abril de 2013, mediante el cual el supervisor de la obra recomendó declarar improcedente la ampliación de plazo N° 02 para la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli» por 35 días calendarios.

Sobre la nulidad del informe

El Contratista ha planteado como pretensión que se deje sin efecto legal el Informe N° 0049-2013-EMM/CPA-CONSORCIO ACI-CONESUPSA emitido por la supervisión de la obra, en atención a que mediante este documento se habría denegado la solicitud N° 2 de prórroga de la fecha de terminación de la Obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli».

Así, para iniciar con el presente análisis debemos observar en primer lugar su naturaleza, a fin de poder identificar cuáles serían las consecuencias jurídicas que le serán aplicables.

Conforme los argumentos expuestos por este Colegiado Arbitral en apartados anteriores, en términos generales un informe es un hecho, un acontecimiento humano, cuya verificación no produce por si misma efectos jurídicos; puede ciertamente, en algunos casos, formar parte de la construcción de la voluntad de un sujeto de derecho, o constituir medios de prueba. En el primero de los casos este hecho se verá reflejado en un hecho con relevancia jurídica – acto jurídico -, en el segundo supuesto, el medio probatorio podrá ser sometido a una valoración probatoria o, ante una patología en la misma, podrá ser materia de impugnación.

Teniendo en cuenta lo expuesto, es pertinente traer a la vista las partes más importantes del documento «Informe N° 0049-2013-EMM/CPA-CONSORCIO ACI-CONESUPSA», a fin de corroborar si la denominación que le ha sido otorgada corresponde a su naturaleza o si, por el contrario, de su contenido puede verificarse que su naturaleza es otra.

Chachapoyas, 26 de Abril del 2013

INFORME N° 0049 -2013-EMM/CPA-CONSORCIO ACI-CONESUPSA

A : *Ing. DANIEL HERNANDEZ CARDENAS*
Representante Legal CONSORCIO ACI CONESUPSA

DE : *Ing. ENRIQUE MONTENEGRO MUGUERZA*
SUPERVISOR COORDINADOR

ASUNTO : *IMPROCEDENCIA DE AMPLIACION DE PLAZO N° 02 DEL PROYECTO "NUEVO CENTRO SALUD DE OCALLI"*

REFER. : *Contrato de Ejecución de Obras N° 017-2012/PARSALUD/BID*
L.P.I. N° 009-2010-PARSALUD/BID: "Ejecución de Obras de la Región Amazonas- Tercera Convocatoria"
CARTA CMP-011-2013/JSUP

Mediante el presente documento me dirijo a usted a fin de comunicarle que la EMPRESA CONTRATISTA BB TECNOLOGIA INDUSTRIAL S.A.C. ha presentado la solicitud de Ampliación de Plazo N° 02 de la Obra. "NUEVO CENTRO DE SALUD DE OCALLI", y que fue revisada y Denegada por el Jefe de Supervisión Ing. Carlos Dario Jesus Mendizabal Palacios, CIP N° 54894, sobre el cual se presenta el siguiente informe

DATOS GENERALES

Licitación Pública Internacional	:	L.P.I. N° 009-2010-PARSALUD/BID
Nombre de la Obra	:	"Nuevo Centro de Salud OCALLI
Propietario	:	Dirección Regional de Salud Amazonas
Programa	:	PARSALUD II
Financiamiento	:	BID-Tesoro Público
Ubicación	:	Ocalli – Luya- Amazonas.
Contratista	:	BB Tecnología Industrial SAC .
Jefe de Supervisió	:	Ing. Carlos Mendizábal Palacios
Residente de Obra	:	Ing. Victor Zacarías Vásquez del Rio
Monto del Presupuesto Contratado	:	S/. 7'756,056.17 Inc. IGV
Monto del Presupuesto de Obra Ocalli	:	S/. 2'371,464.68 Inc. IGV
Modalidad de Contrato	:	A Suma Alzada
Plazo de Ejecución	:	240 días calendarios
Fecha de Firma de Contrato de Obra	:	23 de Mayo 2012

- *Con el Asiento N° 380 del Residente de Obra del [illegible] de Marzo el 2013, comunica a supervisión que la vía [illegible] por lo largo de [illegible] 28 de marzo en horas de la mañana.*
  Con el Asiento N° 381 del Supervisor de Obra del 2[illegible] de Marzo el 2013, La Supervisor da [illegible] lo indicado en el asiento 380 del Residente de Obra.
- *Con el Asiento N° 384 del Residente de Obra del [illegible] de Abril el 2013 comunica a la supervisión que la vía a Ocalli [illegible] el hundimiento citado en el asiento [illegible]*
  Con el Asiento N° 38[illegible] del Residente de Obra del [illegible] de Abril el 2013 comunica a supervisión que remite carta N° [illegible] 2013 – RO – NCSO BBTISAC con fecha [illegible] a la Municipalidad Distrital de Ocalli solicitando realice la rehabilitación del tramo Campo - Yungasuyo, reiterando la solicitud de la carta 06 – 2013 – RO - NCSO BBTISAC
- *Con el Asiento N° 388 del Residente de Obra del 03 de Abril el 2013 comunica a la supervisión que el hundimiento de la plataforma ocasionado en el tramo Campo - Yungasuyo se ha intensificado en un metro mas.*
- *Con el Asiento N° 389 del Supervisor de Obra, del 03 de Abril el 2013, La Supervisor da fe [illegible] lo indicado en el asiento 388 del Residente de Obra.*

ANALISIS LEGAL

- *Expediente Técnico Obra - Nuevo Centro de Salud de Ocalli*
  - *CONTRATO DE EJECUCION DE OBRAS No. 17 – 2012 PARSALUD BID-Licitación Pública Internacional LPI No. 009-2010-PARSALUD BID- "Ejecución de Obras en la región Amazonas – Tercera Convocatoria"*
  - *Bases del Proceso de Seleccion*

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.-

- *Solicito que se comunique a la Empresa Contratista dandole a conocer que se ha declarado improcedente la Ampliación de Plazo No. 02 por los argumentos anotados anteriormente.*
- *Por lo tanto se debe hacer de su conocimiento al PARSALUD sobre dicha Ampliación de Plazo No. 02 que ha sido denegada.*

De la ilustración del documento, este Colegiado Arbitral advierte que el documento materia de análisis no deniega la solicitud N° 2 de prórroga de la fecha de terminación para la Obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli», tal como lo afirmado por el Contratista; antes bien, se puede apreciar que en ella se recomienda declarar improcedente la solicitud de prórroga presentada por el Contratista, hecho que de ningún modo afecta la esfera jurídica de la parte demandante.

De ahí que este Colegiado no pueda declarar su ineficacia, pues tal consecuencia implica en sí misma una calificación que no va acorde con su naturaleza. Dicho de otro modo, este Colegiado no puede declarar la nulidad de un hecho al cual el ordenamiento jurídico no le ha ligado consecuencias de derecho.

Sin perjuicio de lo anterior, el presente informe en tanto que ha sido presentado como medio probatorio al presente proceso podrá ser valorado – de considerarse pertinente – para acreditar algún hecho o suceso.

Ahora bien, continuando con el análisis de la materia controvertida procederemos a la evaluación de la procedencia o no de la ampliación de plazo solicitada por el Contratista, a fin de determinar si corresponde o no declarar su ineficacia.

Sobre la procedencia de la ampliación de plazo N° 2

Antes de pasar analizar el punto controvertido, es pertinente hacer un recuento del marco normativo aplicable a la presente materia controvertida, para lo cual partiremos aludiendo a las disposiciones realizadas en el Contrato, luego del cual citaremos las disposiciones normativas del Código Civil que resulten pertinentes.

En principio, las partes han establecido en las cláusulas N° 28.1 y 28.2 de las Condiciones Generales del Contrato, referidas a Prórroga de Fecha Prevista de Terminación de la Obra, el tratamiento que deberá seguir las ampliaciones de plazo que se soliciten durante su ejecución.

> «28.1 El Gerente de Obras deberá prorrogar la Fecha Prevista de Terminación **cuando se produzca un Evento Compensable** o se ordene una Variación **que haga imposible la terminación de las Obras** en la Fecha Prevista de Terminación sin que el Contratista adopte medidas para acelerar el ritmo de ejecución de los trabajos pendientes y que le generen gastos adicionales.
>
> 28.2 El Gerente de Obras determinará si debe prorrogarse la Fecha Prevista de Terminación y por cuanto tiempo, dentro de los 21 días siguientes a la fecha en que **el Contratista solicite al Gerente de Obras una decisión sobre los efectos de una Variación o de un Evento Compensable y proporcione toda la información sustentadora. Si el Contratista** no hubiere dado aviso oportuno acerca de una demora o **no hubiere cooperado para resolverla, la demora debida a esa falla no será considerada para determinar la nueva Fecha Prevista de Terminación**.»
>
> [El resaltado es nuestro]

Asimismo, el las cláusulas 32.1 y 32.2 de las Condiciones Generales del Contrato, referida a la Advertencia Anticipada, las partes han establecido lo siguiente:

> «32.1 **El Contratista deberá advertir al Gerente de Obras lo antes posible sobre futuros posibles eventos o circunstancias específicas que puedan** perjudicar la calidad de los trabajos, elevar el precio del Contrato o **demorar la ejecución de las obras**. El Gerente de Obras podrá solicitar al Contratista que presente una estimación de los efectos esperados que el futuro evento o circunstancia podrían tener sobre el Precio del Contrato y la Fecha de Terminación. El Contratista deberá proporcionar dicha estimación tan pronto como le sea razonablemente posible.

> 32.2 **El Contratista colaborará con el Gerente de Obras en la preparación y consideración de posibles maneras en que** cualquier participante en los trabajos **pueda evitar o reducir los efectos de dicho evento o circunstancia y para ejecutar las instrucciones que consecuentemente ordenase el Gerente de Obras**.»
>
> [El resaltado es nuestro]

Por último, en la cláusula 44.1 de las Condiciones Generales del Contrato las partes han establecido los eventos que pueden ser causas de ampliación de plazo o prórroga del plazo de terminación de las obras.

> «44.1 **Se consideran eventos compensables los siguientes**:
> [...]
> (f) Las **Condiciones del terreno son más desfavorables que lo que razonablemente se podía inferir** antes de la emisión de la Carta de Aceptación, a partir de la información emitida a los Oferentes (Incluyendo el Informe de Investigación del Sitio de las Obras), la información disponible públicamente y la inspección visual del sitio de las Obras.
> [...]
> (h) Otros contratistas, **autoridades públicas**, empresas de servicios públicos, o el Contratante no trabajan conforme a las fechas y otras limitaciones estipuladas en el Contrato, **causando demoras** o costos adicionales **al contratista**.
> [...]
> (j) Los **efectos sobre el Contratista de cualquiera de los riesgos del Contratante**.»
>
> [El resaltado y las supresiones son nuestras]

De acuerdo con el marco legan antes descrito, en principio las modificaciones a la fecha prevista para la terminación de la obra (1) deben obedecer a eventos considerados compensables (2) advertidos oportunamente por el Contratista, que (3) imposibiliten la terminación de la obra en el plazo previsto; y, (4) que se solicite ante el Gerente de Obras, (5) con toda la información sustentadora[22].

La demora debida a un evento compensable no será considerada para determinar la nueva Fecha Prevista de Terminación cuando (1) el Contratista

[22] Estos requisitos serán verificados en todas aquellas ampliaciones que se hayan puesto a conocimiento de este Colegiado Arbitral, sin perjuicio de la adición de alguna norma o cláusula especial que sea aplicable al caso en particular.

no hubiere dado aviso oportuno acerca de ese evento o no hubiere cooperado para resolverlo.

De lo señalado, importa a este Tribunal Arbitral verificar si en el presente caso se ha cumplido o no con seguir lo que las partes han pactado en el Contrato – Convenio –, a efectos de determinar la procedencia – o no – del mayor plazo de terminación de obra N° 2 para la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli».

Sobre la solicitud ante el Gerente de Obras y el sustento debido

Un primer aspecto que se debe verificar está referido al cumplimiento por parte del Contratista de solicitar la prórroga de la fecha de terminación de Obra ante el Gerente de Obras, con el sustento debido; tema que para este Colegiado Arbitral es ciertamente incontrovertido, en tanto que, de los argumentos expuestos por las partes no se ha advertido manifestación alguna destinada a poner en debate el cumplimiento de esta obligación contractual.

Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal Arbitral ha verificado que el cumplimiento de esta obligación contractual se dio mediante Carta N° 10-2013-RD-NCSD/BBTI SAC[23] de fecha 08 de abril de 2013, mediante la cual el Contratista solicitó al Gerente de Obras la modificación del plazo de terminación de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli» por un lapso de 35 días calendario; en este documento, obran también adjuntos, los sustentos – medios de prueba – que, de acuerdo al criterio del Contratista sustentaban su interés.

De lo dicho hasta aquí, a juicio de este Tribunal Arbitral queda plenamente acreditado que el Contratista ha cumplido, por lo menos, con las formalidades a las cuales se obligaron las partes en la cláusula 28.2 de las Condiciones Generales del Contrato.

Ahora, pasemos a dar cuenta si la solicitud de un mayor Plazo de Terminación de Obra cumple o no con los presupuestos de fondo, esto es, si la causa que originara la solicitud del mayor plazo de ejecución de obra se debe a un evento compensable que afecte la ruta crítica de la obra, haciendo de este modo necesario el plazo.

Sobre el evento compensable

Antes de iniciar con el razonamiento de este apartado, este Tribunal Arbitral estima pertinente advertir, que las partes han establecido en la cláusula 28.1 de las Condiciones Generales del Contrato que los eventos considerados compensables – de comprobarse dicho suceso y se cumplan con las demás condiciones establecidas en el contrato – le dará la posibilidad al Contratista de solicitar una prórroga a la Fecha Prevista de Terminación de la obra.

[23] Anexo N° 17 de la demanda, presentado mediante escrito de fecha 26 de septiembre de 2014

> «28.1 El Gerente de Obras **deberá prorrogar la Fecha Prevista** de Terminación **cuando se produzca un Evento Compensable** o se ordene una Variación **que haga imposible la terminación de las Obras** en la Fecha Prevista de Terminación sin que el Contratista adopte medidas para acelerar el ritmo de ejecución de los trabajos pendientes y que le generen gastos adicionales.»
>
> [El resaltado es nuestro]

Ahora bien, la causal invocada en la solicitud de modificación del plazo de terminación de la obra para el «Nuevo Centro de Salud de Ocalli» está sustentada en la obstrucción de la vía de transporte entre las localidades de Lonya Grande, Calpon, Yungasuyo y Ocalli, debido al deslizamiento y hundimiento del talud, derrumbe de rocas, huaycos, desborde de ríos y/o quebradas, producto de las intensas precipitaciones pluviales que se vienen dando en la Región de Amazonas, suceso que impidió el traslado de materiales para la construcción de la obra.

Cabe advertir que el evento sustento de la ampliación de plazo – obstrucción de la vía de transporte – no es un punto en controversia, en tanto que ambas partes reconocen su acaecimiento en las fechas que van del 28 de febrero de 2013 al 03 de abril de 2013[24].

Antes bien, advierte este Colegiado que el tema en controversia está referida a la subsunción del hecho invocado por el Contratista como sustento de la ampliación de plazo N°2 para la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli» a un determinado supuesto considerado como evento compensable de acuerdo al Contrato, el cual determinará su procedencia o no.

De este modo, por un lado, si bien el Contratista al momento de solicitar la ampliación de plazo[25] no ha indicado expresamente en cuál de los supuestos contractuales – hechos compensables – sustenta su ampliación de plazo, de los argumentos de la demanda este Colegiado advierte que subsume los hechos en el literal (h) de la cláusula 44.1 de las Condiciones Generales del Contrato, la cual establece lo siguiente:

> «44.1 Se consideran eventos compensables los siguientes:
> [...]
> (h) Otros contratistas, **autoridades públicas**, empresas de servicios públicos, o el Contratante no trabajan conforme a las fechas y otras limitaciones estipuladas en el Contrato, **causando demoras** o costos adicionales **al contratista**.
>
> [El resaltado es nuestro]

[24] Este evento se encuentra sustentado en los asientos del cuaderno de obra N° 328, 332,341, 343, 349, 353, 371, 376 y 378.

[25] Carta N° 10-2013-RO-NSCSO/BBTI SA, de fecha 06 de abril de 2013. Anexo N° 17 de la demanda.

Por otro lado, es posición de PARSALUD considerar que el evento alegado por el Contratista para sustentar su ampliación de plazo se subsume en la causal establecida en el literal (f) de la cláusula 44.1 de las Condiciones Generales del Contrato, la cual establece lo siguiente:

> «44.1 Se consideran eventos compensables los siguientes:
> [...]
> (f) Las **Condiciones del terreno son más desfavorables que lo que razonablemente se podía inferir** antes de la emisión de la Carta de Aceptación, a partir de la información emitida a los Oferentes (Incluyendo el Informe de Investigación del Sitio de las Obras), la información disponible públicamente y la inspección visual del sitio de las Obras.
>
> [El resaltado es nuestro]

Ahora bien, advertido lo anterior, este Tribunal Arbitral pasará a analizar y verificar si la obstrucción de la vía de transporte entre las localidades de Lonya Grande, Calpon, Yungasuyo y Ocalli, debido al deslizamiento y hundimiento del talud, derrumbe de rocas, huaycos, desborde de ríos y/o quebradas, producto de las intensas precipitaciones pluviales son o no eventos compensables de acuerdo al contrato.

Sobre el evento compensable establecido en el literal (f) de la cláusula 44.1 de las CGC – Condiciones del Terreno.

De acuerdo con lo alegado por PARSALUD, el Contratista debió inferir razonablemente las condiciones del terreno y prevenir atrasos en la obra a partir de (1) la información que brindaron a los postores, (2) la información pública y (3) la inspección visual del sitio de obras.

En resumen PARSALUD es de la posición, que no puede ser considerado evento compensable la obstrucción de la vía de transporte entre las localidades de Lonya Grande, Calpon, Yungasuyo y Ocalli, pues no hay una condición más desfavorable del terreno de lo que pudo prever el Contratista; dicho de otro modo, alega que el Contratista estuvo en posibilidades de prever atrasos en la obra por sucesos como el que sustenta su ampliación de plazo N° 2 para la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli».

De la lectura de la Memoria Descriptiva de la Obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli», este Tribunal Arbitral corrobora que, en efecto, se ha consignado en este documento que las precipitaciones pluviales se presentan entre los meses de enero a mayo; asimismo, en las Especificaciones Técnicas del Expediente de Contratación de la obra se estableció que el Contratista deberá tener en cuenta las condiciones y variaciones del clima, así como las vías de

comunicación y preverlos en la ejecución de la obra de manera que no se perjudique su avance[26].

2.00 UBICACION DEL ESTABLECIMIENTO DE SALUD

- Departamento : Amazonas
- Provincia : Luya
- Distrito : Ocalli

El distrito de Ocalli donde está ubicado el establecimiento de salud se encuentra a una altitud de 1,878 msnm, con un clima templado y cálido, con temperaturas que varían de acuerdo a las diferentes estaciones del año.

La temperatura media anual es de 18°C. La temperatura máxima es de 30°C y la mínima de 12°C. Las precipitaciones pluviales se presentan entre los meses de enero a mayo.

El Contratista deberá tener en cuenta las condiciones y variaciones del clima, así como las vías de comunicación, problemas de agua, energía eléctrica, accesos, lluvias y otros factores y preverlos en la ejecución de la obra de manera que no perjudique el avance de la misma.

En este punto, cabe señalar que el requisito de la previsión se exige cuando el deudor no previó lo que debía – *contrato* –, en cuyo caso el acontecimiento es imputable al deudor, pues equivale a un hecho suyo. Empero, la previsibilidad no debemos apreciarlo en abstracto, porque si así lo hiciéramos prácticamente todo acontecimiento sería previsible y no existiría, por tanto, el caso fortuito o de fuerza mayor como causa no imputable.

Ahora bien, un acontecimiento es imprevisible cuando los contratantes no tienen motivos atendibles para presumir que éste vaya a suceder. La noción de imprevisibilidad se aprecia, pues, tomando en consideración todas las circunstancias de la obligación. La rareza, el carácter anormal del evento, las remotas posibilidades de realización, configuran el caso fortuito.

FELIPE OSTERLING PARODI, puntualiza sobre estas características que:

> «Acontecimiento extraordinario es todo aquél que sale de lo común, que no es usual. La previsión, por su parte, debe considerarse al tiempo de contraerse la obligación; a diferencia de la irresistibilidad, que se presenta al momento de cumplirla. Si el acontecimiento fuera irresistible desde el momento en que se contrajo la obligación, el acto jurídico sería nulo, porque tendría objeto imposible.»[27]

Ahora, frente a este escenario tenemos que el Contratista alega que los huaycos, crecida de ríos y bloqueo de carreteras son eventos imprevisibles, extraordinarios e irresistibles, pues no se puede prever su acaecimiento. Por

[26] Memoria descriptiva y Especificaciones Técnicas Generales del «Nuevo Centro de Salud de Ocalli». Anexo 2.5 de la Contestación de la demanda.
[27] Osterling Parodi, Felipe. «Las Obligaciones», Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., pág. 234

su parte, PARSALUD alega que en la zona de la obra las lluvias son sucesos normales y que el de acuerdo a la información brindada debió el Contratista de preverlo. Ante estas posturas, este Colegiado Arbitral se pregunta ¿Quién debió de probar la existencia consecutiva de desastres naturales? ¿La información consignada en la Memoria Descriptiva y en las Especificaciones Técnicas de la Obra acreditan que lo alegado por PARSALUD?

Para responder la interrogante planteada, este Tribunal Arbitral tiene en cuenta que la carga probatoria deberá recaer, en principio, en quien afirma hechos que configuran su pretensión o, en quien los contradice alegando nuevos hechos. De lo anterior, este Colegiado llega a la convicción de que, en principio, la carga de probar si los desastres naturales (huaycos, inundaciones, etc...) son hechos normales y/o comunes de la zona en donde se estuvo ejecutando la obra está a cargo de PARSALUD, y es esta Entidad la que deberá soportar el riesgo de esta inacción.

Siendo así el caso, si bien la Entidad ha alegado que la zona en donde se estuvo ejecutando la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli» es una zona de constantes precipitaciones pluviales, los cuales causan obstrucciones en las vías de transporte, deslizamiento de tierras, derrumbe de rocas, huaycos, desborde de ríos y/o quebradas, no existe medio probatorio alguno que permita verificar que la alegación antes señalada sea acorde con la realidad, sino por el contrario, lo único que ha sido plenamente acreditado y reconocido por las partes es que PARSALUD brindo información a el Contratista de que en los meses de enero a marzo existen precipitaciones pluviales.

Ahora bien, los desastres naturales son hechos que no puedan ser dominados de manera completa por el ser humano, pero si se pueden prever su realización en ciertas épocas del año. Pero ¿Hasta dónde llega esa predictibilidad? ¿El Contratista pudo prever que las precipitaciones pluviales causen estragos que perduren 35 días calendarios? ¿Es normal – *común* – que las lluvias causen hechos devastadores?

Este Tribunal Arbitral es de la posición de que, si bien el Contratista debió de prever las calamidades en épocas de lluvia en los meses de enero a marzo, este no podía prever sucesos tan intensos como los huaycos, inundaciones, la ruptura del talud de la trocha Carrozable y demás estragos causados por la naturaleza. No es predecible que sucedan hechos naturales tan devastadores que duren sus efectos 35 días calendarios, ni ningún hecho natural.

Lo antes expuesto autoriza a concluir que la obstrucción de la vía de transporte entre las localidades de Lonya Grande, Calpon, Yungasuyo y Ocalli, debido al deslizamiento y hundimiento del talud, derrumbe de rocas, huaycos, desborde de ríos y/o quebradas, producto de las intensas precipitaciones pluviales, provocaron que las condiciones del terreno sean más desfavorables de lo que razonablemente pudo inferir el Contratista, evento que amerita ser compensado de acuerdo a lo pactado en el Contrato.

Sobre el evento compensable establecido en el literal (f) de la cláusula 44.1 de las CGC – Hecho de Terceros.

Ahora bien, de acuerdo con lo expuesto en la demanda, el Contratista sostiene que la obstrucción de la vía de transporte entre las localidades de Lonya Grande, Calpon, Yungasuyo y Ocalli, debido al deslizamiento y hundimiento del talud, derrumbe de rocas, huaycos, desborde de ríos y/o quebradas, producto de las intensas precipitaciones pluviales, es un evento compensable en tanto que la inacción de las autoridades locales, provinciales y regionales, en la reparación de la trocha carrozable ha causado demoras en la ejecución de la obra, evento compensable estipulado en el literal (i) de la cláusula 44.1 de las Condiciones Generales del Contrato.

> «44.1 Se consideran eventos compensables los siguientes:
> (i) Otros contratistas, **autoridades públicas**, empresas de servicios públicos, o el Contratante no trabajan conforme a las fechas y otras limitaciones estipuladas en el Contrato, **causando demoras** o costos adicionales **al Contratista.**
>
> [El resaltado es nuestro]

Ahora bien, el mantenimiento de las vías de comunicación terrestres (carreteras, trochas, avenidas, etc...) están a cargo de las Entidades del Estado; en este sentido, ante un suceso natural que inhabilite la utilización de estas vías de comunicación, lo esperado es que las autoridades del Estado, en cumplimiento de sus funciones, realicen la actividades necesarias para que la misma entre en funcionamiento lo antes posible.

No obstante lo anterior, este Colegiado considera que la obstrucción de la vía de transporte entre las localidades de Lonya Grande, Calpon, Yungasuyo y Ocalli, debido al deslizamiento y hundimiento del talud, derrumbe de rocas, huaycos, desborde de ríos y/o quebradas, producto de las intensas precipitaciones pluviales, no es acorde con el evento compensable invocado, en tanto que, los hechos deben ser adecuados a las causales que le resulten objetivamente más congruente.

Ciertamente, aun cuando no se haya amparado la posición del Contratista respecto de su posición de subsumir los hechos sustento de la ampliación de plazo N°2 para la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli» a un determinado supuesto – *literal (i) de la cláusula 44.1 de las Condiciones Generales del Contrato* – considerado como evento compensable de acuerdo al Contrato, debe tenerse en cuenta que este Colegiado a determinado que la obstrucción de la vía de transporte entre las localidades de Lonya Grande, Calpon, Yungasuyo y Ocalli, debido al deslizamiento y hundimiento del talud, derrumbe de rocas, huaycos, desborde de ríos y/o quebradas, producto de las intensas precipitaciones pluviales es un evento compensable – *literal (f) de la cláusula 44.1 de las Condiciones Generales del Contrato* –, cumpliéndose de

este modo con otro de los requisitos contractuales para poder ampliar el plazo de terminación de la obra.

Ahora bien, habiendo advertido este Colegiado que la causal invocada por el Contratista configura contractualmente un evento compensable, corresponde analizar si el mismo ha imposibilitado la terminación de la obra en el plazo previsto y ha sido advertido oportunamente por el Contratista.

Sobre la advertencia oportuna y la necesidad del plazo

La oportunidad que tenía el Contratista para comunicar al gerente de obra eventos que pueden ser considerados compensables no tiene una demarcación contractual.

> «32.1 **El Contratista deberá advertir al Gerente de Obras lo antes posible sobre futuros posibles eventos o circunstancias específicas que puedan** perjudicar la calidad de los trabajos, elevar el precio del Contrato o **demorar la ejecución de las obras**. [...].»
>
> [El resaltado es nuestro]

De la cita anterior, se puede apreciar que la oportunidad para comunicar – *advertir* – al gerente de obras eventos que puedan causar demoras en la ejecución de la obra – *compensables* – está regida por la diligencia.

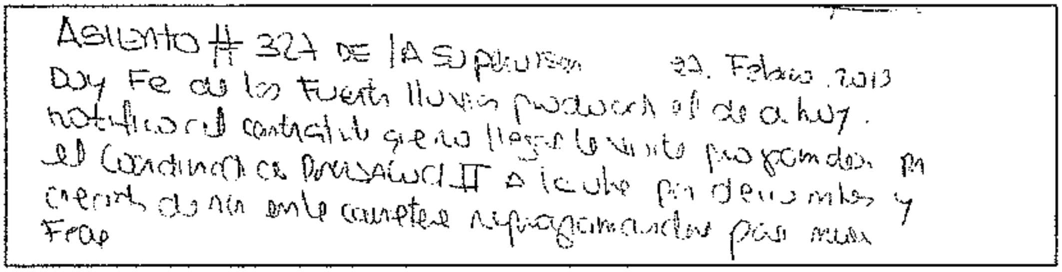
Ahora bien, es un hecho incontrovertido por las partes la comunicación oportuna del evento compensable sustento de la ampliación de plazo bajo análisis. Pese a todo, este Colegiado ha podido advertir que los mismos fueron informados a la supervisión mediante asientos del cuaderno de obra N° 328, 332, 341, 343, 349, 353, 369, 373, 376, 378, 382 y 388[28].

Otro aspecto importante para analizar la procedencia o no de la ampliación de plazo bajo análisis, está referida a la necesidad de la misma – *afectación a la ruta crítica* – para culminar con la ejecución de la obra en el plazo previsto.

La ruta crítica es la secuencia programada de las actividades constructivas de una obra cuya variación afecta el plazo total de ejecución de la obra. De este modo, un evento por sí misma no genera un atraso o paralización en la ejecución de la obra, sino que son sus efectos en la obra (en el terreno o en los materiales, por ejemplo) los que finalmente podían generar un atraso o paralización en la ejecución de la obra. Esta precisión debía ser considerada por este Colegiado Arbitral para determinar la conclusión del hecho o circunstancia invocada como causal de ampliación de plazo y para cuantificar el número de días por el que debía ser ampliado el plazo de ejecución de la obra.

[28] Anexo N° 17 de la demanda, presentado mediante escrito de fecha 26 de septiembre de 2014

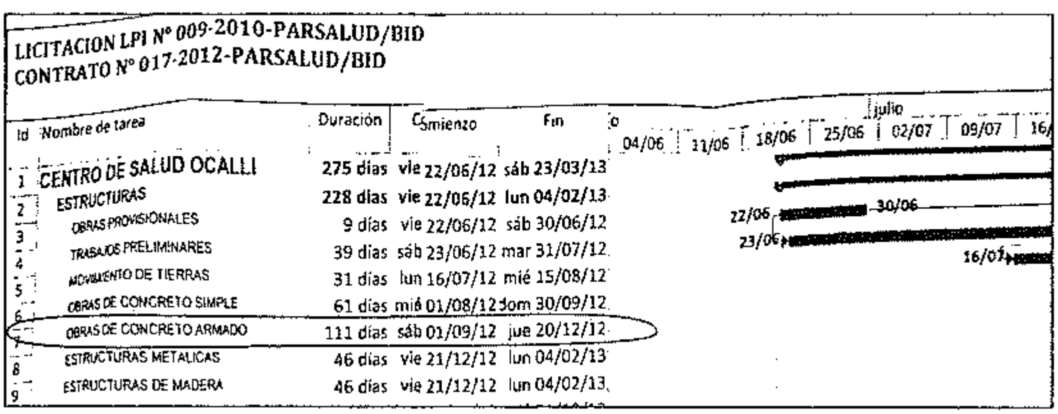
Frente a este escenario, de acuerdo con lo alegado por el Contratista el inicio del evento compensable – imposibilidad de transportar materiales para la obra – sobreviene a partir de la anotación por parte del Supervisor del asiento N° 327 del cuaderno de obras.



Asiento # 327 de la supervisión 27. Febrero 2013
Doy fe de las fuertes lluvias producida el día de hoy.
notifico al contratista que no llegó la visita programada

De la imagen anterior, este Colegiado advierte que en el asiento N° 327 del cuaderno de obra el Supervisor de la obra da fe de la obstrucción de la vía de transporte entre las localidades de Lonya Grande, Calpon, Yungasuyo y Ocalli, debido al deslizamiento y hundimiento del talud, derrumbe de rocas, huaycos, desborde de ríos y/o quebradas, producto de las intensas precipitaciones pluviales. Hecho que no ha sido desconocido por PARSALUD.

Ahora bien, de acuerdo con lo alegado por el Contratista las actividades afectadas con el evento compensable invocado es el ITEM N° 07 del Calendario de Avance de Obra – Obras de Concreto Armado –; de acuerdo con el «Cronograma inicial de Avance de Obra»[29] del «Nuevo centro de Salud de Ocalli» La ejecución de estas actividades estuvieron programadas para desarrollarse en el transcurso de 111 días calendarios, que van desde el 01.09.12 al 20.12.12.



LICITACION LPI N° 009-2010-PARSALUD/BID
CONTRATO N° 017-2012-PARSALUD/BID

Id	Nombre de tarea	Duración	Comienzo	Fin
1	CENTRO DE SALUD OCALLI	275 días	vie 22/06/12	sáb 23/03/13
2	ESTRUCTURAS	228 días	vie 22/06/12	lun 04/02/13
3	OBRAS PROVISIONALES	9 días	vie 22/06/12	sáb 30/06/12
4	TRABAJOS PRELIMINARES	39 días	sáb 23/06/12	mar 31/07/12
5	MOVIMIENTO DE TIERRAS	31 días	lun 16/07/12	mié 15/08/12
6	OBRAS DE CONCRETO SIMPLE	61 días	mié 01/08/12	dom 30/09/12
7	OBRAS DE CONCRETO ARMADO	111 días	sáb 01/09/12	jue 20/12/12
8	ESTRUCTURAS METALICAS	46 días	vie 21/12/12	lun 04/02/13
9	ESTRUCTURAS DE MADERA	46 días	vie 21/12/12	lun 04/02/13

De lo señalado tenemos que, las actividades para los cuales el contratista sostiene tener necesidad de un mayor plazo para su ejecución debieron desarrollarse entre los días 01 de septiembre al 20 de diciembre de 2012, no obstante el evento que afecto supuestamente su normal desarrollo recién acaeció el 27 de febrero de 2013, esto es, más de dos meses después de lo programado; bajo estas consideraciones, lo alegado por el Contratista no se ajusta a lo pactado por las, toda vez que el plazo solicitado por el Contratista

29 Anexo 50 de la demanda. «Cronograma de ejecución de obras»

no resulta necesario, en tanto que el evento alegado no afecta el normal avance de las obras en el plazo de ejecución de obra estipulado en el contrato.

Cabe precisar, que si bien obra en los actuados arbitrales dos cronogramas adicionales de avance de obra, estos han sido elaborados tomando en cuenta mayores plazos de ejecución de obra aun no otorgados – «Ruta Crítica Prevista» y «Ruta Crítica modificada»[30] -, de ahí que este Tribunal Arbitral no lo tome en cuenta para analizar la afectación de la ruta crítica ya que toda afectación al cronograma de avance de obra debe verificarse con el cronograma actualizado y vigente al momento del acaecimiento del evento que sustenta la ampliación de plazo.

Cabe resaltar que aun realizando el cotejo con los calendarios de avance de obra presentados por el Contratista no se aprecia que la actividad ITEM N° 07 – obras de concreto y armado – se hayan visto afectada por el evento invocado como compensable, antes bien, en estos cronogramas se indica otro tipo de partidas como críticas al momento en que acaeció el evento compensable.

Por otro lado, si bien las partes han celebrado una adenda al contrato mediante la cual ampliaron la fecha prevista de terminación de la obra por 54 días calendario[31], de lo actuado en el proceso, este Colegiado Arbitral no ha podido apreciar el cronograma actualizado de avance de obra en el cual se implemente el plazo pactado, medio probatorio importante para poder constatar la afectación de la ruta crítica de la obra.

Ante este escenario, cabe recordar que la carga probatoria deberá recaer en principio en quien afirma hechos que configuran su pretensión o, en quien los contradice alegando nuevos hechos. De lo anterior, este Colegiado llega a la convicción de que, en principio, la carga de probar la afectación a la ruta crítica a efectos de configurar el derecho a solicitar un mayor plazo de terminación para la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli» está a cargo del Contratista, consecuentemente será este quien deberá soportar el riesgo de esta inacción.

Por las razones expuestas, este Tribunal Arbitral desestima la pretensión solicitada por el Contratista, referida a la procedencia de la ampliación de plazo N° 2 por 35 días calendarios, para la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli».

Sobre el reconocimiento y pago por concepto de mayores gastos generales e intereses legales

Ahora bien, el presente apartado está referido a una pretensión accesoria a la cuarta pretensión principal, así, en tanto que la pretensión a la que se

[30] Anexo 50 de la demanda, «Cronograma de ejecución de obras», presentado mediante escrito de fecha 26 de septiembre de 2014.

[31] Anexo 5 de la demanda, presentado mediante escrito de fecha 26 de septiembre de 2014.

encontraba sujeta ha sido desestimada, corresponde que la misma también sea declarada infundada.

Así, según Alejandro Ranilla[32], las pretensiones accesorias «se formalizan o concurren en el proceso a una pretensión procesal y; para el caso de ser amparada, también deberán ampararse la pretensión o pretensiones interpuestas con el carácter de accesorias»; con lo que, en principio, el punto controvertido en análisis debería seguir la suerte de la primera pretensión principal.

Dicho en forma breve, la presente pretensión está referida al reconocimiento de los gastos generales de la aprobación de ampliación de plazo solicitada por el Contratista, analizado en el apartado anterior.

> « **PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-** Que, el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/. 37,411.48 (Treinta y Siete Mil Cuatrocientos Once con 48/100 Nuevos Soles), incluido IGV, por concepto de mayores gastos generales **correspondientes a la ampliación de plazo N° 02 de la obra «Nuevo Centro de Salud Ocalli»**, más el pago de los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda hasta la fecha efectiva de pago.»
>
> [El resaltado es nuestro]

Es así que, al haberse declarado que no corresponde aprobar la ampliación de plazo N° 02 por 35 días calendarios que presentó BB Tecnología Industrial S.A.C. para la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli», así también no se generaría la obligación de pago de mayores gastos generales que de ese mayor plazo de ejecución de obra pudieran derivarse, por lo que, este Colegiado declara a su vez INFUNDADO el presente punto controvertido.

b5. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

En síntesis al análisis de los Puntos Controvertidos, este Colegiado emite su pronunciamiento respecto a las siguientes pretensiones presentadas en la Demanda Arbitral: (1) Tercera Pretensión Principal; (2) Cuarta Pretensión Principal; y, (3) Primera Pretensión Accesoria a la Cuarta Pretensión Principal.

- **DECLARAR IMPROCEDENTE** la Tercera Pretensión Principal, analizada en el Cuarto Punto Controvertido, referida a la nulidad e ineficacia del Informe N° 0049-2013-EMM/CPA-CONSORCIO ACI-CONESUPSA, de fecha 26 de abril de 2013.

[32] Ranilla Collado, Alejandro. La Pretensión Procesal. Disponible en: http://blog.pucp.edu.pe/media/avatar/560.pdf

- **DECLARAR INFUNDADA** la Cuarta Pretensión Principal, analizada en el Quinto Punto Controvertido, por lo que no corresponde aprobar la ampliación de plazo N° 02 por 35 días calendarios que presentó BB Tecnología Industrial S.A.C. para la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli» a causa de los atrasos ocasionados en la ejecución de la obra por la obstrucción de las vía de transporte entre las localidades de Lonya Grande, Calpon, Yungasuyo y Ocalli, como consecuencia de las intensas precipitaciones pluviales que se presentaron en la región de Ocalli, Luya y Amazonas, en los meses de febrero, marzo y abril del 2013.

- **DECLARAR INFUNDADA** la Primera Pretensión Accesoria a la Cuarta Pretensión Principal, analizada en el Sexto Punto Controvertido; consecuentemente, no corresponde ordenar al Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD – cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 37,411.48 (Treinta y Siete Mil Cuatrocientos Once con 48/100 Soles) - incluido IGV –, por concepto de mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 02 de la obra «Nuevo Centro de Salud Ocalli».

c. SOBRE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 3 PARA LA OBRA «NUEVO CENTRO DE SALUD DE OCALLI»

SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la quinta pretensión principal, que el Tribunal Arbitral apruebe la ampliación de plazo N° 03 por 30 días calendario que se presentó para la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud Ocalli», por los atrasos ocasionados en la ejecución de la obra por la demora en la aprobación del presupuesto adicional N° 01.

OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la primera pretensión accesoria a la quinta pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 32,066.97 (Treinta y Dos Mil Sesenta y Seis con 97/100 Soles), incluido IGV, por concepto de mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 03 de la obra «Nuevo Centro de Salud Ocalli», más el pago de intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda hasta la fecha efectiva de pago.

c1. RESPECTO DEL SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL

Iniciando con los argumentos que sustentas su pretensión, el Contratista informa que, con fecha 16 de mayo de 2013, mediante carta N° 13-2013-RO-NCSO/BBTI SAC, presentó al Gerente de Obras la solicitud ampliación de plazo parcial N° 03 del «Nuevo Centro de Salud Ocalli» por 30 días calendarios por la demora en la revisión y aprobación del presupuesto adicional Nº 01.

Adicionalmente sostiene que, de acuerdo con la cláusula 28.1 de las Condiciones Generales del Contrato, son requisitos para la aprobación de las ampliaciones de plazo: i) Que, el Contratista solicite al Gerente de Obras la ampliación o prórroga de la fecha prevista de terminación por los eventos compensables establecidos en la cláusula 44.1 del Contrato o cuando el Gerente se ordene una variación ii) Que, el Contratista proporcione toda la información sustentadora.

A) Evento compensable

Bajo este acápite, el Contratista informa que, solicitó la ampliación de plazo N° 03 por el evento compensable establecido en el literal g) de la cláusula 44.1 de las CGC, cuyo tenor cita.

Asimismo, sostiene que la ampliación de plazo se encuentra sustentada en razón de las modificaciones realizadas por el Gerente de Obras a los planos del expediente técnico, los cuales fueron remitidos al Contratista mediante carta Nº C-013-SORA-131-13, de fecha 21 de enero de 2013.

Indica también, que los planos que el Gerente de Obras entregó disponían la reubicación del sector B de la obra, la reubicación de una parte del sector C y la construcción de estructuras de contención debido a la incompatibilidad de la topografía real del terreno con los planos del expediente técnico y la inestabilidad de las zonas adyacentes a los sectores A, B y C; asimismo, las mejoras que incluyó en el proceso constructivo de la obra.

Sostiene también que la ejecución de las nuevas órdenes impartidas por el Gerente de Obra implicaba la ejecución de trabajos adicionales y mayores metrados que no estaban contemplados en el presupuesto de obra del expediente técnico entregado por la Entidad.

Las razones antes expuestas, alega el Contratista, ameritaron que presentara al Gerente de Obras, mediante carta Nº 07-2013-RO-NCSOIBBTI S.A.C, de fecha 21 de marzo de 2013, el presupuesto adicional Nº 01 para la ejecución de partidas nuevas y mayores metrados, a fin de ejecutar la modificaciones realizadas por el Gerente de Obras a los planos del expediente técnico.

Advierte también que, con fecha 03 de abril de 2013, mediante carta BBTI-CE-08-026-13, presentó ante la supervisión ACI CONESUPSA el presupuesto adicional Nº 01 para su evaluación y aprobación respectiva.

Por último sostiene que, la demora en la aprobación del presupuesto adicional Nº 01 por parte del Gerente de Obras constituye un evento compensable, toda vez que la aprobación del referido presupuesto es imprescindible para ejecutar las órdenes impartidas por el Gerente de Obras.

B) Información sustentadora

El Contratista sostiene bajo este acápite que adjuntó a su solicitud de ampliación de plazo, los diversos asientos del cuaderno de obra mediante los cuales se registró la demora en la aprobación del presupuesto adicional Nº 01 que se elaboró para el cumplimiento de las variaciones ordenadas por el Gerente de Obras.

Asimismo, advierte que dejó constancia en el asiento Nº 390 del cuaderno de obra, que la demora en la aprobación del presupuesto adicional Nº 01 retrasó la ejecución de los trabajos de movimiento de tierras en los sectores B y C del proyecto, así como también los trabajos de movimiento de tierras del sector A, por los efectos que las fuertes precipitaciones causaron sobre dicho sector y el empuje activo de las estructuras.

Seguidamente alega que, la demora en la aprobación del presupuesto adicional Nº 01 y el atraso en la ejecución de la obra en los sectores B y C se puede corroborar en los asientos del cuaderno de obra N° 391 y 393, suscritas por la supervisión.

B.1 Cuantificación de la ampliación de plazo

a) Inicio del evento compensable

El Contratista sostiene que tomará como fecha de inicio de la ampliación de plazo N° 03 a partir del 03 abril de 2013, fecha en la cual, mediante carta BBTI-CE-08-026-13, presentó a la supervisión ACI CONESUPSA el presupuesto adicional Nº 01, toda vez que a partir del 04 de abril de 2013 se registra la afectación en la ejecución de la obra por esta causal, para posteriormente cuando cese la causal solicitar la Ampliación de Plazo respectiva.

b) Fin del evento compensable

El Contratista sostiene que la demora en la aprobación del presupuesto adicional Nº 01 no cesó, no obstante cuantificará la ampliación de plazo por dicho evento hasta el 03 de mayo de 2013.

Por tal razón, sostiene el Contratista que cuantifica la solicitud de ampliación de plazo Nº 03 por demora en la aprobación del presupuesto adicional Nº 01 en 30 días calendarios.

C) Análisis de la ruta crítica

Bajo este acápite, el Contratista sostiene que, pese a que no se ha pactado en el contrato que la aprobación de las ampliaciones de plazo estén condicionadas a la afectación de la ruta crítica de la obra, el evento compensable invocado en la ampliación de plazo Nº 03 si afectó la ruta crítica.

En tales consideraciones, los demandantes informan que las modificaciones que se incluyeron en los planos entregados mediante carta Nº C-013-SORA-131-13 generaron la necesidad de ejecutar mayores metrados en las partidas de trabajos preliminares, obras preliminares, movimiento de tierras, obras de concreto simple, obras de concreto armado, instalaciones sanitarias, y partidas nuevas de estabilización de los sectores A, B y C, relleno con material de préstamo mejorado para estabilizar la zona adyacente al sector A, B y C y reubicación de postes.

Sostiene además, que los trabajos señalados anteriormente fueron incluidos en el presupuesto adicional Nº 01 a fin de ejecutar las órdenes impartidas por el Gerente de Obras mediante carta Nº C-013-SORA-131-13, de fecha 21 de enero de 2013.

Alega seguidamente, que la demora en la aprobación del presupuesto afectó la ejecución de las partidas trabajos preliminares, obras provisionales, movimiento de tierras, obras de concreto simple y obras de concreto armado, en tanto que, mientras el Gerente de Obras no aprobara los trabajos adicionales que se iban a ejecutar en los sectores A, B y C, no podían iniciarse las obras en estos dos últimos sectores, tal como se dejó constancia mediante asiento Nº 390 del cuaderno de obra.

Por último, advierte que la necesidad de ejecutar el presupuesto adicional fue reconocida por el Jefe de Supervisión de Obra mediante anotaciones en el cuaderno de obra, las cuales corren en los asientos N° 181, 198, 228, así como también mediante carta N° CMP-023-2012/JSUP, de fecha 28 de noviembre de 2012.

POSICIÓN DEL PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD – PARSALUD

Iniciando con sus argumentos PARSALUD sostiene que existe un desconocimiento por parte del demandante, de los términos que conforman un Contrato de Ejecución de Obras bajo las políticas del Banco Interamericano de Desarrollo, en la medida que confunde la formalidad para aprobar una «Variación».

Adicionalmente, PARSALUD informa que la Cláusula 1, literal (cc), de las Condiciones Generales del Contrato, define a la Variación como «*una instrucción impartida por el Gerente de Obras que modifica las Obras*», siendo que el procedimiento para formalizar estas «instrucciones» está contenido en

su Cláusula 40.1, la cual señala que «*Cuando el Gerente de Obras la solicite, el Contratista deberá presentarle una cotización para la ejecución de una Variación. (...) El Gerente de Obras deberá analizar la cotización antes de ordenar la Variación (...)*».

Asimismo, PARSALUD sostiene que la Cláusula 40 de las Condiciones Especiales del mencionado contrato ha dispuesto que «*La ejecución de obras adicionales o variaciones, sólo procederá cuando se cuente con la aprobación escrita de «El CONTRATANTE» mediante Resolución Jefatural (...)*», y que por lo tanto, el Contratista no puede alegar la necesidad de contar con la aprobación previa de un adicional, cuando esta es facultad de la Entidad. Asimismo, el Contratista no ha sustentado como esta supuesta demora en la aprobación de un adicional, le ha afectado la ruta crítica.

PARSALUD agrega que, se debe tener presente que el Literal B, de las Especificaciones Técnicas Generales, del Expediente de Contratación del C.S. Ocalli, señala que «*El Contratista deberá definir antes de dar inicio a los trabajos, de cualquier diferencia con el Proyecto, para efecto de ser solucionado por LA ENTIDAD oportunamente. Cualquier modificación del proyecto que genere incremento en el costo de las partidas y/o en el plazo de ejecución de la obra, que se derive por la No Aplicación de lo antes mencionado, no será reconocida por LA ENTIDAD (...)*».

Finalmente alega PARSALUD, que incluso en el supuesto negado que hubiera algún extremo del Expediente Técnico que ameritaba ser precisado, era obligación del Contratista efectuar la advertencia anticipada antes del inicio de la obra, a fin de efectuar las precisiones con anticipación y no en el transcurso de la obra.

c2. RESPECTO DEL OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL

El Contratista sostiene bajo este acápite que habiendo acreditado su derecho a la ampliación de plazo N° 03 para la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli», solicitamos a este Colegiado ordene al demandado el pago de los mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo por 133 días calendarios por la suma de S/ 32,066.97 incluido IGV, toda vez que dicha ampliación de plazo genera el incremento de los gastos generales variables relacionados con el tiempo de ejecución de la obra.

POSICIÓN DEL PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD – PARSALUD

En este punto PARSALUD sostiene que, se debe tener presente que el Contrato no recoge el concepto de «reconocimiento de gastos generales» sino

la figura de «aumento del precio del contrato», el cual se efectúa por gestión del Gerente de Obras, de acuerdo a los costos efectivamente acreditados.

Informa adicionalmente PARSALUD, que extiende los argumentos expuestos para desvirtuar la pretensión formulada por el Contratista en el acápite previo a la presente pretensión, por lo que no corresponde el reconocimiento de dichos supuestos gastos generales.

Finalmente alega, que en el supuesto negado que el Tribunal Arbitral considere que le corresponde al Contratista el reconocimiento de los gastos generales, se debe tener presente que el Contratista a fin de determinar el monto de los gatos generales, está utilizando los gastos generales variables de su oferta como si el Contrato fueran a Precios Unitarios, lo cual no es pertinente, en la medida que el Contrato es a Suma Alzada, según se señala en el numeral 7.00 «Modalidad de Ejecución de Obra» de la memoria Descriptiva de los Expedientes Técnicos de cada una de las obras, en las cuales se cita que «La modalidad de ejecución será: A suma alzada y sin reajustes».

c3. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En relación a los presentes puntos controvertidos, de la lectura de las pretensiones formuladas por el Contratista, este Colegiado advierte que en ellas se ha requerido el pronunciamiento de dos (2) controversias: (i) La aprobación de la ampliación de plazo N° 03 por 30 días calendarios para la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud Ocalli»; y, (ii) el reconocimiento y pago por concepto de mayores gastos generales e intereses legales.

En tal sentido, estando las controversias relacionadas entre sí, este Colegiado ha considerado conveniente realizar un análisis en conjunto, a fin de determinar la fundabilidad o no de las pretensiones formuladas la parte demandante.

De este modo, una primera cuestión a determinar refiere a si corresponde o no aprobar la ampliación de plazo N° 03 por 30 días calendario para la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud Ocalli».

Sobre la procedencia de la ampliación de plazo N° 3

De acuerdo con el marco legan descrito en apartados anteriores, en principio las prórrogas a las fechas de terminación de las obras (1) deben obedecer a eventos considerados compensables (2) advertidos oportunamente por el Contratista, que (3) imposibiliten la terminación de la obra en el plazo previsto; y, (4) que se solicite ante el Gerente de Obras, (5) con toda la información sustentadora.

La demora debida a un evento compensable no será considerada para determinar la nueva Fecha Prevista de Terminación cuando (1) el Contratista

no hubiere dado aviso oportuno acerca de ese evento o no hubiere cooperado para resolverlo.

De lo señalado, importa a este Tribunal Arbitral verificar si en el presente caso se ha cumplido o no con seguir lo que las partes han pactado en el Contrato – Convenio –, a efectos de determinar la procedencia – o no – del mayor plazo de terminación de obra N° 3 para la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli».

Sobre la solicitud ante el Gerente de Obras y el sustento debido

Así, un primer aspecto que se debe verificar está referido al cumplimiento por parte del Contratista de solicitar la prórroga de la fecha de terminación de Obra ante el Gerente de Obras, con el sustento debido; tema que para este Colegiado Arbitral es ciertamente incontrovertido, en tanto que, de los argumentos expuestos por las partes no se ha advertido manifestación alguna destinada a poner en debate el cumplimiento de esta obligación contractual.
Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal Arbitral ha verificado que el cumplimiento de esta obligación se dio mediante Carta N° 13-2013-RD-NCSO/BBTI SAC[33] de fecha 16 de mayo de 2013, mediante la cual el Contratista solicitó al Gerente de Obras la modificación del plazo de terminación de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli» por un lapso de 30 días calendario; en este documento, obran también adjuntos, los sustentos – medios de prueba – que, de acuerdo al criterio del Contratista sustentaban su interés.

De lo dicho hasta aquí, a juicio de este Tribunal Arbitral queda plenamente acreditado que el Contratista ha cumplido, por lo menos, con las formalidades a las cuales se obligaron las partes en la cláusula 28.2 de las Condiciones Generales del Contrato.

Ahora, pasemos a dar cuenta si la solicitud de un mayor Plazo de Terminación de Obra cumple o no con los presupuestos de fondo, esto es, si la causa que originara la solicitud del mayor plazo de ejecución de obra se debe a un evento compensable que afecte la ruta crítica de la obra, haciendo de este modo necesario el plazo.

Sobre el evento compensable

Ahora bien, antes de iniciar con el razonamiento de este apartado, este Colegiado estima pertinente advertir, que las partes han establecido en el Contrato que los eventos considerados compensables – de comprobarse dicho suceso y se cumplan con las demás condiciones establecidas en el contrato – le dará la posibilidad al Contratista de solicitar una prórroga a la Fecha Prevista de Terminación de la obra.

> «28.1 El Gerente de Obras **deberá prorrogar la Fecha Prevista** de Terminación **cuando se produzca un Evento**

[33] Anexo N° 19 de la demanda, presentado mediante escrito de fecha 26 de septiembre de 2014

> **Compensable** o se ordene una Variación **que haga imposible la terminación de las Obras** en la Fecha Prevista de Terminación sin que el Contratista adopte medidas para acelerar el ritmo de ejecución de los trabajos pendientes y que le generen gastos adicionales.»
>
> [El resaltado es nuestro]

Ahora bien, la causal invocada en la solicitud de modificación del plazo de terminación de la obra para el «Nuevo Centro de Salud de Ocalli» está sustentada en la demora en la revisión y aprobación del presupuesto adicional Nº 01.

En este contexto, advierte este Colegiado que el tema en controversia está referida a la posibilidad de que el hecho invocado por el Contratista como sustento de la ampliación de plazo N°3 para la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli» sea considerado como evento compensable de acuerdo al Contrato, el cual determinará su procedencia o no.

De este modo, por un lado, el Contratista sustenta la ampliación de plazo[34] en el evento compensable estipulado en el literal (g) de la cláusula 44.1 de las Condiciones Generales del Contrato, la cual establece lo siguiente:

> «**44.1 Se consideran eventos compensables los siguientes**:
> [...]
> (g) **El Gerente de Obras imparte una instrucción para lidiar para lidiar con una condición imprevista, causada por el Contratante, o de ejecutar trabajos adicionales que son necesarios por razones de seguridad u otros motivos.**
> [...]».
>
> [El resaltado y las supresiones son nuestras]

De otro lado, es posición de PARSALUD considerar que la demora en la revisión y aprobación del presupuesto adicional Nº 01 no es un evento compensable en tanto que: (1) La aprobación o no de un adicional de obra es una facultad de la Entidad; y, (2) el Contratista debió de advertir antes de dar inicio a los trabajos de cualquier diferencia con el proyecto para ser solucionado por la Entidad, de conformidad con el Literal b) de las especificaciones técnicas generales del Expediente técnico.

Sobre la aprobación del presupuesto adicional

Sobre este punto en particular, este Colegiado es de la posición de que, si bien la aprobación o no del adicional de obra es una facultad de la Entidad –

[34] Carta N° 10-2013-RO-NSCSO/BBTI SA de fecha 06 de abril de 2013. Anexo N° 17 de la demanda

PARSALUD -, la causal invocada por el Contratista está referida a la demora en su aprobación o denegación; es esta demora la cual constituye un evento compensable, pues impide tener todas las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación totalmente definidas, conforme a la modalidad del contrato.
En efecto, considera este Colegiado que es la incertidumbre causada por la demora en la posible aprobación o no del adicional de obra solicitado la cual constituye en sí misma un evento compensable, mas no su otorgamiento o denegación, el cual innegablemente es facultad de la Entidad de conformidad con el Contrato.

Por otro lado, este Colegiado tiene en cuenta que la demora en la aprobación del adicional de obra responde a una deficiencia en el Expediente Técnico proporcionado por PARSALUD, sobre el cual, si bien las partes no han establecido de quien será el riesgo, debe tenerse en cuenta que es la Entidad quien estuvo en mejores condiciones de prever su correcta elaboración.

En este contexto, lo alegado por PARSALUD no produce convicción en este Colegiado, máxime teniendo en cuenta que, fueron las partes – PARSALUD y el Contratista –, las que establecieron situaciones como las que sustentan la ampliación de plazo bajo análisis como eventos compensables – literales (c) y (g) de la cláusula 44.1 de las Condiciones Generales del Contrato –.

Sobre la advertencia anticipada

Ahora bien, PARSALUD ha alegado que, de acuerdo con el Literal b) de las especificaciones técnicas generales del expediente técnico, el Contratista debió de definir antes de dar inicio a los trabajos, cualquier diferencia con el Proyecto, para efecto de ser solucionado por LA ENTIDAD oportunamente. Cualquier modificación del proyecto que genere incremento en el costo de las partidas y/o en el plazo de ejecución de la obra, que se derive por la no aplicación de lo antes mencionado, no será reconocida por LA ENTIDAD.

Sobre este aspecto, la posición de PARSALUD parte de concebir a esta disposición como una especie de trasferencia del riesgo de las deficiencias que pudieran existir en el expediente técnico, puesto que, una vez iniciada la obra no podría el Contratista solicitar cualquier reconocimiento de algún derecho – ampliación de plazo, adicionales de obra - sustentado en una incompatibilidad de lo ahí señalado y la realidad.

Ahora bien, este Colegiado considera pertinente traer a la vista la mencionada disposición contractual a efectos de dilucidar si lo advertido por PARSALUD es en efecto una disposición contractual que imposibilita al Contratista a solicitar ampliaciones de plazo por las deficiencias que pudiera existir en el expediente técnico de la obra.

> «**El Contratista deberá definir antes de dar inicio a los trabajos, de cualquier diferencia con el Proyecto, para efecto de ser solucionado por LA ENTIDAD**

> **oportunamente**. Cualquier modificación del proyecto que genere incremento en el costo de las partidas y/o en el plazo de ejecución de la obra, que se derive por la no aplicación de lo antes mencionado, no será reconocida por LA ENTIDAD; **siendo el supervisor encargado de hacer cumplir esta consideración**.»
>
> [El resaltado es nuestro]

De lo reseñado anteriormente, este Colegiado puede advertir que las partes han dispuesto que cualquier diferencia del proyecto con la realidad deba ser advertida y definido por el Contratista y solucionado por la Entidad antes de dar inicio a los trabajos.

Ciertamente esta disposición indica que las especificaciones, con los que se va a construir la obra, **deberán ser definidas antes de dar inicio a los trabajos**, no obstante para este Colegiado con la definición trabajos no se está haciendo alusión a la obra, sino a las actividades inmersas dentro de ella. De ahí que para este Colegiado, el Contratista tenía la obligación de definir oportunamente cualquier diferencia del proyecto antes de dar inicio a una actividad – trabajo – inmersa dentro de la obra, la cual a su vez sería solucionado por la Entidad – ordenando variaciones, adicionales, etc. –.

Esta interpretación resulta más acorde con las demás disposiciones del contrato, de lo contrario no tendría sentido que el Gerente de obras este dando tramite a adicionales de obra por deficiencias advertidas al expediente técnico e incluso que hayan eventos compensables que hagan referencia a ello – literales (c) y (g) de la cláusula 44.1 de las Condiciones Generales del Contrato –.

Bajo esta tesitura, lo alegado por PARSALUD no produce convicción en este Colegiado, máxime teniendo en cuenta que, fue la Entidad – PARSALUD – quien mediante carta N° C-013-SORA-131-13, de fecha 21 de enero de 2013, entregó al Contratista los planos modificados del expediente técnico.

Sobre la advertencia oportuna y la necesidad del plazo

La oportunidad que tenía el Contratista para comunicar al gerente de obra eventos que pueden ser considerados compensables no tiene una demarcación contractual.

> «32.1 **El Contratista deberá advertir al Gerente de Obras lo antes posible sobre futuros posibles eventos o circunstancias específicas que puedan** perjudicar la calidad de los trabajos, elevar el precio del Contrato o **demorar la ejecución de las obras.** [...].»
>
> [El resaltado es nuestro]

De la cita anterior, se puede apreciar que la oportunidad para comunicar – *advertir* – al gerente de obras eventos que puedan causar demoras en la ejecución de la obra – *compensables* – está regida por la diligencia.

Ahora bien, es un hecho incontrovertido por las partes la comunicación oportuna del evento compensable sustento de la ampliación de plazo bajo análisis. Pese a todo, este Colegiado ha podido advertir que los mismos fueron informados a la supervisión mediante asientos del cuaderno de obra N° 390, 391, 392, 393 y 404[35].

Otro aspecto importante para analizar la procedencia o no de la ampliación de plazo bajo análisis, está referida a la necesidad del plazo – *afectación a la ruta crítica* – para culminar con la ejecución de la obra.

La ruta crítica es la secuencia programada de las actividades constructivas de una obra cuya variación afecta el plazo total de ejecución de la obra. De este modo, un evento por sí misma no genera un atraso o paralización en la ejecución de la obra, sino que son sus efectos en la obra (en el terreno o en los materiales, por ejemplo) los que finalmente podían generar un atraso o paralización en la ejecución de la obra. Esta precisión debía ser considerada por este Colegiado Arbitral para determinar la conclusión del hecho o circunstancia invocada como causal de ampliación de plazo y para cuantificar el número de días por el que debía ser ampliado el plazo de ejecución de la obra.

Ahora bien, conforme lo advertido por este Colegiado apartado atrás, la carga probatoria deberá recaer, en principio, en quien afirma hechos que configuran su pretensión o, en quien los contradiga alegando nuevos hechos. De lo anterior, este Colegiado llega a la convicción de que, en principio, la carga de probar la afectación a la ruta crítica a efectos de establecer el derecho a solicitar un mayor plazo de terminación para la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli» está a cargo del Contratista, consecuentemente será ella quien deberá soportar el riesgo de esta inacción. Puntualizado esto, veamos los medios probatorios presentados que sustentan esta petición.

De acuerdo con lo alegado por el Contratista el inicio del evento compensable – demora en la revisión y aprobación del presupuesto adicional N° 01 – sobreviene a partir de la presentación a la supervisión de la carta N° BBTI-CE-OB-026-13, de fecha 03 de abril de 2013, mediante la cual se solicitó la revisión y aprobación del presupuesto adicional N° 01, hasta el 03 de mayo de 2013, momento en el cual generan el corte debido a un criterio de necesidad.

Ahora bien, de acuerdo a lo alegado por el Contratista las partidas que se vieron afectadas y para las cuales necesita la ampliación de plazo son las

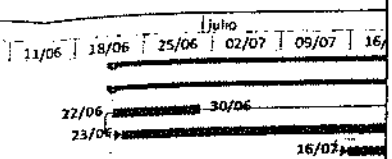
[35] Medios probatorios presentados mediante escrito de fecha 26 de septiembre de 2014. Anexo N° 19

siguientes: (1) Trabajos Preliminares; (2) Obras Provisionales; (3) Movimiento de Tierras; (3) Obras de Concreto Simple; y, (4) Obras de Concreto Armado.

Ahora bien, de acuerdo con el «Cronograma inicial de Avance de Obra»[36] del «Nuevo centro de Salud de Ocalli» las actividades que han sido afectadas estuvieron programadas para los días 22 de junio de 2012 al 20 de diciembre de 2012.

LICITACION LPI N° 009-2010-PARSALUD/BID
CONTRATO N° 017-2012-PARSALUD/BID

Id	Nombre de tarea	Duración	Comienzo	Fin
1	CENTRO DE SALUD OCALLI	275 días	vie 22/06/12	sáb 23/03/13
2	ESTRUCTURAS	228 días	vie 22/06/12	lun 04/02/13
3	OBRAS PROVISIONALES	9 días	vie 22/06/12	sáb 30/06/12
4	TRABAJOS PRELIMINARES	39 días	sáb 23/06/12	mar 31/07/12
5	MOVIMIENTO DE TIERRAS	31 días	lun 16/07/12	mié 15/08/12
6	OBRAS DE CONCRETO SIMPLE	61 días	mié 01/08/12	dom 30/09/12
7	OBRAS DE CONCRETO ARMADO	111 días	sáb 01/09/12	jue 20/12/12
8	ESTRUCTURAS METALICAS	46 días	vie 21/12/12	lun 04/02/13
9	ESTRUCTURAS DE MADERA	46 días	vie 21/12/12	lun 04/02/13
10	MUROS Y TABIQUES	46 días	dom 16/09/12	mié 31/10/12
11	VARIOS	76 días	lun 01/10/12	sáb 15/12/12
12	ARQUITECTURA	158 días	mar 16/10/12	vie 22/03/13
13	REVOQUES Y ENLUCIDOS	46 días	vie 04/01/13	lun 18/02/13
14	CIELO RASO	15 días	jue 06/12/12	jue 20/12/12
15	PISOS Y PAVIMENTOS	30 días	vie 21/12/12	sáb 19/01/13
16	CONTRAZOCALOS	31 días	lun 04/02/13	mié 06/03/13
17	ZOCALOS	31 días	dom 20/01/13	mar 19/02/13
18	REVESTIMIENTO DE GRADAS Y ESCALERAS	15 días	vie 21/12/12	vie 04/01/13



De la reproducción al calendario de avance de obra inicial, este Colegiado ha podido advertir que los sucesos del evento compensable no guardan relación de temporalidad con las partidas afectadas.

En efecto, de acuerdo con lo corroborado por este Colegiado, el evento que impidió ejecutar la obra conforme a lo programado se suscitó entre los días 03 de abril de 2013 al 03 de mayo de 2013, siendo las partidas afectadas la realización de los Trabajos Preliminares, Obras Provisionales, Movimiento de Tierras, Obras de Concreto Simple y Obras de Concreto, cuyas fechas de ejecución conforme el calendario antes reproducido se debieron de ejecutar entre los días 22 de junio de 2012 al 20 de diciembre de 2012, esto es, antes de la realización del evento compensable. Antes bien, este Colegiado ha llegado a la convicción de que el plazo solicitado por el Contratista no resulta necesario, pues las actividades que son sustento de la ampliación de plazo no pudieron verse afectadas.

Cabe precisar, que si bien obra en el expediente cronogramas de avance de obra de acuerdo a los plazos solicitados por el Contratista en la presente demanda – «Ruta Crítica Prevista» y «Ruta Crítica modificada»[37] -, de la verificación de las mismas, no se aprecia que las actividades alegadas por el Contratista pudieran verse afectadas por el evento invocado como

[36] Anexo 50 de la demanda, «Cronograma de ejecución de obras», presentado mediante escrito de fecha 26 de septiembre de 2014.

[37] Anexo 50 de la demanda, «Cronograma de ejecución de obras».

compensable, antes bien, en estos cronogramas se indica otro tipo de partidas como críticas.

Debe resaltarse que este Colegiado no encuentra otro medio probatorio dentro de los actuados arbitrales que sustente la posición del Contratista debiendo ella consecuentemente soportar el riesgo de su inacción de probar, conforme lo advertido en considerandos previos.

Por las razones expuestas, este Colegiado Arbitral desestima la pretensión solicitada por el Contratista, referida a la procedencia de la ampliación de plazo N° 3 por 30 días calendarios, para la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli».

Sobre el reconocimiento y pago por concepto de mayores gastos generales e intereses legales

Ahora bien, el presente apartado está referido a una pretensión accesoria a la Quinta pretensión principal, así, en tanto que la pretensión a la que se encontraba sujeta ha sido desestimada, corresponde declarar infundada la presente pretensión.

Así, según Alejandro Ranilla[38], las pretensiones accesorias «se formalizan o concurren en el proceso a una pretensión procesal y; para el caso de ser amparada, también deberán ampararse la pretensión o pretensiones interpuestas con el carácter de accesorias»; con lo que, en principio, el punto controvertido en análisis debería seguir la suerte de la primera pretensión principal.

Dicho en forma breve, la presente pretensión está referida al reconocimiento de los gastos generales de la aprobación de ampliación de plazo solicitada por el Contratista, analizado en el apartado anterior.

> « **PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-** Que, el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 32,066.97 (Treinta y Dos Mil Sesenta y Seis con 97/100 Soles), incluido IGV, **por concepto de mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 03 de la obra «Nuevo Centro de Salud Ocalli»**, más el pago de intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda hasta la fecha efectiva de pago.»
>
> [El resaltado es nuestro]

[38] Ranilla Collado, Alejandro. La Pretensión Procesal. Disponible en: http://blog.pucp.edu.pe/media/avatar/560.pdf

Es así que, al haberse declarado que no corresponde aprobar la ampliación de plazo N° 03 por 30 días calendarios que presentó BB Tecnología Industrial S.A.C. para la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli», así también no se generaría la obligación de pago de mayores gastos generales que de ese mayor plazo de ejecución de obra pudieran derivarse, por lo que, este Colegiado declara a su vez INFUNDADO el presente punto controvertido.

c4. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

En síntesis al análisis de los Puntos Controvertidos, este Colegiado emite su pronunciamiento respecto a las siguientes pretensiones presentadas en la Demanda Arbitral: (1) Quinta Pretensión Principal; y, (2) Primera Pretensión Accesoria a la Quinta Pretensión Principal.

- **DECLARAR INFUNDADA** la Quinta Pretensión Principal, analizada en el Séptimo Punto Controvertido, por lo que no corresponde aprobar la ampliación de plazo N° 03 por 30 días calendarios que presentó BB Tecnología Industrial S.A.C. para la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli» a causa de los atrasos ocasionados en la ejecución de la obra por la demora en la aprobación del presupuesto adicional N° 01.

- **DECLARAR INFUNDADA** la Primera Pretensión Accesoria a la Quinta Pretensión Principal, analizada en el Octavo Punto Controvertido; consecuentemente, no corresponde ordenar al Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD – cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 32,066.97 (Treinta y Dos Mil Sesenta y Seis con 97/100 Soles) - incluido IGV –, por concepto de mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 03 de la obra «Nuevo Centro de Salud Ocalli», más el pago de los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda hasta la fecha efectiva de pago.

d. SOBRE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO POR 123 DÍAS PARA LA OBRA «NUEVO CENTRO DE SALUD DE OCALLI»

DÉCIMO NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la décima segunda pretensión principal, que el Tribunal Arbitral apruebe una ampliación por 123 días calendarios en el plazo de ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli», por los atrasos ocasionados en la misma, debido a la demora en la absolución de consulta sobre las características técnicas del porcelanato y su adquisición, por cuanto dichos eventos afectaron el cronograma de ejecución de obra.

VIGÉSIMO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la primera pretensión accesoria a la décima segunda pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 131,474.60 (Ciento Treinta y Uno Mil Cuatrocientos Setenta y Cuatro con 60/100 Soles) incluido el IGV, por concepto de mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo por 123 días calendarios, más el pago de los intereses legales desde la fecha de presentación de demanda hasta la fecha efectiva de pago.

---

d1. RESPECTO DEL DÉCIMO NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL

Iniciando con los fundamentos que sustentan su pretensión, el Contratista señala que, en virtud a los mismos fundamentos que han expuesto en su pretensión relativa a la ampliación de plazo N° 01 de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud de Tingo» solicitamos a vuestro Tribunal Arbitral apruebe una ampliación de plazo de 123 días calendarios para la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli», por cuanto la demora en la absolución de consultas sobre las características técnicas del porcelanato y la necesidad de su importación han afectado también la obra de Ocalli.

Ahora bien, conforme lo expuesto por el Contratista en los argumentos de la décima pretensión principal y décimo primera pretensión principal de la demanda, las consultas sobre el porcelanato a utilizar en las obras se iniciaron formalmente el 27 de setiembre del 2012 mediante Carta N° BBTI-CE-CM-122-12, en donde solicitaron a PARSALUD la absolución de consultas referidas a las características técnicas del porcelanato, a fin de que se pueda comprar en el mercado nacional y evitar demoras en su adquisición.

Señala adicionalmente el Contratista que la consulta realizada por el porcelanato versó específicamente de lo siguiente:

Especificaciones de PARSALUD:

Color	: Claro
Acabado	: Mate
Dimensiones	: 0.30X0.30m
Espesor	: 7.2mm mínimo
Superficie	: Antideslizante
Resistencia al desgaste	: Mohs no menor a 8

Muestra presentada por el Contratista:

Color	: Hueso	ACEPTADO
Acabado	: Brillante	POR DEFINIR
Dimensiones	: 0.50x0.50m	ACEPTADO

Espesor	: 8.0 mm mínimo	ACEPTADO
Superficie	: Antideslizante	POR DEFINIR
Resistencia al desgaste	: Mohs no menor a 6	POR DEFINIR

Se reitera que definan esto a la brevedad y precisamos dos alternativas:

Alternativa 1.- Aceptar el porcelanato según la muestra que presentamos.
Alternativa 2.- Si saben de algún proveedor local que tenga el porcelanato con todas las especificaciones técnicas dadas por ustedes, favor indicarnos para proceder a cotizarlos y comprarlos.

Adicionalmente informa el Contratista que estas coordinaciones las estaban tratando informalmente mediante correos desde julio del 2012, tratando de ese modo solucionar el gran problema que era importar dicho material del exterior, más aun cuando en los Cronogramas de Ejecución de las obras no se contemplaba un plazo adicional para la importación de dicho material.

Asimismo señala el Contratista que, las consultas que formuló respecto a la definición de las Características Técnicas del Porcelanato fueron absueltas oficialmente por PARSALUD mediante Carta Nº 268-2012-PARSALUD recibida el 09 de noviembre del 2012, señalando lo siguiente:

Especificaciones de PARSALUD:

Color	: Hueso	ACEPTADO
Acabado	: Mate	ACEPTADO
Dimensiones	: 0.60X0.60m	ACEPTADO
Espesor	: 8mm	ACEPTADO
Superficie	: Antideslizante	ACEPTADO
Resistencia al desgaste	: Mohs 8	ACEPTADO

Bajo esta tesitura, el Contratista sostiene que la demora en la absolución de consulta sobre las características técnicas del porcelanato es calificado como un evento compensable de acuerdo con lo establecido en el literal (g) de la cláusula 44.1 de las Condiciones Generales del Contrato.

Apartados más adelante, el Contratista sostiene que el Gerente de Obras absolvió las consultas referidas a las características técnicas del Porcelanato exigiéndole características técnicas muy especiales que no podían ser comprados en el mercado nacional, siendo necesaria consecuentemente su importación.

Bajo esta tesitura el Contratista sostiene que PARSALUD impartió una instrucción para lidiar con una condición imprevista en el Contrato, pues en el

cronograma de ejecución de obra no estuvo previsto el suministro del porcelanato por importación.

Alega adicionalmente el Contratista que la importación del porcelanato, es un evento compensable en tanto que no estuvo prevista en el cronograma de avance de obra el mayor tiempo que se requiere para el suministro de dicho material mediante importación.

En este sentido, el Contratista alega que la demora en la absolución de las consultas y la necesidad de la importación del porcelanato son eventos que afectan la ruta crítica del cronograma de avance de obra programado, en la partida del rubro de Arquitectura, específicamente las partidas pisos y pavimentos; contra zócalos, zócalos y pintura.

Adicionalmente expresa el Contratista que la partida 24 – Pintura – pertenece a la ruta crítica de acuerdo al cronograma de Ejecución de Obra y tiene como predecesora a la partida 15 Pisos y Pavimentos, y su actividad inicia el 08.12.12 y concluye el 19.12.12 que coincide con la fecha de término de la obra, por lo cual cada día de atraso debido a la demora en el suministro de porcelanato ocasiona el alargamiento de la partida 15.- Pisos y Pavimentos – y en consecuencia también desplaza la partida 24 – PINTURA – lo que originara finalmente que el término de la obra se desplace los días que corra su barra (de la partida 24.) en el Diagrama Gantt del Cronograma de Ejecución de Obra.

Finalmente el Contratista informa que la demora en el suministro de porcelanato afecta la ruta crítica al desplazar el término de la obra en un total de 123 días calendarios como ampliación de plazo.

POSICIÓN DEL PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD – PARSALUD

Iniciando con sus fundamentos, PARSALUD advierte que el Contrato de Ejecución de Obras N° 017-2012-PARSALUD/BID, que es Ley para las Partes, estableció el procedimiento taxativo mediante el cual se puede evaluar la existencia de un «evento que amerita compensación», por cuyos supuestos se admite una prórroga de la fecha de terminación de la obra y un ajuste a la retribución.

PARSALUD alega seguidamente, que en la Sub cláusula 44.2 del Contrato, se ha dispuesto que «Si un evento compensable ocasiona costos adicionales o impide que los trabajas se terminen con anterioridad a la fecha prevista de terminación, se deberá aumentar el precio del contrato y/o se deberá prorrogar la fecha prevista de terminación. El Gerente de Obras decidirá si el precio del contrato deberá incrementarse y el monto del incremento, y si la fecha prevista de terminación deberá prorrogarse y en qué medida».

En este sentido, PARSALUD sostiene que, al no haberse seguido el procedimiento de obligatorio cumplimiento, la demanda no es amparable.

Por último, PARSALUD informa que, al 30 de junio de 2013, fecha en la cual se encontraban por demás vencido los plazo de ejecución, las obras tenían solo un avance acumulado de 55.22%, siendo que no habría en ninguna oportunidad afectación alguna la ruta crítica pues, siempre había frentes que estarían pendientes de ejecutar.

d2. RESPECTO DEL VIGÉSIMO PUNTO CONTROVERTIDO

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL

En este acápite el Contratista alega que, habiéndose acreditado su derecho al mayor plazo de ejecución de obra solicitado en la pretensión principal, accesoriamente solicita que se ordene al demandado el pago de los mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo por 123 días calendarios por la afectación del programa de ejecución de obra vigente por la demora en la absolución de consulta de las características técnicas del porcelanato y la demora en el suministro por su importación.

POSICIÓN DEL PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD – PARSALUD

Iniciando con sus argumentos PARSALUD arguye a los considerandos que expuso para desvirtuar la décima segunda pretensión principal formulada por el Contratista, sosteniendo de ese modo que no corresponde el reconocimiento de dichos supuestos gastos generales.

Finalmente sostiene que, en el supuesto negado que se considere que le corresponde al Contratista el reconocimiento de los mayores gastos generales, esta deberá estar debidamente acreditada.

d3. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En relación a los presentes puntos controvertidos, de la lectura de las pretensiones formuladas por el Contratista, este Colegiado advierte que en ellas se ha requerido el pronunciamiento de dos (2) controversias: (i) La aprobación de una ampliación de plazo por 123 días calendarios para la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud Ocalli»; y, (ii) el reconocimiento y pago por concepto de mayores gastos generales e intereses legales.

En tal sentido, estando las controversias relacionadas entre sí, este Colegiado ha considerado conveniente realizar un análisis en conjunto, a fin de determinar la fundabilidad o no de las pretensiones formuladas por la parte demandante.

De este modo, una primera cuestión a determinar refiere a si corresponde o no aprobar la ampliación de plazo por 123 días calendario para la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud Ocalli».

Sobre la procedencia de la ampliación de plazo N° 3

Antes de pasar a analizar este punto controvertido, es pertinente recordar que las prórrogas a las fechas previstas a la terminación de las obras (1) deben obedecer a eventos considerados compensables (2) advertidos oportunamente por el Contratista, que (3) imposibiliten la terminación de la obra en el plazo previsto; y, (4) que se solicite ante el Gerente de Obras, (5) con toda la información sustentadora[39].

Ahora bien, cabe precisar que el incumplimiento de alguno de estos presupuestos, determinará la improcedencia o infundabilidad del mayor plazo de ejecución de obra bajo análisis.

Dicho lo anterior, pasaremos a analizar el cumplimiento de cada uno de los presupuestos antes descritos, empezando por el cumplimiento del requisito de procedibilidad regulado en la cláusula 28.2 de las Condiciones Generales del Contrato.

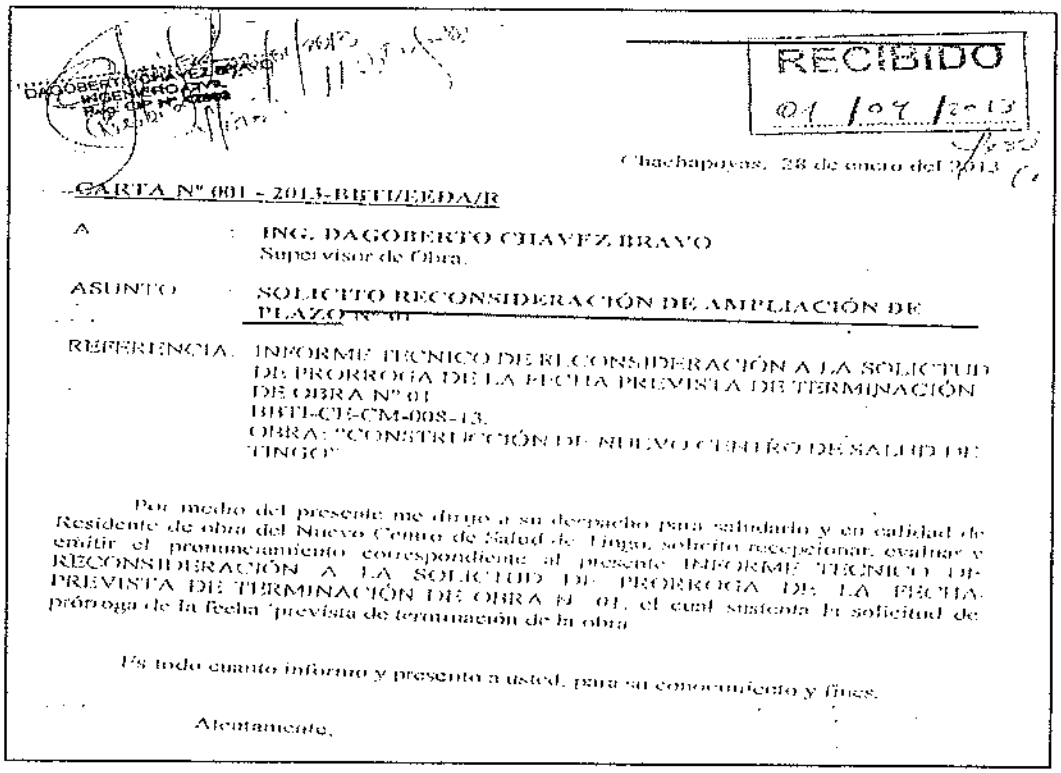
Sobre la solicitud ante el Gerente de Obras y el sustento debido

Un primer aspecto que se debe verificar está referido al cumplimiento de la obligación contractual por parte del Contratista de solicitar la prórroga de la fecha de terminación de Obra ante el Gerente de Obras con el sustento debido.

Así, de acuerdo con lo alegado por el Contratista, con fecha 28 de enero de 2013, mediante Carta N° 001-2013-BBTI/EEDAR/R presentó al Gerente de Obras la solicitud de prórroga de plazo de ejecución de obra sustentada en la necesidad de la importación del porcelanato debido al cambio de sus especificaciones técnicas[40].

Ahora bien, de la verificación de las cartas sustento de la ampliación de plazo alegado por el Contratista, este Colegiado puede advertir que la solicitud al cual se hace alusión, corresponde a la obra «Nuevo Centro de Salud de Tingo», mas no a la Nuevo Centro de Salud de Ocalli.

[39] A mayor abundamiento ver pág. 60 del Laudo.
[40] Anexo N° 36 de la demanda, presentado mediante escrito de fecha 26 de septiembre de 2014



RECIBIDO
01/09/2013

Chachapoyas, 28 de enero del 2013

--CARTA N° 001 - 2013-BIFI/EDDA/R

A : ING. DAGOBERTO CHAVEZ BRAVO
Supervisor de Obra.

ASUNTO : SOLICITO RECONSIDERACIÓN DE AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 01

REFERENCIA: INFORME TECNICO DE RECONSIDERACIÓN A LA SOLICITUD DE PRORROGA DE LA FECHA PREVISTA DE TERMINACIÓN DE OBRA N° 01
BIFI-CE-CM-008-13.
OBRA: "CONSTRUCCIÓN DE NUEVO CENTRO DE SALUD DE TINGO"

Por medio del presente me dirijo a su despacho para saludarlo y en calidad de Residente de obra del Nuevo Centro de Salud de Tingo, solicito recepcionar, evaluar y emitir el pronunciamiento correspondiente al presente INFORME TECNICO DE RECONSIDERACIÓN A LA SOLICITUD DE PRORROGA DE LA FECHA PREVISTA DE TERMINACIÓN DE OBRA N° 01, el cual sustenta la solicitud de prórroga de la fecha prevista de terminación de la obra.

Es todo cuanto informo y presento a usted, para su conocimiento y fines.

Atentamente,

Ahora bien, de la verificación de los actuados arbitrales tampoco ha podido advertir este Colegiado medio probatorio alguno que acredite el cumplimiento del procedimiento establecido por las partes para la procedencia de una ampliación de plazo.

En este sentido, conforme el marco normativo expuesto párrafos atrás, las partes han pactado un procedimiento previo a seguir para el otorgamiento de un mayor plazo de ejecución de obra, el cual consiste en la previa presentación de la solicitud ante el gerente de obras, estipulación que no puede ser desconocida por este Colegiado en virtud del principio *pacta sunt servanda*.

Por tales consideraciones, este Colegiado es de la posición de que la pretensión analizada en el presente punto controvertido deba ser declarada improcedente, quedando a salvo los hechos que forman parte de la causal sustento de la solicitud del mayor plazo de ejecución de obra a efectos de que pueda hacerse valer conforme lo establecido en el Contrato.

Sobre el reconocimiento y pago por concepto de mayores gastos generales e intereses legales

Ahora bien, otra de las pretensiones que forman parte de los puntos controvertidos bajo análisis está referida al pago de los mayores gastos generales de la ampliación de plazo desestimada en el apartado anterior. Pretensión accesoria a la Quinta pretensión principal.

Así, según Alejandro Ranilla[41], las pretensiones accesorias «se formalizan o concurren en el proceso a una pretensión procesal y; para el caso de ser amparada, también deberán ampararse la pretensión o pretensiones interpuestas con el carácter de accesorias»; con lo que, en principio, el punto controvertido en análisis debería seguir la suerte de la primera pretensión principal.

En suma, la pretensión planteada por la parte demandante refiere a lo siguiente.

> «**PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA DÉCIMA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL.**- Que, el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 131,474.60 (Ciento Treinta y Uno Mil Cuatrocientos Setenta y Cuatro con 60/100 Nuevos Soles) incluido el IGV, **por concepto de mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo por 123 días calendarios**, más el pago de los intereses legales desde la fecha de presentación de demanda hasta la fecha efectiva de pago.
>
> [El resaltado es nuestro]

Es así que, al haberse declarado que no corresponde aprobar la ampliación de plazo por 123 días calendarios que presentó BB Tecnología Industrial S.A.C. para la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli», así también no se generaría la obligación de pago de mayores gastos generales que de ese mayor plazo de ejecución de obra pudieran derivarse, por lo que, este Colegiado declara a su vez **IMPROCEDENTE** el presente punto controvertido.

d4. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

En síntesis al análisis de los Puntos Controvertidos, este Colegiado emite su pronunciamiento respecto a las siguientes pretensiones presentadas en la Demanda Arbitral: (1) Décimo Segunda Pretensión Principal; y, (2) Primera Pretensión Accesoria a la Décimo Segunda Pretensión Principal.

- **DECLARAR IMPROCEDENTE** la Décimo Segunda Pretensión Principal, analizada en el Décimo Noveno Punto Controvertido, por lo que no corresponde aprobar una ampliación por 123 días calendarios al plazo de ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli», por los atrasos ocasionados en la misma, debido a la demora en la absolución de consulta sobre las características técnicas del porcelanato y su adquisición.

[41] Ranilla Collado, Alejandro. La Pretensión Procesal. Disponible en: http://blog.pucp.edu.pe/media/avatar/560.pdf

- **DECLARAR IMPROCEDENTE** la Primera Pretensión Accesoria a la Décimo Segunda Pretensión Principal, analizada en el Vigésimo Punto Controvertido; consecuentemente, no corresponde ordenar al Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD – cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 131,474.60 (Ciento Treinta y Uno Mil Cuatrocientos Setenta y Cuatro con 60/100 Soles) incluido el IGV, por concepto de mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo por 123 días calendarios.

e. SOBRE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO POR N° 01 PARA LA OBRA «AMPLIACIÓN Y REMODELACIÓN DEL CENTRO DE SALUD RODRÍGUEZ DE MENDOZA»

NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la sexta pretensión principal, que el Tribunal Arbitral declare la Nulidad y/o Ineficacia del Informe N° 001-2012-EMM/SC-RA-CONSORCIO ACI-CONESUPSA, de fecha 04 de octubre de 2012, mediante el cual el Gerente de Obras resolvió declarar la improcedencia de la ampliación de plazo N° 01 de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza» por carecer de sustento técnico.

DÉCIMO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la séptima pretensión principal, que el Tribunal Arbitral apruebe la ampliación de plazo N° 01 por 07 días calendarios que se presentó para la ejecución de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza», en razón de los atrasos ocasionados en la ejecución de la obra por el cambio de proceso constructivo.

DECIMOPRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la primera pretensión accesoria a la séptima pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 15,188.65 (Quince Mil Ciento Ochenta y Ocho con 65/100 Soles), incluido IGV, por concepto de mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 01 de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza», más el pago de intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda hasta la fecha efectiva de pago.

e1. RESPECTO DEL NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL

Iniciando con sus argumentos el Contratista informa que mediante informe N° 01-BBTI/RMIR de fecha 18 de setiembre 2012, presentó a la supervisión la solicitud de ampliación de plazo N° 01, para la obra Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza [en lo sucesivo la Obra] por cambios en el proceso constructivo.

Asimismo advierte, que carta N° C-013-SORA-067-12 del 9 de Octubre 2012, el Gerente de Obras le comunicó que su solicitud de ampliación de plazo N° 01 por 07 días calendarios ha sido declarada improcedente.

En este sentido, solicita se declare la nulidad e ineficacia del informe sustento de la carta mediante la cual declara improcedente su solicitud, argumentando para ello, la procedencia del mayor plazo de ejecución de Obra, bajo lo siguiente:

A) EVENTO COMPENSABLE

Bajo este acápite, el Contratista sostiene que solicitó la ampliación de plazo N° 01 para la Obra por el evento compensable establecido en el literal (d) y (g) de la cláusula 44.1 de las Condiciones Generales del Contrato.

B) INFORMACIÓN SUSTENTADORA

El Contratista sostiene que la presencia de material deleznable, materiales orgánicos, residuos de medicinas, material rocoso, etc. y la imposibilidad de continuar con la excavación y el entibado, provocaron que en coordinación con la supervisión se optara por variar el proceso constructivo, evento que sustenta su mayor plazo de ejecución de obra.

De acuerdo a lo señalado por el Contratista, los hechos que sustentan el mayor plazo de ejecución de obra son los siguientes:

- El 26 de Julio 2012, la supervisión toma conocimiento de que se iniciará, la excavación masiva del terreno hasta el nivel de fondo de zapata y/o cimiento, para mejorar el suelo posteriormente. Procedimiento planteado a la supervisión ante la imposibilidad de continuar con la excavación manual de zanjas y entibado.

- El 1O de agosto del 2012 se culminó con la excavación masiva y eliminación de tierras con maquinarias pesadas. (Asiento N° 24 del 10.08.12).

- El 13 de agosto del 2012 se inician los trabajos de excavación normal de zanjas para sub- zapatas y sub-cimientos. (Asiento N° 25 del 13.08.12).

- El 03 de Setiembre del 2012, comunica a la supervisión que a consecuencia del corte masivo del terreno con maquinaria pesada hasta el nivel de fondo de cimientos y/o zapatas, se hace necesario ejecutar mayores metrados en las partidas.

8.1 ANALISIS DE LA RUTA CRÍTICA

El Contratista alega que las partidas contractuales afectadas corresponden a la partida grupal Movimiento de Tierras:

- 03.00.00 MOVIMIENTOS DE TIERRAS
- 03.02.01 Corte de terreno en forma manual.
- 03.03.21 Relleno compactado con material de préstamo afirmado con equipos livianos.
- 03.05.01 Acarreo interno de material procedente de excavaciones, demoliciones y desmontajes.
- 03.08.01 Entibado con madera.

Adicionalmente el Contratista señala que las partidas afectadas se encuentran incluidas en la actividad N° 5. MOVIMIENTO DE TIERRAS y en consecuencia forma parte de la ruta crítica, afectando el término de la obra en 7 días calendarios.

POSICIÓN DEL PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD – PARSALUD

Iniciando con sus argumentos, PARSALUD informa que extiende como sustento los argumentos expuestos por el Gerente de Obras en la Carta Nº C-013-SORA-067-13 y el Informe Nº 001-2012-EMM/SC-CONSORCIO ACI-CONESUPSA.

Asimismo sostiene que el «Evento Compensable» originado en la «condición más desfavorable del terreno», sólo se origina cuando el Contratista no hubiera podido inferir RAZONABLEMENTE la condición del terreno a partir de: a) la información brindada a los postores; b) la información pública; o, c) la inspección visual del sitio de obras.

En este sentido, alega PARSALUD que era condición expresa del Contrato, que sólo en la medida que el Contratista no hubiera podido inferir Razonablemente la condición del terreno a partir de cualquiera de los tres (3) citados hechos de manera independiente, se podría reconocer el pago por dichos Eventos Compensables.

Sobre la información brindada a los postores

En tales consideraciones, PARSALUD alega que, en el Estudio de Mecánica de Suelos que forma parte del Expediente Técnico brindado al Contratista, se advirtió las condiciones del terreno, a sí se señaló en su numeral 8.1 – conclusiones – que las características de los suelos encontrados son mayormente arenosos, con densidad moderada y probabilidad de ocurrencia del fenómeno de licuación de suelos.

De lo anterior, PARSALUD concluye que al haberse señalado expresamente en el expediente técnico la calidad del suelo, no constituye un hecho extraordinario ni imprevisible las condiciones del terreno.

Sobre la inspección visual del sitio de obras

PARSALUD sostiene que, en las Bases de la Licitación, se recomendó a los licitantes que «visiten e inspeccionen» el sitio en el que se instalará la obra y sus alrededores, y obtenga por sí mismos, bajo su propia responsabilidad, toda la información que pueda necesitar para preparar la oferta y celebrar el contrato. Con la práctica de esta diligencia podía razonablemente el Contratista inferir el estado del terreno.

Sobre la información pública

Por último, PARSALUD alega que el Contratista actuando razonablemente, considerando la magnitud y la ubicación de la zona de Obras, podía diligentemente obtener los reportes de documentos públicos como el mapa de áreas de licuación de suelos en el Perú, a fin de identificar la intensidad de la calidad del terreno en la zona de obras, lo cual tampoco efectuó.

e2. RESPECTO DEL DÉCIMO PUNTO CONTROVERTIDO

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL

El Contratista sostiene en este apartado que habiendo acreditado la nulidad y/o ineficacia del informe, debe declararse la procedencia del mayor plazo de ejecución de Obra N° 01 por 07 días calendarios por cambio en el proceso constructivo.

POSICIÓN DEL PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD – PARSALUD

PARSALUD sostiene que no corresponde el reconocimiento de un mayor plazo de ejecución de obra en tanto que, en los apartados anteriores ha demostrado que no se han configurado los presupuestos establecidos en el Contrato de Obra.

e3. RESPECTO DEL DECIMOPRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL

El Contratista sostiene en este apartado que habiendo acreditado la procedencia del mayor plazo de ejecución de Obra Nº 01 por 07 días calendarios por cambio en el proceso constructivo, corresponde que se le reconozca los mayores gastos generales.

POSICIÓN DEL PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD – PARSALUD

PARSALUD sostiene que al haberse acreditado la no procedencia del mayor plazo de ejecución de obra solicitado por el Contratista no corresponde reconocerse ningún monto.

Asimismo alega que en el supuesto negado que el Colegiado considere la procedencia del mayor plazo de ejecución de obra, tampoco corresponde el pago de un mayor gasto general en tanto que esta no ha sido pactada por las partes.

Informa que las partes lo que han pactado el pago de un aumento del precio del Contrato, el cual se solicita ante el Gerente de Obras, ante el otorgamiento de un mayor plazo de ejecución de obra, con los argumentos correspondientes.

e4. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En relación a los presentes puntos controvertidos, de la lectura de las pretensiones formuladas por el Contratista, este Colegiado advierte que en ellas se ha requerido el pronunciamiento de tres (3) controversias: (i) La Nulidad y/o Ineficacia del Informe N° 001-2012-EMM/SC-RA-CONSORCIO ACI-CONESUPSA,; (ii) La aprobación de la ampliación de plazo N° 01 por 07 días calendarios para la ejecución de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza»; y, (iii) El reconocimiento y pago por concepto de mayores gastos generales e intereses legales.

En tal sentido, estando las controversias relacionadas entre sí, este Colegiado ha considerado conveniente realizar un análisis en conjunto, a fin de determinar la fundabilidad o no de las de fecha 04 de octubre de 2012pretensiones formuladas por la parte demandante.

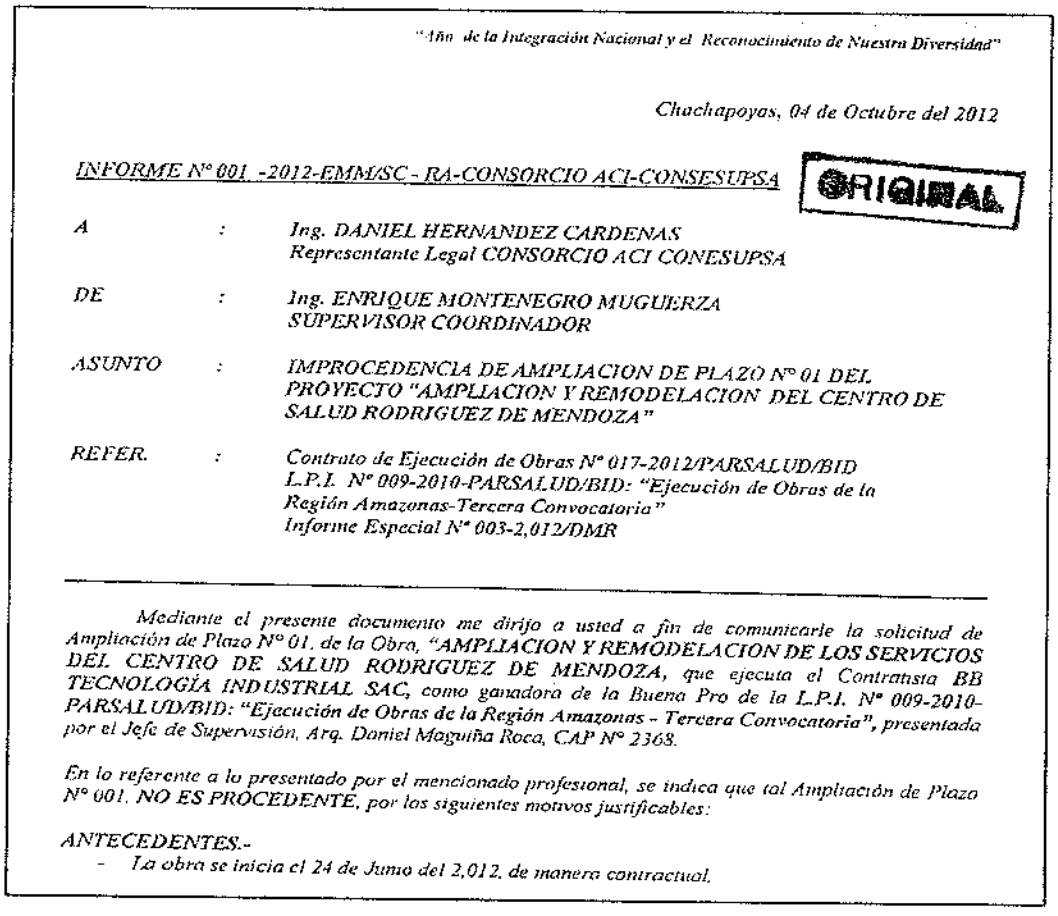
De este modo, una primera cuestión a determinar refiere a si corresponde o no declarar la Nulidad y/o Ineficacia del Informe N° 001-2012-EMM/SC-RA-CONSORCIO ACI-CONESUPSA, de fecha 04 de octubre de 2012.

Sobre la nulidad del informe

El Contratista ha planteado como pretensión que se deje sin efecto legal el Informe N° 01-2012-EMM/SC-RA-CONSORCIO ACI-CONESUPSA emitido por la supervisión de la obra, en atención a que mediante este documento se habría denegado la solicitud N° 1 de prórroga de la fecha de terminación de la Obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza».

Así, conforme los argumentos expuestos por este colegiado en apartados anteriores, en términos generales un informe es un hecho, un acontecimiento humano, cuya verificación no produce por si misma efectos jurídicos; puede ciertamente, en algunos casos, formar parte de la construcción de la voluntad de un sujeto de derecho, o constituir medio de prueba. En el primero de los casos este hecho se verá reflejado en un hecho con relevancia jurídica - acto jurídico -, en el segundo supuesto, el medio de prueba podrá ser sometido a una valoración probatoria o, ante una patología en la misma, podrá ser materia de impugnación.

Teniendo en cuenta lo expuesto, es pertinente traer a la vista las partes más importantes del documento bajo análisis, a fin de confirmar si la denominación que le ha sido otorgada corresponde a su naturaleza o si, por el contrario, de su contenido puede verificarse que su naturaleza es otra.



"Año de la Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad"

Chachapoyas, 04 de Octubre del 2012

INFORME N° 001 -2012-EMM/SC - RA-CONSORCIO ACI-CONESUPSA ORIGINAL

A : *Ing. DANIEL HERNANDEZ CARDENAS*
Representante Legal CONSORCIO ACI CONESUPSA

DE : *Ing. ENRIQUE MONTENEGRO MUGUERZA*
SUPERVISOR COORDINADOR

ASUNTO : *IMPROCEDENCIA DE AMPLIACION DE PLAZO N° 01 DEL PROYECTO "AMPLIACION Y REMODELACION DEL CENTRO DE SALUD RODRIGUEZ DE MENDOZA"*

REFER. : *Contrato de Ejecución de Obras N° 017-2012/PARSALUD/BID*
L.P.I. N° 009-2010-PARSALUD/BID: "Ejecución de Obras de la Región Amazonas-Tercera Convocatoria"
Informe Especial N° 003-2,012/DMR

Mediante el presente documento me dirijo a usted a fin de comunicarle la solicitud de Ampliación de Plazo N° 01, de la Obra, "AMPLIACION Y REMODELACION DE LOS SERVICIOS DEL CENTRO DE SALUD RODRIGUEZ DE MENDOZA, que ejecuta el Contratista BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL SAC, como ganadora de la Buena Pro de la L.P.I. N° 009-2010-PARSALUD/BID: "Ejecución de Obras de la Región Amazonas - Tercera Convocatoria", presentada por el Jefe de Supervisión, Arq. Daniel Maguiña Roca, CAP N° 2368.

En lo referente a lo presentado por el mencionado profesional, se indica que tal Ampliación de Plazo N° 001, NO ES PROCEDENTE, por los siguientes motivos justificables:

ANTECEDENTES.-
- *La obra se inicia el 24 de Junio del 2,012, de manera contractual.*

Tribunal Arbitral:
Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.
Dr. Juan Huamaní Chávez.
Dr. Víctor Huayama Castillo.

→ *CON FECHA 17/09/2012 – ASIENTO N° 086 – DE LA RESIDENCIA (Folio N° 42)*
El Residente indica que entregará el Informe correspondiente a la Ampliación de Plazo N° 001 el día de mañana

→ *CON FECHA 17/09/2012 – ASIENTO N° 087 – DE LA SUPERVISIÓN (Folio N° 42)*
La Supervisión reitera al Contratista presentar el Informe de Ampliación de Plazo N° 001

→ *CON FECHA 18/09/2012 – ASIENTO N° 088 – DE LA RESIDENCIA (Folio N° 43)*
El Residente entrega el Informe N° 01 RBII RAER, correspondiente a la Ampliación de Plazo N° 001 para su respectivo análisis.

→ *CON FECHA 17/09/2012 – ASIENTO N° 087 – DE LA SUPERVISIÓN (Folio N° 42)*
La Supervisión recibe el Informe N° 01 RBII RAER, correspondiente a la Ampliación de Plazo N° 001 para su respectivo análisis

- *La responsabilidad lo asume el Contratista por realizar este tipo de ejecución de obra, y mucho más cuando se lo anticipo de lo que no debió hacer, haciendo caso omiso a lo aprobado en su oportunidad, como recomendación de la que no se hizo caso a lo sostenido, con sustento y experiencia.*

- *Por lo que dicha posible Ampliacion de Plazo No. 01 se debe a un mal Proceso Constructivo en la Ejecución de la Obra, siendo de responsabilidad de la Empresa Contratista el mal Proceso constructivo de la Obra.*

Por lo que es necesario que se comunique al PARSALUD dando a conocer la Improcedencia de dicha AMPLIACION DE PLAZO N° 01 presentada por la Empresa Contratista, ya que según contrato, este debe responderse en los plazos establecidos en los contratos de Ejecución y Supervisión de Obra.

CONCLUSIONES.-

De lo anteriormente se desprende que es Improcedente la Ampliacion de Plazo No. 01, por Siete Dias Naturales solicitados por el Contratista, lo cual debe comunicarse al Parsalud para que comunique al Contratista dándole a conocer la Improcedencia de dicha Ampliacion de Plazo No. 01.

Tampoco se le corresponde mayores gastos adicionales por los trabajos realizados, toda vez que lo realizo sin previa autorización y comunicación alguna, siendo de su entera responsabilidad realizar los trabajos de relleno hasta el Nivel de Falso Piso.

Por lo que recomiendo comunicar al Contratista sobre la Improcedencia de dicha Ampliacion de Plazo por Intermedio de PARSALUD.

OFICINA DE COORDINACION - JR. DOS DE MAYO N° 433 – 3° PISO – OFICINA N° 5 – CHACHAPOYAS – AMAZONAS – PERU

ENRIQUE MONTENEGRO RUGUERZA
INGENIERO CIVIL – CIP 41157
SUPERVISOR COORDINADOR
CONESUPSA

De la ilustración del documento, este Colegiado Arbitral advierte que el documento materia de análisis no deniega la solicitud N° 1 de prórroga de la fecha de terminación para la Obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza», tal como lo afirmado por el Contratista; antes bien, se puede apreciar que en ella se recomienda declarar improcedente la solicitud de prórroga presentada por el Contratista, hecho que de ningún modo afecta la esfera jurídica de la parte demandante.

De ahí que este Colegiado no pueda declarar su ineficacia, pues tal consecuencia implica en sí misma una calificación que no va acorde con su naturaleza. Dicho de otro modo, este Colegiado no puede declarar la nulidad de un hecho al cual el ordenamiento jurídico no le ha ligado consecuencias de derecho.

Sin perjuicio de lo anterior, el presente informe en tanto que ha sido presentado como medio probatorio al presente proceso podrá ser valorado – de considerarse pertinente – para acreditar algún hecho o suceso.

Ahora bien, continuando con el análisis de la materia controvertida procederemos a la evaluación de la procedencia o no de la ampliación de plazo solicitada por el Contratista, a fin de determinar si corresponde o no declarar su ineficacia.

Sobre la procedencia de la ampliación de plazo N° 1

Antes de pasar a analizar este punto controvertido, es pertinente recordar que las prórrogas a las fechas previstas a la terminación de las obras (1) deben obedecer a eventos considerados compensables (2) advertidos oportunamente por el Contratista, que (3) imposibiliten la terminación de la obra en el plazo previsto; y, (4) que se solicite ante el Gerente de Obras, (5) con toda la información sustentadora[42].

Así, importa a este Tribunal Arbitral verificar si en el presente caso se ha cumplido o no con seguir lo que las partes han pactado en el Contrato – Convenio –, a efectos de determinar la procedencia – o no – del mayor plazo de terminación de obra N° 1 para la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza».

Sobre la solicitud ante el Gerente de Obras y el sustento debido

Un primer aspecto que se debe verificar está referido al cumplimiento por parte del Contratista de solicitar la prórroga de la fecha de terminación de Obra ante el Gerente de Obras, con el sustento debido; tema que para este Colegiado Arbitral es ciertamente incontrovertido, en tanto que, de los argumentos expuestos por las partes no se ha advertido manifestación alguna destinada a poner en debate el cumplimiento de esta obligación contractual.

Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal Arbitral ha verificado que el cumplimiento de esta obligación contractual se dio mediante informe N° 001-BBTI/RM/R de fecha 18 de septiembre de 2012, en la cual el Contratista solicitó al Gerente de Obras la modificación del plazo de terminación de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza» por un lapso de 07 días calendario.

Cabe precisar, que si bien no obra en los actuados arbitrales el informe N° 001-BBTI/RM/R de fecha 18 de septiembre de 2012, de la verificación de la carta N° C-013-SORA-067-12[43], mediante la cual se declara la improcedencia de la solicitud de prórroga a la fecha de terminación para la Obra, este

[42] A mayor abundamiento ver pág. 65 del Laudo Arbitral.

[43] Anexo N° 17 de la demanda, presentado mediante escrito de fecha 26 de septiembre de 2014

Colegiado ha podido advertir que se hace referencia al cumplimiento de esta obligación contractual.

REF.: C-013-SORA-067-12

Lima, 09 de Octubre de 2012

Señores:
BB TECNOLOGIA INDUSTRIAL S.A.C.
Ca. Seis, Mz. D, Lote 13, Urb. Industrial Grimaneza - Callao

Att.: BLADIMIR OBDULIO BAZAN TORRES
Representante Legal

Ref.: LPI N° 009-2010/PARSALUD/BID – Ejecución de Obras en la Región Amazonas

Asunto: Informe Solicitud de Ampliación de Plazo No. 01 C.S. Rodríguez de Mendoza

De mi mayor consideración:

Después de haber revisado su solicitud de Ampliación de Plazo No. 01 por 07 días calendario de la obra: "Ampliación y Remodelación de los Servicios del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza", remitida mediante informe No. 01-BBTI/RM/R del 18 de Setiembre del 2012, ésta Supervisión la encuentra IMPROCEDENTE, de acuerdo con el informe del Coordinador de Supervisión que adjuntamos.

Sin otro particular y agradeciendo anticipadamente la atención brindada a la presente, quedo de usted.

DANIEL HERNANDEZ CARDENAS
Representante Legal
CONSORCIO ACI – CONESUPSA

Adjunto: Lo anunciado.
Copia. Dr. Walter Vigo Valdez – Coordinador General Parsalud II
Copia. Archivo.

RECIBIDO
09 OCT. 2012
bbti

De lo dicho hasta aquí, a juicio de este Tribunal Arbitral queda plenamente acreditado que el Contratista ha cumplido, por lo menos, con las formalidades a las cuales se obligaron las partes en la cláusula 28.2 de las Condiciones Generales del Contrato.

Ahora, pasemos a dar cuenta si la solicitud de un mayor Plazo de Terminación de Obra cumple o no con los presupuestos de fondo, esto es, si la causa que originara la solicitud del mayor plazo de ejecución de obra se debe a un evento compensable que afecte la ruta crítica de la obra, haciendo de este modo necesario el plazo.

Sobre el evento compensable

Antes de iniciar con el razonamiento de este apartado, este Colegiado estima pertinente advertir, que las partes han establecido en el Contrato que los

eventos considerados compensables – de comprobarse dicho suceso y se cumplan con las demás condiciones establecidas en el contrato – le dará la posibilidad al Contratista de solicitar una prórroga a la Fecha Prevista de Terminación de la obra.

> «28.1 El Gerente de Obras **deberá prorrogar la Fecha Prevista** de Terminación **cuando se produzca un Evento Compensable** o se ordene una Variación **que haga imposible la terminación de las Obras** en la Fecha Prevista de Terminación sin que el Contratista adopte medidas para acelerar el ritmo de ejecución de los trabajos pendientes y que le generen gastos adicionales.»
>
> [El resaltado es nuestro]

Ahora bien, la causal invocada en la solicitud de modificación del plazo de terminación de la Obra está sustentada en el cambio del proceso constructivo determinado en el expediente técnico de obra, evento compensable establecido en los incisos (f) y (g) de la cláusula 44.1 de las Condiciones Generales del Contrato[44]. Estos hechos, de acuerdo con lo alegado por el Contratista se encuentran acreditas en los asientos N° 17, 18, 24,25, 59, 60 y 61 del cuaderno de obra.

En este sentido, a fin de tener certeza sobre la ocurrencia de los hechos que en su conjunto acreditan el evento compensable que, de afectar el cronograma de avance de obra, otorgará el derecho del Contratista a un mayor plazo de ejecución de obra, este Colegiado procederá a realizar un análisis de las pruebas obrantes en los actuados arbitrales que respalden su acaecimiento, empezando por los asientos ofrecidos por el Contratista al que se hizo referencia en el párrafo anterior.

De este modo, de acuerdo con lo alegado por el Contratista, con fecha 26 de julio de 2012[45], planteó a la supervisión el procedimiento de excavación masiva del terreno con maquinaria pesada ante la imposibilidad de realizar la excavación manual y entibado – procedimiento constructivo de acuerdo al expediente técnico de obra –; asimismo, sostiene que dejó constancia en el asiento N° 24 del cuaderno de obra, de fecha 10 de agosto de 2012, que se culminaron los trabajos de excavación masiva y eliminación de tierras con maquinaria pesada.

De la verificación del mencionado asiento, este colegiado no ha podido advertir que en el mismo se haga referencia, aunque fuere breve o concisa, respecto a la terminación de los trabajos conforme lo sostenido por el demandante, antes bien, este asiento hace referencia a trabajos de demolición de acuerdo con el expediente técnico de la obra.

---

[44] Cláusula 44.1 de las Condiciones Generales del Contrato.

[45] Este hecho debió constar en los asientos 17 y 18 del cuaderno de obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza».

De otro lado, este Colegiado advierte que la razón por la cual el Contratista solicita su ampliación de plazo está referida al cambio realizado en el proceso constructivo – variación del proceso constructivo –, en este sentido, conforme lo establecido por las partes en el Contrato, una variación puede ser ordenada por el Gerente de Obras mediante Resolución Jefatural[46], por otro lado, cuando el Contratista introduzca una modificación en el programa o método de trabajo por su propia cuenta, el calendario de actividades no sufrirá modificación alguna[47].

Ahora bien, de acuerdo a lo alegado por el Contratista, la orden impartida por el gerente de obras para ejecutar la variación sustento de la ampliación de plazo fue realizada mediante anotación en el cuaderno de Obra, hecho que si bien no ha sido probado por la parte, no constituiría una orden, en tanto que, todas las variaciones ordenadas por el Gerente de Obras deben hacerse mediante Resolución Jefatural.

Dicho en forma breve, los hechos expuestos por el Contratista no producen convicción en este Colegiado Arbitral respecto a la configuración del evento compensable, requerimiento necesario para la obtención de un mayor plazo de ejecución de obra, careciendo de objeto que se sigan analizando los demás presupuestos establecidos en el Contrato.

Por las consideraciones antes expuestas este Colegiado desestima la pretensión referida a la ampliación de plazo N° 01 para la Obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza», máxime teniendo en cuenta que la carga de probar su derecho a un mayor plazo de ejecución de obra es del Contratista, debiendo esta parte asumir los perjuicios que para sí mismo conlleve su no hacer.

Sobre el reconocimiento y pago por concepto de mayores gastos generales e intereses legales

Ahora bien, el presente apartado está referido a una pretensión accesoria a la cuarta pretensión principal, así, en tanto que la pretensión a la que se encontraba sujeta ha sido desestimada, corresponde Infundada la presente pretensión.

Así, según Alejandro Ranilla[48], las pretensiones accesorias «se formalizan o concurren en el proceso a una pretensión procesal y; para el caso de ser amparada, también deberán ampararse la pretensión o pretensiones interpuestas con el carácter de accesorias»; con lo que, en principio, el punto controvertido en análisis debería seguir la suerte de la primera pretensión principal.

[46] De Conformidad con las cláusulas 40.1 de las Condiciones Generales del Contrato y 40 de las Condiciones Especiales del Contrato.
[47] De Conformidad con la cláusula 39.1 de las Condiciones Generales del Contrato.
[48] Ranilla Collado, Alejandro. La Pretensión Procesal. Disponible en: http://blog.pucp.edu.pe/media/avatar/560.pdf

Dicho en forma breve, la presente pretensión está referida al reconocimiento de los gastos generales de la aprobación de ampliación de plazo solicitada por el Contratista, analizado en el apartado anterior.

> « **PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL**.- Que, el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 15,188.65 (Quince Mil Ciento Ochenta y Ocho con 65/100 Soles), incluido IGV, por concepto de mayores gastos generales **correspondientes a la ampliación de plazo N° 01 de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza»**, más el pago de intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda hasta la fecha efectiva de pago.»
>
> [El resaltado es nuestro]

Es así que, al haberse declarado que no corresponde aprobar la ampliación de plazo N° 1 por 07 días calendarios que presentó BB Tecnología Industrial S.A.C. para la ejecución de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza», así también no se generaría la obligación de pago de mayores gastos generales que de ese mayor plazo de ejecución de obra pudieran derivarse, por lo que, este Colegiado declara a su vez INFUNDADA el presente punto controvertido.

e5. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

En síntesis al análisis de los Puntos Controvertidos, este Colegiado emite su pronunciamiento respecto a las siguientes pretensiones presentadas en la Demanda Arbitral: (1) Sexta Pretensión Principal; (2) Séptima Pretensión Principal; y, (3) Primera Pretensión Accesoria a la Séptima Pretensión Principal.

- **DECLARAR IMPROCEDENTE** la Sexta Pretensión Principal, analizada en el Noveno Punto Controvertido, referida a la nulidad e ineficacia del Informe N° 001-2012-EMM/SC-RA-CONSORCIO ACI-CONESUPSA, de fecha 04 de octubre de 2012.

- **DECLARAR INFUNDADA** la Séptima Pretensión Principal, analizada en el Décimo Punto Controvertido, por lo que no corresponde aprobar la ampliación de plazo N° 01 por 07 días calendarios que se presentó para la ejecución de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza».

- **DECLARAR INFUNDADA** la Primera Pretensión Accesoria a la Séptima Pretensión Principal, analizada en el Décimo Primer Punto Controvertido; consecuentemente, no corresponde ordenar al Programa de Apoyo a la

Reforma del Sector Salud – PARSALUD – cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 15,188.65 (Quince Mil Ciento Ochenta y Ocho con 65/100 Soles), incluido IGV, por concepto de mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 01 de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza».

f. SOBRE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO POR N° 02 PARA LA OBRA «AMPLIACIÓN Y REMODELACIÓN DEL CENTRO DE SALUD RODRÍGUEZ DE MENDOZA»

DÉCIMO SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la octava pretensión principal, que el Tribunal Arbitral apruebe la Ampliación de Plazo Nº 02 por 11 días calendarios que se presentó para la ejecución de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza», por el bloqueo del acceso a la Obra debido a los trabajos de movimientos de tierra realizados por el consorcio DUBAI, Contratista de la obra «Pistas y Veredas del barrio Cuillas de la Ciudad de Rodríguez de Mendoza».

DÉCIMO TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la primera pretensión accesoria a la octava principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 23,867.88 (Veintitrés Mil Ochocientos Sesenta y Siete con 88/100 Nuevos Soles) incluido IGV, el concepto de mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 02 por los 11 días calendarios solicitados, como consecuencia de la extensión del plazo contractual, que incrementó el gasto general variable, más el pago de los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda hasta la fecha efectiva de pago.

f1. <u>RESPECTO DEL DÉCIMO SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO</u>

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL

El Contratista informa bajo este acápite que mediante informe Nº 02-2012-BBTI/RM/R de fecha 16 de Noviembre del 2012, presentó a la supervisión la Solicitud de Ampliación de Plazo Nº 02 por 11 días calendarios, debido al bloqueo del acceso a la obra, por trabajos realizados por otra Contratista (CONSORCIO DUBAI).
Adicionalmente informa que, con fecha 06 de diciembre del 2013, mediante Adenda Nº 01 al Contrato de Ejecución de Obras Nº 17-2012/ PARSALUD/BID, el Contratante aprueba una Ampliación de Plazo por 9 días.

El Contratista alega que la aprobación parcial de la ampliación de plazo Nº 02 por solo 09 días calendarios de los 11 días solicitados genera controversia entre las partes, toda vez que la causal invocada por mi representada afectó el programa de ejecución de obra vigente en 11 días calendarios. Esta ampliación sostiene que se encuentra acreditada en los asientos del cuaderno de obra N° 54, 55, 57, 62, 68, 69, 70 y 74.

Agrega el Contratista que los sucesos expuestos y que son sustento de la ampliación de plazo N° 2 es un evento catalogado como compensable según la Cláusula 44.1, literal (f), en tanto que origina el desabastecimiento de materiales para la ejecución de las partidas de concreto armado y otros derivados de esta, lo cual por ser partidas principales afectan la ruta crítica del Cronograma de Ejecución de Obra.

Sostiene el Contratista que el inicio de la causal parte del 31 de agosto del 2012 – asiento N° 54 y 55 del cuaderno de obra –, por cuanto en esta fecha se da inicio al bloqueo por la Contratista DUBAI, hasta el 10 de setiembre de 2012, por lo cual concluye que el desarrollo normal de los trabajos se afectaron desde el 31 de Agosto del 2012 hasta el 10 de setiembre del 2012 – 11 días calendario.

POSICIÓN DEL PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD – PARSALUD

PARSALUD alega que el 29 de enero de 2013, suscribió con el Contratista la Primera Adenda al Contrato de Ejecución de Obras Nº 17-2012-PARSALUD/BID, en la cual se señala expresamente que en concordancia con el pronunciamiento emitido por el Gerente de Obras, ambas partes acuerdan modificar la Fecha Prevista de Terminación de la Obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza», siendo su nueva Fecha de Terminación de Obra el 13 de enero de 2013, considerando que se ha encontrado procedente su ampliación de plazo por nueve (9) y cuarenta y cinco (45) días calendario, por la ampliación de plazo Nº 2 y Nº 3, respectivamente.

En este sentido PARSALUD sostiene que la adenda suscrita es vinculante y de obligatorio cumplimiento, en mérito a lo dispuesto por el Artículo 168° y 1361° del Código Civil.

f2. <u>RESPECTO DEL DÉCIMO TERCER PUNTO CONTROVERTIDO</u>

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL

El Contratista sostiene en este apartado que habiendo acreditado la procedencia del mayor plazo de ejecución de Obra Nº 02 por 11 días calendario por el bloqueo del acceso a la obra debido a los trabajos de movimiento de tierra realizada por el consorcio DUBAI.

POSICIÓN DEL PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD – PARSALUD

PARSALUD sostiene que al haberse acreditado la no procedencia del mayor plazo de ejecución de obra solicitado por el Contratista no corresponde reconocerse ningún monto.

Asimismo alega que en el supuesto negado que el Colegiado considere la procedencia del mayor plazo de ejecución de obra, tampoco corresponde el pago de un mayor gasto general en tanto que esta no ha sido pactada por las partes.

Informa que las partes lo que han pactado el pago de un aumento del precio del Contrato, el cual se solicita ante el Gerente de Obras, ante el otorgamiento de un mayor plazo de ejecución de obra, con los argumentos correspondientes.

f3. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En relación a los presentes puntos controvertidos, de la lectura de las pretensiones formuladas por el Contratista, este Colegiado advierte que en ellas se ha requerido el pronunciamiento de dos (2) controversias: (i) La aprobación de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 2 por 11 días calendario que se presentó para la ejecución de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza»; y, (ii) el reconocimiento y pago por concepto de mayores gastos generales e intereses legales.

En tal sentido, estando las controversias relacionadas entre sí, este Colegiado ha considerado conveniente realizar un análisis en conjunto, a fin de determinar la fundabilidad o no de las pretensiones formuladas la parte demandante.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo señalado, una primera cuestión a determinar refiere a si corresponde o no aprobar un mayor plazo de ejecución para la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza».

Sobre la procedencia de la ampliación de plazo N° 2

El Contratista plantea como pretensión que este colegiado apruebe la ampliación de plazo N° 2 para la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza», para tal efecto, alega que ha cumplido con las condiciones estipuladas en el Contrato: (1) La presentación de una solicitud ante el Gerente de obras; (2) Que la causa que amerita la ampliación de plazo se sustente en un evento compensable o en una variación ordenada por el gerente de obras; y, (3) Que se sustente la solicitud.

Asimismo, sostiene que existe una afectación en la ejecución de la obra, para ello presenta como prueba asientos del cuaderno de obra y analiza la afectación a la ruta crítica.

Por su parte, PARSALUD ha advertido que el 29 de enero de 2013 suscribió con el Contratista la segunda adenda al Contrato, mediante la cual expresamente señalaron que ambas partes acuerdan modificar la fecha prevista de terminación de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza».

Sobre estos considerandos de las partes, este Colegiado Arbitral advierte que, en efecto, con fecha 29 de enero de 2013, PARSALUD y el Contratista suscribieron la adenda N° 01 al Contrato[49], acordando en ella lo siguiente:

> «Por medio de la presente, **en concordancia con el pronunciamiento emitido por el Gerente de Obras, ambas partes acuerdan modificar la Fecha Prevista de Terminación de la Obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza», siendo su nueva Fecha de Terminación de Obra el 13 de enero de 2013, considerando que se ha encontrado procedente su ampliación de plazo por nueve (09) y cuarenta y cinco días (45) días calendario.**»
>
> [El resaltado es nuestro]

En este orden de ideas, en tanto existe una adenda suscrita por las partes en donde acuerdan modificar la Fecha Prevista de Terminación de la Obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza», para la ampliación de plazo N° 2 y 3 por nueve (09) y cuarenta y cinco días (45) días calendario, la misma no puede ser desconocida por este Colegiado, al menos que el acto jurídico adolezca de causales de nulidad o anulabilidad, hecho que no ha sido probado por el Contratista, ni ha podido ser advertido por este colegiado.

En efecto, en tanto que el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe, el contenido de la adenda N° 1 al contrato, produce plena convicción a este Colegiado de que las partes ciertamente han convenido de mutuo acuerdo ampliar el plazo de ejecución de obra, por la ampliación de plazo N° 2 bajo análisis sólo por el plazo de nueve (09) días calendario.

De ahí que, por más respaldado que pudiera encontrar este Colegiado de la posición del Contratista de ser acreedor de un mayor plazo de ejecución de obra, no pueda interferir en la voluntad de las partes, pues han sido éstas las

[49] Anexo 4 de la demanda: «Primera Adenda de fecha 29 de enero de 2013».

que en uso de su autonomía privada han convenido dotar de efectos jurídicos determinados hechos, los mismos que al pasar a ser parte de un contrato – adenda – se convierta en ley entre ellas.

Conforme a lo anterior, carece de objeto que este Colegiado analice los argumentos aportados por las partes, referidas a la procedencia o no de la ampliación de plazo solicitada por el Contratista.

Por las razones expuestas, este Colegiado Arbitral desestima la pretensión solicitada por el Contratista, referida a la procedencia de la ampliación de plazo N° 2 por 09 días calendarios, para la ejecución de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza».

Sobre el reconocimiento y pago por concepto de mayores gastos generales e intereses legales

Ahora bien, el presente apartado está referido a una pretensión accesoria a la octava pretensión principal, así, en tanto que la pretensión a la que se encontraba sujeta ha sido desestimada, corresponde declarar infundada la presente pretensión.

Así, según Alejandro Ranilla[50], las pretensiones accesorias «se formalizan o concurren en el proceso a una pretensión procesal y; para el caso de ser amparada, también deberán ampararse la pretensión o pretensiones interpuestas con el carácter de accesorias»; con lo que, en principio, el punto controvertido en análisis debería seguir la suerte de la primera pretensión principal.

Dicho en forma breve, la presente pretensión está referida al reconocimiento de los gastos generales de la aprobación de ampliación de plazo solicitada por el Contratista, analizado en el apartado anterior.

> «**PRETENSIÓN ACCESORIA A LA OCTAVA PRETENSIÓN PRINCIPAL**.- Que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 23,867.88 (Veintitrés Mil Ochocientos Sesenta y Siete con 88/100 Soles) incluido IGV, por **concepto de mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 02 por los 11 días calendarios solicitados, como consecuencia de la extensión del plazo contractual,** que incrementó el gasto general variable, más el pago de los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda hasta la fecha efectiva de pago».
>
> [El resaltado es nuestro]

[50] Ranilla Collado, Alejandro. La Pretensión Procesal. Disponible en: http://blog.pucp.edu.pe/media/avatar/560.pdf

Es así que, al haberse declarado que no corresponde aprobar la ampliación de plazo N° 2 por 11 días calendarios que presentó BB Tecnología Industrial S.A.C. para la ejecución de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza», así también no se generaría la obligación de pago de mayores gastos generales que, de ese mayor plazo de ejecución de obra pudieran derivarse, por lo que, este Colegiado declara a su vez INFUNDADA el presente punto controvertido.

f4. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

En síntesis al análisis de los Puntos Controvertidos, este Colegiado emite su pronunciamiento respecto a las siguientes pretensiones presentadas en la Demanda Arbitral: (1) Octava Pretensión Principal; (2) Primera Pretensión Accesoria a la Octava Pretensión Principal:

- **DECLARAR INFUNDADA** la Octava Pretensión Principal, analizada en el Décimo Segundo Punto Controvertido, por lo que no corresponde aprobar la ampliación de Plazo N° 02 por 11 días calendario que presentó BB Tecnología Industrial S.A.C. para la ejecución de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza».

- **DECLARAR INFUNDADA** la Primera Pretensión Accesoria a la Octava Pretensión Principal, analizada en el Décimo Tercer Punto Controvertido; consecuentemente, no corresponde ordenar al Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD – cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 23,867.88 (Veintitrés Mil Ochocientos Sesenta y Siete con 88/100 Soles) incluido IGV, por concepto de mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 02 por los 11 días calendarios solicitados, como consecuencia de la extensión del plazo contractual, que incrementó el gasto general variable, más el pago de los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda hasta la fecha efectiva de pago».

g. SOBRE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO POR N° 03 PARA LA OBRA «AMPLIACIÓN Y REMODELACIÓN DEL CENTRO DE SALUD RODRÍGUEZ DE MENDOZA»

DÉCIMO CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la novena pretensión principal, que el Tribunal Arbitral apruebe la ampliación de Plazo N° 03 por 69 días calendarios que se presentó para la ejecución de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza», por el bloqueo del acceso a la Obra, dispuesto por el consorcio DUBAI, Contratista de la obra «Pistas y Veredas del barrio Cuillas de la Ciudad de Rodríguez de Mendoza» (45 días calendario) y por la restricción del trámite vehicular desde las 8:00 am hasta las 5:00 pm en la carretera Chachapoyas – Rodríguez de Mendoza, debido a los trabajos que ejecuta el consorcio VIAS PERU, Contratista de la

obra: «Pavimentación y Mantenimiento de la carretera Chachapoyas – Molinopampa – Rodríguez de Mendoza – Punta de carretera» (24 días calendarios).

DÉCIMO QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la primera pretensión accesoria a la novena pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 149,716.70 (Ciento Cuarenta y Nueve Mil Setecientos Dieciséis con 70/100 Soles) incluido IGV, por concepto de mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 03 de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza», más el pago de intereses legales desde la fecha presentación de demanda hasta la fecha efectiva de pago.

g1. RESPECTO DEL DÉCIMO CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL

Iniciando con la oposición de los argumentos que sustentan su pretensión el Contratista informa que mediante informe Nº 03-2012-BBTI/RM/R de fecha 16 de Noviembre del 2012 presentó a la supervisión la solicitud de Ampliación de Plazo Nº 03 por 69 días calendarios, debido al bloqueo de acceso a la obra y la restricción del tránsito vehicular.

Asimismo comunica que, mediante ADENDA Nº 01 al Contrato de Ejecución de Obras Nº 17-2012/PARSALUD/BID, del 06 de Diciembre del 2012, PARSALUD aprobó la ampliación de plazo solicitada solo por 45 días calendarios.
En este sentido, el Contratista alega que la aprobación parcial de la ampliación de plazo Nº 03 por 69 días calendarios genera discrepancia, toda vez que el bloqueo de acceso a la obra y la restricción del tránsito vehicular afectaron realmente la ejecución de la obra por 69 días.

Sostiene que la procedencia de su ampliación de plazo se encuentra acreditada en lo siguiente:

CRONOLOGIA DEL EVENTO COMPENSABLE:

- Asiento Nº 54 del 31.08.2012 se deja constancia que en la Avenida Alonso de Alvarado que da acceso a la Obra de Contratista CONSORCIO DUBAI ha iniciado los trabajos de movimiento de tierras por la ejecución de la Obra «Pistas y Veredas del barrio Cuillas de la ciudad de Rodríguez de Mendoza», lo cual obstaculiza el acceso a la Obra para el ingreso de materiales, agregados y otros.

- Asiento Nº 68 del 07.09.2012 se deja constancia que continúa el bloqueo del acceso a la obra.

- Mediante asiento Nº 69 del 07.09.2012 la supervisión reconoce el bloqueo del acceso a la obra.

- Asiento Nº 70 del 08.09.2012 se deja constancia que continúa el bloqueo del acceso a la obra.

- Asiento Nº 71 del 08.09.2012 y Asiento Nº 73 del 09.09.2012 la supervisión constata que las obras de pistas y veredas afectan el normal desenvolvimiento de la obra paralizando su ejecución.

- Asiento Nº 116 del 16.10.2012 se deja constancia que el acceso principal a la obra está totalmente bloqueada.

- Asiento Nº 118 del 17.10.2012 la supervisión comprueba que la obra de pistas y veredas ha bloqueado el acceso a la obra.

- Asiento Nº 120 del 18.10.2012 se deja constancia que continúa el bloqueo del acceso a la obra.

- Asiento Nº 124 del 20.10.2012 se deja constancia que continúa el bloqueo del acceso a la obra y se menciona los artículos del Contrato que sustentan la prórroga de la fecha prevista de terminación (Ampliación de Plazo).

- Asiento Nº 125 del 22.10.2012 se deja constancia de la imposibilidad de ingresar afirmado y agregados a la obra por el bloqueo de los accesos a la obra debido a la ejecución de las pistas y veredas en el barrio Cuillas.

- Asiento Nº 129 del 24.10.2012 la Residencia comienza que no es posible vaciar concreto por razones del bloqueo del acceso a la obra así mismo se envían cartas a los ejecutores de la obra solicitándoles información acerca del tiempo que demoraran de levantar el bloqueo.

- Asiento Nº 134 del 26.10.2012 se deja constancia que continúa el bloqueo del acceso a la obra.

- Asiento Nº 139 del 31.10.2012, se reitera que desde el 16.10.2012 continua el bloqueo del acceso vehicular a la obra y que está a la espera de la respuesta del CONSORCIO DUBAI, a fin de que indique la fecha en que se levantara el bloqueo toda vez que viene afectando la ruta crítica del Cronograma de Ejecución de Obra.

- Asiento Nº 140 del 31.10.2012 la supervisión reconoce que el bloqueo del acceso a la obra afecta la ruta crítica de las partidas indicadas en el Asiento Nº 139.

- Asiento Nº 145 del 03.11.2012 se deja constancia que sigue el bloqueo del acceso a la obra y se sigue esperando respuesta de la duración del bloqueo.

- Asiento Nº 146 del 05.11.2012, se deja constancia que se recibió la Carta Nº 038-2012.CD del CONSORCIO DUBAI donde en resumen hace constar el bloqueo realizado desde el 31.08.2012 hasta el 10.09.2012, así mismo nos comunica que desde el 16.10.2012 continuara el Bloqueo hasta el 15.11.2012.

CON RELACIONA LA RESTRICCION DEL TRANSITO VEHICULAR

- Asiento Nº 122 del 19.10.2012 se deja constancia del bloqueo del tránsito vehicular por la ejecución de la obra «Pavimentación de la Carretera Chachapoyas – Rodríguez de Mendoza» a cargo del CONSORCIO VIAS PERU.

- Asiento Nº 125 del 22.10.2012 se menciona que el abastecimiento de ladrillos es perjudicado por la restricción vehicular que hace el CONSORCIO VAS PERU.

- Asiento Nº 129 del 24.10.2012, se deja constancia de la presentación de Carta a CONSORCIO VIAS PERU, solicitando información acerca del tiempo en que se levantara el bloqueo y/o restricción de los accesos.

- Asiento Nº 134 del 26.10.2012 se deja constancia que continúa la restricción vehicular. Mediante asiento Nº 136 del 29.10.2012 la supervisión solicita la carta donde indique fecha del bloqueo, horario de bloqueo y fotos de la carretera bloqueada.

- Asiento Nº 141 del 02.11.2012 se reitera lo anotado en los Asientos Nº 122 Y Nº 125, dejando constancia que continúa el bloqueo del tránsito vehicular lo que ocasiona un tardío abastecimiento de materiales, y menciona que está a la espera de la contestación de CONSORCIO VIAS PERU donde indique hasta cuando se prolongara el bloqueo al tránsito vehicular.

- Asiento Nº 142 del 02.11.2012 la supervisión refiere el Tenor de los Asientos Nº 122, 125 y 141 y reconoce que ha constatado el cierre del tránsito vehicular de 8:00 am a 5:00 pm e indica que dicho bloqueo de carretera afecta el normal abastecimiento de materiales de construcción y por ende de la ruta crítica.

- Asiento Nº 148 del 05.11.2012, la Residencia deja constancia de recibir la Carta Nº 067-2012/IR-CVP del CONSORCIO V/AS PERU, donde en resumen justifica que debido a la naturaleza del trabajo que viene ejecutando, realizo las gestiones ante las empresas de transporte, Municipalidades provinciales y distritales de Chachapoyas y Rodríguez de Mendoza para interrumpir la vía desde el 02 de abril 2012 en el horario de 8:00 am a 5:00 pm.

En este sentido sostiene el Contratista que, para el análisis del periodo de la ampliación de plazo por la obstrucción causada por el consorcio DUBAI, de acuerdo con los asientos la causal inicia a partir del 16 de octubre del 2012 y termina el 29 de noviembre de 2012. Mayor plazo de ejecución de obra 45 días calendario.

Por último alega el Contratista que, la restricción de tránsito vehicular causada por el CONSORCIO VIAS PERU, afectación la ruta crítica por un plazo de.24 días calendario.

POSICIÓN DEL PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD – PARSALUD

PARSALUD alega que el 29 de enero de 2013, suscribió con el Contratista la Primera Adenda al Contrato de Ejecución de Obras Nº 17-2012-PARSALUD/BID, en la cual se señala expresamente que en concordancia con el pronunciamiento emitido por el Gerente de Obras, ambas partes acuerdan modificar la Fecha Prevista de Terminación de la Obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza», siendo su nueva Fecha de Terminación de Obra el 13 de enero de 2013, considerando que se ha encontrado procedente su ampliación de plazo por nueve (9) y cuarenta y cinco (45) días calendario, por la ampliación de plazo Nº 2 y Nº 3, respectivamente.

En este sentido PARSALUD sostiene que la adenda suscrita es vinculante y de obligatorio cumplimiento, en mérito a lo dispuesto por el Artículo 168º y 1361º del Código Civil.

g2. <u>RESPECTO DEL DÉCIMO QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO</u>

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL

El Contratista sostiene en este apartado que habiendo acreditado la procedencia del mayor plazo de ejecución de Obra Nº 03 por 69 días calendario por el bloqueo del acceso a la obra debido a los trabajos de movimiento de tierra realizada por el consorcio DUBAI.

POSICIÓN DEL PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD – PARSALUD

PARSALUD sostiene que al haberse acreditado la no procedencia del mayor plazo de ejecución de obra solicitado por el Contratista no corresponde reconocerse ningún monto.

Asimismo alega que en el supuesto negado que el Colegiado considere la procedencia del mayor plazo de ejecución de obra, tampoco corresponde el pago de un mayor gasto general en tanto que esta no ha sido pactada por las partes.

g3. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En relación a los presentes puntos controvertidos, de la lectura de las pretensiones formuladas por el Contratista, este Colegiado advierte que en ellas se ha requerido el pronunciamiento de dos (2) controversias: (i) La aprobación de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 3 por 69 días calendario que se presentó para la ejecución de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza»; y, (ii) el reconocimiento y pago por concepto de mayores gastos generales e intereses legales.

En tal sentido, estando las controversias relacionadas entre sí, este Colegiado ha considerado conveniente realizar un análisis en conjunto, a fin de determinar la fundabilidad o no de las pretensiones formuladas por la parte demandante.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo señalado, una primera cuestión a determinar refiere a si corresponde o no aprobar un mayor plazo de ejecución para la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza».

Sobre la procedencia de la ampliación de plazo N° 3

El Contratista plantea como pretensión que este colegiado apruebe la ampliación de plazo N° 3 para la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza», para tal efecto, alega que existe una afectación en la ejecución de la obra, presentando como prueba asientos del cuaderno de obra y analizando la afectación a la ruta crítica.

Por su parte, PARSALUD ha advertido que el 29 de enero de 2013 suscribió con el Contratista la segunda adenda al Contrato, mediante la cual expresamente señalaron que ambas partes acuerdan modificar la fecha prevista de terminación de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza».

Sobre estos considerandos de las partes, este Colegiado advierte que en efecto, con fecha 29 de enero de 2013, PARSALUD y el Contratista suscribieron la adenda N° 01 al Contrato[51], acordando en ella lo siguiente:

[51] Anexo 4 de la demanda: «Primera Adenda, de fecha 29 de enero de 2013»

> «Por medio de la presente, en concordancia con el pronunciamiento emitido por el Gerente de Obras, **ambas partes acuerdan modificar la Fecha Prevista de Terminación de la Obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza», siendo su nueva Fecha de Terminación de Obra el 13 de enero de 2013, considerando que se ha encontrado procedente su ampliación de plazo por nueve (09) y cuarenta y cinco días (45) días calendario**.»
>
> [El resaltado es nuestro]

En este orden de ideas, en tanto existe una adenda suscrita por las partes en donde acuerdan modificar la Fecha Prevista de Terminación de la Obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza», para la ampliación de plazo N° 2 y 3 por nueve (09) y cuarenta y cinco días (45) días calendario, la misma no puede ser desconocida por este Colegiado, al menos que el acto jurídico adolezca de causales de nulidad o anulabilidad, hecho que no ha sido probado por el Contratista, ni ha podido ser advertido por este colegiado.

En efecto, en tanto que el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe, el contenido de la adenda N° 1 al contrato, produce plena convicción a este Colegiado de que las partes ciertamente han convenido de mutuo acuerdo ampliar el plazo de ejecución de obra, por la ampliación de plazo N° 3 bajo análisis sólo por el plazo de cuarenta y cinco (45) días calendario.

De ahí que, este Colegiado no pueda interferir en la voluntad de las partes, pues han sido éstas las que en uso de su autonomía privada han convenido dotar de efectos jurídicos determinados hechos, los mismos que al pasar a ser parte de un contrato – adenda – se convierta en ley entre ellas.

Por las razones expuestas, este Tribunal Arbitral desestima la pretensión solicitada por el Contratista, referida a la procedencia de la ampliación de plazo N° 3 por 45 días calendarios, para la ejecución de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza».

Sobre el reconocimiento y pago por concepto de mayores gastos generales e intereses legales

Ahora bien, el presente apartado está referido a una pretensión accesoria a la octava pretensión principal, así, en tanto que la pretensión a la que se encontraba sujeta ha sido desestimada, ya no corresponde a este Colegiado pronunciarse sobre el fondo de la presente pretensión.

Así, según Alejandro Ranilla[52], las pretensiones accesorias «se formalizan o concurren en el proceso a una pretensión procesal y; para el caso de ser amparada, también deberán ampararse la pretensión o pretensiones interpuestas con el carácter de accesorias»; con lo que, en principio, el punto controvertido en análisis debería seguir la suerte de la primera pretensión principal.

Dicho en forma breve, la presente pretensión está referida al reconocimiento de los gastos generales de la aprobación de ampliación de plazo solicitada por el Contratista, analizado en el apartado anterior.

> «**PRETENSIÓN ACCESORIA A LA NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL**.- Que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 149,716.70 (Ciento Cuarenta y Nueve Mil Setecientos Dieciséis con 70/100 Soles) incluido IGV, por concepto de mayores gastos generales **correspondientes a la ampliación de plazo N° 03 de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza»**, más el pago de intereses legales desde la fecha presentación de demanda hasta la fecha efectiva de pago.»
>
> [El resaltado es nuestro]

Es así que, al haberse declarado que no corresponde aprobar la ampliación de plazo N° 3 por 69 días calendarios que presentó BB Tecnología Industrial S.A.C. para la ejecución de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza», así también no se generaría la obligación de pago de mayores gastos generales que de ese mayor plazo de ejecución de obra pudieran derivarse, por lo que, este Colegiado declara a su vez INFUNDADA el presente punto controvertido.

g4. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

En síntesis al análisis de los Puntos Controvertidos, este Colegiado emite su pronunciamiento respecto a las siguientes pretensiones presentadas en la Demanda Arbitral: (1) Novena Pretensión Principal; (2) Primera Pretensión Accesoria a la Novena Pretensión Principal:

- **DECLARAR INFUNDADA** la Novena Pretensión Principal, analizada en el Décimo Cuarto Punto Controvertido, por lo que no corresponde aprobar la ampliación de Plazo Nº 03 por 69 días calendario que presentó BB Tecnología Industrial S.A.C. para la ejecución de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza».

[52] Ranilla Collado, Alejandro. La Pretensión Procesal. Disponible en: http://blog.pucp.edu.pe/media/avatar/560.pdf

- **DECLARAR INFUNDADA** la Primera Pretensión Accesoria a la Novena Pretensión Principal, analizada en el Décimo Quinto Punto Controvertido; consecuentemente, no corresponde ordenar al Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD – cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 149,716.70 (Ciento Cuarenta y Nueve Mil Setecientos Dieciséis con 70/100 Soles) incluido IGV, por concepto de mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 03 de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza».

h. SOBRE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO POR 133 DÍAS PARA LA OBRA «AMPLIACIÓN Y REMODELACIÓN DEL CENTRO DE SALUD RODRÍGUEZ DE MENDOZA»

VIGÉSIMO PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la décima tercera pretensión principal, que el Tribunal Arbitral apruebe una ampliación de 133 días calendarios en el plazo de ejecución de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud de Rodríguez de Mendoza», por los atrasos ocasionados en la misma, debido a la demora en la absolución de consulta sobre las características técnicas del porcelanato y su adquisición, por cuanto dichos eventos afectaron el cronograma de ejecución de obra.

VIGÉSIMO SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la primera pretensión accesoria a la décima tercera pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 288,584.37 (Doscientos Ochenta y Ocho Mil Quinientos Ochenta y Cuatro con 37/100 Soles) incluido el IGV, por concepto de mayores gastos generales correspondiente a la ampliación de plazo por 133 días calendarios, más el pago de los intereses legales desde la fecha de presentación de demanda hasta la fecha efectiva de pago.

h1. RESPECTO DEL VIGÉSIMO PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL

Iniciando con los fundamentos que sustentan su pretensión, el Contratista señala que, en virtud a los mismos fundamentos que han expuesto en su pretensión relativa a la ampliación de plazo N° 01 de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud de Tingo» solicita que se apruebe una ampliación de plazo por 133 días calendarios para la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza», por cuanto la demora en la absolución de consultas sobre las características técnicas del

porcelanato y la necesidad de su importación han afectado también la ruta crítica de esta Obra.

Ahora bien, conforme lo expuesto por el Contratista en los argumentos de la décima pretensión principal y décimo primera pretensión principal de la demanda, las consultas sobre el porcelanato a utilizar en las obras se iniciaron formalmente el 27 de setiembre del 2012 mediante Carta Nº BBTI-CE-CM-122-12, en donde solicitaron a PARSALUD la absolución de consultas referidas a las características técnicas del porcelanato, a fin de que se pueda comprar en el mercado nacional y evitar demoras en su adquisición.

Señala adicionalmente el Contratista que la consulta realizada por el porcelanato versó específicamente de lo siguiente:

Especificaciones de PARSALUD:

Color	: Claro
Acabado	: Mate
Dimensiones	: 0.30X0.30m
Espesor	: 7.2mm mínimo
Superficie	: Antideslizante
Resistencia al desgaste	: Mohs no menor a 8

Muestra presentada por el Contratista:

Color	: Hueso	ACEPTADO
Acabado	: Brillante	POR DEFINIR
Dimensiones	: 0.50x0.50m	ACEPTADO
Espesor	: 8.0 mm mínimo	ACEPTADO
Superficie	: Antideslizante	POR DEFINIR
Resistencia al desgaste	: Mohs no menor a 6	POR DEFINIR

Se reitera que definan esto a la brevedad y precisamos dos alternativas:

Alternativa 1.- Aceptar el porcelanato según la muestra que presentamos.

Alternativa 2.- Si saben de algún proveedor local que tenga el porcelanato con todas las especificaciones técnicas dadas por ustedes, favor indicarnos para proceder a cotizarlos y comprarlos.

Adicionalmente sostiene el Contratista que estas coordinaciones las estaban tratando informalmente mediante correos desde julio del 2012, tratando de ese modo solucionar el gran problema que era importar dicho material del exterior, más aun cuando en los Cronogramas de Ejecución de las obras no se contemplaba un plazo adicional para la importación de dicho material.

De acuerdo con lo expuesto por el Contratista, las consultas que formuló respecto a la definición de las Características Técnicas del Porcelanato fueron absueltas oficialmente por PARSALUD mediante Carta Nº 268-2012-PARSALUD recibida el 09 de noviembre del 2012, señalando lo siguiente:

Especificaciones de PARSALUD:

Color	: Hueso	ACEPTADO
Acabado	: Mate	ACEPTADO
Dimensiones	: 0.60X0.60m	ACEPTADO
Espesor	: 8mm	ACEPTADO
Superficie	: Antideslizante	ACEPTADO
Resistencia al desgaste	: Mohs 8	ACEPTADO

Apartados más adelante, el Contratista sostiene que el Gerente de Obras absolvió las consultas referidas a las características técnicas del Porcelanato exigiéndole características técnicas muy especiales que no podían ser comprados en el mercado nacional, siendo necesaria consecuentemente su importación.

Bajo esta tesitura, el Contratista sostiene que la demora en la absolución de consulta sobre las características técnicas del porcelanato es calificado como un evento compensable de acuerdo con lo establecido en el literal (g) de la cláusula 44.1 de las Condiciones Generales del Contrato, en tanto que PARSALUD impartió una instrucción para lidiar con una condición imprevista en el Contrato, pues en el cronograma de ejecución de obra no estuvo previsto el suministro del porcelanato por importación.

Alega adicionalmente el Contratista que la importación del porcelanato, es un evento compensable en tanto que no estuvo prevista en el cronograma de avance de obra el mayor tiempo que se requiere para el suministro de dicho material mediante importación.

En este sentido, el Contratista alega que la demora en la absolución de las consultas y la necesidad de la importación del porcelanato son eventos que afectan la ruta crítica del cronograma de avance de obra programado, en la partida del rubro de Arquitectura, específicamente las partidas pisos y pavimentos, contra zócalos, zócalos y pintura.

Adicionalmente expresa el Contratista que la partida 24 – Pintura – pertenece a la ruta crítica de acuerdo al cronograma de Ejecución de Obra y tiene como predecesora a la partida 15 Pisos y Pavimentos, y su actividad inicia el 08.12.12 y concluye el 19.12.12 que coincide con la fecha de término de la obra, por lo cual cada día de atraso debido a la demora en el suministro de porcelanato ocasiona el alargamiento de la partida 15.- Pisos y Pavimentos – y en consecuencia también desplaza la partida 24 – PINTURA – lo que originara finalmente que el término de la obra se desplace los días que corra

su barra (de la partida 24.) en el Diagrama Gantt del Cronograma de Ejecución de Obra.

Finalmente el contratista informa que la demora en el suministro de porcelanato afecta la ruta crítica al desplazar el término de la obra en un total de 133 días calendarios como ampliación de plazo.

POSICIÓN DEL PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD – PARSALUD

PARSALUD respecto de este punto ha advertido que en el literal b) de la cláusula 6.1 de las Condiciones Especiales del Contrato, las partes han dispuesto que «El Residente de Obra anotará en el Cuaderno de Obra, en calidad de aviso anticipado oportuno: a) Para la decisión del Gerente de obra: sus pedidos de órdenes, consultas, aclaraciones, observaciones, en directa relación con la obra».

h2. RESPECTO DEL VIGÉSIMO SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL

El Contratista sostiene en este apartado que habiendo acreditado la procedencia del mayor plazo de ejecución de Obra por 133 días calendario, corresponde también que se le reconozcan los mayores gastos generales incurridos.

POSICIÓN DEL PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD – PARSALUD

PARSALUD sostiene que al haberse acreditado la no procedencia del mayor plazo de ejecución de obra solicitado por el Contratista no corresponde reconocerse ningún monto.

Asimismo alega que en el supuesto negado que el Colegiado considere la procedencia del mayor plazo de ejecución de obra, tampoco corresponde el pago de un mayor gasto general en tanto que esta no ha sido pactada por las partes.

h3. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En relación a los presentes puntos controvertidos, de la lectura de las pretensiones formuladas por el Contratista, este Colegiado advierte que en ellas se ha requerido el pronunciamiento de dos (2) controversias: (i) La aprobación de una ampliación de plazo por 133 días calendarios para la ejecución de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza»; y, (ii) el reconocimiento y pago por concepto de mayores gastos generales e intereses legales.

En tal sentido, estando las controversias relacionadas entre sí, este Colegiado ha considerado conveniente realizar un análisis en conjunto, a fin de determinar la fundabilidad o no de las pretensiones formuladas por la parte demandante.

De este modo, una primera cuestión a determinar refiere a si corresponde o no aprobar la ampliación de plazo por 133 días calendario para la ejecución de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza».

Sobre la procedencia de la ampliación de plazo

Antes de pasar a analizar este punto controvertido, es pertinente recordar que las prórrogas a las fechas previstas a la terminación de las obras (1) deben obedecer a eventos considerados compensables (2) advertidos oportunamente por el Contratista, que (3) imposibiliten la terminación de la obra en el plazo previsto; y, (4) que se solicite ante el Gerente de Obras, (5) con toda la información sustentadora.

Así, importa a este Tribunal Arbitral verificar si en el presente caso se ha cumplido o no con seguir lo que las partes han pactado en el Contrato – Convenio –, a efectos de determinar la procedencia – o no – del mayor plazo de terminación de obra.

Precisado lo anterior, pasaremos a analizar el cumplimiento de cada uno de los presupuestos antes descritos, empezando por el cumplimiento del requisito de procedibilidad regulado en la cláusula 28.2 de las Condiciones Generales del Contrato.

Sobre la solicitud ante el Gerente de Obras y el sustento debido

De acuerdo con lo alegado por el Contratista, con fecha 28 de enero de 2013, mediante Carta N° 001-2013-BBTI/EEDAR/R presentó al Gerente de Obras la solicitud de prórroga de plazo de ejecución de obra sustentada en la necesidad de la importación del porcelanato debido al cambio de sus especificaciones técnicas[53].

Ahora bien, de la verificación de las cartas sustento de la ampliación de plazo alegado por el Contratista, este Colegiado puede advertir que la solicitud al cual se hace alusión, corresponde a la obra «Nuevo Centro de Salud de Tingo», mas no a la obra materia de la presente controversia – «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud de Rodríguez de Mendoza».

[53] Anexo N° 36 de la demanda, presentado mediante escrito de fecha 26 de septiembre de 2014

Chachapoyas, 28 de enero del 2013.

CARTA N° 001 - 2013-BBTI/EEDA/R

A : ING. DAGOBERTO CHAVEZ BRAVO
Supervisor de Obra.

ASUNTO : SOLICITO RECONSIDERACIÓN DE AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 01

REFERENCIA: INFORME TECNICO DE RECONSIDERACIÓN A LA SOLICTUD DE PRORROGA DE LA FECHA PREVISTA DE TERMINACIÓN DE OBRA N° 01
BBTI-CE-CM-008-13.
OBRA: "CONSTRUCCIÓN DE NUEVO CENTRO DE SALUD DE TINGO"

Por medio del presente me dirijo a su despacho para saludarlo y en calidad de Residente de obra del Nuevo Centro de Salud de Tingo, solicito recepcionar, evaluar y emitir el pronunciamiento correspondiente al presente INFORME TECNICO DE RECONSIDERACIÓN A LA SOLICTUD DE PRORROGA DE LA FECHA PREVISTA DE TERMINACIÓN DE OBRA N° 01, el cual sustenta la solicitud de prórroga de la fecha prevista de terminación de la obra.

Ahora bien, de la verificación de los actuados arbitrales tampoco ha podido advertir este Colegiado medio probatorio alguno que acredite el cumplimiento del procedimiento establecido por las partes para la procedencia de una ampliación de plazo.

En este sentido, conforme el marco normativo expuesto párrafos atrás, las partes han pactado un procedimiento previo a seguir para el otorgamiento de un mayor plazo de ejecución de obra, el cual consiste en la previa presentación de la solicitud ante el gerente de obras, estipulación que no puede ser desconocida por este Colegiado en virtud del principio *pacta sunt servanda*.

Por tales consideraciones, este Colegiado es de la posición de que la pretensión analizada en el presente punto controvertido deba ser declarada improcedente, quedando a salvo los hechos que forman parte de la causal sustento de la solicitud del mayor plazo de ejecución de obra a efectos de que pueda hacerse valer conforme lo establecido en el Contrato.

Sobre el reconocimiento y pago por concepto de mayores gastos generales e intereses legales

Ahora bien, otra de las pretensiones que forman parte de los puntos controvertidos bajo análisis está referida al pago de los mayores gastos generales de la ampliación de plazo desestimada en el apartado anterior. Pretensión accesoria a la décima tercera pretensión principal.

Así, según Alejandro Ranilla[54], las pretensiones accesorias «se formalizan o concurren en el proceso a una pretensión procesal y; para el caso de ser amparada, también deberán ampararse la pretensión o pretensiones interpuestas con el carácter de accesorias»; con lo que, en principio, el punto

[54] Ranilla Collado, Alejandro. La Pretensión Procesal. Disponible en: http://blog.pucp.edu.pe/media/avatar/560.pdf

controvertido en análisis debería seguir la suerte de la primera pretensión principal.

En suma, la pretensión planteada por la parte demandante refiere a lo siguiente. Veamos.

> «**PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA DÉCIMA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-** Que, el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 288,584.37 (Doscientos Ochenta y Ocho Mil Quinientos Ochenta y Cuatro con 37/100 Soles) incluido el IGV, por concepto de mayores gastos generales **correspondiente a la ampliación de plazo por 133 días calendarios**, más el pago de los intereses legales desde la fecha de presentación de demanda hasta la fecha efectiva de pago.»
>
> [El resaltado es nuestro]

Es así que, al haberse declarado que no corresponde aprobar la ampliación de plazo por 133 días calendarios que presentó BB Tecnología Industrial S.A.C. para la ejecución de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza», así también no se generaría la obligación de pago de mayores gastos generales que de ese mayor plazo de ejecución de obra pudieran derivarse, por lo que, este Colegiado declara a su vez **INFUNDADA** el presente punto controvertido.

h4. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

En síntesis al análisis de los Puntos Controvertidos, este Colegiado emite su pronunciamiento respecto a las siguientes pretensiones presentadas en la Demanda Arbitral: (1) Décima Tercera Pretensión Principal; (2) Primera Pretensión Accesoria a la Décima Tercera Pretensión Principal:

- **DECLARAR INFUNDADA** la Décima Tercera Pretensión Principal, analizada en el Vigésimo Primer Punto Controvertido, por lo que no corresponde aprobar la ampliación de Plazo por 133 días calendario que presentó BB Tecnología Industrial S.A.C. para la ejecución de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza».

- **DECLARAR INFUNDADA** la Primera Pretensión Accesoria a la Décima Tercera Pretensión Principal, analizada en el Vigésimo Segundo Punto Controvertido; consecuentemente, no corresponde ordenar al Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD – cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 288,584.37 (Doscientos Ochenta y Ocho Mil Quinientos Ochenta y Cuatro con 37/100 Soles) incluido el IGV, por concepto de mayores gastos generales correspondiente a la ampliación de plazo por 133 días calendarios».

i. SOBRE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 01 POR 140 DÍAS PARA LA OBRA «AMPLIACIÓN Y REMODELACIÓN DEL CENTRO DE SALUD TINGO»

DÉCIMO SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la décima pretensión principal, que el Tribunal Arbitral declare la Nulidad e Ineficacia de la Decisión Conciliatoria emitida por el Conciliador, Señor Daniel Triveño Daza, con fecha 26 de agosto del 2013, donde declara INFUNDADA la solicitud de Reconsideración de la Ampliación de Plazo Nº 01 por 140 días calendario.

DÉCIMO SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la décima primera pretensión principal, que el Tribunal Arbitral apruebe la ampliación de plazo N° 01 por 133 días calendario que se presentó para la ejecución de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Tingo» por demora en la absolución de consulta por parte de la Entidad respecto a las características técnicas del porcelanato y la demora en el suministro del porcelanato debido a la necesidad de su importación desde China, al amparo de lo estipulado en la cláusula 28.1 y 44.1 de las Condiciones Generales del Contrato.

DÉCIMO OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la primera pretensión accesoria a la décima primera pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 194,757.25 (Ciento Noventa y Cuatro Mil Setecientos Cincuenta y Siete con 25/100 Soles) incluido IGV, por concepto de mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 01 de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Tingo», más el pago de intereses legales desde la fecha de presentación de demanda hasta la fecha efectiva de pago.

i1. RESPECTO DEL DÉCIMO SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL

El Contratista Refiere que el 22 de enero del 2013 presentó a PARSALUD la solicitud de reconsideración a la Prórroga de Terminación N° 1 del Centro de Salud de Tingo por 140 días. Dicha solicitud fue declarada improcedente por el Gerente de Obras mediante Carta N° C-013-SORA-13-13 del 6 de febrero del 2013.

Mediante escrito s/n solicitó al Conciliador medie en el conflicto surgido con PARSALUD y que en tal sentido le reconozca la prórroga por 140 días por la demora en la absolución de consultas sobre las características del porcelanato y por la demora en el suministro del porcelanato debido a su importación desde china.

Mediante carta del 26 de agosto del 2013 el Conciliador Decisorio Daniel Triveño Daza «declara INFUNDADA la pretensión respecto a la aprobación de la solicitud de ampliación de plazo N° 01 por 140 días calendarios, por no tener sustento legal en ninguna de las consideraciones que corresponden a un evento compensable y no haber afectado la ruta crítica del programa de ejecución de la Obra». El Contratista refiere que «La decisión emitida por el Conciliador carece manifiestamente de sustento técnico y legal, toda vez que la causal esgrimida sí constituye un evento compensable, según el literal c de la cláusula 44.1 de las Condiciones Generales del Contrato; y, además, si afectó la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente». Por lo que solicita se declare su nulidad e ineficacia.

POSICIÓN DEL PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD – PARSALUD

Respecto de este punto PARSALUD se ha limitado a informar que para efectos de desvirtuar la pretensión extiende los argumentos expuestos en el escrito de Contestación a la solicitud de Conciliación Decisoria; asimismo, sostiene que hace suyo los argumentos expuestos por el Conciliador Decisor en su Decisión contenida en su «Decisión Conciliatoria», remitida adjunta a la carta s/n de fecha 26 de agosto de 2013.

i2. <u>RESPECTO DEL DÉCIMO SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO</u>

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL

Sobre esta Pretensión, el Contratista señala que, en mérito de lo invocado en la décima pretensión principal, corresponde que el Tribunal apruebe «la solicitud de ampliación de plazo N° 01 por 140 días calendarios para la ejecución de la Obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud de Tingo» al haber demostrado que la demora en la absolución de consulta de las características del porcelanato y la demora en su importación desde China sí constituyen eventos compensables, según el literal c) y g de la Cláusula 44.1 de las Condiciones Generales del Contrato, además de haberse demostrado que dicho evento afectó realmente la ruta crítica del calendario de avance de obra vigente» .

Adicionalmente informa el Contratista que la consulta realizada por el porcelanato versó específicamente de lo siguiente:

<u>Especificaciones de PARSALUD</u>:

Color	: Claro
Acabado	: Mate
Dimensiones	: 0.30X0.30m
Espesor	: 7.2mm mínimo
Superficie	: Antideslizante
Resistencia al desgaste	: Mohs no menor a 8

Muestra presentada por el Contratista:

Color	: Hueso	ACEPTADO
Acabado	: Brillante	POR DEFINIR
Dimensiones	: 0.50x0.50m	ACEPTADO
Espesor	: 8.0 mm mínimo	ACEPTADO
Superficie	: Antideslizante	POR DEFINIR
Resistencia al desgaste	: Mohs no menor a 6	POR DEFINIR

Se reitera que definan esto a la brevedad y precisamos dos alternativas:

Alternativa 1.- Aceptar el porcelanato según la muestra que presentamos.

Alternativa 2.- Si saben de algún proveedor local que tenga el porcelanato con todas las especificaciones técnicas dadas por ustedes, favor indicarnos para proceder a cotizarlos y comprarlos.

El Contratista sostiene que las coordinaciones sobre las características técnicas del porcelanato las estaban tratando informalmente mediante correos desde julio del 2012, tratando de ese modo solucionar el gran problema que era importar dicho material del exterior, más aun cuando en los Cronogramas de Ejecución de las obras no se contemplaba un plazo adicional para la importación de dicho material. Las consultas que formuló respecto a la definición de las Características Técnicas del Porcelanato fueron absueltas oficialmente por PARSALUD mediante Carta Nº 268-2012-PARSALUD recibida el 09 de noviembre del 2012, señalando lo siguiente:

Especificaciones de PARSALUD:

Color	: Hueso	ACEPTADO
Acabado	: Mate	ACEPTADO
Dimensiones	: 0.60X0.60m	ACEPTADO
Espesor	: 8mm	ACEPTADO
Superficie	: Antideslizante	ACEPTADO
Resistencia al desgaste	: Mohs 8	ACEPTADO

Apartados más adelante, el Contratista sostiene que el Gerente de Obras absolvió las consultas referidas a las características técnicas del Porcelanato exigiéndole características técnicas muy especiales que no podían ser

comprados en el mercado nacional, siendo necesaria consecuentemente su importación.

Bajo esta tesitura, el Contratista sostiene que la demora en la absolución de consulta sobre las características técnicas del porcelanato es calificado como un evento compensable de acuerdo con lo establecido en el literal (g) de la cláusula 44.1 de las Condiciones Generales del Contrato, en tanto que PARSALUD impartió una instrucción para lidiar con una condición imprevista en el Contrato, en tanto que en el cronograma de ejecución de obra no estuvo previsto el suministro del porcelanato por importación.

En este sentido, el Contratista alega que la demora en la absolución de las consultas y la necesidad de la importación del porcelanato son eventos que afectan la ruta crítica del cronograma de avance de obra programado, en la partida del rubro de arquitectura, específicamente las partidas pisos y pavimentos, contra zócalos, zócalos y pintura.

Sostiene además que la partida 24 – Pintura – pertenece a la ruta crítica de acuerdo al cronograma de Ejecución de Obra y tiene como predecesora a la partida 15 Pisos y Pavimentos, y su actividad inicia el 08.12.12 y concluye el 19.12.12 que coincide con la fecha de término de la obra, por lo cual cada día de atraso debido a la demora en el suministro de porcelanato ocasiona el alargamiento de la partida 15.- Pisos y Pavimentos – y en consecuencia también desplaza la partida 24 – PINTURA – lo que originara finalmente que el término de la obra se desplace los días que corra su barra (de la partida 24.) en el Diagrama Gantt del Cronograma de Ejecución de Obra.

Finalmente el Contratista informa que la demora en el suministro de porcelanato afecta la ruta crítica al desplazar el término de la obra en un total de 133 días calendarios como ampliación de plazo.

POSICIÓN DEL PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD – PARSALUD

Respecto de este punto PARSALUD se ha limitado a informar que para efectos de desvirtuar la pretensión extiende los argumentos expuestos en el escrito de Contestación a la solicitud de Conciliación Decisoria; asimismo, sostiene que hace suyo los argumentos expuestos por el Conciliador Decisor en su Decisión contenida en su «Decisión Conciliatoria», remitida adjunta a la carta s/n de fecha 26 de agosto de 2013.

i3. <u>RESPECTO DEL DÉCIMO OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO</u>

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL

En lo que se refiere a la pretensión accesoria de la décimo primera pretensión principal, el Contratista sostiene que «Por los hechos anteriormente expuestos solicitamos a vuestro Colegiado ordene al demandado el pago de los mayores

gastos generales que corresponden a la ampliación de plazo N° 01 por 33 días calendarios, por la suma de S/.194,757.25 dado que la extensión del plazo contractual de obra genera inevitablemente el incremento de los gastos generales variables ofertados por mi representada; más el pago de los intereses legales correspondientes hasta la fecha real de pago».

POSICIÓN DEL PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD – PARSALUD

PARSALUD sostiene que al haberse acreditado la no procedencia del mayor plazo de ejecución de obra solicitado por el Contratista no corresponde reconocerse ningún monto.

Asimismo alega que en el supuesto negado que el Colegiado considere la procedencia del mayor plazo de ejecución de obra, tampoco corresponde el pago de un mayor gasto general en tanto que esta no ha sido pactada por las partes.

i4. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En relación a los presentes puntos controvertidos, de la lectura de las pretensiones formuladas por el Contratista, este Colegiado advierte que en ellas se ha requerido el pronunciamiento de tres (3) controversias: (i) La nulidad e ineficacia de la decisión conciliatoria; (ii) La aprobación de una ampliación de plazo por 133 días calendarios para la ejecución de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Tingo»; y, (iii) el reconocimiento y pago por concepto de mayores gastos generales e intereses legales.

En tal sentido, estando las controversias relacionadas entre sí, este Colegiado ha considerado conveniente realizar un análisis en conjunto, a fin de determinar la fundabilidad o no de las pretensiones formuladas por la parte demandante.

De este modo, una cuestión a determinar refiere a si corresponde o no aprobar la ampliación de plazo por 133 días calendario para la ejecución de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Tingo».

Sobre la procedencia de la ampliación de plazo N° 1

Antes de pasar a analizar este punto controvertido, es pertinente recordar que las prórrogas a las fechas previstas a la terminación de las obras (1) deben obedecer a eventos considerados compensables (2) advertidos oportunamente por el Contratista, que (3) imposibiliten la terminación de la obra en el plazo previsto; y, (4) que se solicite ante el Gerente de Obras, (5) con toda la información sustentadora[55].

[55] A mayor abundamiento ver pág. 65 del Laudo Arbitral

Así, importa a este Tribunal Arbitral verificar si en el presente caso se ha cumplido o no con seguir lo que las partes han pactado en el Contrato – Convenio –, a efectos de determinar la procedencia – o no – del mayor plazo de terminación de obra.

Precisado lo anterior, pasaremos a analizar el cumplimiento de cada uno de los presupuestos antes descritos, empezando por el cumplimiento del requisito de procedibilidad regulado en la cláusula 28.2 de las Condiciones Generales del Contrato.

De acuerdo con el marco legal antes descrito, en principio las modificaciones a la fecha prevista para la terminación de la obra (1) deben obedecer a eventos considerados compensables (2) advertidos oportunamente por el Contratista, que (3) imposibiliten la terminación de la obra en el plazo previsto; y, (4) que se solicite ante el Gerente de Obras, (5) con toda la información sustentadora. Ahora bien, cabe precisar que el incumplimiento de alguno de estos presupuestos, determinará la infundabilidad del mayor plazo de ejecución de obra bajo análisis.

Dicho lo anterior, pasaremos a analizar el cumplimiento de cada uno de los presupuestos antes descritos, empezando por el cumplimiento del requisito de procedibilidad regulado en la cláusula 28.2 de las Condiciones Generales del Contrato.

Sobre la solicitud ante el Gerente de Obras y el sustento debido

De acuerdo con lo alegado por el Contratista, con fecha 18 de diciembre de 2012, mediante Carta N° 001-2012/EDA/BBTI presentó al Gerente de Obras la solicitud de prórroga de plazo de ejecución de obra sustentada en la demora en la absolución de las consultas respecto de las especificaciones Técnicas del porcelanato; adicionalmente ha sostenido, que con fecha 28 de enero de 2013, mediante Carta N° 001-2013-BBTI/EEDAR/R presentó al Gerente de Obras la solicitud de prórroga de plazo de ejecución de obra sustentada en la necesidad de la importación del porcelanato debido al cambio de sus especificaciones técnicas[56].

Este tema resulta ciertamente incontrovertido, pues de los argumentos expuestos por las partes este Colegiado no ha advertido manifestación alguna destinada a poner en debate el cumplimiento de esta obligación contractual.

Sobre el evento compensable

Ahora bien, antes de iniciar con el razonamiento de este apartado, este Colegiado estima pertinente advertir, que las partes han establecido en el Contrato que los eventos considerados compensables – de comprobarse dicho suceso y se cumplan con las demás condiciones establecidas en el contrato –

[56] Anexo N° 36 de la demanda, presentado mediante escrito de fecha 26 de septiembre de 2014

le dará la posibilidad al Contratista de solicitar una prórroga a la Fecha Prevista de Terminación de la obra.

> «28.1 El Gerente de Obras **deberá prorrogar la Fecha Prevista** de Terminación **cuando se produzca un Evento Compensable** o se ordene una Variación **que haga imposible la terminación de las Obras** en la Fecha Prevista de Terminación sin que el Contratista adopte medidas para acelerar el ritmo de ejecución de los trabajos pendientes y que le generen gastos adicionales.»
>
> [El resaltado es nuestro]

Ahora bien, la causal invocada en la solicitud de modificación del plazo de terminación de la Obra está sustentada en la demora en la absolución de las consultas por parte de PARSALUD respecto de las especificaciones técnicas del porcelanato, y la demora en su adquisición debido a una supuesta modificación a las especificaciones técnicas iniciales.

Sobre la demora en la absolución de las consultas y la variación a las especificaciones técnicas

De acuerdo a lo expuesto por el Contratista, mediante Carta N° BBTI-CE-CM-122-12 de fecha 27.09.2012, solicitó a PARSALUD la absolución de consultas referidas al porcelanato – concretamente la definición de las especificaciones técnicas del porcelanato.

Este hecho resulta ciertamente incontrovertido por las partes, en tanto que, ha sido corroborado por el Conciliador Decisorio[57] en los considerandos de su decisión, el cual, de acuerdo con lo expresado por PARSALUD en su escrito de contestación de demanda, forma parte de sus argumentos.

Ahora bien, en la Carta N° BBTI-CE-CM-122-12 de fecha 27.09.2012, el Contratista solicitó a la Entidad la absolución a las consultas referidas al porcelanato a utilizarse en la Obra; para el cual realiza un comparativo de las especificaciones técnicas iniciales con su propuesta:

ESPECIFICACIÓN DE LA ENTIDAD		ESPECIFICACIÓN DEL CONTRATISTA	
Color	Claro	Color	Hueso
Acabados	Mate	Acabados	Brillante
Dimensiones	0.30X0.30m	Dimensiones	0.50X0.50m
Espesor	7.2 mm mínimo	Espesor	8.0 mm mínimo
Superficie	Antideslizante	Superficie	Antideslizante
Resistencia al desgaste	Mohs no < a 8	Resistencia desgaste	Mohs no < a 6

[57] Medio probatorio presentado por PARSALUD en su escrito de fecha 11 de noviembre de 2014

Ahora bien, mediante Carta N° 268-2012-PARSALUD/CG, de fecha 09 de noviembre de 2012, PARSALUD da respuesta a las consultas realizadas por el Contratista, para ello adjunta el informe N° 035-2012-JHCV-PARSALUD-UCT-AL, de fecha 12 de octubre de 2012, en el cual señala que las características del porcelanato será el siguiente:

ESPECIFICACIÓN DE LA ENTIDAD	
Color	Hueso
Acabados	Mate
Dimensiones	0.60X0.60m
Espesor	8 mm mínimo
Superficie	Antideslizante
Resistencia al desgaste	Mohs 8

De los sucesos antes descritos este Colegiado advierte que: (1) Efectivamente las especificaciones técnicas iniciales de la obra han sido variadas por PARSALUD y, (2) que la consulta realizada por el Contratista fue respondida 44 días después.

Ahora bien, mediante Carta del 12 de noviembre de 2012, el Contratista solicitó a la empresa Distribuciones Olano S.A.C. la cotización de 9000 m2 de porcelanato de acuerdo con la especificación técnica modificada por PARSALUD, la misma que fue respondida mediante Carta S/N de fecha 26 de noviembre de 2012, en la cual se indica que los primeros 6000 m2 de porcelanato estaría llegando para el 15 de febrero de 2013 y la cantidad restante – 3000 m^2 – 15 de marzo de 2013.

Los sucesos expuestos, están considerados como eventos compensables de acuerdo con lo pactado por las partes en el Contrato[58], no obstante, si bien un evento o suceso puede ser considerado contractualmente como compensable, para que la solicitud de prórroga de la fecha prevista de terminación de obra resulte amparable, el evento compensable acreditado debe necesariamente afectar la ruta crítica del cronograma de obra vigente al momento del nacimiento de la causal, hecho que pasaremos a verificar en el siguiente apartado.

Sobre la advertencia oportuna y la necesidad del plazo

Otro aspecto importante para analizar la procedencia o no de la ampliación de plazo bajo análisis, está referida a la necesidad del plazo – *afectación a la ruta crítica* – para culminar con la ejecución de la obra.

La ruta crítica es la secuencia programada de las actividades constructivas de una obra cuya variación afecta el plazo total de ejecución de la obra. De este modo, un evento por sí misma no genera un atraso o paralización en la ejecución de la obra, sino que son sus efectos en la obra (en el terreno o en los materiales, por ejemplo) los que finalmente podían generar un atraso o

[58] Literales (c) y (g) de la cláusula 44.1 de las Condiciones Generales del Contrato

paralización en la ejecución de la obra. Esta precisión debía ser considerada por este Colegiado Arbitral para determinar la conclusión del hecho o circunstancia invocada como causal de ampliación de plazo y para cuantificar el número de días por el que debía ser ampliado el plazo de ejecución de la obra.

De acuerdo con lo verificado por este Colegiado, el inicio del evento compensable – demora en la absolución de consultas y demora en la adquisición del porcelanato – sobreviene a partir del 27 de septiembre de 2012 hasta el 15 de febrero de 2012.

Ahora bien, de acuerdo a lo alegado por el Contratista las partidas que se vieron afectadas y para las cuales necesita la ampliación de plazo son las siguientes: (1) Pisos y pavimentos; (2) Contra zócalos; y, (3) Zócalos.

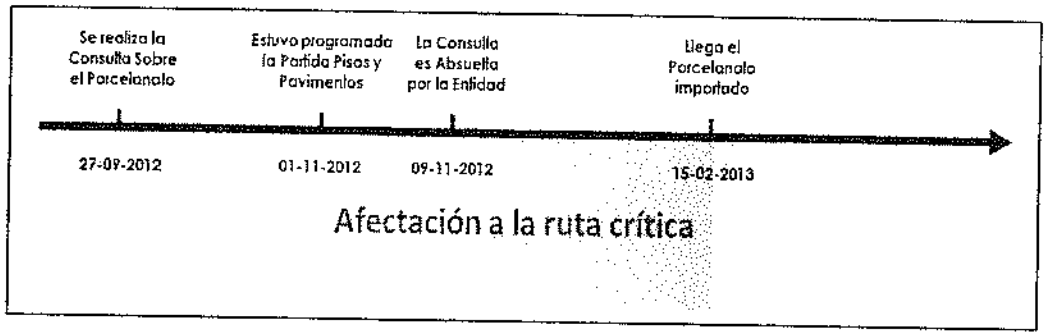
De acuerdo con el «Cronograma inicial de Avance de Obra»[59] las actividades que han sido afectadas estuvieron programadas para los días 01 de noviembre de 2012 al 07 de diciembre de 2012.

Id	Nombre de tarea	Duración	Comienzo	Fin	01 mayo 16/05	14/05
1	CENTRO DE SALUD TINGO	180 días	sáb 23/06/12	mié 19/12/12		
2	ESTRUCTURAS	180 días	sáb 23/06/12	mié 19/12/12		
3	OBRAS PROVISIONALES	5 días	sáb 23/06/12	dom 01/07/12		
4	TRABAJOS PRELIMINARES	179 días	dom 24/06/12	mié 19/12/12		
5	MOVIMIENTO DE TIERRAS	62 días	lun 16/07/12	sáb 15/09/12		
6	OBRAS DE CONCRETO SIMPLE	92 días	mié 01/08/12	mié 31/10/12		
7	OBRAS DE CONCRETO ARMADO	76 días	sáb 01/09/12	jue 15/11/12		
8	ESTRUCTURAS METALICAS	15 días	vie 16/11/12	vie 30/11/12		
9	ESTRUCTURAS DE MADERA	15 días	vie 16/11/12	vie 30/11/12		
10	MUROS Y TABIQUES	47 días	dom 16/09/12	jue 01/11/12		
11	VARIOS	15 días	jue 01/11/12	jue 15/11/12		
12	ARQUITECTURA	49 días	jue 01/11/12	mié 19/12/12		
13	REVOQUES Y ENLUCIDOS	37 días	jue 01/11/12	vie 07/12/12		
14	CIELO RASO	15 días	jue 01/11/12	jue 15/11/12		
15	PISOS Y PAVIMENTOS	30 días	jue 01/11/12	vie 30/11/12		
16	CONTRAZOCALOS	7 días	sáb 01/12/12	vie 07/12/12		
17	ZOCALOS	7 días	sáb 01/12/12	vie 07/12/12		
18	COBERTURAS, CUMBRERAS Y ACCESORIOS	7 días	sáb 01/12/12	vie 07/12/12		
19	CARPINTERIA DE MADERA	30 días	jue 01/11/12	vie 30/11/12		
20	CARPINTERIA METALICA Y HERRERIA	37 días	jue 01/11/12	vie 07/12/12		
21	CARPINTERIA DE ALUMINIO	23 días	jue 15/11/12	vie 07/12/12		
22	CERRAJERIA	12 días	sáb 08/12/12	mié 19/12/12		

De la reproducción al calendario de avance de obra inicial, este Colegiado ha podido advertir que los sucesos del evento compensable efectivamente guardan relación de temporalidad con las partidas afectadas, no obstante, no pudo verse afectado la ruta crítica en 140 días.

[59] Anexo 50 de la demanda, «Cronograma de ejecución de obras»

En efecto, el evento compensable tiene que afectar el cronograma de obra, el cual de acuerdo a lo analizado por este Colegiado, sólo pudo verse afectado en 107 días, más no en 140 días, de acuerdo con el siguiente detalle.



Ahora bien, PARSALUD ha alegado que las actividades afectadas por el no pronunciamiento de la Entidad respecto del porcelanato y la necesidad de su importación no pudieron verse afectadas en tanto que en la fecha en que ocurrieron los eventos compensables las actividades estuvieron atrasadas. Ante estas posturas, este Colegiado se pregunta, ¿Quién debió de probar la existencia de atrasos en la ejecución de la obra?

Ciertamente la carga probatoria deberá recaer en principio en quien afirma hechos que configuran su pretensión o, en quien los contradice alegando nuevos hechos. De lo anterior, este Colegiado llega a la convicción de que, en principio, la carga de probar si la obra estuvo atrasada en su ejecución está a cargo de PARSALUD, y es esta Entidad la que deberá soportar el riesgo de esta inacción.

Advertido lo anterior, si bien la Entidad ha alegado que la Obra estuvo atrasada por lo que no pudo verse afectada la ruta crítica, estos fundamentos no producen convicción en el Colegiado en tanto que no obra en los actuados arbitrales medio probatorio alguno, ni es de conocimiento del Tribunal Arbitral la certeza de tal afirmación.

Por las razones expuestas, este Colegiado solo estima procedente otorgar un mayor plazo de ejecución de obra por 107 días, en tanto que, es esta la cantidad de días en que se vio afectada la secuencia programada de las actividades constructivas de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud de Tingo».

Sobre la nulidad de la Decisión Conciliatoria

Ahora bien, estando a las facultades otorgadas por las partes para que este Colegiado pueda rectificar la decisión del Conciliador Decisorio[60], habiendo encontrado este Colegiado procedente la ampliación de Plazo N° 01 para la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Tingo», corresponde

[60] Cláusula 25.2 de las Condiciones Generales del Contrato

dejar sin efecto la Decisión Conciliatoria[61] emitida por el Abogado Daniel Triveño Daza.

Sobre el reconocimiento y pago por concepto de mayores gastos generales e intereses legales

Ahora bien, en cuanto a los mayores gastos generales pretendidos por el demandante, se debe tener presente que nos encontramos ante un contrato de naturaleza Civil, y no ante un contrato en el marco de las Contrataciones Públicas, de ahí que no resulte aplicable la ley de contrataciones del estado para su cuantificación y regulación; no obstante lo anterior, este Colegiado ha advertido que en el presente Contrato las partes han convenido que cuando un evento compensable ocasiona costos adicionales se deba aumentar el precio del contrato[62].

> «44.2 **Si un evento compensable ocasiona costos adicionales o impide que los trabajos se terminen con anterioridad a la Fecha Prevista de Terminación, se deberá aumentar el Precio del Contrato** y/o se deberá prorrogar la Fecha Prevista de Terminación. El Gerente de Obras decidirá si el Precio del Contrato deberá incrementarse y el monto del incremento, y si la Fecha Prevista de Terminación deberá prorrogarse y en qué medida.»
>
> [El resaltado es nuestro]

En este sentido, en principio, para que proceda aumentar el Precio del Contrato, debemos estar ante (1) un evento compensable que haya prorrogado la fecha prevista de terminación de obra o haya ocasionado mayores costos, una vez corroborado esto (2) el Contratista deberá solicitarlo ante el gerente de obras, luego del cual recién este Colegiado podrá pronunciarse sobre ello.

Ahora bien, este Colegiado ha encontrado procedente una prórroga de ampliación de plazo para la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud de Tingo» por 107 días calendarios, no obstante lo anterior, conforme la cláusula 44.2 analizada párrafos atrás, las partes han pactado un procedimiento previo a seguir para aumentar el Precio del Contrato a razón de un mayor plazo de ejecución de obra, el cual consiste en la previa presentación de la solicitud ante el gerente de obras, estipulación que no

[61] No cabe duda que las atribuciones que el Contrato concede al Conciliador son distintas a las atribuidas por la Ley de Conciliación, Ley 26872 – modificado mediante Decreto Legislativo N° 1070. Mientras que el conciliador al que se refiere esta ley sólo puede proponer fórmulas conciliatorias de carácter no obligatorias, el Conciliador previsto en el Contrato tiene la potestad de resolver discrepancias, definitiva y obligatoriamente salvo que alguna de las partes someta dicha decisión a arbitraje dentro del plazo de 28 días de notificado. Así, el papel otorgado por las partes al Conciliador corresponde al órgano conocido como «Dispute Boards».

[62] Cláusula 44.2 de las Condiciones Generales del Contrato

puede ser desconocida por este Colegiado en virtud del principio *pacta sunt servanda*.

Por tales consideraciones, este Colegiado es de la posición de que la pretensión analizada en el presente punto controvertido deba ser declarada improcedente.

i5. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

En síntesis al análisis de los Puntos Controvertidos, este Colegiado emite su pronunciamiento respecto a las siguientes pretensiones presentadas en la Demanda Arbitral: (1) Décima Pretensión Principal; (2) Décima Primera Pretensión Principal; y (3) Primera Pretensión Accesoria a la Décima Primera Pretensión Principal:

- **DECLARAR FUNDADA** la Décima Pretensión Principal, analizada en el Décimo Sexto Punto Controvertido, por lo que corresponde declarar la Ineficacia de la Decisión Conciliatoria emitida por el Abogado Daniel Triveño Daza, con fecha 26 de agosto del 2013.

- **DECLARAR FUNDADA EN PARTE** la Décima Primera Pretensión Principal, analizada en el Decimoséptimo Punto Controvertido, por lo que sólo corresponde aprobar la ampliación de Plazo N° 01 por 107 días calendario para la ejecución de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud de Tingo».

- **DECLARAR** que **IMPROCEDENTE** la Primera Pretensión Accesoria a la Décima Primera Pretensión Principal, analizada en el Decimoctavo Punto Controvertido, por las razones ahí expuestas.

Voto del señor árbitro, Víctor Huayama Castillo:

En mi opinión la décima y décima primera pretensión principales de la demanda son infundadas debido a lo siguiente:

El Contrato establece que «*Cualquiera de las partes podrá someter la decisión del Conciliador a arbitraje dentro de los 28 días siguientes a la decisión por escrito del Conciliador. Si ninguna de las partes sometiese la controversia a arbitraje dentro del plazo de 28 días mencionado, **la decisión del Conciliador será definitiva y obligatoria***» (el resaltado es nuestro).

Se aprecia de este modo que la modalidad de Dispute Board que las partes han acordado en el Contrato corresponde a lo que la doctrina conoce como Dispute Adjudication Board.

En un Dispute Adjudication Board (DBA):

«La adjudicación se pacta en el propio contrato y es vinculante, pero generalmente se pacta como método previo a un arbitraje. Aunque la disputa queda resuelta en adjudicación, las partes se suelen reservar el derecho de solicitar un arbitraje sobre la misma cuestión objeto de adjudicación para una resolución ya definitiva en arbitraje una vez terminado el proyecto. Por lo tanto, la decisión del adjudicador suele ser interina, aunque es de obligado cumplimiento».[63].

Es por ello que, CAIRNS Y MADALENA comentan que el Dispute Adjucation Board *«asume una función cuasi-arbitral, cuya decisión pondrá fin a una determinada controversia entre las partes, convirtiéndose de obligado cumplimiento si ninguna de ellas se opone a la decisión»"*[64].

Ello es precisamente lo que las partes han pactado en el Contrato, pues en la cláusula 25.2 de las Condiciones Generales expresamente se pactó que *«Si ninguna de las partes sometiese la controversia a arbitraje dentro del plazo de 28 días mencionado, la decisión del Conciliador será definitiva y obligatoria».*

Corresponde determinar si es que el arbitraje se interpuso dentro del plazo de 28 días previsto en la cláusula 25.2 de las Condiciones Generales del Contrato pues, en caso de no ser así, la Decisión del Conciliador sería definitiva y obligatoria para las partes, tal y conforme el Contrato lo establece expresamente.

Al respecto, ambas partes han reconocido que la Decisión del Conciliador Decisorio fue emitida el 26 de agosto del 2013. Por tanto, las partes contaban con 28 días calendario para acudir al arbitraje si es que se encontraban en desacuerdo con dicha Decisión; este plazo venció el 25 de septiembre del 2013.

Está acreditado que dentro del plazo de 28 días calendario pactado en el Contrato y que venció el 25 de septiembre del 2013 ninguna de las partes acudió al arbitraje a cuestionar la Decisión emitida por el Conciliador Decisorio el 26 de agosto del 2013. En consecuencia dicha Decisión ha adquirido el carácter de definitiva y obligatoria, conforme el propio Contrato lo establece de modo expreso.

La solicitud arbitral del cual se deriva el presente arbitraje fue presentada por el Contratista el 2 de mayo del 2014, siendo de notar que en dicha solicitud no se incluyó como una de las pretensiones sometidas

[63] ADRResources: "Métodos Extrajudiciales – ADR: Adjudicación" En https://aryme.com/metodos-extrajudiciales/adjudicacion/. Consultado el 08/01/2017.
[64] David J.A. Cairns e Ignacio Madalena. El Reglamento de la ICC Relativo a los "Dispute Boards En: http://www.cremades.com/pics/contenido/File63452896377658688.pdf. Consultado el 08/01/2017

a arbitraje la relacionada con la Decisión del Conciliador del 26 de agosto del 2013, aspecto que recién fue incluido como pretensión en la demanda interpuesta por el Contratista el 18 de septiembre del 2014.

Por tales razones, en la medida que este proceso arbitral se inició mucho tiempo después de vencido el plazo previsto en la cláusula 25.2 de las Condiciones Generales del Contrato, la Decisión del Conciliador Decisorio, señor Daniel Triveño Daza, es definitiva y obligatoria.

Siendo entonces que la comentada Decisión emitida el 26 de agosto del 2013 es definitiva y obligatoria, no corresponde ya cuestionar los aspectos técnicos y jurídicos que fueron invocados por el Conciliador Decisorio para declarar infundado el pedido de ampliación de plazo N° 1 correspondiente al Centro de Salud de Tingo.

Por ende, lo argumentado por el Contratista para sustentar su décima pretensión principal de la demanda resulta inoportuno y claramente extemporáneo pues, al no acudir al arbitraje dentro del plazo previsto en el Contrato, permitió que dicha decisión adquiriera la calidad de Definitiva y Obligatoria.

Por los fundamentos precedentes, considero que la décima primera pretensión principal de la demanda y su respectiva pretensión accesoria son infundadas.

En efecto, no puede concederse la ampliación de plazo N° 1 por 133 días calendarios, así como los invocados mayores gastos generales por S/.194,757.25, debido a que los aspectos que sustentan dichas pretensiones fueron los mismos que el Contratista sometió a la consideración del Conciliador quien, en su Decisión del 23 de agosto del 2013 declaró infundado dicho pedido *«por no tener sustento legal en ninguna de la consideraciones que corresponden a un evento compensable, y no haber afectado la ruta crítica del programa de ejecución de obra»*.

j. SOBRE EL PAGO DE LOS MAYORES GASTOS GENERALES POR LAS AMPLIACIONES DE PLAZO RECONOCIDAS EN EL CONTRATO

VIGÉSIMO QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la décima sexta pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/.174,890.15 (Cientos Setenta y Cuatro Mil Ochocientos Noventa con 15/100 Nuevos Soles) incluido IGV, por concepto de mayores gastos generales de las ampliaciones de plazo N° 01 del Nuevo Centro de Salud Ocalli y las ampliaciones de plazo N° 02 y

03 de la Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza aprobados por la Entidad en caso no corresponda aprobar dichas ampliaciones de plazo por el total de días solicitados.

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL

Iniciando con sus argumentos el Contratista informa que, el 29 de enero del 2013 suscribió con PARSALUD la Adenda N° 01 que modificó la fecha prevista de terminación de Obra del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza al haber encontrado procedente las ampliaciones de plazo N° 02 y 03 por un total de 54 días calendario.

Asimismo, indica que el 11 de abril del 2013 suscribió con PARSALUD la Adenda N° 02 con la que modificó la fecha prevista de terminación de la Obra del Centro de Salud de Ocalli al haber encontrado procedente la ampliación de plazo N° 1 por 54 días calendario.

En este sentido, el Contratista refiere que los mayores gastos generales que ofertó «se han visto incrementados por la extensión del plazo contractual de la obra, toda vez que dentro de la estructura de gastos generales, el mismo está conformado por el gasto general variable, el cual está relacionado con el tiempo de ejecución de la obra». Refiere que al ampliarse el plazo de ejecución de la obra los gastos generales se incrementan inevitablemente, por efecto del transcurso del tiempo.

Asimismo, sostiene que «No obstante que las partes han establecido que es el Gerente de Obras (supervisor de obra) quien determinará el incremento del monto del precio del contrato, consideramos que el precio del mismo deberá ser determinado por este Colegiado en base al principio de equivalencia, equidad y paridad de las partes y de las prestaciones que se establecieron a la firma del contrato».

Finalmente alega, que si para la ejecución de la obra del Centro de Salud Ocalli ofertó un gasto general variable de S/.905.85 y si para la ejecución de la obra del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza ofertó un gasto general variable diario de S/.1,838.82, dichos gastos generares deben ser reconocidos por el número de días de la ampliación de plazo acordadas en las adendas antes citadas.

POSICIÓN DEL PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD – PARSALUD

PARSALUD, alega que se debe tener presente que el Contrato no recoge el concepto de «reconocimiento de gastos generales» sino la figura de «aumento del precio del contrato», el cual se efectúa por gestión del Gerente de Obras, de acuerdo a los costos efectivamente acreditados, lo cual no ha cumplido con efectuar el Contratista.

De otro lado, refiere que, en el supuesto negado que este Colegiado considere que corresponde al Contratista el reconocimiento de tales mayores gastos generales, se debe tener presente que el Contratista está utilizando los gastos generales variables de su oferta como si el Contrato fuera a precios unitarios, lo cual no es pertinente pues el Contrato es a suma alzada.

Por último sostiene que en el supuesto negado que le hubiere correspondido el reconocimiento de algún pago, éste deberá computarse en la liquidación final del Contrato.

j1. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Del análisis expuesto por las partes, se tiene que el Contratista pretende es que se paguen los mayores gastos generales por las ampliaciones de plazo concedidas por el Gerente de Obras y que dieron lugar a la suscripción de las Adendas N° 01 y N° 02. En buena cuenta, el Contratista ampara su pedido en lo previsto en la Ley de Contrataciones del Estado, mientras que PARSALUD sostiene que lo que corresponde aplicar es el Contrato que no recoge el concepto de «reconocimiento de gastos generales» sino la figura de «aumento de precio del contrato».

Atendiendo entonces lo planteado por las partes, corresponde que este Colegiado determine en primer lugar si la Ley de Contrataciones del Estado resulta o no aplicable a esta controversia y, de ser así, determinar si dicho dispositivo debe ser aplicado de modo preferente al Contrato.

Al respecto, tal como las partes lo han expresado, las normas de contratación pública no resultan aplicables a los contratos celebrados de acuerdo con las exigencias de organismos internacionales pues así lo dispone expresamente el literal t) del numeral 3.3 del artículo 3 de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017 que establece lo siguiente:

> «3.3 La presente norma no es de aplicación para:
> [...]
> t) Las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de organismos internacionales, Estados o entidades cooperantes, siempre que estén asociadas a donaciones u operaciones oficiales de crédito».

Por ende, desde la perspectiva de la Ley de Contrataciones del Estado, las normas de dicha ley (y en consecuencia las de su reglamento), no resultarían aplicables al Contrato pues la propia ley así lo establece. De otro lado, este Colegiado tiene en cuenta que en el caso de autos las partes han acordado la aplicación de la ley peruana. Efectivamente en la cláusula CGC 3.1 de las Condiciones Especiales del Contrato se establece que:

> «El idioma en que deben redactarse los documentos del Contrato es Español. La ley que gobierna el Contrato es la Ley del Perú».

Dicho lo anterior, se debe tener presente que en el presente Contrato las partes han convenido que cuando un evento compensable ocasiona costos adicionales se deba aumentar el precio del contrato[65].

> «44.2 **Si un evento compensable ocasiona costos adicionales o impide que los trabajos se terminen con anterioridad a la Fecha Prevista de Terminación, se deberá aumentar el Precio del Contrato** y/o se deberá prorrogar la Fecha Prevista de Terminación. El Gerente de Obras decidirá si el Precio del Contrato deberá incrementarse y el monto del incremento, y si la Fecha Prevista de Terminación deberá prorrogarse y en qué medida.»
>
> [El resaltado es nuestro]

En este sentido, en principio, para que proceda aumentar el Precio del Contrato, debemos estar ante (1) un evento compensable que haya prorrogado la fecha prevista de terminación de obra o haya ocasionado mayores costos, una vez corroborado esto (2) el Contratista deberá solicitarlo ante el gerente de obras, luego del cual recién este Colegiado podrá pronunciarse sobre ello.
El Colegiado tiene en cuenta que el Contratista ha admitido que las cláusulas 44.2 de las Condiciones Generales del Contrato corresponden a la voluntad común generada entre él y PARSALUD; no obstante ello, lo que el Contratista pretende es que –no obstante lo pactado en el Contrato- el Tribunal Arbitral modifique el Contrato para en función de ello conceder al Contratista beneficios económicos en modo distinto de lo acordado por las partes.
En efecto, en su demanda el Contratista ha sostenido:

> «No obstante que las partes han establecido que es el Gerente de Obras (supervisor de obra) quien determinará el incremento del monto del precio del contrato, consideramos que el precio del mismo deberá ser determinado por este Colegiado en base al principio de equivalencia, equidad y paridad de las partes y de las prestaciones que se establecieron a la firma del contrato.»[66]

En este sentido, si bien es incontrovertido el otorgamiento de mayores plazos de ejecución de obra mediante la suscripción de las adendas uno y dos al Contrato, conforme la cláusula 44.2 analizada párrafos atrás, las partes han pactado un procedimiento previo a seguir, estipulación que no puede ser desconocida por este Colegiado en virtud del principio *pacta sunt servanda*.

---

[65] Cláusula 44.2 de las Condiciones Generales del Contrato.
[66] Escrito de demanda presentado el 18 de septiembre de 2014, pág. 84

Máxime a lo anterior, este Colegiado tiene en cuenta, adicionalmente, que el principio de equidad alegado por el Contratista no autoriza a una parte contractual, ni mucho menos al Tribunal Arbitral a desconocer lo pactado en el Contrato, pues, conforme lo comenta DE TRAZEGNIES GRANDA:

> « **[E]l árbitro no puede desconocer, a nombre de la equidad, un acuerdo legalmente formado. Y tampoco puede, a nombre de la equidad, inventar un acuerdo que nunca ha existido. En otras palabras, la voluntad tiene que ser investigada y seguida por el árbitro; no puede ser forzada ni desnaturalizada.**
>
> Dentro del marco de lo dicho, el árbitro, sea o no de consciencia, no puede dejar de lado la voluntad de las partes e imponerles su propia voluntad o la voluntad de una sobre la otra. Hemos dicho que dentro de la sociedad moderna no existe un criterio objetivo de justicia; por consiguiente, en la práctica, justicia es ante todo el respeto y la realización de la intención o de la voluntad (como se prefiera llamarla) de quienes participan en el acto.
>
> Por consiguiente, la equidad no es una mera emoción de justicia, no es un concepto vago o impreciso que no admite un desarrollo racional. La equidad, cuando menos desde la perspectiva moderna, es algo muy objetivo: la voluntad o intención de las partes. Esta voluntad debe ser aprehendida no solamente en cuanto lo que fue la expresión literal de ella a través del contrato sino persiguiendo su sentido profundo, el espíritu que animó a las partes y, más aún, procurando establecer no solamente lo que esa voluntad fue en los hechos sino también lo que esa voluntad o intención habría sido si ambas partes tuvieran -o habrían podido tener- la misma información sobre el negocio y las mismas habilidades y poderes de negociación»[67].
>
> [El resaltado es nuestro]

La equidad impone pues que en este caso tanto a la partes como el Colegiado respeten lo pactado en las cláusulas 44.2 de las Condiciones Generales del Contrato. De ahí que, la décima sexta pretensión de la demanda sea Improcedente.

[67] Fernando de Trazegnies Granda. Arbitraje de derecho y arbitraje de consciencia. En http://www.cebac.com.bo/descargas/Arbitraje_de_Derecho_y_Arbitraje_de_Consciencia.pdf Consultado el 06/01/2017.

j2. PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL PUNTO CONTROVERTIDO

En síntesis al análisis del Punto Controvertido, este Colegiado emite su pronunciamiento respecto a Décima Sexta Pretensión Principal:

- **DECLARAR** que **IMPROCEDENTE** la Décima Sexta Pretensión Principal, analizada en el Vigésimo Quinto Punto Controvertido, por las razones ahí expuestas.

k. SOBRE LA PENALIDAD APLICADA POR LA AUSENCIA DEL PERSONAL CLAVE

TRIGÉSIMO SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la vigésima primera pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II la devolución de la aplicación de la penalidad efectuada por cambio de personal clave ascendente a la suma de S/ 30,000.00 (Treinta Mil Doscientos Dieciséis con 35/100 Soles), monto al cual deberá agregarse el IGV, más el pago de los intereses legales hasta la fecha efectiva de pago.

TRIGÉSIMO TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la vigésima segunda pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II la devolución de la aplicación de la penalidad efectuada por la ausencia en obra de personal clave ascendente a la suma de S/ 117,000.00 (Ciento Diecisiete Mil con 00/100 Soles), monto al cual deberá agregarse el IGV, por no estar debidamente sustentada; más el pago de los intereses legales hasta la fecha efectiva de pago.

k1. RESPECTO DEL TRIGÉSIMO SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL

Sobre esta pretensión el Contratista informa que, el 2 de agosto del 2012 PARSALUD le descontó S/ 10,000.00 por el cambio del residente de la Obra, considerado como personal clave, que se produjo en las tres obras objeto del Contrato.

Asimismo advierte que, la penalidad impuesta por PARSALUD se encuentra prevista en la cláusula 9.1 de las Condiciones Especiales del Contrato que penaliza al Contratista por el cambio de personal clave durante la ejecución de la Obra; sin embargo, el Contratista señala que en esa cláusula «*las partes no han establecido el factor de atribución con que responderá su*

representada, vale decir, si la aplicación de penalidad se hará a título de dolo o culpa o la responsabilidad se determinará objetivamente con el sólo cambio del personal clave»[68].

Asimismo, refiere que el artículo 1343° del Código Civil dispone que una cláusula penal sólo pueda aplicarse cuando el Contratista no haya cumplido con mantener al personal técnico de manera dolosa o culposa. Reseña en ese sentido, que el cambio del personal clave no se efectúo por dolo o culpa del Contratista «*ya que dicho cambio se debe al período transcurrido entre el proceso de selección y el inicio de los trabajos, siendo el hecho real que durante este transcurrir inexorable de tiempo – en este habían transcurrido 06 meses – no podríamos exigir al personal propuesto, permanecer inactivos, o «cautivos»*»[69].

POSICIÓN DEL PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD – PARSALUD

Respecto de lo pretendido por el Contratista, PARSALUD refiere que sólo se ha limitado a cumplir con la cláusula objetiva prevista en el Contrato y por ende imperativa, al haber el Contratista efectuado el cambio de personal clave (el residente de obra) en cada uno de los establecimientos de salud objeto del Contrato.

k2. <u>RESPECTO DEL TRIGÉSIMO TERCER PUNTO CONTROVERTIDO</u>

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL

Sobre esta pretensión el Contratista ha informado que en los certificados de pago N° 02, 05 y 06 PARSALUD retuvo la suma S/117,000.00 por ausencia en obra del residente en obra de los Centros de Salud de Ocalli, Rodríguez de Mendoza, y Tingo.

Finalmente ha alegado que es falso que sus residentes no hayan estado en las Obras, pues basta ver el desarrollo de las actividades en campo así como todas las consultas efectuadas y que son base de nuestros reclamos.

POSICIÓN DEL PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD – PARSALUD

Respecto de lo demandado PARSALUD ha señalado en el Centro de Salud Ocalli el residente estuvo ausente 41 días; en el Centro de Salud Rodríguez de Mendoza, estuvo ausente 43 días; y en el Centro de Salud de Tingo estuvo ausente 33 días. Por ello, la Entidad sostiene que la penalidad ha sido correctamente impuesta.

[68] Demanda Arbitral presentada mediante escrito de fecha 18 de septiembre de 2014, pág. 98.
[69] Ibídem, pág. 98.

k3. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En relación a los presentes puntos controvertidos, de la lectura de las pretensiones formuladas por el Contratista, este Colegiado advierte que en ellas se ha requerido el pronunciamiento de dos (2) controversias: (i) La devolución de la penalidad aplicada por PARSALUD por el cambio del personal clave; y, (ii) La devolución de la penalidad aplicada por PARSALUD por la ausencia del personal clave en obra.

En tal sentido, en tanto que, las pretensiones que son objeto de análisis en este acápite guardan relación, este Colegiado ha considerado conveniente realizar un análisis en conjunto, a fin de determinar la fundabilidad o no.

De este modo, una primera cuestión a determinar refiere a la devolución de las penalidades aplicadas PARSALUD por el cambio y la usencia del personal clave de la obra.

Sobre el cambio y la ausencia del personal clave de la obra

En el caso que nos avoca, PARSALUD ha aplicado al contratista penalidades por el cambio del personal clave de la obra y por la ausencia de los mismos durante la ejecución de los trabajos[70], el cual, de acuerdo con la pretensión planteada por la demandante debe ser declarada nula.

Las penalidades a las cuales se hace referencia fueron pactadas en el contrato, así la cláusula 9.1 de las Condiciones Especiales del Contrato las partes pactaron lo siguiente:

> «9.1. Personal Clave:
> 1. Administrador de Obra.
> 2. [...] Un residente de obra por cada Centro de Salud.
> [...]
> EL CONTRATISTA **no podrá solicitar el cambio del personal clave durante la ejecución de la obra, en caso lo hiciera pagará a EL CONTRATANTE como penalidad la suma de S/ 10, 000.00 por cada cambio de personal que realice.**
> EL CONTRATISTA **pagará como penalidad a LA CONTRATANTE por cada día ausencia en obra del personal clave**, la suma de S/ 1,000.00.»
>
> [Énfasis agregado]

De acuerdo a lo alegado por el contratista las penalidades no serían válidas en tanto que el personal estuvo en todo momento en obra y el cambio realizado obedece a causas que no le son imputables.

[70] Anexo 47 de la demanda, presentado mediante escrito de fecha 26 de septiembre de 2014.

De este modo, en consideración a lo alegado por las partes, éste Tribunal considera pertinente tomar en cuenta lo expuesto en el artículo 1343° del Código Civil, el cual a la letra expone:

> «Artículo 1343. Exigibilidad de pena
> Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario.»

De lo expuesto se deduce que la pena solo resulta exigible cuando el incumplimiento obedece a una causa imputable al deudor, es decir que, en efecto, se haya realizado con culpa o dolo del deudor.

En ese sentido, el precepto legal precisa que dicha regla solo se hará efectiva *salvo pacto en contrario de las partes*; es decir que la pena puede ser exigida al deudor prescindiendo de si éste tuvo o no culpa o dolo siempre que así se haya pactado.

Ahora bien, se observa que si bien las partes pactaron la conducta, que en caso de incumplimiento sería merecedora de pena, las mismas no estipularon en las condiciones ningún pacto en contrario por lo que en aplicación del artículo 1343° del Código Civil, corresponde tomar en cuenta que la pena solo puede ser exigida si el incumplimiento obedece a una causa imputable al deudor.

Siendo ello así, respecto a la penalidad aplicada por cambio del personal clave, la parte demandante ha señalado que el cambio de personal clave lo habría efectuado por el tiempo transcurrido desde el proceso de selección hasta el inicio de las Obras, hecho que no le es imputable; no obstante, este Colegiado Arbitral ha podido advertir que la afirmación realizada por el Contratista no concuerda con las pruebas actuadas en este proceso y que acreditan que dicho cambio de personal fue solicitado cuando las obras ya se estaban ejecutando.

Una de estas pruebas es la carta N° BBTI-CE-CM-157R-12[71] presentada el 30 de noviembre del 2012 en la que el Contratista solicitó al Gerente de Obras el cambio del Residente de la Obra del Centro de Salud de Ocalli «*debido a las continuas ausencias del Ing. Franklin Coronel, por motivos de salud y personales*».

Similar tenor consta en la carta N° BBTI-CE-CM-162-12 presentada el 28 de diciembre del 2012 y en la carta N° BBTI-CE-CM-170-12 presentada el 8 de enero del 2013.

De otro lado, en lo que respecta a la aplicación de la penalidad referida a la ausencia del personal clave en obra, lo alegado por las partes se tiene que el

[71] Anexo 22 de la demanda, presentado mediante escrito de fecha 26 [illegible]

Contratista afirma que sus residentes sí estuvieron de forma permanente en las Obras, mientras que la Entidad sostiene que estuvieron ausentes. Al respecto, el Colegiado considera que «*el desarrollo de las actividades en el campo, así como todas las consultas efectuadas y que son base de sus reclamos*»[72], no son suficientes para acreditar que los residentes estuvieron presentes en las Obras, más todavía cuando el propio Contratista ha admitido expresamente dichas ausencias.

En efecto, en la carta N° BBTI-CE-CM-157R-12 presentada el 30 de noviembre del 2012 el Contratista solicitó el cambio del Residente de la Obra del Centro de Salud de Ocaili «***debido a las continuas ausencias*** *del Ing. Franklin Coronel, por motivos de salud y personales*» [El resaltado es nuestro]. Similar reconocimiento consta en la carta N° BBTI-CE-CM-162-12 presentada el 28 de diciembre del 2012 y en la carta N° BBTI-CE-CM-170-12 presentada el 8 de enero del 2013.

Por lo expuesto, el Colegiado considera que la vigésima segunda y vigésimo tercera pretensión principal de la demanda deban ser declaradas INFUNDADAS.

k4. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

En síntesis al análisis de los Puntos Controvertidos, este Colegiado emite su pronunciamiento respecto a las siguientes pretensiones presentadas en la Demanda Arbitral: (1) Vigésima Primera Pretensión Principal; (2) Vigésima Segunda Pretensión Principal:

- **DECLARAR INFUNDADA** la Vigésima Primera Pretensión Principal, analizada en el Trigésimo Segundo Punto Controvertido, por lo que no corresponde ordene a PARSALUD II la devolución de la aplicación de la penalidad efectuada por cambio de personal clave ascendente a la suma de S/ 30,000.00.

- **DECLARAR INFUNDADA** la Vigésima Segunda Pretensión Principal, analizada en el Trigésimo Tercer Punto Controvertido, por lo que no corresponde ordene a PARSALUD II la devolución de la aplicación de la penalidad efectuada por la ausencia en obra del personal clave ascendente a la suma de S/ 117,000.00.

I. SOBRE LA PENALIDAD APLICADA POR LA PRESENTACIÓN RETRASADA DEL CRONOGRAMA ACTUALIZADO DE OBRA

TRIGÉSIMO PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la vigésima pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II la

[72] Demanda Arbitral presentada mediante escrito de fecha 18 de septiembre de 2014, p. 90.

devolución de la retención efectuada por la presentación retrasada del programa actualizado mensual ascendente a S/ 42,216.35 (Cuarenta y Dos Mil Doscientos Dieciséis con 35/100 Soles), monto al cual deberá incluirse el IGV, más el pago de los intereses legales hasta la fecha de pago.

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL

El Contratista sostiene que PARSALUD efectuó una retención del 2% de las valorizaciones de la obra por la presentación retrasada de los programas actualizados mensuales de la obra, tal como constan en los certificados de pago Nº 01, 02, 03, 04 05, 06 y 07.

Asimismo informa que, estas retenciones se realizaron en razón a lo estipulado en la cláusula 27.3 de las Condiciones Generales del Contrato la cual establece que: «El contratista deberá presentar al Gerente de Obras para su aprobación un Programa con intervalos iguales que no excedan el periodo establecido en fas CEC Si el contratista no presenta dicho programa actualizado dentro de este plazo, el Gerente de Obras podrá retener el monto especificado en las CEC del próximo certificado de pago y continuar reteniendo dicho monto hasta el pago que prosiga a la fecha en la cual el Contratista haya presentado el Programa atrasado».

Por último, alega que si bien de acuerdo con las citadas cláusulas las partes pactaron la presentación del programa de ejecución de obra actualizado de manera mensual; no obstante, en reuniones de coordinación la Entidad indicó al Contratista que la presentación del programa de ejecución de obra se hará cuando la obra presente retraso en la ejecución de la obra. En merito a ello cumplieron con presentar los programas actualizados para superar los retrasos en la ejecución de la obra los días 06 de agosto de 2012, 19 de setiembre de 2012, 18 de octubre de 2012, 07 de mayo de 2013, tal como se puede apreciar de las cartas Nº BBTI-CE-CM-089-12, carta Nº BBTI-CE-CM-107-12, carta Nº BBTI-CE-CM-137-12 y carta BBTI-CE-08-045-13.

POSICIÓN DEL PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD – PARSALUD

PARSALUD sostiene al respecto que la Cláusula 27.3 de las Condiciones Especiales del Contrato de Ejecución de Obras Nº 017-2012-PARSALUD/BID establece ésta retención cuando hay retraso en la ejecución de la obra y la presentación del programa actualizado por el Contratista debe ser cada 30 días.

11. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Con relación a este punto, el Tribunal Arbitral advierte que el Contratista expresa que PARSALUD aplicó la retención del 2% de las valorizaciones de

obra por la presentación atrasada de los programas actualizados mensuales de obra[73].

Así también el Contratista ha precisado en su escrito de demanda que si bien las partes pactaron la presentación del programa conforme a la cláusula 27.3 de las CGC, no obstante en las reuniones de coordinación con PARSALUD, la Entidad indicó que la presentación del programa de la Ejecución de la Obra se hará cuando la obra presente retraso en su ejecución.

Ahora bien, corresponde a éste Tribunal examinar si existía o no la obligación por parte del Contratista de presentar el cronograma de avance mensual y si, como afirma el Contratista, dicha actuación fue modificada a través de una coordinación realizada entre las partes.

En ese sentido, cabe precisar que la cláusula 27.3 de las Condiciones Generales del Contrato expone lo siguiente:

> «27.3. El Contratista deberá presentar al Gerente de Obras para su aprobación, un Programa con intervalos iguales que **no excedan el periodo establecidos en la CEG. Si el Contratita no presenta dicho programa actualizado dentro de este plazo, el Gerente de Obras podrá RETENER el monto especificado en la CEC del próximo certificado de pago** y continuar reteniendo dicho monto hasta el pago que prosiga a la fecha en la cual el Contratista haya presentado el Programa atrasado»
>
> [Énfasis agregado].

En ese sentido, queda claro que si el Contratista debe presentar el Programa para que el Gerente de Obras lo apruebe, éste debe ser presentado dentro del periodo especificado en las Condiciones Especiales del Contrato y de no hacerlo, el Gerente de Obras podrá retener el monto que se haya especificado en las CEC.

Siendo así cabe preguntarse cuál es el plazo que tiene el Contratista para presentar ese programa y cuál es el monto que podrá ser retenido por el Gerente de Obras, en caso de incumplimiento por parte del Contratista.
En razón a ello conviene tomar en cuenta las Condiciones Especial del Contrato en las cuales se expone lo siguiente:

> «27. 3 Los plazos entre cada actualización del Programa serán de **30 días.**
> **El monto que será retenido** por la presentación retrasada del Programa actualizado y Calendario de actividades, será de **2% de la valorización** que corresponda.»

[73] Anexo 47 de la demanda, presentado mediante escrito de fecha 26 de septiembre de 2014

[Énfasis agregado]

En ese sentido, queda claro, que de acuerdo a lo pactado por las partes, el Contratista tenía la obligación de presentar en el Programa en el periodo que no exceda de 30 días y en caso de incumplimiento el Gerente de Obras se encontraba facultado para retener el 2% de la Valorización que corresponda.
Ahora bien, el Contratista indica que a través de reuniones de coordinación con PARSALUD, acordaron presentar el Programa cuando la obra presente retraso, lo que implica un cambio en lo estipulado en las cláusulas convenidas del Convenio.

En relación a ello, debemos tener presente que la carga procesal[74] es entendida como «*un imperativo en propio interés. El que no cumple un acto que le conviene a su propio interés en el proceso, sufre las consecuencias de ese incumplimiento, pierde la condición ventajosa que hubiera obtenido de cumplir ese acto. Nadie obliga a la parte a cumplir ese acto, pero ella sabe que le conviene hacerlo y si no lo hace puede verse perjudicada*»[75]; una carga no es sino un derecho subjetivo que permite a la parte hacer o no algo, pero con la particularidad de que si decide no hacer ese algo, perderá la ocasión de realizarlo posteriormente, asumiendo los perjuicios que para sí mismo conlleva su no hacer.

Vista la idea de carga procesal, podemos afirmar que la carga de la prueba no supone que la parte sobre la cual recae, sea quien necesariamente deba ofrecer el medio probatorio, sino que es a ella a quien le interesa hacerlo.
Sin embargo, nada obsta que el medio probatorio pueda ser ofrecido por la contraparte en beneficio del primero; el problema surge por el hecho de que si nadie ofrece el medio probatorio, las consecuencias de esa omisión, las sufre la parte sobre la cual recae la carga de la prueba.

Bajo esta tesitura, si bien el Contratista alega que a través de reuniones de coordinación con PARSALUD, acordaron presentar el Programa cuando la obra presente retraso, de la revisión a los actuados arbitrales, este colegiado no ha podido advertir medio probatorio alguno que acredite lo alegado por el Contratista, no produciendo convicción a este Colegiado la sola alegación del hecho.

Sin perjuicio de lo anterior, en tanto que lo establecido en la cláusula 27.3 de la Condiciones Generales del Contrato no se hace a título de penalidad sino de retención de pago de legítima – para hacerlo efectivo de manera posterior sin que se considere un atraso en el pago – pues la retención se hará como una medida de compulsión al contratista para que cumpla con la presentación del Programa Actualizado, una vez efectuada la presentación del Programa

[74] Se distingue de los deberes procesales que constituyen imposiciones de conducta a los sujetos, a las partes, en miras del interés de la comunidad. ej. Lealtad. Y de las obligaciones procesales que supone el sometimiento del individuo para cumplir una obligación en beneficio de otro, tales como la condena de costos.
[75] Liñan Arana, Luis Alberto. «Apuntes sobre la Prueba en el Proceso Civil». En: Advocatus N° 4. Lima, p. 250.

Actualizado de Obra por parte del Contratista, la Entidad estará en obligación de efectuar el pago de la suma retenida.

Por tales consideraciones este Colegiado estima declarar **IMPROCEDENTE** la presente pretensión.

I2. PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL PUNTOS CONTROVERTIDO

En síntesis al análisis del Punto Controvertido, este Colegiado emite su pronunciamiento respecto a la siguiente pretensión presentada en la Demanda Arbitral: (1) Vigésima Pretensión Principal.

- **DECLARAR IMPROCEDENTE** la Vigésima Pretensión Principal, analizada en el Trigésimo Primer Punto Controvertido, por lo que no corresponde ordenar a PARSALUD II realizar la devolución de la retención efectuada por la presentación retrasada del programa actualizado mensual ascendente a S/ 42,216.35 (Cuarenta y Dos Mil Doscientos Dieciséis con 35/100 Soles).

m. SOBRE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO Y LOS FUNDAMENTOS QUE LA MOTIVARON

VIGÉSIMO TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la décima cuarta pretensión principal, que el Tribunal Arbitral declare la Nulidad y/o Ineficacia de la Resolución Jefatural N° 101-2013-PARSALUD II, de fecha 18 de julio del 2013, mediante la cual la Entidad resolvió declarar la resolución del contrato de ejecución de obra N° 017-2012-PARSALUD/BID por la supuesta acumulación del monto máximo de la indemnización por daños y perjuicios por demora en la terminación de la obra, toda vez que el Contratista no ha incurrido en el supuesto de resolución de contrato señalado por la Entidad.

VIGÉSIMO CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la décima quinta pretensión principal, si a consecuencia de la primera pretensión principal, corresponde declarar la vigencia del contrato de ejecución de obra N° 017-2012-PARSALUD/BID y se establezca que el saldo del plazo de ejecución de obra es de 183 días calendarios del «Nuevo Centro de Salud Ocalli» el cual empezará a computarse a partir del día siguiente del reinicio de obra.

TRIGÉSIMO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la décima novena pretensión principal, que el Tribunal Arbitral declare que no existe retraso injustificado en la ejecución de la obra y, en ese sentido, que no corresponde aplicación de penalidad alguna, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1314°, 1315° y 1318° del Código Civil.

TRIGÉSIMO CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la vigésima tercera pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II la devolución de la aplicación de la penalidad efectuada por el supuesto retraso injustificado en la terminación de la obra por la suma de S/ 149,771.38 (Ciento Cuarenta y Nueve Mil Ochocientos Setecientos Setenta y Uno con 38/100 Soles), monto al cual deberá agregarse el IGV, más el pago de intereses legales hasta la fecha efectiva de pago.

m1. <u>RESPECTO DEL VIGÉSIMO TERCER Y VIGÉSIMO CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO</u>

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL

Iniciando con sus argumentos el Contratista informa que, PARSALUD ha resuelto el Contrato «por la supuesta acumulación del monto máximo de la indemnización por daños y perjuicios por supuesto retraso en la ejecución de la obra ascendente a la suma de S/.387,802.81, equivalente al 5% del monto total del contrato».

Asimismo, refiere que «no ha acumulado el monto máximo de la indemnización por daños y perjuicios por retraso en la ejecución de la obra, en razón a que el Gerente de Obras (Supervisor) denegó diversas solicitudes de ampliación de plazo que le fueron solicitadas, con el único afán de no efectuar el pago de los mayores costos que corresponderían por la aprobación de las ampliaciones de plazo de ejecución de obra».

Por otro lado, el Contratista sostiene que «*Considerando las ampliaciones de plazo cuya aprobación solicita en la presente demanda, ha evaluado el supuesto cálculo de la acumulación del monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación, el cual resulta incorrecto [...]*»[76]. Así, considerando las ampliaciones de plazo cuya concesión ha solicitado en su demanda, el Contratista sostiene que en lo que se refiere a los Centros de Salud de Ocalli y Rodríguez de Mendoza no se encontraba incurso en penalidad. Y, en lo que se refiere al Centro de Salud de Tingo existiría un aparente retraso de 72 días por lo que el monto de la indemnización ascendería a S/.119,711.45, monto que es menor a S/.387,802.81,

[76] Página 80.del escrito de demanda de fecha 18 de septiembre de 2014

equivalente al 5% del monto total del Contrato, que habilita a PARSALUD a resolver el Contrato.

En este sentido, alega que «*dado que el contrato sólo faculta a las partes a resolver el contrato cuando el Contratista acumule el monto máximo de la penalidad por daños y perjuicios, la resolución del contrato efectuada por la Entidad [...] deviene en ilegal al no haberse configurado la causal invocada por la Entidad para resolución del Contrato*»[77].

Como consecuencia de lo anterior, el Contratista solicita se declare la nulidad e ineficacia de la resolución del Contrato y se declare la vigencia del Contrato y «*como consecuencia de la aprobación de las ampliaciones de plazo solicitadas en las pretensiones anteriores, establezca que el saldo de 183 días calendarios del plazo de ejecución de la Obra «Nuevo Centro de Salud Ocalli» empezará a computarse a partir del día siguiente de reinicio de obra*»[78].

POSICIÓN DEL PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD – PARSALUD

Sobre estos puntos controvertidos PARSALUD sostiene que, se ha demostrado que el Contratista no ha desvirtuado los fundamentos contenidos en la Resolución Jefatural N° 101-2013-PARSALUD II que demostró que el Contratista acumuló el monto máximo de indemnizaciones por daños y perjuicios ascendente al 5% del monto total del Contrato en la medida que la sumatoria de las tasas diarias acumuladas han superado dicho monto máximo, el cual asciende a S/ 387,802.81.

Finalmente agrega que, considerando que los motivos del retraso se deben fundamentalmente a la falta de capacidad técnica y financiera demostrada por el Contratista para llevar adelante la ejecución de las obras, el Contrato ha sido válidamente resuelto, de conformidad con lo previsto en la cláusula 59.2 literal (g) de las Condiciones Especiales del Contrato.

m2. <u>RESPECTO DEL TRIGÉSIMO Y TRIGÉSIMO CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO</u>

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL

En este acápite el Contratista informa que PARSALUD resolvió el Contrato «*por la supuesta acumulación del monto máximo de la indemnización por daños y perjuicios por retraso injustificado en la ejecución de la obra ascendente a la suma de S/ 387,802.81, equivalente al 5% del monto total del Contrato*»[79].

[77] Ibídem, pág. 82.
[78] Ibídem, pág. 83
[79] Ibídem, pág. 93.

Adicionalmente alega que se vio impedido de ejecutar la obra por eventos de naturaleza fortuita y eventos imputables respecto de los cuales ha demandado que el Tribunal Arbitral conceda las ampliaciones de plazo.

Por tales razones el Contratista solicita que se declare que el retraso en la ejecución de la Obra fue por causas ajenas a su voluntad y que en consecuencia que se declare que no corresponde ser penalizado, debiendo ordenar que se le devuelva S/.149,771.38 retenidos por PARSALUD en las valorizaciones N° 06 a la 10 de los Centros de Salud Tingo y Rodríguez de Mendoza.

POSICIÓN DEL PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD – PARSALUD

Por su parte, la Entidad sostiene que en la ejecución de las obras objeto del Contrato «*ha existido un innegable retraso en su ejecución y considerando que este retraso no ha sido desvirtuado por el Contratista, corresponde la aplicación de las respectivas penalidades, las cuales se aplican de conformidad a lo señalado en dicha relación jurídica*»[80].

m3. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En relación a los presentes puntos controvertidos, de la lectura de las pretensiones formuladas por el Contratista, este Colegiado advierte que en ellas se ha requerido el pronunciamiento de cuatro (4) controversias: (i) La nulidad e ineficacia de la Resolución del Contrato; (ii) La vigencia del contrato y el restablecimiento de la ejecución de las obras; (iii) La existencia de retraso injustificado en la ejecución de la obra; y, (iv) La devolución de la aplicación de las penalidades por retrasos en la ejecución de la obra.

En tal sentido, en tanto que, las pretensiones que son objeto de análisis en este acápite guardan plena relación con la decisión de la Entidad de resolver el Contrato por haber incurrido el Contratista en el monto máximo de indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento, este Colegiado ha considerado conveniente realizar un análisis en conjunto, a fin de determinar su fundabilidad o no.

De este modo, para un mejor entendimiento, el análisis de los puntos controvertidos será de la siguiente manera:

- Inexistencia de retraso injustificado en la ejecución de las obras.
- La devolución de las penalidades aplicadas por el retraso en la ejecución de las obras.
- Sobre la nulidad de la resolución de contrato y su consecuente vigencia.

[80] Escrito de contestación de demanda presentado el 11/11/2014, pág. 17

Sobre el retraso en la terminación de las obras

Una primera cuestión a determinar está referida a que se declare que no existe retraso injustificado en la ejecución de las obras.

Para tal efecto, el Contratista ha señalado que se vio impedido de ejecutar las obras por eventos de naturaleza fortuita y eventos que no le son imputables, para ello trae a colación todos los eventos sustento de las ampliaciones de plazo sometidas a conocimiento de este Colegiado por las tres obras del Contrato. Sobre el particular, cabe precisar que los eventos alegados por el Contratista ya fueron analizados en cada ampliación de plazo sometido a conocimiento de este Colegiado, de los cuales en su mayoría no afectaron la ruta crítica de la ejecución de la obra, de ahí que, al no afectar la ruta crítica no puede ser causante de los atrasos en las ejecuciones de las obras.

Ahora bien, otro de los motivos por los cuales el CONTRATISTA sostiene que el retraso en la ejecución de la obra no le es imputable está referido a las incompatibilidades del expediente técnico de obra. Estos eventos también fueron sustento de las pretensiones referidas a las ampliaciones de plazo analizadas por este Colegiado y sobre el cual ya se emitieron los pronunciamientos correspondientes, siendo en su mayoría desestimadas.
En resumen, los argumentos por los cuales pretende el Contratista que este Colegiado declare que los atrasos en la ejecución de las obras no le es imputable se resumen en lo siguiente:

AP /OBRA	EVENTO	DECISIÓN DEL T.A.
N° 1 Ocalli	Demora en la entrega de planos modificados de la obra (Incompatibilidad del expediente técnico).	**INFUNDADO** (Las partes suscribieron la adenda N° 2).
N° 2 Ocalli	Obstrucción de la vía de transporte. (Caso fortuito).	**INFUNDADO** (No se ha acreditado la afectación a la ruta crítica).
N° 3 Ocalli	Demoras en la aprobación del presupuesto adicional N° 1 (Incompatibilidad del expediente técnico).	**INFUNDADO** (No se ha acreditado la afectación a la ruta crítica).
123 días Ocalli	Demoras en absolución de consultas y demoras en el suministro de materiales, (Incompatibilidad del expediente técnico).	**IMPROCEDENTE** (No se ha cumplido con las formalidades del contrato).
N° 1 Rodríguez	Cambio en el proceso constructivo, (Incompatibilidad del expediente técnico).	**INFUNDADO** (No se ha acreditado la afectación a la ruta crítica).

Nº 2 Rodríguez	Bloqueos al acceso de la obra, (Caso fortuito).	**INFUNDADO** (No se ha acreditado la afectación a la ruta crítica).
Nº 3 Rodríguez	Bloqueo del acceso a la obra, (Caso fortuito).	**INFUNDADO** (No se ha acreditado la afectación a la ruta crítica).
133 días Rodríguez	Demoras en absolución de consultas y demoras en el suministro de materiales, (Complementación del expediente técnico).	**IMPROCEDENTE** (No se ha cumplido con las formalidades del contrato).
Nº 1 Tingo	Demoras en absolución de consultas y demoras en el suministro de materiales, (Complementación del expediente técnico).	**FUNDADO**

Como se puede apreciar, los eventos sobre los cuales el Contratista sustenta que el retraso en la ejecución de las obras es justificado refieren a eventos que fueron analizados y valorados por este Colegiado para otorgar o denegar los mayores plazos de ejecución de obra solicitas en este proceso.

Estando a lo anterior, siendo los únicos argumentos alegados por el Contratista para sostener que no existe retraso injustificado en la ejecución de las obras los referidos a las ampliaciones de plazo ya analizados por este Colegiado en los puntos controvertidos precedentes, no se encuentra justificación alguna para declarar que el retraso en la ejecución de las obras no se deba a la culpa del Contratista. Dicho de otro modo, este Colegiado no encuentra sustento alguno para amparar que el retraso en la ejecución de las obras es justificado.

Sobre la devolución de la penalidad

Otro punto en controversia es lo concerniente a la aplicación de las penalidades por los atrasos en la ejecución de las obras.

Ahora bien, por un lado, la imposición de la penalidad se encuentra prevista en la cláusula 49.1 de las Condiciones Especiales del Contrato el cual establece que «*La tasa de aplicación para la indemnización por daños y perjuicios es del 0.10% (un décimo por cien) del valor de cada obra que forma el lote, la cual se aplica por día de retraso. El mono máximo de la indemnización por daños y perjuicios es del 5% (cinco por cien) del monto del Contrato*». El 5% del monto contractual asciende a la suma de S/.387,802.81[81].

[81] El monto del Contrato suscrito asciende a la suma de S/ 7´756,056.17 (Siete Millones Setecientos Cincuenta y Seis Mil Cincuenta y Seis con 17/100 Soles)

Asimismo, en el Contrato las clausulas relacionadas con indemnización son las siguientes: (1) CGC 49.1 – Multas por atraso en terminación de la obra – y (2) CGC 9.1 – Penalidad[82] por Ausencia y Cambio de Personal Clave. En ese sentido, de acuerdo a lo pactado por las partes, la indemnización por daños y perjuicios, es decir **la sumatoria de los montos retenidos por ambos conceptos – CGC 49.1 y CGC 9.1 – no puede exceder el 5% del valor del Contrato.**

Precisado lo anterior, este colegiado corrobora que, de acuerdo con el Resumen de Certificado de Pago N° 12[83], PARSALUD ha aplicado al Contratista multas por retraso en la terminación de la obra, por la suma de S/ 149,771.38, amparados en lo establecido en la cláusula 49.1 de las Condiciones Generales del Contrato.

De acuerdo con lo alegado por el Contratista, la penalidad aplicada por los supuestos atrasos en la ejecución de la obra es injustificada, por cuanto, de acuerdo con las ampliaciones de plazo solicitados en la presente demanda y los eventos de caso fortuito y fuerza mayor analizados en el apartado anterior, se puede colegir que la obra no se encontraba retrasada injustificadamente.

Empero, para sostener que no corresponde que se le penalice por los retrasos en la ejecución de la obra, el Contratista requiere que previamente el Tribunal Arbitral declare fundadas las pretensiones principales de su demanda, relacionadas con las ampliaciones de plazo. Ello es admitido expresamente en la demanda en la que el Contratista señala «*De acuerdo con los fundamentos expuestos en cada una de las ampliaciones solicitas y los diferentes eventos detallados en nuestra décimo Cuarta Pretensión Principal [...] solicitamos a este Tribunal la devolución de la aplicación de la penalidad [...]*»[84].

En este sentido, no habiendo sido amparado los argumentos por los cuales el Contratista considera se debe declarar que no existe retraso injustificado en la ejecución de las obras y, considerando que las ampliaciones de plazo solicitadas por el Contratista – sin tener en cuenta la ampliación de plazo solicitado para la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud de Tingo» – han sido declaradas infundadas, no corresponde ordenar la devolución de las penalidades aplicadas a el Contratista.

Sobre la nulidad de la Resolución del Contrato

Ahora bien, el Contratista ha solicitado a este colegiado que declare nula y/o ineficaz la Resolución de Contrato efectuada por PARSALUD en razón de la acumulación máxima indemnización por daños y perjuicios. Para ello alega que no ha llegado a acumular el monto máximo antes mencionado.

[82] Las penalidades cumplen una doble función, esto es, desincentivar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista; así como, resarcir a la Entidad por el perjuicio que el retraso u otros incumplimientos injustificados en la ejecución de las prestaciones le hubiera causado.
[83] Anexo 47 de la demanda, presentado mediante escrito de fecha 26 de septiembre de 2014.
[84] Escrito de demanda presentado el 18/09/2014, pág. 99.

Por su parte, PARSALUD sostiene que el Contrato ha sido resuelto válidamente en tanto que está probado que el Contratista a acumulado el monto máximo de indemnización.

Siendo ello así, conviene tener presente que la decisión de resolver el Contrato se encuentra contenida en la Resolución Jefatural 101-2013-PARSALUD II dictada el 18 de julio del 2013 y notificada notarialmente al Contratista el 19 de julio del 2013.

En dicha resolución Jefatural se establece que para el caso del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza la fecha prevista de terminación, incluyendo las prórrogas por 9 y 45 días, era el 13 de enero del 2013, siendo que al 10 de junio del 2013, existía un retraso de 148 días, por el cual se generaría una indemnización por retraso de S/.427,808.80.

En el caso del Centro de Salud Tingo, la fecha prevista de terminación de la obra era el 19 de diciembre del 2012, por lo que al 25 de junio del 2013 existía un retraso de 188 días, por el cual se generaría una indemnización por retraso de S/ 468,870.12. Aún en el supuesto de no considerar 140 días en el cómputo del plazo de retraso de esta obra «*en la medida que se considere que se encuentra en un proceso de conciliación decisoria [...], existiría un retraso de 48 días calendario por cuya indemnización sumada a la de la obra del Centro de Salud de Rodríguez de Mendoza, se supera el monto máximo de indemnización por daños y perjuicios*»[85].

Asimismo, entre otros aspectos, en la citada resolución Jefatural se establece que «*los motivos de los retrasos se deben fundamentalmente a la falta de capacidad técnica y financiera demostrada por la empresa BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL S.A.C., para llevar adelante la ejecución de las obras, es decir, por causas imputables a dicho Contratista, lo cual ha originado que a la fecha, se haya alcanzado el monto máximo de indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento aplicable a la relación jurídica, es factible proceder a la resolución del Contrato [...] bajo el ámbito de la facultad establecida en la cláusula 59.2 (g) de sus Condiciones Especiales*»[86].

Atendiendo entonces lo expresado en los fundamentos precedentes, se tiene que el Contratista cuestiona la decisión de resolver el Contrato pues considera que no ha acumulado el monto máximo de la indemnización por daños y perjuicios. Esta indemnización se encuentra prevista en la cláusula 49.1 de las Condiciones Especiales del Contrato que establece que:

> «La tasa de aplicación para la indemnización por daños y perjuicios es del 0.10% [un décimo por cien] del valor de cada obra que forma el Lote, la cual se aplica por día de retraso. El

[85] Resolución Jefatural 101-2013-PARSALUD II, págs. 4 y 5.
[86] Ibídem, pág. 5.

> monto máximo de la indemnización por daños y perjuicios es del 5% [cinco por cien] del monto total del Contrato».

Las partes han reconocido que el monto máximo de la indemnización por daños y perjuicios, equivalente al 5% del monto total del Contrato, asciende a S/.387,802.81[87].

Las partes también han reconocido que la cláusula 59.2 (g) de las Condiciones Especiales del Contrato dispone que «*en caso de acumularse el monto máximo de indemnizaciones por daños y perjuicios a que se refiere la CGC 49.1, la Entidad podrá resolver el contrato de manera inmediata*».

El cuestionamiento del Contratista se centra en sostener que no ha acumulado el monto máximo de la penalidad.

Empero, para sostener que no ha incurrido en el monto máximo de la penalidad, el Contratista requiere que previamente el Tribunal Arbitral declare fundadas la primera a la décimo tercera pretensiones principales de su demanda, relacionadas con las ampliaciones de plazo. Ello es admitido expresamente en la demanda en la que el Contratista señala «*Considerando las ampliaciones de plazo cuya aprobación solicita en el presente escrito, mi representada ha evaluado el supuesto cálculo de la acumulación del monto máximo de penalidad por mora en la ejecución de la prestación, el cual resulta incorrecto [...]*»[88].

Ahora bien, este colegiado ha otorgado al Contratista el derecho a un mayor plazo de ejecución para la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud de Tingo», no obstante, conforme con lo señalado en la Resolución Jefatural 101-2013-PARSALUD II dictada el 18 de julio del 2013 y notificada notarialmente al Contratista el 19 de julio del 2013, aun considerando este plazo la penalidad se ve superada en exceso[89].

> «Que, sin perjuicio de ello, aún en el supuesto de no considerar 140 días en el cómputo del plazo de retraso de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Tinqo», en la medida que se considere que se encuentra en proceso de conciliación decisoria [...] **existiría un retraso de 48 días calendario, por cuya indemnización sumada a la de la obra del Centro de Salud rodríguez de Mendoza, se supera el monto máximo de indemnización por daños y perjuicios**.»
>
> [El resaltado es nuestro]

[87] De acuerdo a lo pactado por las partes, la indemnización por daños y perjuicios – la sumatoria de los montos retenidos por los conceptos establecidos en las cláusulas CGC 49.1 y CGC 9.1 – no puede exceder el 5% del valor del Contrato.

[88] Escrito de demanda presentado el 18/09/2014, pág. 80.

[89] Resolución Jefatural 101-2013-PARSALUD II, págs. 4 y 5.

El Contratista también refiere que «*no ha acumulado el monto máximo de la indemnización por daños y perjuicios por retraso en la ejecución de la obra, en razón a que el Gerente de Obras (Supervisor) denegó diversas solicitudes de ampliación de plazo que le fueron solicitadas, con el único afán de no efectuar el pago de los mayos costos que corresponderían por la aprobación de las ampliaciones de plazo de ejecución de obra.*»[90]

Empero, el Colegiado nota que en casos en los que el Gerente de Obras concedió parcialmente las ampliaciones de plazo solicitadas por el Contratista, éste no solicitó el Incremento del Precio del Contrato. Por ello mismo, si en los casos en los que el Gerente de Obras concedió las ampliaciones de plazo, el Contratista no solicitó el Incrementó del Precio del Contrato, no existe base para postular que el Gerente de Obras habría denegado las otras solicitudes de ampliaciones debido a su disposición de no pagar los mayores costos, pues el Contratista nunca solicitó el incremento del Precio del Contrato.

Antes bien, este Colegiado tiene en cuenta que las ampliaciones que fueron denegadas al Contratista han sido sometidas a conocimiento de este Colegiado, las cuales en su mayoría fueron desestimadas, no existiendo base para considerar que se realizó alguna arbitrariedad.

Por lo expuesto precedentemente, el Colegiado considera que no existe fundamento para amparar las pretensiones analizadas en este acápite y, en tal sentido, no corresponde declarar la nulidad e ineficacia de la resolución del Contrato efectuada por PARSALUD. Por ello mismo, no corresponde declarar la vigencia de dicho contrato.

m4. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

En síntesis al análisis de los Puntos Controvertidos, este Colegiado emite su pronunciamiento respecto a las siguientes pretensiones presentadas en la Demanda Arbitral: (1) Décima Cuarta Pretensión Principal; (2) Décima Quinta Pretensión Principal; (3) Décima Novena Pretensión Principal; y, (3) Vigésima Tercera Pretensión Principal. Veamos.

- **DECLARAR INFUNDADA** la Décima Cuarta Pretensión Principal analizada en el Vigésimo Tercer Punto Controvertido, por lo que no corresponde declarar la Nulidad y/o Ineficacia de la Resolución Jefatural N° 101-2013-PARSALUD II, de fecha 18 de julio del 2013, mediante la cual la Entidad resolvió declarar la resolución del contrato de ejecución de obra N° 017-2012-PARSALUD/BID.

- **DECLARAR INFUNDADA** la Décima Quinta Pretensión Principal, analizada en el Vigésimo Cuarto Punto Controvertido, por lo que no corresponde declare la vigencia del contrato de ejecución de obra N° 017-2012-PARSALUD/BID, ni establecer que el saldo del plazo de ejecución de

[90] Ibídem, pág. 78.

obra de 183 días calendarios del «Nuevo Centro de Salud Ocalli» empezará a computarse a partir del día siguiente del reinicio de obra.

- **DECLARAR INFUNDADA** la Décima Novena Pretensión Principal, analizada en el Trigésimo Punto Controvertido, por lo que no corresponde declarar que no existe retraso injustificado en la ejecución de la obra y, en ese sentido, que no corresponde aplicación de penalidad alguna, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1314°, 1315° y 1318° del Código Civil.

- **DECLARAR INFUNDADA** la Vigésima Tercera Pretensión Principal, analizada en el Trigésimo Cuarto Punto Controvertido, por lo que no corresponde ordenar a PARSALUD II la devolución de la aplicación de la penalidad efectuada por el retraso injustificado en la terminación de la obra por la suma de S/ 149,771.38 (Ciento Cuarenta y Nueve Mil Ochocientos Setecientos Setenta y Uno con 38/100 Soles.

n. SOBRE LA INDEMNIZACIÓN Y EL ENRRIQUECIMIENTO SIN CAUSA VIGÉSIMO SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la décima séptima pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 198,084.43 (Ciento Noventa y Ocho Mil Ochenta y Cuatro con 43/100 Soles) incluido IGV, por concepto de enriquecimiento sin causa por los mayores costos incurridos durante la ejecución de la obra para el cumplimiento de los objetivos y metas del contrato, más el pago de los intereses legales correspondientes hasta la fecha real de pago.

VIGÉSIMO SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la primera pretensión subordinada a la décima séptima pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 198,084.43 (Ciento Noventa y Ocho Mil Ochenta y Cuatro con 43/100 Soles) incluido IGV, por concepto de indemnización por daños y perjuicios por los mayores costos incurridos durante la ejecución de la obra al no haber cumplido la parte demanda con subsanar las deficiencias del expediente técnico.

VIGÉSIMO OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la décima octava pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 630,528.00 (Seiscientos Treinta Mil Quinientos Veintiocho con 00/100 Soles) incluida

IGV, por concepto de enriquecimiento sin causa por los mayores metrados ejecutados en la obra, más el pago de los intereses legales hasta la fecha de efectiva de pago.

VIGÉSIMO NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la primera pretensión subordinada a la décima octava pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 630,528.00 (Seiscientos Treinta Mil Quinientos Veintiocho con 00/100 Soles) incluido IGV, por concepto de indemnización por daños y perjuicios por los mayores costos incurridos durante la ejecución de la obra al no haber cumplido con subsanar las deficiencias del expediente técnico con subsanar las deficiencias del expediente técnico.

n1. **RESPECTO DEL VIGÉSIMO SEXTO Y VIGÉSIMO SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO**

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL

Iniciando con sus argumentos, el Contratista refiere que el 25 de junio del 2013 presentó al Gerente de Obras el Expediente Técnico del Adicional de Obra N° 01 reformulado por S/ 198,084.43 correspondiente a nuevas partidas y mayores metrados producto de la incompatibilidad de la topografía real del terreno con los planos del expediente técnico.

Adicionalmente informa que, mediante carta del 8 de julio del 2018 el Gerente de Obras le comunicó su informe 0084-2013-EMM/CPA-CONSORCIO ACI-CONESUPSA declarando improcedente el adicional de obra solicitada por el Contratista.

De otro lado refiere que, dicho pronunciamiento generó controversia entre las partes, toda vez que la Entidad, a través de la supervisión de obra, pretende desconocer los trabajos adicionales y mayores metrados ejecutados por el Contratista pese a haber sido autorizados por el Gerente de Obras.
El Contratista sostiene que debido a las deficiencias del expediente técnico el Gerente de Obras ordenó al Contratista la construcción de columnas en donde el expediente técnico no las consideraba así como el relleno con material propio mejorado. El Contratista sostiene que la ejecución de esos trabajos era ineludible.

Asimismo, reseña el Contratista que, habiéndose verificado la ejecución de esos trabajos adicionales por el Gerente de Obras, no resulta equitativo que dichos trabajos deben ser asumidos a costa de su patrimonio.

Refiere que concurren todos los elementos que configuran el enriquecimiento sin causa pues (i) PARSALUD se ha enriquecido y el Contratista empobrecido;

(ii) que no existe conexión entre el enriquecimiento de PARSALUD y el empobrecimiento del Contratista; (iii) que no existe una causa jurídica para esa transferencia patrimonial como puede ser la ausencia del contrato.

Por ende, solicita que se ordene a PARSALUD que le pague S/ 198,084.43 por enriquecimiento sin causa.

POSICIÓN DEL PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD – PARSALUD

Al respecto, PARSALUD sostiene que *«no ha existido prestación «injustificada» alguna por cuanto no han solicitadas por PARSALUD. Asimismo, el Contratista no ha acreditado las supuestas prestaciones como adicionales, siendo que todo lo ejecutado responde a obligaciones establecidas en el Expediente Técnico.»*[91]

Adicionalmente sostiene que, aun en el supuesto negado que existieran prestaciones adicionales, de acuerdo al literal B de las Especificaciones Técnicas Generales, del Expediente Técnico de Contratación, era obligación del Contratista efectuar una advertencia anticipada, antes del inicio de la obra, a fin de efectuar las precisiones con anticipación y no en el transcurso de su ejecución.

Refiere también que la institución del enriquecimiento sin causa es subsidiaria, en ese sentido, en tanto que, en las Condiciones Generales del Contrato establece que todos los pedidos de órdenes, consultas y aclaraciones deben ser formulados por el Contratista al Gerente de Obras en el Cuaderno de Obras.

Sostiene que el Contratista debió de tramitar los presupuestos adicionales en la ejecución contractual, no siendo la vía idónea el reclamo por la figura del enriquecimiento sin causa.

Por ultimo sostiene que los precios señalados por el Contratista no son los precios de mercado.

Sobre la pretensión subordinada la entidad alega que no existe daño.

n2. <u>RESPECTO DEL VIGÉSIMO OCTAVO Y VIGÉSIMO NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO</u>

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL

El Contratista expone que mediante asiento de cuaderno de obra Nº 73 del cuaderno de obra, de fecha 23 de agosto de 2012, el residente de obra comunicó a la supervisión de obra la existencia de discrepancias entre el presupuesto del expediente técnico y el ofertado del Contratista.

[91] Escrito de contestación de demanda presentado el 11/11/2014, pág. 41

En ese sentido, señala que con fecha 27 de setiembre de 2012, mediante carta Nº BBTI-CE-CM-119-12, de fecha 24 de setiembre de 2012, expuso que existían trabajos que no se encuentran presupuestados y partida contempladas en el presupuesto de obra que no son necesarias que se ejecuten, razón por la cual mi representada concluyó señalando a la supervisión que todas las partidas y los metrados de las partida son muy diferentes a los reales.

De otro lado, el Contratista expone que con fecha 17 de octubre del 2012, mediante carta Nº BBTI-CE-CM-125-12, de fecha 15 de octubre de 2013, reiteró a la supervisión de obra que los aparatos sanitarios no tienen partidas presupuestada y que de igual modo existen muchos trabajos que no se encuentran presupuestados y por el contrario que existen partidas presupuestadas que no son ejecutables.

En esa línea, el Contratista indica que las incompatibilidad advertida del presupuesto de obra con el presupuesto real lo obligaron a ejecutar mayores metrados en diversas partidas del presupuesto contractual, los cuales han sido determinados en el inventario físico valorizado del Centro de Salud de Ocalli que se adjunta al presente escrito, en el cual se puede apreciar los mismo ascienden al monto total de S/.630,528.38. En razón a ello, precisa que cabe precisar que todos los mayores trabajos ejecutados, son de fácil corroboración en obra.

De otro lado, el Contratista expone que si en caos el Tribunal considere que no corresponde ordenar al demandado el reconocimiento y pago de los mayores metrados ejecutados por concepto de enriquecimiento sin causa, solicita que la parte demandada responda por los daños y perjuicios irrogados a mi representada por el incumplimiento de las obligaciones de la Entidad al no haber cumplido con subsanar las deficiencias del expediente técnico de la obra.

Finalmente, precisan que dicha obligación se encuentra implícita dentro del contrato, por cuanto el expediente técnico de la obra es proporcionado por la Entidad, quien está obligada a entregar un expediente técnico adecuadamente formulado.

POSICIÓN DEL PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD – PARSALUD

El PARSALUD precisa que, se hace extensivo los fundamentos desarrollados en el acápite V.26, en todos sus extremos, así como respecto a la improcedencia de la figura legal del enriquecimiento sin causa.
Asimismo, indica que, respecto del enriquecimiento sin causa, también hace extensivo los fundamentos desarrollados en el acápite V.27, en todos sus extremos, respecto a la improcedencia de la figura legal de los daños y perjuicios.

n3. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En relación a los presentes puntos controvertidos, de la lectura de las pretensiones formuladas por el Contratista, este Colegiado advierte que en ellas se ha requerido el pronunciamiento de cuatro (4) controversias: (i) La procedencia del pago por enriquecimiento sin causa por los mayores costos incurridos en la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli»; (ii) La procedencia del pago por indemnización por los mayores costos incurridos en la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli»; (iii) La procedencia del pago por enriquecimiento sin causa por la ejecución de mayores metrados en la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli»; y, (iv) La procedencia del pago por indemnización por la ejecución de mayores metrados en la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli».

En tal sentido, en tanto que, las pretensiones que son objeto de análisis en este acápite guardan plena relación, este Colegiado ha considerado conveniente realizar un análisis en conjunto, a fin de determinar su fundabilidad o no.

De este modo, se debe determinar la procedencia del pago por enriquecimiento sin causa o por indemnización por la ejecución de trabajos adicionales y mayores metrados en la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli».

Sobre el enriquecimiento sin causa y la indemnización

En razón a lo solicitado, es oportuno hacer algunas precisiones sobre el concepto del enriquecimiento sin causa; al respecto debemos tener en cuenta que éste constituye un «*mecanismo de tutela para aquel que se ha visto perjudicado por el desplazamiento de todo o parte de su patrimonio en beneficio de otro. El primero, será el actor o sujeto tutelado y, el segundo, el demandado o sujeto responsable (...).*»[92]

Al respecto, Llambías[93] afirma que «*el enriquecimiento sin causa es fuente de la obligación de restitución denominada acción in rem verso, que no es otra que aquella acción que la ley confiere a toda persona que ha experimentado —sin justa causa— una disminución patrimonial contra quien se ha beneficiado injustamente por ello*».

De igual modo, el jurista Von Tuhr[94] señala que «*el enriquecimiento sin causa es otra fuente de obligaciones, como lo son el contrato y los delitos. Agrega*

[92] Paredes Carranza, Milagros. La inexistencia de contrato y la acción por enriquecimiento sin causa, JUS Doctrina & Práctica 7/2008, Lima: Editora Jurídica Grijley, Pág. 485.
[93] Enneccerus, Ludwig. Derecho de obligaciones. Barcelona: Bosch, 2ª Ed., Volumen Segundo, p. 583.
[94] Von Tuhr, Andreas. Tratado de las obligaciones. Traducido del alemán y concordado por W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1934, tomo I, p. 323

que esta fuente de obligaciones otorga al empobrecido «la acción y el derecho a reclamar la restitución del enriquecimiento (...)»[95]
Ahora bien, para que se configure un enriquecimiento sin causa y, por ende, pueda ejercitarse la respectiva acción, es necesario que se verifiquen las siguientes condiciones: «*a) el enriquecimiento del sujeto demandado y el empobrecimiento del actor; b) la existencia de un nexo de conexión entre ambos eventos; y c) la falta de una causa que justifique el enriquecimiento.*»[96]

Asimismo, el enriquecimiento sin causa se encuentra regulado como una fuente de obligaciones distinta al contrato en los artículos 1954° y 1955° del Código Civil[97]. Al respecto, debemos indicar que nuestra legislación reconoce la autonomía de esta institución basándose en la idea que los bienes y servicios deben intercambiarse teniendo en cuenta el principio de conmutatividad, de tal manera que las prestaciones y contraprestaciones sean consecuencia de actos jurídicos lícitos y válidamente celebrados.
Al respecto, el jurista español Diez-Picazo señala:

> « [...] Uno de los principios que inspiran el Derecho Civil Patrimonial consiste en la idea de que el intercambio de bienes y de servicios debe realizarse de acuerdo con los postulados establecidos por el ordenamiento jurídico para realizar los dictados de la justicia conmutativa. Ha de tratarse de atribuciones que sean consecuencia de negocios jurídicos lícitos y válidamente celebrados o de actos realizados de conformidad con los preceptos legales. [...] Cuando una atribución patrimonial no está fundada en una justa causa, el beneficiario de la atribución debe restituir al atribuyente el valor del enriquecimiento y, correlativamente surge una acción o pretensión, a favor de este último, para obtener o reclamar dicha restitución.»[98]

En este sentido, el fundamento del enriquecimiento sin causa se encuentra en la imposibilidad que se produzca un incremento o beneficio patrimonial sin una causa que lo justifique, o, si lo queremos ver desde otra perspectiva, en el hecho de no admitir un enriquecimiento sin causa que lo ampare. De esta manera – como puede apreciarse – la falta de una causa justa en una atribución patrimonial se transforma en el sustento de esta doctrina.

Así, Ameal sostiene que:

> «(...) cuando se traslada un bien o un valor del patrimonio de una persona a otra enriqueciéndola sin título o razón jurídica que lo justifique, nos encontramos frente a una situación que la

[95] Llambías, Jorge Joaquín. Tratado de las obligaciones. Buenos Aires: Perrot, 1964, tomo IV-B, p. 375.
[96] Ídem, Pág. 485.
[97] Debemos señalar que nuestro Código Civil reconoce como fuente de obligaciones: i) Contrato, ii) el enriquecimiento sin causa, ii) responsabilidad extracontractual y iii) la gestión de negocios.
[98] Diez-Picazo Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol. I, p. 89 y 90.

> doctrina ha caracterizado- como enriquecimiento sin causa en la acepción más apropiada.»[99]

Lo antes señalado, justifica que legislativamente el enriquecimiento sin causa se presenta como una fuente de obligaciones distinta, autónoma e independiente al contrato; regulándose mediante normas sancionadoras que buscan revertir todo enriquecimiento injusto. En palabras de DIEZ-PICAZO:

> «Este es el significado autónomo del enriquecimiento injusto como fuente de obligaciones: se ha producido un resultado por virtud del cual una persona se enriquece a expensas de otra que, correlativamente, se empobrece, y no siendo justo tal empobrecimiento y careciendo de justificación o de causa que lo legitime, surge una obligación dirigida a realizar la prestación que elimine en enriquecimiento. Deudor es el enriquecido; acreedor, el empobrecido.»[100]

De otro lado, los elementos que configuran tanto la responsabilidad extracontractual como la responsabilidad contractual, tienen rasgos similares, tomando en cuenta que ambas figuras de responsabilidad civil suponen la búsqueda de la reparación de los daños irrogados en razón de una conducta inadecuada o ilícita que produce este efecto dañoso. Así pues, los elementos que configuran la responsabilidad son: (i) la imputabilidad; (ii) la ilicitud o antijuricidad; (iii) el factor de atribución; (iv) el nexo causal; y (v) el daño.
Sin perjuicio de lo antes indicado, mientras que la responsabilidad contractual supone el solo incumplimiento de un pacto preexistente y contenido en un contrato, convenio o acuerdo para que opere, en el supuesto de la responsabilidad civil extracontractual sólo será necesaria la generación del daño con dolo o culpa para lograr el reconocimiento del resarcimiento.

Es así que, en relación al elemento (i), esto es «la imputabilidad», el mismo está referido a la capacidad de un determinado sujeto, persona natural o jurídica, de poder ser responsable o imputable del daño que ocasione; es decir, en este elemento se toma en cuenta la capacidad de la persona (jurídica en este caso) de poder responder ante el daño que se le imputa y por el que se pretende que responda, puesto que, independientemente de que causare o no un daño, si es que dicha persona por su capacidad no le es atribuible el resarcimiento, entonces no merece que se prosiga con el análisis de los demás elementos antes indicados.

---

[99] Ameal, Oscar. «Enriquecimiento sin Causa. Subsidiariedad o autonomía de la acción», en: Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini, Directores: Alberto José Bueres y Aída Kemelmajer de Carlucci, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1997, p. 1064.

[100] Diez-Picazo, Luís. «La doctrina del enriquecimiento injustificado», en: Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa. Madrid, Editorial Civitas, 1991, pp. 29-31.

Ahora, en relación al elemento (ii), esto es la licitud o antijuricidad, Lizardo Taboada[101] señala lo siguiente:

> «Modernamente existe acuerdo en que la antijuricidad, o mejor dicho, que una conducta es antijurídica no sólo cuando contraviene un norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico (...).»

Entonces, el comportamiento dañoso generador de responsabilidad civil constituye un hecho antijurídico, entendiendo este último concepto como la contravención del ordenamiento jurídico que lesiona sin causa justificada la esfera jurídica ajena (o también denominado antijuricidad).

Asimismo, el artículo 1971° del Código Civil, el cual señala las causales de exoneración de la Responsabilidad Civil, y establece lo siguiente:

> **«Artículo 1971°.- Inexistencia de Responsabilidad:**
> No hay responsabilidad en los siguientes casos:
> 1. En el ejercicio regular de un derecho.
> 2. En legítima defensa de la propia persona o de otra en salvaguarda de un bien propio o ajeno.
> 3. En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro.»

En atención a ello, de darse alguno de los supuestos señalados en la citada norma, no se generaría la obligación de indemnización o resarcir a la otra parte, pues dicha situación encajaría dentro de los supuestos por los cuales la norma exonerada de responsabilidad al causante del daño.

Por otra parte, en relación al elemento (iii), el factor de atribución, es el elemento que nos va a indicar en función a qué es responsable, la persona que ocasiona el daño, y sobre el particular debemos analizar si nos encontramos ante un factor de atribución objetivo o subjetivo. Sin embargo, como se puede deducir, no todo hecho antijurídico genera la imputación de responsabilidad civil, pues existen el caso fortuito o la fuerza mayor, que son causas eximentes de responsabilidad, conforme a lo establecido en el artículo 1972° del Código Civil.

Asimismo, en relación al punto (iv), o nexo causal, Lizardo Taboada Córdova102 señala lo siguiente:

---

[101] Taboada Córdova, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil. Editora Jurídica Grijley. 2ª Ed., p32.

> «En lo relativo a la relación de causalidad, la misma es un requisito de toda responsabilidad civil, pues si no existe una relación jurídica de causa efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, no habrá responsabilidad de ninguna clase.»

Asimismo, el artículo 1321° del Código Civil señala:

> «Artículo 1321°.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. (...).»

En otros términos, para que la responsabilidad civil proceda, deberá existir un nexo causal entre el hecho del incumplimiento y el daño producido; es decir, y a diferencia de lo establecido en el artículo 1985° del Código Civil (que regula la causa adecuada), para cuestiones de inejecución de obligaciones el precitado artículo 1321° regula la denominada causa próxima.

En relación con la consecuencia inmediata, Compagnucci de Caso[103] señala lo siguiente:

> «El entendimiento de lo que significa «consecuencia inmediata» aparece con mayor sencillez y se vincula a lo que dispone el Art. 901 del Código Civil. Es lo que acostumbra a suceder según el curso normal y ordinario de las cosas. El mismo Vélez Sarsfield en la nota al Art. 520 así lo confirma. En el supuesto del incumplimiento contractual, que estamos analizando, sería la derivada del propio incumplir, ya que se encuentra vinculado a otro hecho ajeno extraño al mismo contrato. La relación de inmediatez se da entre lo prometido en la convención y el incumplimiento.»

Por último, en relación al punto (v), es decir en relación al daño, debemos precisar que la determinación del mismo tiene diversas acepciones. En efecto, Guillermo Cabanellas[104] lo define como «*el detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda o persona. El daño puede causarse por dolo o malicia, por culpa o por caso fortuito*».

En el mismo sentido, Ferri[105] precisa aún más el concepto, al establecer que:

---

[102] TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Editora Jurídica Grijley. 2ª Ed., p35.

[103] Compagnucci De Caso, Rubén. La Responsabilidad Civil y Relación de Causalidad. Editorial Astrea; Bs. As; 1984, p. 197.

[104] Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. 1ª Ed. Editora Atalaya, p. 152

[105] Ferri, G.B. Citado por Espinoza Espinoza, Juan. El Tratamiento de los Derechos de la Persona en el Código Civil Peruano de 1984. 2ª Ed. p. 273

> « (...) el daño no puede ser entendido como la lesión de un interés protegido, por cuanto ello resulta equívoco y substancialmente impreciso. **El daño más bien incide en las consecuencias, aquellos efectos negativos que derivan de la lesión del interés protegido** (...)».
>
> [Subrayado y sombreado nuestro]

De lo expuesto, podemos concluir en que el daño se genera por los actos ilícitos o antijurídicos que sobrepasan los límites de sus propios derechos, avasallando los de los demás y por las consecuencias que ellos producen en la esfera del afectado. A estos actos debemos denominarlos como comportamiento dañoso.

Pues bien, siendo que estamos bajo la figura del reconocimiento de daños y perjuicios es necesario que la parte accionante, el demandante, sea quien pruebe debidamente la realización de los mismos, siendo de su exclusiva responsabilidad la carga de la prueba.

Como señala el profesor Canelo, «*con la prueba se persigue la justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley.*»[106]

Esto responde al denominado por la doctrina como Onus Probandi, (o carga de la prueba) que es una expresión latina del principio jurídico que señala quién está obligado a probar un determinado hecho ante los tribunales. El fundamento del Onus Probandi, radica en un viejo aforismo de derecho que expresa que «*lo normal se presume, lo anormal se prueba*».

Por tanto, quien invoca algo que rompe el estado de normalidad, debe probarlo (affirmanti incumbit probatio); es por ello que a quien afirma, incumbe la prueba.

Básicamente, lo que se quiere decir con este aforismo es que la carga o el trabajo de probar un enunciado debe recaer en aquel que rompe el estado de normalidad.

La Corte Suprema se ha manifestado al respecto señalando que: «*El derecho a probar, tiene por finalidad producir en la mente del juzgador el convencimiento, sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes*»[107]; en ese mismo sentido y siguiendo a nuestro Corte Suprema, también ha pronunciado lo siguiente: «*El contenido esencial del derecho a probar consiste en el derecho de todo sujeto procesal legitimado para intervenir en la actividad probatoria a que se admitan, actúen y valoren*

[106] CANELO RABANAL, Raúl. Comentario al artículo 188 del Código Procesal Civil en Código Procesal Civil Comentado por los mejores especialistas Tomo II. 1ra. Edición. Editorial Adrus, Arequipa, Junio 2010. p. 36.

[107] CAS. Nº 261-99-Ica, El Peruano. 31-08-1999. p. 3387

debidamente los medios probatorios aportados al proceso para acreditar los hechos que configuran su pretensión, o su defensa»[108].

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado que:

> «La carga de la prueba constituye un medio de gravamen sobre quien alega un hecho, de manera que su incumplimiento determina la absolución de la contraria. Las pruebas deben ser estudiadas en sus elementos comunes, en sus conexiones directas o indirectas. Ninguna prueba deberá ser tomada en forma aislada, tampoco en forma exclusiva, sino en su conjunto, por cuanto que solo teniendo la visión integral de los medios probatorios se puede sacar conclusiones en busca de la verdad que es el fin del proceso»[109].

En igual sentido debemos tener presente el siguiente pronunciamiento de nuestra Corte Suprema, el cual señala que:

> «La carga de la prueba le corresponde a quien afirma los hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando hechos nuevos, en ese sentido, **para que se ampare la demanda el demandante debe acreditar sus preces, de no suceder así se declarara infundada.**»[110]
>
> [El resaltado es nuestro]

Ahora bien, los autores Osterling y Castillo[111], definen el daño emergente y al lucro cesante conforme a lo siguiente:

> «En primer lugar, cabe señalar que el artículo bajo análisis es aplicable al ámbito de la responsabilidad contractual (...) La distinción clásica entre daño emergente (*dammun emergens*) y lucro cesante (*lucrum cessans*) está dada por la disminución del patrimonio en el primero, y por la privación del aumento o por la supresión de la ganancia esperada esperable en el segundo. Así, el daño emergente se traduce en el empobrecimiento del factor económico actual del patrimonio del sujeto. De ahí que la doctrina no duda en señalar que viene constituido por el perjuicio efectivamente sufrido. El lucro cesante, por su parte, es la frustración traducida en un empobrecimiento patrimonial (...) Ambos elementos – el daño emergente y el lucro cesante –

[108] CAS. N° 261-99-Ica, El Peruano, 31-08-1999, p. 3387
[109] Exp.: 99-23263, 5ta Sala Civil de Lima, 06/12/01 (LEDESMA NARVAEZ, Marianella, Jurisprudencia Actual, Lima, 2005, T. 6 p. 461).
[110] CAS. N° 342-2002-Arequipa, publicada el 01-09-2003; Jurisprudencia Procesal Civil. Tomo II, 2003; p. 165.
[111] Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario. *Compendio de Derecho de las* Obligaciones. Lima, Palestra Editores, 2008. Pág. 865 y 867

son comprendidos en la indemnización en sí, sin los cuales ésta no alcanzaría su fin, el mismo que consiste en colocar al perjudicado o a la víctima en la misma situación que si la obligación hubiera sido ejecutada».

Asimismo, el autor Rioja Bermúdez[112], sobre la diferencia entre el daño emergente y el daño lucro cesante, precisa lo siguiente:

«La diferencia entre ambos conceptos radica en que mientras **el daño emergente es el «egreso patrimonial», el «desembolso», el lucro cesante es el «no ingreso patrimonial», el «no embolso», la pérdida sufrida», la «ganancia frustrada**».

[El resaltado es nuestro]

Ahora bien, expuesto lo anterior, en el presente caso lo solicitado por el Contratista se sostiene en el hecho de haber ejecutado prestaciones adicionales en la obra. En ese sentido, es pertinente realizar un análisis al contrato a efectos de abordar lo solicitado por el Contratista.

Con relación a las variaciones y adicionales, conviene tener presente lo convenido por las partes en el Contrato en controversia, en las Condiciones Generales del Contrato:

«**Cláusula 40. Pago de las Variaciones**:
40.1. Cuando el Gerente de Obras la solicite, el Contratista deberá presentarle una cotización para la ejecución de una Variación. **El Contratista deberá proporcionársela dentro de los siete (07) días siguientes a la solicitud, o dentro de un plazo mayor si el Gerente de Obras así lo hubiera determinado. El Gerente de Obras deberá analizar la cotización antes de ordenar la variación**.

40.3. Si el Gerente de Obras no considerase la cotización del Contratista razonable, Gerente de Obras podrá ordenar la Variación y modificar el Precio del Contrato basado en su propia estimación de los efectos de la variación sobre los costos del Contratista.

40.4. Si el Gerente de Obra decide que la urgencia de la variación no permite obtener y analizar una cotización sin demorar los trabajos, no se solicitará cotización alguna y la Variación se considerará como un Evento Compensable.

[112] http://blog.pucp.edu.pe/item/89441/lucro-cesante

> 40.5 **El Contratista no tendrá derecho al pago de costos adicionales que podrían haberse evitado si hubiera hecho la advertencia anticipada pertinente**.»
>
> [El resaltado es nuestro]

Con relación a las Condiciones Especiales del Contrato, estas prescriben lo siguiente:

> «Cláusula 40. EL CONTRATANTE podrá ordenar y pagar directamente a EL Contratista, la ejecución de obras adicionales o modificatorias hasta por un equivalente acumulado del quince por ciento 15% del monto contratado.
> La ejecución de **obras adicionales o variaciones solo procederá cuando cuente con la aprobación escrita de EL CONTRATANTE mediante Resolución Jefatural y en los casos en que el valor acumulado de las modificaciones no supere el quince por ciento 15% del monto contratado.**»
>
> [El énfasis es agregado]

En ese sentido, éste Colegiado observa que de acuerdo a lo pactado por las partes, para que PARSALUD pudiera ordenar un adicional o variación del contrato, dicha modificación podía ser ordenada bajo los siguientes supuestos:

a) El Gerente debía pedir la cotización al Contratista para que este, en un plazo de siete (7) días hábiles cumpliera con alcanzar la información solicitada, y una vez recibida dicha información el Gerente de Obras procederá a evaluar la información antes de ordenar la variación a través de una Resolución Jefatural.

b) Así también indica que en caso el Gerente de Obras podrá ordenar la Variación y modificar el Precio del Contrato basado en su propia estimación de los efectos de la variación sobre los costos del Contratista. En tiéndase que el Gerente de Obras ordenará dicha variación mediante una Resolución Jefatural.

c) Por último, si el Gerente de Obras llegara a estimar que la urgencia de la variación no permite obtener y analizar la cotización de la modificación, sin que eso no implique un retraso en los trabajos, solo en ese caso, dicha modificación será un evento compensable.

En este sentido, las instituciones alegadas por el Contratista no resultan aplicables para resolver la presente controversia, en tanto que, en cuanto al enriquecimiento sin causa al ser esta subsidiaria ante la existencia de un procedimiento en el contrato, esta subsidiariedad no se cumple.

De otro lado, en cuanto a la indemnización, el daño alegado no es tal, por cuanto no existe daño, lo que existe es una mayor prestación probablemente, pero que tiene que seguir el procedimiento pactado y ante la denegación del adicional seguir el procedimiento para solucionar esa controversia.
Por lo tanto, este Colegiado declara **INFUNDADO** los presentes puntos controvertidos.

m5. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

En síntesis al análisis de los Puntos Controvertidos, este Colegiado emite su pronunciamiento respecto a las siguientes pretensiones presentadas en la Demanda Arbitral: (1) Décima Séptima Pretensión Principal; (2) Primera Pretensión Subordinada a la Décima Séptima Pretensión Principal; (3) Décima Octava Pretensión Principal; y, (4) Primera Pretensión Subordinada a la Décima Octava Pretensión Principal.

- **DECLARAR INFUNDADA** la Décima Séptima Pretensión Principal, analizada en el Vigésimo Sexto Punto Controvertido, por lo que no corresponde ordenar a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 198,084.43 (Ciento Noventa y Ocho Mil Ochenta y Cuatro con 43/100 Soles) incluido IGV, por concepto de enriquecimiento sin causa por los mayores costos incurridos durante la ejecución de la obra.

- **DECLARAR INFUNDADA** la Primera Pretensión Subordinada a la Décima Séptima Pretensión Principal, analizada en el Vigésimo Séptimo Punto Controvertido, por lo que no corresponde ordenar a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 198,084.43 (Ciento Noventa y Ocho Mil Ochenta y Cuatro con 43/100 Soles) incluido IGV, por concepto de indemnización por daños y perjuicios por los mayores costos incurridos durante la ejecución de la obra al no haber cumplido la parte demanda con subsanar las deficiencias del expediente técnico.

- **DECLARAR INFUNDADA** la Décima Octava Pretensión Principal, analizada en el Vigésimo Octavo Punto Controvertido, por lo que no corresponde ordenar a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 630,528.00 (Seiscientos Treinta Mil Quinientos Veintiocho con 00/100 Soles).

- **DECLARAR INFUNDADA** la Primera Pretensión Subordinada a la Décima Octava Pretensión Principal, analizada en el Vigésimo Noveno Punto Controvertido, por lo que no corresponde ordenar a PARSALUD II cumpla con pagar a favor a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 630,528.00 (Seiscientos Treinta Mil Quinientos Veintiocho con 00/100 Soles) incluido IGV, por concepto de indemnización por daños y perjuicios por los mayores costos incurridos durante la ejecución de la obra al no haber cumplido con subsanar las deficiencias del expediente técnico.

o. SOBRE LOS MAYORES COSTOS DE SUPERVISIÓN

TRIGÉSIMO QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la vigésima cuarta pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene al PARSALUD II la devolución de los montos retenidos para el pago de los mayores costos de servicios de supervisión del gerente de obras por la suma de S/. 6,074.68. (Seis Mil Setenta y Cuatro con 68/100 Nuevos Soles), monto al cual deberá agregarse el IGV, más los intereses legales hasta la fecha efectiva de pago.

o1. RESPECTO DEL TRIGÉSIMO QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL

El Contratista sostiene que, dado que el retraso en la ejecución de la obra se ha dado por causas no imputables a ella, los costos de supervisión deberán ser asumidos por la Entidad.

Por consiguiente los montos retenidos en la valorización N° 12 de la Obra ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza deberás ser devueltas por la Entidad.

POSICIÓN DEL PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD – PARSALUD

PARSALUD sostiene que, en tanto que no ha sido desvirtuado por el Contratista que exista retraso en la ejecución de las obras, sea ella la que asuma los pagos por los servicios del Gerente de Obra.

o2. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Respecto al presente punto controvertido, este Tribunal estima pertinente tomar en cuenta lo estipulado en el Contrato con relación a los mayores costos por los servicios del Gerente de Obras, el cual indica lo siguiente:

> «44.4. El Contratista se obliga a pagar a EL CONTRATANTE los pagos por los servicios del Gerente de Obras **si injustificadamente no terminara las obras contratadas dentro del plazo previsto**. El monto se deducirá de las valorizaciones mensuales y de ser necesario de la liquidación final»
>
> [El resaltado es nuestro]

En ese sentido, este Colegiado ha determinado que existe incumplimiento injustificado en el término de la obra, por lo que no corresponde que se reconozca la devolución solicitada por el Contratista.

o3. PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL PUNTO CONTROVERTIDO

En síntesis al análisis del Punto Controvertido, este Colegiado emite su pronunciamiento respecto a la siguiente pretensión presentada en la Demanda Arbitral: (1) Vigésima Cuarta Pretensión Principal.

- **DECLARAR INFUNDADA** la Vigésima Cuarta Pretensión Principal, analizada en el Trigésimo Quinto Punto Controvertido, por lo que no corresponde ordenar a PARSALUD II cumpla con devolver los montos retenidos para el pago de los mayores costos de servicios de supervisión del gerente de obras por la suma de S/ 6,074.68.

p. SOBRE LA DEVOLUCIÓN DE LA GARANTÍA

TRIGÉSIMO SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la vigésima quinta pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con devolver a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C el fondo de garantía constituido para la ejecución de la obras del lote N° 02 por la suma de S/ 181,462.25 (Ciento Ochenta y Un Mil Cuatrocientos Sesenta y Dos con 25/100 Soles), más el pago de los intereses legales, en razón a que el retraso de obra se ha dado por causas ajenas a la voluntad del Contratista.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la vigésima sexta pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C el pago de los mayores costos por la renovación de las cartas fianza de fiel cumplimiento y adelanto directo en que se han incurrido desde la arbitraria resolución de contrato hasta la fecha en que se declare consentido el laudo.

p1. RESPECTO DEL TRIGÉSIMO SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL

El Contratista sostiene que en tanto ha probado que los atrasos en la ejecución de la Obra se deben a eventos que no le son imputables, se le debe devolver el fondo de garantía constituida para la obra.

POSICIÓN DEL PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD – PARSALUD

PARSALUD sostiene que el fondo de garantía responde a una obligación contractual por el periodo de responsabilidad por defectos en las obras, en consecuencia, es completamente ajena a una supuesta penalidad que se haya imputado al Contratista.

p2. RESPECTO DEL TRIGÉSIMO SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL

El Contratista sostiene que en tanto ha probado que los atrasos en la ejecución de la Obra se deben a eventos que no le son imputables y que la entidad ha resuelto el Contrato de forma arbitraria, se ha visto obligado a iniciar el presente Proceso para defender sus intereses legítimos, viéndose obligada a renovar las garantías constituidas. Debiendo ser la Entidad quien las asuma.

POSICIÓN DEL PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD – PARSALUD

PARSALUD sostiene que, en tanto que no ha sido desvirtuado por el Contratista que exista retraso en la ejecución de las obras, sea ella la que asuma los costos por la renovación de las garantías.

p3. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Respecto al presente punto controvertido, este Tribual estima pertinente tomar en cuenta lo estipulado en el Contrato con relación al Fondo de Garantía, el cual indica lo siguiente:

> «CGC 52.1
> [...] Para que proceda la devolución de la Garantía, sin perjuicio de las demás exigencias contenidas en el presente Contrato, El Contratista debe entregar al momento de la Liquidación Final de Obra, la memoria descriptiva valorizada, [...]. De no cumplir el Contratista con presentar los documentos requeridos la garantía no será devuelta»

De lo antes citado, este Colegiado aprecia que las partes han convenido condicionar la devolución de la garantía constituida a razón de la ejecución de la obra a la existencia de varios requisitos a efectuarse con posterioridad a la liquidación, de ahí que lo pretendido por el demandante resulte improcedente. Ahora bien, ciertamente la renovación de la garantía constituida tiene un costo, que a razón del presente arbitraje se ha ido aplazado, no obstante, este Colegiado tiene en cuenta que se ha determinado que la resolución de contrato está bien efectuada y que esta obedece a culpa del Contratista, de

ahí que no se haya las mayores renovaciones se deban a culpa del propio demandante.

Adicionalmente, este colegiado precisa que si bien el Contratista ha solicitado un monto por esos mayores costos, ello no ha sido probado, debiendo igualmente soportar la carta de tal inacción.

Por las razones expuestas no resultan amparables las pretensiones planteadas por el Contratista.

p4. PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL PUNTO CONTROVERTIDO

En síntesis al análisis del Punto Controvertido, este Colegiado emite su pronunciamiento respecto a la siguiente pretensión presentada en la Demanda Arbitral: (1) Vigésima Quinta Pretensión Principal; y, (2) Vigésima Sexta Pretensión Principal.

- **DECLARAR IMPROCEDENTE** la Vigésima Quinta Pretensión Principal, analizada en el Trigésimo Sexto Punto Controvertido, por lo que no corresponde ordenar a PARSALUD II cumpla con devolver a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C el fondo de garantía constituido para la ejecución de la obras del lote N° 02 por la suma de S/. 181,462.25 (Ciento Ochenta y Un Mil Cuatrocientos Sesenta y Dos con 25/100 Nuevos Soles).

- **DECLARAR INFUNDADO** la Vigésima Sexta Pretensión Principal, analizada en el Trigésimo Séptimo Punto Controvertido, por lo que no corresponde ordenar a PARSALUD II cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C el pago de los mayores costos por la renovación de las cartas fianza de fiel cumplimiento y adelanto directo en que se han incurrido desde la resolución de contrato hasta la fecha en que se declare consentido el laudo.

q. SOBRE LOS GASTOS ARBITRALES

TRIGÉSIMO OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, de acuerdo con la vigésima séptima pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a PARSALUD II cumpla con asumir el pago de los gastos arbitrales que generen el presente proceso.

q1. RESPECTO DEL TRIGÉSIMO QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL

El Contratista señala que habiéndose demostrado la procedencia de las pretensiones formuladas en el presente escrito, solicita al Colegiado ordene al

demandado asumir el pago de los gastos arbitrales que genere el presente proceso, pues tal como se ha demostrado mi representada no acumuló el monto máximo de la penalidad por daños y perjuicios y el retraso existente se dio por causas imputables a la Entidad debido al incumplimiento constante de sus obligaciones esenciales de subsanar las deficiencias del expediente técnico de la obra.

De acuerdo con la Ley que norma el Arbitraje, el Decreto Legislativo N°1071, los gastos arbitrales incluyen los gastos incurridos para la defensa en el arbitraje, que será calculado hasta antes del cierre de la etapa probatoria.

POSICIÓN DEL PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD – PARSALUD

El PARSALUD expone que por los fundamentos señalados en los numerales precedentes, se acredita que la presente contestación de demanda desvirtúa todas las pretensiones de la BB Tecnología Industrial S.A.C., correspondiendo en consecuencia que sea la demandante quien asuma el integro de los conceptos que irrogue el presente proceso.

q2. <u>POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL</u>

Sobre este punto, es necesario indicar que el 70º del Decreto Legislativo Nº 1071, Ley de Arbitraje, dispone lo siguiente:

> «El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden: a) Los honorarios y gastos del tribunal arbitral; b) Los honorarios y gastos del secretario; c) Los gastos administrativos de la institución arbitral; d) Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; e) Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; f) Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.»

Asimismo, el numeral 1) del artículo 72° del mismo cuerpo legislativo dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en su artículo 70º:

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

De igual manera, el numeral 1) del artículo 73° de la citada ley señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal precepto legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes:

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

Teniendo en cuenta lo mencionado, se advierte que en el convenio arbitral contenido en el Convenio materia de la presente controversia, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del proceso arbitral; por lo que, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia a fin de establecer si corresponde la atribución de los gastos arbitrales a una de las partes, y en qué medida, o la aplicación de un prorrateo razonable.

Sobre el particular, la doctrina[113] respecto a la distribución de los costos señala que la regla general es el criterio de que «*los costos siguen el evento*», es decir, que en atención a lo determinado en el fallo de las pretensiones principales, la distribución de los costos arbitrales deberá seguir la línea del criterio adoptado.

Es así que, desde el punto de vista del Tribunal, no puede afirmarse que existe una parte «perdedora», en vista de que ambas tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, fuera del fallo dado, habida cuenta que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral; este tribunal considera que, siendo consecuente con lo resuelto en este laudo y atendiendo al resultado que se desprendió del análisis fáctico de los hechos y de los medios probatorios ofrecidos por las partes, corresponde disponer que cada de una de las partes asuma los costos del presente arbitraje.

En consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (es decir, los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral), así como asumir sus propios costos correspondientes a pago de representación, asesoría legal y patrocinio, según el referido artículo 70° del D.L. N° 1071, en los que incurrieron o debieron incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

---

[113] Escurra Rivero, Huáscar. Comentarios al artículo 73°. En: Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Instituto Peruano de Arbitraje. Primera Edición. Lima 2011. Pág. 813.

Al respecto, en vista que en el presente arbitraje ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, así como que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, y atendiendo a la incertidumbre jurídica que existía entre ellas por sostener posiciones manifiestamente opuestas, corresponde disponer que cada una de las partes asuma los costos que debió sufragar; en consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (este rubro incluye los honorarios de los árbitros y del secretario, así como los gastos procedimentales del Centro), así como los costos y costas en que incurrieron o debieron incurrir como consecuencia del presente proceso arbitral.

Ahora bien, en el presente proceso arbitral, los pagos de los gastos arbitrales se realizaron de la siguiente manera:

- Mediante acta de instalación de fecha 21 de agosto de 2014, se fijó los anticipos de los gastos arbitrales en S/ 63,557.50 (Sesenta y Tres Mil Quinientos Cincuenta y Siete con 50/100 Soles) más IGV por honorarios del Tribunal Arbitral, y en S/ 19,389.34 (Diecinueve Mil Trescientos Ochenta y Nueve con 34/100 Soles) más IGV por gastos administrativos del Centro de Arbitraje.

  Los pagos de los gastos arbitrales fueron asumidos íntegramente por el Contratista y fueron acreditados mediante escritos de fecha 10 y 16 de julio de 2015, hecho del cual se dejó constancia mediante Resolución N° 9.

- Mediante Carta S/N de fecha 17 de febrero y 30 de marzo de 2016 se giró a las partes la liquidación por gastos arbitrales de las pretensiones de cuantías determinadas e indeterminadas de la demanda. Los montos consignados por honorarios del Tribunal Arbitral en las mencionadas cartas fueron de S/ 3,447.45 y S/ 30,000.00, respectivamente; asimismo, los montos consignados por gastos administrativos del Centro de Arbitraje fueron de S/ 1,060.76 y S/ 10,000.00, respectivamente.

  Los pagos de los gastos arbitrales fueron asumidos íntegramente por el Contratista y fueron acreditados mediante escritos de fecha 21 y 22 de septiembre, 25 de octubre y 09 y 10 de noviembre, todos del 2016, hecho sobre el cual se dejó constancia mediante Resolución N° 20.

Lo antes expuestos se puede resume en el siguiente cuadro:

N° de Caso Arbitral	Etapa	Parte	Concepto	Importe (Sin I.G.V.)
CASO 2873-2015-CCL	Instalación	Demandante: BB TECNOLOGIA INDUSTRIAL S.A.C. (Pagó el 100%)	Gastos Administrativos	S/. 8,197.82
			Honorarios Arbitrales	S/. 26,881.12
			Gastos Administrativos	S/. 8,197.82
			Honorarios Arbitrales	S/. 26,881.12
	Demanda por Cuantía Determinada	Demandante: BB TECNOLOGIA INDUSTRIAL S.A.C. (Pagó 100%)	Gastos Administrativos	S/. 1,060.76
			Honorarios Arbitrales	S/. 3,447.45
	Demanda por Cuantía Indeterminada	Demandante: BB TECNOLOGIA INDUSTRIAL S.A.C. (Pagó el 100%)	Gastos Administrativos	S/. 5,000.00
			Honorarios Arbitrales	S/. 15,000.00
			Gastos Administrativos	S/. 5,000.00
			Honorarios Arbitrales	S/. 15,000.00

En tal sentido, habiendo dispuesto este Colegiado Arbitral que cada una de las partes asuma los costos que debió sufragar, corresponde ordenar a PARSALUD realizar el reembolso al Contratista del monto pagado por éste en subrogación de los gastos arbitrales que le correspondían ascendentes a la suma de S/. 57'333.05 (Cincuenta y Siete Mil Trescientos Treinta y Tres con 05/100 Soles) más el Impuesto General a las Ventas correspondiente.

q3. PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL PUNTO CONTROVERTIDO

En síntesis al análisis del Punto Controvertido, este Colegiado emite su pronunciamiento respecto a la siguiente pretensión presentada en la Demanda Arbitral: (1) Vigésima Séptima Pretensión Principal.

- **DECLARAR INFUNDADO** la Vigésima Séptima Pretensión Principal, analizada en el Trigésimo Octavo Punto Controvertido, por las razones expuestas.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Que, finalmente, el Tribunal Arbitral deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado cada una de las pruebas aportadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba y que el sentido de su Decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en la expedición de este laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje y que fueron consignados en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.

Estando a las consideraciones expuestas, dentro del plazo correspondiente, el Tribunal Arbitral en Derecho, **RESUELVE**:

PRIMERO.- DECLÁRESE INFUNDADA la Excepción de Caducidad deducida por el Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD II – respecto al derecho a impugnar la resolución del contrato, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral.

SEGUNDO.- DECLÁRESE INFUNDADA la Excepción de Incompetencia deducida por el Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD II – respecto a la impugnación de la resolución del contrato, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral.

TERCERO.- DECLÁRESE INFUNDADA la Excepción de Caducidad deducida por el Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD II – respecto a las pretensiones con las que se impugna las decisiones del Gerente de Obras y las pretensiones que debieron ser puestas a su consideración, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral.

CUARTO.- DECLÁRESE INFUNDADA la Excepción de Incompetencia deducida por el Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD II – respecto a las decisiones del Gerente de Obras y a las pretensiones que debieron ser puestas a su consideración, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral.

QUINTO.- DECLARAR IMPROCEDENTE la Primera Pretensión Principal, analizada en el Primer Punto Controvertido, en el extremo referido a la nulidad e ineficacia del Informe N° 003-2013-EMM/CPA-CONSORCIO ACI CONESUPSA, e **INFUNDADA**, en el extremo referido a la ineficacia de la segunda adenda del contrato N° 017-2012-PARSALUD/BID que modifica el plazo de ejecución de obra por 54 días calendario.

SEXTO.- DECLARAR INFUNDADA la Segunda Pretensión Principal, analizada en el Segundo Punto Controvertido, por lo que no corresponde aprobar la ampliación de Plazo Nº 01 por 148 días calendario que presentó BB Tecnología Industrial S.A.C. para la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli».

SÉPTIMO.- DECLARAR INFUNDADA la Primera Pretensión Accesoria a la Segunda Pretensión Principal, analizada en el Tercer Punto Controvertido; consecuentemente, no corresponde ordenar al Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD II – cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 158,197.08 (Ciento Cincuenta y Ocho Mil Ciento Noventa y Siete con 08/100 Soles) incluido IGV, por concepto de mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 01 de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli», más el pago de los intereses legales correspondientes desde la fecha de presentación de la demanda hasta la fecha efectiva de pago.

OCTAVO.- DECLARAR IMPROCEDENTE la Tercera Pretensión Principal, analizada en el Cuarto Punto Controvertido, referida a la nulidad e ineficacia del Informe N° 0049-2013-EMM/CPA-CONSORCIO ACI-CONESUPSA, de fecha 26 de abril de 2013.

NOVENO.- DECLARAR INFUNDADA la Cuarta Pretensión Principal, analizada en el Quinto Punto Controvertido, por lo que no corresponde aprobar la ampliación de plazo N° 02 por 35 días calendarios que presentó BB Tecnología Industrial S.A.C. para la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli» a causa de los atrasos ocasionados en la ejecución de la obra por la obstrucción de las vía de transporte entre las localidades de Lonya Grande, Calpon, Yungasuyo y Ocalli, como consecuencia de las intensas precipitaciones pluviales que se presentaron en la región de Ocalli, Luya y Amazonas, en los meses de febrero, marzo y abril del 2013.

DÉCIMO.- DECLARAR INFUNDADA la Primera Pretensión Accesoria a la Cuarta Pretensión Principal, analizada en el Sexto Punto Controvertido; consecuentemente, no corresponde ordenar al Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD II – cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 37,411.48 (Treinta y Siete Mil Cuatrocientos Once con 48/100 Soles) - incluido IGV –, por concepto de mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 02 de la obra «Nuevo Centro de Salud Ocalli», más el pago de los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda hasta la fecha efectiva de pago.

DÉCIMO PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADA la Quinta Pretensión Principal, analizada en el Séptimo Punto Controvertido, por lo que no corresponde aprobar la ampliación de plazo N° 03 por 30 días calendarios que presentó BB Tecnología Industrial S.A.C. para la ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli» a causa de los atrasos ocasionados en la ejecución de la obra por la demora en la aprobación del presupuesto adicional N° 01.

DÉCIMO SEGUNDO.- DECLARAR INFUNDADA la Primera Pretensión Accesoria a la Quinta Pretensión Principal, analizada en el Octavo Punto Controvertido; consecuentemente, no corresponde ordenar al Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD II – cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 32,066.97 (Treinta y Dos Mil Sesenta y Seis con 97/100 Soles) - incluido IGV –, por concepto de mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 03 de la obra «Nuevo Centro de Salud Ocalli», más el pago de los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda hasta la fecha efectiva de pago.

DÉCIMO TERCERO.- DECLARAR IMPROCEDENTE la Sexta Pretensión Principal, analizada en el Noveno Punto Controvertido, referida a la nulidad e ineficacia del Informe N° 001-2012-EMM/SC-RA-CONSORCIO ACI-CONESUPSA, de fecha 04 de octubre de 2012.

DÉCIMO CUARTO.- DECLARAR INFUNDADA la Séptima Pretensión Principal, analizada en el Décimo Punto Controvertido, por lo que no corresponde aprobar la ampliación de plazo N° 01 por 07 días calendarios que se presentó para la ejecución de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza».

DÉCIMO QUINTO.- DECLARAR INFUNDADA la Primera Pretensión Accesoria a la Séptima Pretensión Principal, analizada en el Décimo Primer Punto Controvertido; consecuentemente, no corresponde ordenar al Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD II – cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 15,188.65 (Quince Mil Ciento Ochenta y Ocho con 65/100 Soles), incluido IGV, por concepto de mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 01 de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza», más el pago de intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda hasta la fecha efectiva de pago.

DÉCIMO SEXTO.- DECLARAR INFUNDADA la Octava Pretensión Principal, analizada en el Décimo Segundo Punto Controvertido, por lo que no corresponde aprobar la ampliación de Plazo Nº 02 por 11 días calendario que presentó BB Tecnología Industrial S.A.C. para la ejecución de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza».

DÉCIMO SÉPTIMO.- DECLARAR INFUNDADA la Primera Pretensión Accesoria a la Octava Pretensión Principal, analizada en el Décimo Tercer Punto Controvertido; consecuentemente, no corresponde ordenar al Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD II – cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 23,867.88 (Veintitrés Mil Ochocientos Sesenta y Siete con 88/100 Soles) incluido IGV, por concepto de mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 02 por los 11 días calendarios solicitados, como consecuencia de la extensión del plazo contractual, que incrementó el gasto general variable, más el pago de los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda hasta la fecha efectiva de».

DÉCIMO OCTAVO.- DECLARAR INFUNDADA la Novena Pretensión Principal, analizada en el Décimo Cuarto Punto Controvertido, por lo que no corresponde aprobar la ampliación de Plazo Nº 03 por 69 días calendario que presentó BB Tecnología Industrial S.A.C. para la ejecución de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza».

DÉCIMO NOVENO.- DECLARAR INFUNDADA la Primera Pretensión Accesoria a la Novena Pretensión Principal, analizada en el Décimo Quinto Punto Controvertido; consecuentemente, no corresponde ordenar al Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD II – cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 149,716.70 (Ciento Cuarenta y Nueve Mil Setecientos Dieciséis con 70/100 Soles) incluido IGV, por concepto de mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 03 de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza», más el pago de intereses legales desde la fecha presentación de demanda hasta la fecha efectiva de pago».

VIGÉSIMO.- En mayoría el Tribunal Arbitral resuelve **DECLARAR FUNDADA** la Décima Pretensión Principal, analizada en el Décimo Sexto Punto Controvertido, por

lo que corresponde declarar la Ineficacia de la Decisión Conciliatoria emitida por el Abogado Daniel Triveño Daza, con fecha 26 de agosto del 2013.

El voto del señor Víctor Huayama es que esta pretensión es infundada.

VIGÉSIMO PRIMERO.- En mayoría el Tribunal Arbitral resuelve **DECLARAR FUNDADA EN PARTE** la Décima Primera Pretensión Principal, analizada en el Décimo Séptimo Punto Controvertido, por lo que sólo corresponde aprobar la ampliación de Plazo N° 01 por 107 días calendario para la ejecución de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud de Tingo».

El voto del señor Víctor Huayama es que esta pretensión es infundada.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- DECLARAR IMPROCEDENTE la Primera Pretensión Accesoria a la Décima Primera Pretensión Principal, analizada en el Décimo Octavo Punto Controvertido, por las razones ahí expuestas.

VIGÉSIMO TERCERO.- DECLARAR IMPROCEDENTE la Décimo Segunda Pretensión Principal, analizada en el Décimo Noveno Punto Controvertido, por lo que no corresponde aprobar una ampliación por 123 días calendarios al plazo de ejecución de la obra «Nuevo Centro de Salud de Ocalli», por los atrasos ocasionados en la misma, debido a la demora en la absolución de consulta sobre las características técnicas del porcelanato y su adquisición.

VIGÉSIMO CUARTO.- DECLARAR IMPROCEDENTE la Primera Pretensión Accesoria a la Décimo Segunda Pretensión Principal, analizada en el Vigésimo Punto Controvertido, por lo que no corresponde ordenar al Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD II – cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 131,474.60 (Ciento Treinta y Uno Mil Cuatrocientos Setenta y Cuatro con 60/100 Soles) incluido el IGV, por concepto de mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo por 123 días calendarios, más el pago de los intereses legales desde la fecha de presentación de demanda hasta la fecha efectiva de pago.

VIGÉSIMO QUINTO.- DECLARAR INFUNDADA la Décima Tercera Pretensión Principal, analizada en el Vigésimo Primer Punto Controvertido, por lo que no corresponde aprobar la ampliación de Plazo por 133 días calendario que presentó BB Tecnología Industrial S.A.C. para la ejecución de la obra «Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza».

VIGÉSIMO SEXTO.- DECLARAR INFUNDADA la Primera Pretensión Accesoria a la Décima Tercera Pretensión Principal, analizada en el Vigésimo Segundo Punto Controvertido, por lo que no corresponde ordenar al Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD II – cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 288,584.37 (Doscientos Ochenta y Ocho Mil Quinientos Ochenta y Cuatro con 37/100 Soles) incluido el IGV, por concepto de mayores gastos generales correspondiente a la ampliación de plazo por 133 días

calendarios, más el pago de los intereses legales desde la fecha de presentación de demanda hasta la fecha efectiva de pago».

VIGÉSIMO SÉPTIMO.- DECLARAR INFUNDADA la Décima Cuarta Pretensión Principal, analizada en el Vigésimo Tercer Punto Controvertido, por lo que no corresponde declarar la Nulidad y/o Ineficacia de la Resolución Jefatural N° 101-2013-PARSALUD, de fecha 18 de julio del 2013, mediante la cual la Entidad resolvió declarar la resolución del contrato de ejecución de obra N° 017-2012-PARSALUD/BID.

VIGÉSIMO OCTAVO.- DECLARAR INFUNDADA la Décima Quinta Pretensión Principal, analizada en el Vigésimo Cuarto Punto Controvertido, por lo que no corresponde declare la vigencia del contrato de ejecución de obra N° 017-2012-PARSALUD/BID, ni establecer que el saldo del plazo de ejecución de obra de 183 días calendarios del «Nuevo Centro de Salud Ocalli» empezará a computarse a partir del día siguiente del reinicio de obra.

VIGÉSIMO NOVENO.- DECLARAR IMPROCEDENTE la Décima Sexta Pretensión Principal, analizada en el Vigésimo Quinto Punto Controvertido, por las razones ahí expuestas.

TRIGÉSIMO.- DECLARAR INFUNDADA la Décima Séptima Pretensión Principal, analizada en el Vigésimo Sexto Punto Controvertido, por lo que no corresponde ordenar al Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD II – cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 198,084.43 (Ciento Noventa y Ocho Mil Ochenta y Cuatro con 43/100 Soles) incluido IGV, por concepto de enriquecimiento sin causa por los mayores costos incurridos durante la ejecución de la obra.

TRIGÉSIMO PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADA la Primera Pretensión Subordinada a la Décima Séptima Pretensión Principal, analizada en el Vigésimo Séptimo Punto Controvertido, por lo que no corresponde ordenar al Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD II – cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 198,084.43 (Ciento Noventa y Ocho Mil Ochenta y Cuatro con 43/100 Soles) incluido IGV, por concepto de indemnización por daños y perjuicios por los mayores costos incurridos durante la ejecución de la obra al no haber cumplido la parte demanda con subsanar las deficiencias del expediente técnico.

TRIGÉSIMO SEGUNDO.- DECLARAR INFUNDADA la Décima Octava Pretensión Principal, analizada en el Vigésimo Octavo Punto Controvertido, por lo que no corresponde ordenar al Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD II – cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 630,528.00 (Seiscientos Treinta Mil Quinientos Veintiocho con 00/100 Soles), incluido IGV, por concepto de enriquecimiento sin causa por los mayores metrados ejecutados en la obra.

TRIGÉSIMO TERCERO.- DECLARAR INFUNDADA la Primera Pretensión Subordinada a la Décima Octava Pretensión Principal, analizada en el Vigésimo Noveno Punto Controvertido, por lo que no corresponde ordenar al Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD II – cumpla con pagar a favor a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C la suma de S/ 630,528.00 (Seiscientos Treinta Mil Quinientos Veintiocho con 00/100 Soles) incluido IGV, por concepto de indemnización por daños y perjuicios por los mayores costos incurridos durante la ejecución de la obra al no haber cumplido con subsanar las deficiencias del expediente técnico.

TRIGÉSIMO CUARTO.- DECLARAR INFUNDADA la Décima Novena Pretensión Principal, analizada en el Trigésimo Punto Controvertido, por lo que no corresponde declarar que no existe retraso injustificado en la ejecución de la obra y, en ese sentido, que no corresponde aplicación de penalidad alguna, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1314°, 1315° y 1318° del Código Civil.

TRIGÉSIMO QUINTO.- DECLARAR IMPROCEDENTE la Vigésima Pretensión Principal, analizada en el Trigésimo Primer Punto Controvertido, por lo que no corresponde ordenar al Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD II – realizar la devolución de la retención efectuada por la presentación retrasada del programa actualizado mensual ascendente a S/ 42,216.35 (Cuarenta y Dos Mil Doscientos Dieciséis con 35/100 Soles).

TRIGÉSIMO SEXTO.- DECLARAR INFUNDADA la Vigésima Primera Pretensión Principal, analizada en el Trigésimo Segundo Punto Controvertido, por lo que no corresponde ordene al Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD II – la devolución de la aplicación de la penalidad efectuada por cambio de personal clave ascendente a la suma de S/ 30,000.00 (Treinta Mil Doscientos Dieciséis con 35/100 Nuevos Soles).

TRIGÉSIMO SÉPTIMO.- DECLARAR INFUNDADA la Vigésima Segunda Pretensión Principal, analizada en el Trigésimo Tercer Punto Controvertido, por lo que no corresponde ordene al Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD II – la devolución de la aplicación de la penalidad efectuada por la ausencia en obra del personal clave ascendente a la suma de S/ 117,000.00 (Ciento Diecisiete Mil con 00/100 Soles).

TROGÉSIMO OCTAVO.- DECLARAR INFUNDADA la Vigésima Tercera Pretensión Principal, analizada en el Trigésimo Cuarto Punto Controvertido, por lo que no corresponde ordenar al Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD II – la devolución de la aplicación de la penalidad efectuada por el retraso injustificado en la terminación de la obra por la suma de S/ 149,771.38 (Ciento Cuarenta y Nueve Mil Ochocientos Setecientos Setenta y Uno con 38/100 Soles.

TRIGÉSIMO NOVENO.- DECLARAR INFUNDADA la Vigésima Cuarta Pretensión Principal, analizada en el Trigésimo Quinto Punto Controvertido, por lo que no corresponde ordenar al Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud –

PARSALUD II – cumpla con devolver los montos retenidos para el pago de los mayores costos de servicios de supervisión del gerente de obras por la suma de S/ 6,074.68. (Seis Mil Setenta y Cuatro con 68/100 Nuevos Soles).

CUADRAGÉSIMO.- DECLARAR IMPROCEDENTE la Vigésima Quinta Pretensión Principal, analizada en el Trigésimo Sexto Punto Controvertido, por lo que no corresponde ordenar al Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD II – cumpla con devolver a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C el fondo de garantía constituido para la ejecución de la obras del lote N° 02 por la suma de S/. 181,462.25 (Ciento Ochenta y Un Mil Cuatrocientos Sesenta y Dos con 25/100 Nuevos Soles).

CUADRAGÉSIMO PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADO la Vigésima Sexta Pretensión Principal, analizada en el Trigésimo Séptimo Punto Controvertido, por lo que no corresponde ordenar al Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD II – cumpla con pagar a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C el pago de los mayores costos por la renovación de las cartas fianza de fiel cumplimiento y adelanto directo en que se han incurrido desde la resolución de contrato hasta la fecha en que se declare consentido el laudo.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO.- DECLÁRESE INFUNDADA la Vigésima Séptima Pretensión Principal, analizada en el Trigésimo Octavo Punto Controvertido; en consecuencia, no corresponde ORDENAR al Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD II – que cumpla con asumir el pago de los gastos arbitrales que genere el presente proceso.

CUADRAGÉSIMO TERCERO.- DISPÓNGASE que tanto la empresa BB Tecnología Industrial S.A.C. así como el Programa de Apoyo a la Reforme del Sector de Salud – PARSALUD II, asuman cada una de ellas y directamente, los gastos arbitrales que les correspondía sufragar, en consecuencia **ORDÉNESE** al Programa de Apoyo a la Reforme del Sector de Salud reembolse a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C. la suma de S/. 57,333.05 (Cincuenta y Siete Mil Trescientos Treinta y Tres con 05/100 Soles) más IGV, por el pago en subrogación de los gastos arbitrales; así mismo, **ESTABLÉZCASE** que cada una de las partes deberá asumir los gastos de asesoría legal en que hubieran incurrido a raíz del presente arbitraje.

Notifíquese a las partes.-

Jorge Vega Velasco
Presidente del Tribunal Arbitral

Tribunal Arbitral:
Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.
Dr. Juan Huamaní Chávez.
Dr. Víctor Huayama Castillo.

Juan Huamaní Chávez
Árbitro

Víctor Huayama Castillo
Árbitro

Daniela Panduro Coronado
Secretaria Arbitral