

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.-

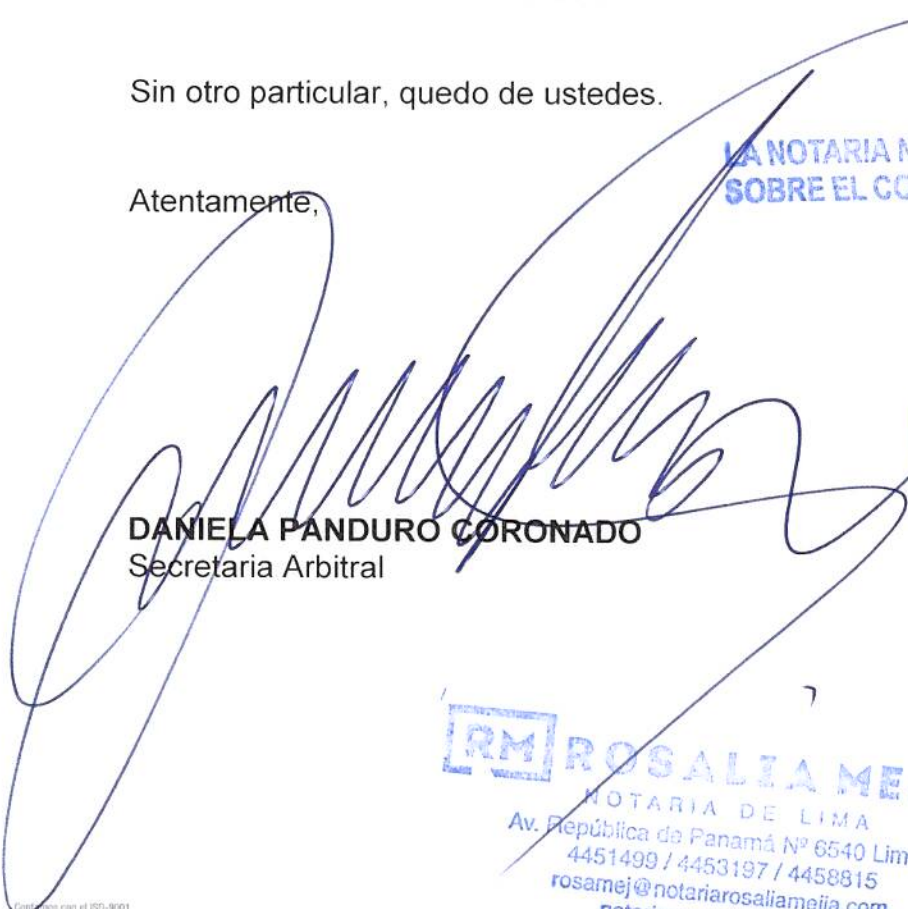
Ref: Caso Arbitral N° 2874-2014-CCL

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,


DANIELA PANDURO CORONADO
Secretaria Arbitral

LA NOTARIA NO ASUME RESPONSABILIDAD
SOBRE EL CONTENIDO DEL DOCUMENTO



Laudo Arbitral de Derecho

EXPEDIENTE N° 2874-2014/CCL - CONTRATO N° 015-2012-PARSALUD/BID

Centro
de Arbitraje
Cámara de Comercio de Lima

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

2017 ENE 23 PM 2 24

RECIBIDO
NO ES SEÑAL DE
CONFORMIDAD

**CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA
CENTRO DE ARBITRAJE
Caso Arbitral N° 2874-2014-CCL**

**BB Tecnología Industrial S.A.C.
vs.
Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud
PARSALUD II**

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 Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

RESOLUCIÓN N° 26

Lima, 23 de enero de 2017

VISTOS:**I. ANTECEDENTES**

Con fecha 23 de mayo de 2012, se suscribió el Contrato de Ejecución de Obras N° 015-2010-PARSALUD/BID, derivado de la Licitación Pública Internacional N° 009-2010-PARSALUD/BID, para la "Ejecución de Obras en la Región Amazonas - Tercera Convocatoria", entre BB Tecnología Industrial S.A.C. y el Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud - PARSALUD.

II. DESARROLLO DEL PROCESO**A. Actuación Preliminar del Tribunal Arbitral**

1. Con fecha 21 de agosto de 2014 a las 15:00 horas, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación de Tribunal Arbitral en la sede institucional del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, donde se reunieron el doctor Daniel Vega Velasco, en su calidad de Presidente Tribunal Arbitral, el doctor Juan Huamani Chávez y el doctor Víctor Huayama Castillo, en su calidad de árbitros; conjuntamente con el Dr. Marco Gálvez Díaz, Secretario Arbitral del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, con el propósito de instalar el Tribunal Arbitral que se encargaría de resolver la presente controversia.
2. Mediante escrito de fecha 18 de setiembre de 2014, el CONTRATISTA cumplió con presentar su escrito de demanda.
3. Luego, mediante escrito de fecha 23 de setiembre de 2014 el CONTRATISTA presenta los anexos a su demanda.
4. Mediante Resolución N° 01, este Colegiado le otorgó a la demandante un plazo de tres (3) días hábiles, a fin de que cumpliera con subsanar algunas observaciones correspondientes a la documentación presentada. Así también, admite a trámite la demanda, poniéndole en conocimiento del PROGRAMA a fin de que la conteste y, en caso así considerara, formulara su reconvención.
5. Sobre lo anterior, con escrito de fecha 22 de octubre de 2014, el CONTRATISTA cumplió con subsanar las observaciones formuladas por precisando la información relativa a los medios probatorios aportados.
6. A continuación, con escrito de fechas 27 de octubre de 2014, el PROGRAMA cumplió con presentar su escrito de contestación de demanda, así también requirió la presentación de copias legibles de los anexos de la demanda.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

7. De otro lado, con escrito de fecha 11 de noviembre de 2014, el PROGRAMA presentó su contestación y además formuló excepciones de caducidad e incompetencia.
8. Mediante Resolución N° 02 de fecha 24 de noviembre de 2014, en atención al escrito presentado por el CONTRATISTA el 22 de octubre de 2014, tiene por subsanadas las observaciones realizadas a través de la Resolución N° 01.
9. Luego, mediante Resolución N° 03, de fecha 24 de noviembre de 2014, el Colegiado otorga al CONTRATISTA un plazo de (05) días hábiles para que presente las copias legibles de determinados medios de prueba. Así también deniega el pedido de nuevo plazo para contestar la demanda arbitral.
10. Así, a través de la Resolución N° 04, de fecha 24 de noviembre de 2014, el Colegiado decide admitir a trámite el escrito de contestación presentado por el PROGRAMA, y tiene por deducidas las excepciones de caducidad e incompetencia. De otro lado, otorga un plazo de (20) días al CONTRATISTA a efectos de que cumpla con absolver las excepciones planteadas por su contraparte.
11. Con fecha 17 de diciembre de 2014 el CONTRATISTA cumple con el requerimiento efectuado mediante Resolución N° 03 y presenta las copias legibles de los medios probatorios señalados.
12. De otro lado, con fecha 12 y 22 de enero de 2015 el CONTRATISTA contesta las excepciones formuladas por su contraparte.
13. Sin embargo, a través de la Resolución N° 05 de fecha 02 de febrero de 2015, el Colegiado decide suspender las actuaciones arbitrales por un plazo de (10) días hábiles, a efecto de que las partes cumplan con pagar los gastos arbitrales a su cargo.
14. A través de la Resolución N° 06 de fecha 02 de febrero de 2015, el Colegiado tiene por cumplido el requerimiento realizado mediante Resolución N° 03.
15. De la misma manera, en la Resolución N° 07, se tiene presente lo señalado por el CONTRATISTA con relación a las excepciones planteadas por su contraparte.
16. Luego, con escrito de fecha 16 de febrero de 2015, el CONTRATISTA cumplió con acreditar los pagos por honorarios arbitrales.
17. Con fecha 20 de febrero de 2015 el PROGRAMA solicita el archivamiento de las actuaciones arbitrales.
18. Sobre lo anterior, el Colegiado a través de la Resolución N° 08 de fecha 03 de marzo de 2015, decide ampliar la suspensión de las actuaciones arbitrales en 10 días hábiles.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

19. Mediante escrito de fecha 13 de marzo de 2015 el PROGRAMA formula recurso de reconsideración respecto de la Resolución N° 08.
20. Luego, a través de escrito presentado por el CONTRATISTA el 23 de marzo de 2015, informa sobre el pago total de los honorarios arbitrales.
21. Respecto a lo anterior, el Colegiado a través de la Resolución N° 09 decide correr traslado del recurso de reconsideración formulado por el PROGRAMA, por un plazo de (03) para que exprese lo que estime conveniente.
22. Por otro lado, mediante escrito de fecha 21 de mayo de 2015 el CONTRATISTA se absuelve el requerimiento realizado a través de la Resolución N° 09.
23. De la misma manera, a través de la Resolución N° 10 de fecha 24 de junio de 2015 el Colegiado decide declarar INFUNDADO el recurso de reconsideración.
24. Luego, mediante Resolución N° 11 de fecha 24 de junio de 2015 el Tribunal decide suspender por un plazo de cinco (05) días hábiles el proceso arbitral hasta que el CONTRATISTA, acredite el pago total de los gastos arbitrales.
25. Asimismo, mediante escrito de fecha 16 de julio de 2015 presentado por el CONTRATISTA, se acredita el pago de los gastos arbitrales.
26. En ese sentido, el PROGRAMA presenta escrito de fecha 22 de julio de 2015 solicitando la terminación de las actuaciones arbitrales.
27. A través de la Resolución N° 12 de fecha 24 de agosto de 2015 el Tribunal decide se dispone la continuación del presente arbitraje.
28. Mediante Resolución N° 13 de fecha 13 de octubre de 2015, el Tribunal Arbitral fija los siguientes puntos controvertidos:

PUNTOS CONTROVERTIDOS:

- 1) Determinar si corresponde, de acuerdo a la PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que, el Tribunal Arbitral declare la Nulidad e Ineficacia de la Resolución Jefatural N° 100-2013-PARSALUD II, de fecha 18 de julio del 2013, mediante la cual Parsalud II, resolvió declarar la resolución del contrato de ejecución de obra N° 015-2012-PARSALUD/BID por la supuesta acumulación del monto máximo de la indemnización por daños y perjuicios por demora en la terminación de la obra, debido a la inexistencia de causal válida para resolver el contrato.
- 2) Determinar si corresponde, de acuerdo a la PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL Que, el Tribunal Arbitral declare la vigencia del Contrato de Ejecución de Obra N° 015-2012-PARSALUD/BID y, por consiguiente, el reinicio de la ejecución de las obras en la Región Amazonas por parte del contratista BB Tecnología Industrial S.A.C.

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

- 3) Determinar si corresponde, de acuerdo a la PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL, Que, se ordene a la Entidad cumpla con devolver a favor del contratista el fondo de garantía constituido para la ejecución de la obras del lote N° 01 objeto del contrato N° 015-2012-PARSALUD/BID, ascendente a la suma de S/. 250,858.75 (Doscientos Cincuenta Mil Ochocientos Cincuenta y Ocho con 75/100 Nuevos Soles), más el pago de los intereses legales correspondientes hasta la fecha real de pago.
- 4) Determinar si corresponde, de acuerdo a la SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL Que, el Tribunal Arbitral apruebe la solicitud de ampliación de plazo N° 01 por 140 días calendario para la ejecución de la obra "Nuevo Centro de Salud de Luya" por demora en la absolución de consulta por parte de Parsalud II, respecto a las características técnicas del porcelanato y la demora en el suministro del porcelanato debido a la necesidad de su importación, de acuerdo con lo estipulado en la cláusula 28.1 y 44.1 de las Condiciones Generales del Contrato; y en consecuencia nos reconozca el pago de los mayores gastos generales por un monto de S/. 220,076.47 incluido el IGV, como consecuencia de la ampliación de plazo antes mencionada; y asimismo declare la nulidad y/o ineficacia de la carta N° C-013-SORA-151-13 de fecha 20 de febrero de 2013 mediante el cual la supervisión declara improcedente nuestra solicitud de ampliación de plazo N° 01.
- 5) Determinar si corresponde, de acuerdo a la PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL Que, el Tribunal Arbitral declare que la solicitud de ampliación de plazo N° 01 por 140 días calendarios correspondiente a la obra "Nuevo Centro de Salud Luya", también debe aplicarse a la obra "Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Huampami"; por lo tanto, nos otorgue una Ampliación de Plazo por 133 días calendarios en la obra, como resultado de procesar la incidencia en su Cronograma de Ejecución de Obra Contractual, del desplazamiento de la partida 15. PISOS Y PAVIMENTOS en un total de 140 días calendarios, tal como fuera solicitada mediante nuestra Solicitud de la Ampliación de Plazo N° 01 en la obra del Centro de Salud de Luya; y se reconozca a favor de su representada el pago de los respectivos mayores gastos generales por un monto de S/. 276,188.29 incluido el IGV, más el pago de intereses legales hasta la fecha real de pago.
- 6) Determinar si corresponde, de acuerdo a la SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL Que, el Tribunal Arbitral declare que nuestra Solicitud de la Ampliación de Plazo N° 1 por 140 días calendarios correspondiente a la obra "Nuevo Centro de Salud Luya", también debe aplicarse a la obra "Nuevo Centro de Salud de Leymebamba"; por lo tanto, nos otorgue una Ampliación de Plazo por 140 días calendarios en la obra "Nuevo Centro de Salud Leymebamba", como resultado de procesar la incidencia en su Cronograma de Ejecución de Obra Contractual, del desplazamiento de la partida 15. PISOS Y PAVIMENTOS en un total de 140 días calendarios; asimismo, se reconozca el pago de los respectivos mayores gastos generales en la obra de "Nuevo Centro de Salud Leymebamba" por un monto de S/. 308,273.23 incluido el IGV, más el pago de intereses legales hasta la fecha real de pago.
- 7) Determinar si corresponde, de acuerdo a la TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL Que, el Tribunal Arbitral apruebe la Ampliación de Plazo N° 02 por 47 días calendarios correspondiente a la obra "Ampliación y Remodelación del Centro de

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

Salud Huampami", por los efectos que han producido la falta de energía eléctrica en la localidad de Huampami y en consecuencia se nos reconozca el pago de los mayores gastos generales por un monto de S/. 97,600.37 incluido el IGV, como consecuencia de la ampliación de plazo antes mencionada, más el pago de intereses legales devengados hasta la fecha real de pago; asimismo, que el Tribunal Arbitral declare también la Nulidad y/o Ineficacia de la Carta N° 2-2013-002027 del 28 de febrero del 2013 mediante el cual la supervisión declara improcedente la ampliación de plazo indicada.

- 8) Determinar si corresponde, de acuerdo a la CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL Que, el Tribunal Arbitral apruebe la Ampliación de Plazo N° 05 por 140 días calendarios correspondiente a la obra "Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Huampami", por demora en la Modificación de los Planos Estructurales de Detalle de los tijerales de madera y el cambio en el procedimiento de fabricación del techos ante la falta de energía eléctrica en la localidad; y en consecuencia, se nos reconozca el pago de los mayores gastos generales por un monto de S/. 290,724.51 incluido el IGV, más los intereses legales generados hasta la fecha real del pago; asimismo, que el Tribunal Arbitral declare también la Nulidad y/o ineficacia de la Carta N° C-013-SORA-149-13 de fecha 20 de febrero de 2013 mediante el cual la supervisión declara improcedente la ampliación de plazo indicada.
- 9) Determinar si corresponde, de acuerdo a la QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL Que, el Tribunal Arbitral ordene a Parsalud II, el pago de los mayores gastos generales correspondientes a las Ampliaciones de Plazo otorgadas por la Entidad, monto que asciende a S/. 64,374.71 incluido al IGV, más el pago de los intereses legales correspondientes hasta la fecha del pago, por las dos Adendas al Contrato: la Primera adenda por 22 días calendarios por un monto de S/. 45,685.28; y en la Segunda Adenda por 9 días calendarios por un monto de S/. 18,689.43, montos que incluyen el IGV, más el pago de intereses legales.
- 10) Determinar si corresponde, de acuerdo a la SEXTA PRETENSION PRINCIPAL Que el Tribunal Arbitral ordene a Parsalud II, la devolución de la retención efectuada por la Entidad por la presentación retrasada del programa actualizado mensual ascendente a S/. 53,344.71, monto al cual deberá incluirse el IGV, más el pago de los intereses legales hasta la fecha de pago.
- 11) Determinar si corresponde, de acuerdo a la SETIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL Que el Tribunal Arbitral ordene a Parsalud II, la devolución de la aplicación de la penalidad efectuada por Parsalud II por cambio de personal clave ascendente a la suma de S/. 30, 000.00 (Treinta Mil Nuevos Soles), monto al cual deberá agregarse el IGV, más el pago de los intereses legales hasta la fecha real de pago.
- 12) Determinar si corresponde, de acuerdo a la OCTAVA PRETENSION PRINCIPAL Que, el Tribunal Arbitral ordene a Parsalud II, la devolución de la aplicación de la penalidad efectuada por Parsalud II cada día de ausencia en obra de personal clave por la suma de S/. 114,000.00 (Ciento Catorce Mil con 00/100 Nuevos Soles), al cual deberá agregarse el IGV, por no estar debidamente sustentadas; asimismo, ordene al demandado el pago de los intereses legales correspondientes hasta la fecha real de pago.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

- 13) Determinar si corresponde, de acuerdo a la NOVENA PRETENSION PRINCIPAL Que, el Tribunal Arbitral ordene al demandado la devolución de la aplicación de la penalidad efectuada por Parsalud II por supuesto retraso injustificado en la terminación de la obra por la suma de S/. 422,680.07 (Cuatrocientos Veintidós Mil Seiscientos Ochenta con 07/100 Nuevos Soles) al cual deberá agregarse el IGV, más el pago de intereses legales hasta la fecha real de pago.
- 14) Determinar si corresponde, de acuerdo a la DÉCIMA PRETENSION PRINCIPAL Que, el Tribunal Arbitral ordene a Parsalud II, la devolución de los montos retenido para el pago de los mayores costos por los servicios del Gerente de Obras por la suma de S/. 139,834.72 (Ciento Treinta y Nueve Mil Ochocientos Treinta Cuatro con 72/100 Nuevos Soles), al cual deberá agregarse el IGV, más el pago de los intereses legales hasta la fecha real de pago.
- 15) Determinar si corresponde, de acuerdo a la DÉCIMA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL Que, el Tribunal Arbitral ordene a Parsalud II, el pago de los mayores costos por la renovación de las cartas fianza de fiel cumplimiento y adelanto directo en que ha incurrido la empresa BB Tecnología Industrial S.A.C desde la arbitraria resolución de contrato hasta la fecha en que se declare consentido el laudo.
- 16) Determinar si corresponde, de acuerdo a la DÉCIMA SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL Que el Tribunal Arbitral ordene a Parsalud II, el pago de la suma de los trabajos adicionales indispensables para los objetivos y metas de la obra S/. 8,267.24 (Ocho Mil Doscientos Sesenta y Siete con 24/100 Nuevos Soles) incluido IGV, por concepto de indemnización por daños y perjuicios al no haber cumplido la Entidad con su obligación contractual de subsanar las deficiencias del expediente técnico de obra, que fueran advertidos BB Tecnología de manera oportuna y que los obligó a ejecutar trabajos adicionales indispensables para los objetivos y metas de la obra.
- 17) Determinar si corresponde, de acuerdo a la PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA DÉCIMA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL Que, el Tribunal Arbitral ordene a Parsalud II, el reconocimiento y pago de la suma de S/. 8,267.24 (Ocho Mil Doscientos Sesenta y Siete con 24/100 Nuevos Soles) incluido IGV, más el pago de los intereses legales correspondientes hasta la fecha real de pago, por concepto de los trabajos adicionales indispensables para los objetivos y metas de la obra, ejecutados por la empresa BB Tecnología Industrial S.A.C. a fin de que no se constituya un enriquecimiento si causa de la Entidad contratante.
- 18) Determinar si corresponde, de acuerdo a la DÉCIMA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL Que, el Tribunal Arbitral ordene a Parsalud II, asumir el pago de los gastos arbitrales que generen el presente proceso.

Con relación a las excepciones:

- 19) Determinar si corresponde declarar fundada la excepción de caducidad respecto al derecho a impugnar la resolución del contrato.
- 20) Determinar si corresponde o no declarar fundada la excepción de incompetencia respecto a la impugnación de la resolución del contrato.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

- 21) 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.
- 22) 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.
29. Asimismo, con relación a lo anterior el Colegiado otorgó al CONTRATISTA un plazo de diez (10) días hábiles para que exhiba los cuadernos de obra de las tres obras en forma completa.
30. En ese sentido, a través de escrito de fecha 02 de noviembre de 2015 el CONTRATISTA solicita un plazo adicional para dar cumplimiento al requerimiento efectuado por el Colegiado mediante la Resolución N° 13.
31. De la misma manera, el Colegiado mediante Resolución N° 14 de fecha 06 de noviembre de 2015, decide otorgar un plazo adicional de diez (10) días hábiles al CONTRATISTA a fin de que cumpla con lo solicitado mediante la Resolución N° 13.
32. Por otro lado, con fecha 18 de noviembre de 2015 el CONTRATISTA presenta un escrito indicando se tengan presentes sus argumentos.
33. Mediante Resolución N° 15 de fecha 19 de noviembre de 2015, éste Tribunal decide otorgar un plazo adicional de cinco (05) días hábiles para que el CONTRATISTA cumpla con presentar el medio probatorio señalado en el numeral 9 de su escrito presentado el 17 de diciembre de 2014.
34. Luego, a través de la Resolución N° 16 de fecha 25 de noviembre de 2015, el Colegiado cita a las partes a la Audiencia de Ilustración de excepciones.
35. Mediante escrito de fecha 17 de diciembre de 2015, el CONTRATISTA cumple con el requerimiento efectuado mediante Resolución N° 15.
36. De otro lado, con fecha 17 de diciembre de 2015, se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración de excepciones, con la asistencia del Tribunal Arbitral y los representantes de ambas partes, así como la Secretaría Arbitral.
37. Con fecha 14 de enero de 2016, el PROGRAMA presenta escrito solicitando la remisión de correos electrónicos.
38. Mediante Resolución N° 17 de fecha 05 de febrero de 2016, se otorga un plazo final de 10 días hábiles a las partes para que formulen sus alegatos finales y se cita a ambas partes a la Audiencia de Informes Orales.
39. Luego, con fecha 06 de febrero se emite la Resolución N° 18 en la cual se tiene presente los escritos presentado por el PROGRAMA y se pone a conocimiento de su contraparte.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco,

Dr. Juan Huamani Chávez,

Dr. Víctor Huayama Castillo.

40. Con fecha 19 de febrero de 2016, el CONTRATISTA formula recurso de Reconsideración con relación a la Resolución N° 17.
41. Con fecha 24 de febrero de 2016 el PROGRAMA solicita al Tribunal Arbitral reprogramme la Audiencia de Informes Orales.
42. Con fecha 01 de marzo de 2016, el PROGRAMA presenta su escrito de alegatos.
43. En ese sentido, a través de la Resolución N° 19 de fecha 03 de marzo de 2016, se decide declarar fundada en parte el recurso de reconsideración planteado por el CONTRATISTA y se otorga diez (10) días de plazo adicional para que las partes formulen sus alegatos finales.
44. De otro lado, con fecha 16 de marzo de 2016 el CONTRATISTA presenta su escrito de alegatos.
45. Luego, mediante Resolución N° 20 de fecha 21 de marzo de 2016, se cita a las partes a la Audiencia de Informes Orales.
46. Mediante Resolución N° 21 de fecha 11 de abril de 2016, con relación al escrito presentado por el CONTRATISTA el Colegiado indica que cualquier comunicación con relación a los pagos arbitrales deberá ser realizada directamente con la secretaria arbitral del Centro de Arbitraje.
47. En ese sentido, con fecha 19 de abril de 2016 se realizó la Audiencia de Informes Orales, contando con la asistencia de los árbitros Jorge Vega Velasco y Víctor Huayama Castillo, siendo dispensado el Dr. Juan Huamani Chávez.
48. En ese sentido, a través de la Resolución N° 22 de fecha 24 de agosto de 2016, el Colegiado otorga el plazo de (05) días hábiles a las partes para que cumplan con realizar los gastos arbitrales bajo apercibimiento de declarar el archivo del presente proceso.
49. Asimismo, mediante Resolución N° 23 de fecha 06 de setiembre de 2016 el Tribunal declara suspender el proceso por un plazo de (10) días hábiles, hasta que las partes cumplan con acreditar el pago de los gastos arbitrales.
50. Mediante escrito de fecha 05 de setiembre de 2016, el CONTRATISTA solicita plazo ampliatorio.
51. Luego, mediante Resolución N° 24 de fecha 15 de noviembre de 2016, se tiene por cumplido los gastos arbitrales por parte del CONTRATISTA. Asimismo, en la referida Resolución, este Colegiado declaró que el arbitraje se encontraba en estado para laudar, circunstancia que efectuaría en un plazo de treinta (30) días hábiles, contado a partir de notificada la referida Resolución; plazo que podría prorrogarse en quince (15) días hábiles, en caso así lo considerase.

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

52. Finalmente, a través de la Resolución N° 25 de fecha 26 de diciembre de 2016, el Tribunal decidió prorrogar el plazo para laudar por quince (15) días hábiles, los cuales vencerán el 23 de enero de 2017.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1.- CUESTIONES PRELIMINARES

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.
- (ii) Que, en momento alguno 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, el PROGRAMA fue debidamente emplazado con la demanda y presentó su contestación de demanda dentro de los plazos establecidos.
- (v) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar oralmente ante el Tribunal Arbitral.
- (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 la oportunidad suficiente de plantear el 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, del Reglamento o del Decreto Legislativo N° 1071, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar conforme lo señala la misma Acta de Instalación.
- (vii) Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes.

2.- MATERIA CONTROVERTIDA

De acuerdo con lo establecido la Resolución N° 13 de fecha 4 de junio de 2013, en la cual se fijaron los puntos controvertidos y la admisión de medios probatorios, corresponde al Tribunal Arbitral determinar lo siguiente en base a los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

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 ella, 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 árbitro respecto de tales hechos.

Asimismo, 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 la ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

*"(...) La actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse 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."*¹

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 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:

2.1 CUESTIONES PREVIAS

EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

DÉCIMO NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO

¹ TARAMONA HERNÁNDEZ., José Rubén. "Medios Probatorios en el Proceso Civil". Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

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

VIGÉSIMO PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

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.

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

El PROGRAMA manifiesta que el derecho de impugnar la Resolución de Contrato de Ejecución de Obra N° 15-2012/PARSALUD/BID, ha caducado de manera definitiva en la medida que el CONTRATISTA no actuó conforme a lo estipulado 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°15-2012/PARSALUD/BID, 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 estuvieron 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 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."

En ese sentido, el PROGRAMA 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, para iniciar un arbitraje ya que así se pactó en el contrato

De otro lado, el PROGRAMA indica que al no haberse presentado la demanda dentro del plazo perentorio establecido expresamente por común acuerdo de las partes (contenido en la cláusula 59.1. de las condiciones especiales del contrato) la resolución ha quedado consentida y firme entre las partes.

El PROGRAMA 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

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

que el CONTRATISTA ha presentado la solicitud de arbitraje fuera del plazo establecido en el Contrato de Ejecución de Obras N° 15-2012/PARSALUD/BID, lo cual según las cláusulas 24.1 y 25.2 de las condiciones Generales del Contrato, es un requisito que permite ejercitar válidamente el arbitraje.

Sin embargo, el PROGRAMA indica que a pesar de que las controversias derivadas de las decisiones del Gerente de Obras debían ser puestas a conocimiento del Conciliador, el CONTRATISTA no cumplió con realizar el procedimiento previo para solicitar arbitraje.

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 que pretende invocar el PROGRAMA y por lo tanto la excepción de caducidad planteada por su contraparte debe ser declarada IMPROCEDENTE.

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 reconvencción 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 énfasis es agregado)

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 reconvencción 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.



Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

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 y los alcances de la caducidad

Bajo esta línea, es pertinente traer a colación la definición de caducidad desarrollada por Albadalejo², 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 improcedencia de la demanda si aparece del sólo examen de ésta al momento de su calificación inicial* ».³

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, 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 establecido de manera expresa. 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 contrario sensu, es dable concluir que nuestro ordenamiento jurídico no reconoce la caducidad convencional o aquella que es pactada entre las partes.

² ALBADALEJO, Manuel. Derecho Civil, Vol. 2, 14ª ed., Bosch, Barcelona, 1996, pp. 506 - 507.

³ MONROY GÁLVEZ, Juan. El proceso civil en un libro sobre prescripción y caducidad. En: Themis N° 10. Lima. Pp.24 - 28.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

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 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 (30) días 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". (El énfasis es agregado).

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 rescisión 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 esta cláusula; 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 Civil⁴, 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

⁴ (Llenar cita Año de publicación, etc.)

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamaní Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

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 la pretensión relacionada con la resolución del Contrato es infundada y, en tal sentido, coincido con la decisión a la que han arribado mis distinguidos coárbitros.

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 estuvieron 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 del conciliador, esto de conformidad con lo establecido en las cláusulas 24.1 y 25.2 de

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco,

Dr. Juan Huamani Chávez,

Dr. Víctor Huayama Castillo.

las condiciones Generales del Contrato. En tal sentido, 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 transcribimos las mismas. Veamos.

"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".

(El énfasis es agregado)

"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 énfasis es agregado)

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.

PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

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

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

- **DECLARAR INFUNDADA** la Excepción de Caducidad respecto al derecho a impugnar la resolución del contrato.
- **DECLARAR INFUNDADA** 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.

2.2. EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA

VIGÉSIMO PUNTO CONTROVERTIDO

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

VIGÉSIMO SEGUNDO PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

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.

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

Con respecto a éste extremo, el PROGRAMA ha expuesto que bajo los mismos argumentos esgrimidos en su excepción de caducidad, fundamenta su excepción de incompetencia, y 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.

Asimismo, señala que el Colegiado no es competente para pronunciarse sobre las decisiones del Gerente de Obras consistentes en denegar las ampliaciones de plazo y los gastos generales.

En ese sentido, el PROGRAMA indica que el Tribunal no se puede pronunciar sobre las nuevas solicitudes de ampliación de plazo contenidas en la primera pretensión accesoria y la Segunda Pretensión Principal, ya que nunca fueron solicitadas durante el desarrollo del contrato.

En esa línea, el PROGRAMA, reitera, que el Tribunal tampoco es competente para pronunciarse sobre respecto a las nuevas solicitudes de ampliación de plazo contenida en su Primera Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal en la medida que nunca fueron solicitadas durante el desarrollo del contrato.

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL S.A.C.

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

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

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En primer lugar, es importante traer a colación la facultad del Colegiado para 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 énfasis es agregado).*

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 énfasis es agregado)

En suma, lo establecido en la Ley de Arbitraje deriva del principio «kompetenz kompetenz», el cual conforme al autor Roque Caivano⁵, está creada para:

"... 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, para lo cual utilizará el esquema siguiente:

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 de contrato.

⁵ CAIVANO, Roque. "Arbitraje". Editorial: Ad Hoc S.R.L. & Vilela Editor. Argentina, 2000. pp. 159 - 160.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

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 – *Dispute Board* –, 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 se han planteado 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. Veamos.

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 – *Dispute Board* – 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:

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

- Someter primigeniamente las controversias suscitadas ante un Conciliador Decisorio – *Dispute Board* –; 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.

Ahora bien, en relación a la necesidad de activar primigeniamente el mecanismo alternativo de resolución de conflictos de la Conciliación Decisoria – *Dispute Board* –, 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." (El énfasis es agregado)

"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 sometiere la controversia a arbitraje dentro del plazo de 28 días mencionado, la decisión del conciliador será definitiva y obligatoria." (El énfasis es agregado)

"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 énfasis es agregado)

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

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamaní Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

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. (El énfasis es agregado).

"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 énfasis es agregado).

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 Board* 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 Vásquez⁶, *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.*

⁶ Torres Vásquez, Aníbal, «Acto Jurídico». Editorial: IDEMSA. Perú, 2007. pp. 477.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

Así, para dilucidar 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:

- (a) Convenio,***
- (b) Carta de aceptación,***
- (c) Oferta,***
- (d) Condiciones especiales del Contrato,***
- (e) Condiciones Generales del Contrato,***
- (f) Especificaciones,***
- (g) Planos,***
- (h) Calendario de actividades, y***
- (i) Cualquier otro documento que en las CEC se especifique que forma parte integrante del contrato."*** (El énfasis es agregado)

De la cita precedente se advierte que la voluntad de las partes han querido darle mayor prevalencia a las cláusulas 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

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

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 concluir que el contratista estaba obligado, para activar el arbitraje, a agotar los otros mecanismos de resolución de conflictos.

Sobre las nuevas solicitudes de mayor plazo de la 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. Veamos.

*"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 énfasis es agregado)*

*"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 énfasis es agregado).*

De las cláusulas antes citadas, este Colegiado 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 de mayor plazo para la ejecución de la obra ante el PARSALUD.

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 improcedencia de las controversias sometidas a conocimiento del presente Tribunal, mas no determina su incompetencia.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

Bajo la tesitura antes expuesta, este Colegiado concluye 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 CEC que todo litigio o controversia, derivados o relacionados con el Contrato, será resuelto mediante arbitraje.

Conclusión

Por lo expuesto, siendo que no opera el plazo de caducidad fijado entre las partes; asimismo, estando a que se ha determinado que las partes podían activar el arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos sin necesidad de recurrir a un procedimiento previo; y, considerando que no afecta la competencia de este Colegiado el incumplimiento o no del procedimiento establecido por las partes para los mayores plazos de ejecución de obra, éste Colegiado declara que es competente para pronunciarse en relación a las pretensiones referidas a las decisiones del Gerente de Obras y las pretensiones que debieron ser puestas a su consideración.

PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

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

- **DECLARAR INFUNDADA** la Excepción de incompetencia respecto a la impugnación de la resolución del contrato.
- **DECLARAR INFUNDADA** la excepción de la excepción de incompetencia respecto a las decisiones del Gerente de Obras y a las pretensiones que debieron ser puestas a su consideración.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde, de acuerdo a la Segunda Pretensión Principal, que, el Tribunal Arbitral apruebe la solicitud de ampliación de plazo N° 01 por 140 días calendario para la ejecución de la obra "Nuevo Centro de Salud de Luya" por demora en la absolución de consulta por parte de Parsalud II, respecto a las características técnicas del porcelanato y la demora en el suministro del porcelanato debido a la necesidad de su importación, de acuerdo con lo estipulado en la cláusula 28.1 y 44.1 de las Condiciones Generales del Contrato; y en consecuencia se reconozca el pago de los mayores gastos generales por un monto de S/. 220,076.47 incluido el IGV, como consecuencia de la ampliación de plazo antes mencionada; y asimismo declare la nulidad y/o ineficacia de la carta N° C-013-SORA-151-13 de fecha 20 de febrero de 2013 mediante el cual la supervisión declara improcedente la solicitud de ampliación de plazo N° 01.

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL S.A.C.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

Con relación a la segunda pretensión principal, la demandante indica que el literal c) del inciso 44.1 de la cláusula 44 de las Condiciones Generales del Contrato, en la que se indican los eventos compensables dice:

"El Gerente de Obras ordena una demora o no emite los planos, las especificaciones o las instrucciones necesarias para la ejecución oportuna de las obras"

Así también afirman que las consultas realizadas sobre el porcelanato a utilizar en la obra se iniciaron formalmente el 27 de setiembre de 2012, mediante carta N° BBTI-CE-CM-122-12, de fecha 26 de setiembre, donde solicitaron a la Entidad consultas referidas sobre el porcelanato en las obras de las Regiones de Cajamarca y Amazonas, para lo cual adjuntaron las características técnicas de su propuesta a fin de que se pueda comprar en el mercado nacional y así evitar demoras en su adquisición.

Señalan que dichas coordinaciones también las realizaron vía correo desde julio de 2012, tratando de solucionar el gran problema que representaba el importar dicho material. A ello debe sumarse que en los cronogramas de ejecución no se contempló un plazo adicional para la importación de dicho material.

El demandante indica que sus consultas respecto a la definición de las características técnicas del porcelanato fueron absueltas oficialmente por la Entidad, mediante Carta N° 268-2012-PARSALUD recibida el 09 de noviembre de 2012.

Así también la demandante, niega lo indicado por PARSALUD en dicha misiva, ya que la Entidad dice que "reitera" lo aprobado en Julio, cuando indican que la Entidad nunca les comunicó dicha aprobación.

En razón a ello, el demandante considera que resulta aplicable lo indicado por el numeral 44.1 de la Cláusula 44 "Eventos compensables" de las Condiciones Generales del Contrato, el cual indica lo siguiente:

"El Gerente de Obras imparte una decisión 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".

De otro lado, el demandante señala que el Gerente de Obras, absolvió las consultas referidas a las características técnicas del porcelanato exigiendo a su representada el suministro del porcelanato con características técnicas muy especiales que no fabrica ningún proveedor del mercado nacional; por lo que nos exigió que compráramos el porcelanato mediante importación.

Así concluye el demandante indicando que, es aplicable a este supuesto lo indicado en el literal (g) del inciso 44.1. de la cláusula 44 de las condiciones del contrato por cuanto la Entidad impartió una instrucción (exigir el porcelanato con características técnicas de importación) lo cual implica lidiar con una condición imprevista pues en el Cronograma

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

de Ejecución de Obra no estaba previsto un suministro por importación, es decir esta condición de imprevista es causada por el demandado.

En ese sentido el demandante presenta un análisis cronológico de las causales que sustentan su pretensión, así precisa lo siguiente:

- 1) Mediante Carta N° BBTI-CE-MC-122-12, se solicita definir el porcelanato a usar en los Centros de Salud:

Por un lado especificaciones de PARSALUD:

Color: Claro

Acabado: Mate

Dimensiones: 0.30x0.30m

Espesor: 7.2. mm mínimo.

Superficie: Antideslizante.

Resistencia al desgaste: Mohs no menor a 8

Especificaciones muestra presentada por el demandante:

Color: Hueso (ACEPTADO)

Acabado: Brillante (POR DEFINIR)

Dimensiones: 0.50x0.50m (ACEPTADO)

Espesor: 8. mm mínimo. (ACEPTADO)

Superficie: Antideslizante. (POR DEFINIR)

Resistencia al desgaste: Mohs no menor a 6 (POR DEFINIR)

En ese sentido, indica la demandante que le presentaron a la Entidad dos alternativas o aceptar el porcelanato de acuerdo a la muestra presentada o informar si saben de algún proveedor nacional de porcelanato que tenga las especificaciones requeridas por ellos.

A través de la Carta N° 041-2012-LVSA/PARSALUD II los señores de Salamanca Ingenieros S.A. trasladan su consulta sobre la definición del porcelanato, al proyectista, por lo que se eleva a PARSALUD.

Mediante Carta N° 268-2012-PARSALUD/CG recibida el 09 de noviembre de 2012 PARSALUD comunica la absolución de las consultas, concluyendo lo siguiente:

Color: Hueso (ACEPTADO)

Acabado: Mate (ACEPTADO)

Dimensiones: 0.60x0.60m (ACEPTADO)

Espesor: 8. mm mínimo. (ACEPTADO)

Superficie: Antideslizante. (ACEPTADO)

Resistencia al desgaste: Mohs no menor a 8 (ACEPTADO)

El demandante resalta que en dicha comunicación PARSALUD precisa que las especificaciones técnicas dadas corresponden a la alternativa 1.

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

Por estas razones considera que el suministro por importación es un evento compensable, por cuanto no estaba previsto en el Cronograma de Avance de Obra programado el mayor tiempo que se requiere para dicho suministro.

Así precisa el demandante que con fecha 12 de noviembre de 2012, envió al proveedor Distribuciones Olano S.A.C., la cotización del porcelanato, con las características requeridas por PARSALUD.

A través de Documento Nº 040-00026030, el proveedor comunica que el porcelanato que cumple las características solicitadas no existe en el mercado nacional, que tendrá que ser importado desde China, estimando la primera entrega aproximadamente en dos meses, es decir hasta el 26 de enero de 2013.

El demandante cuantifica la prórroga de la siguiente forma:

Por demora en absolución de consulta:

Fecha de formulación de consulta: 27/01/2012.

Fecha de absolución de consulta: 09/11/2012

Ampliación de plazo 44dc.

Por demora en la adquisición del porcelanato:

Fecha de la orden de compra: 12/11/2012

Fecha de llegada del porcelanato a Lima 15/02/2012.

Ampliación de plazo 96 dc.

El demandante expone que el Supervisor de la Obra a través de Informe Nº 03-2013-SUP-YFE de fecha 16 de febrero de 2013, declara IMPROCEDENTE la ampliación de plazo solicitada por dicha parte.

En ese sentido, el demandante indica que la supervisión señaló de forma equivocada que los documentos se dirigieron al supervisor de las obras de Cajamarca LC Salamanca Ingenieros S.A. y no a la supervisión de las obras Amazonas Consorcio ACI CONESUPA que desconocía de los trámites y actuados al respecto.

Sin embargo, señala el demandante que mantiene con la entidad dos contratos uno en la Región Cajamarca y otro en la Región Amazonas y en ambos contratos el proyectista es el mismo, el arquitecto Juan Manuel Pizarro, el cual absuelve cualquier consulta referida al área de arquitectura. En razón a ello manifiestan que la consulta la hicieron extensiva para ambas obras.

Así también, manifiesta que LV Salamanca Ingenieros S.A. Sucursal en el Perú, con Carta Nº 041-2012-LVSA/PARSALUD II del 28 de setiembre de 2012, trasladó las consultas a PARSALUD. Con carta Nº 268-2012-PARSALUD/CG de fecha 09 de noviembre de 2012, indicando que dichas especificaciones son válidas para todas las obras que están a su cargo; es decir todas las obras de Cajamarca y Amazonas.

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

En ese sentido el demandante manifiesta que el Consorcio ACI - CONEPSUPSA no desconocía los trámites actuales al respecto, ya que la 268-2012-PARSALUD/CG, demuestra todo lo contrario, sin embargo, señalan que si resulta extraño que el Supervisor de la obra desconociera dicho hecho y que el mismo no sea imputable al demandante.

El demandante manifiesta también que existen anotaciones del Residente, en el cuaderno de obra en cumplimiento de la cláusula 32.1 sobre advertencia anticipada y la Cláusula 44 sobre eventos compensables.

Así también señala que en el informe de ampliación de plazo, se precisa que la causal de ampliación de plazo es el suministro de porcelanato el cual está abierta hasta el 15 de febrero de 2013, fecha en que llegaría el porcelanato a Lima por lo cual es procedente las anotaciones al respecto.

Manifiesta la parte, que el contratista no cumplió con mencionar o advertir de forma anticipada que el suministro del porcelanato solo se podrá realizar a través del suministro en China.

De otro lado, siendo la fecha del cese de la presente causal de reclamo, el 15 de febrero de 2013, que es según el proveedor, la fecha en la que estaba prevista la llegada del porcelanato.

Asimismo, la parte concluye que cumplió con la advertencia anticipada, también con presentar su reclamo dentro del plazo de 7 días calendarios después de la fecha de cese de la causal.

En razón a ello consideran que la demora de PARSALUD en contestar las consultas ha perjudicado a la demandante, así también la demora en el suministro del porcelanato.

Por lo que consideran que dadas las razones expuestas la mayor plazo para la ejecución de la obra de Luya debe ser también aplicaba en todo el contrato, es decir también alcanzaría dicho efecto a las obra de Huampani y de Leymebamba.

Así también indica que la cláusula 44.3. no especifica que existe obligatoriedad de que los documentos que fueron presentados a razón de la del supuesto evento compensable, vayan firmados con la firma del contratista o de su representante legal, dicho hecho que cuestiona el Supervisor.

Así, especifica el demandante que cumplió con señalar cuáles fueron las partidas afectadas a raíz del supuesto evento compensable. Además se debe tomar en cuenta, precisa, que en el contrato no se han estipulado qué documentos se deben acompañar para sustentar un evento compensable. Por lo que la Supervisión no puede alegar que el demandante no cumplió con presentar la programación GANT y Pert CPM actualizada.

Así también, precisa el demandante, que la Supervisión ha indicado que a la fecha el avance de la obra es de 43.85% faltando gran cantidad de partidas por ejecutar por lo

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

que supuestamente, no se podría argumentar que la partida de pisos por porcelanato ha impedido el término.

Respecto a ello, la demandante indica que efectivamente hay retraso, pero que de ninguna manera, ello calza como sustento legal para no otorgar la ampliación de plazo.

Ahora bien, con relación a la partida de pisos y pavimento (partida 14), la presiden las partidas de contra zócalos, zócalos y pintura, por lo que está demostrado que sí afecta a la ruta crítica.

En conclusión, respecto de éste punto, el demandante señala que la demora en el suministro del porcelanato sí afectó la ruta crítica, por lo que por lo que desplaza el término de la obra en un total de 140 días calendario.

En razón a lo expuesto, argumenta la demandante, que amerita que el contratista le reconozca el aumento de los gastos generales variantes, y por tanto le reconozca un pago de S/ 220, 076.47.

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

La demandada con relación a éste punto, contesta precisando que la obra se encontraba a solo 43.85% avanzada, siendo que la partida de porcelanato no afectaba la ejecución ya que indica que el Contratista tenía muchos frentes que se encontraban fuera de su plazo de ejecución.

Así indica que el asiendo N° 193, del residente de fecha 05 de diciembre de 2012, hace la consulta para conceder la compra del porcelanato, siendo reiterada la consulta el 17 de diciembre de 2012. Sin embargo, lo que omite señalar el demandante es que según asiento N° 206 del supervisor, de fecha 19 de diciembre de 2012, se responde la consulta.

Asimismo, señalan que se debe tener presente que mediante Acta Administrativa Obras Cajamarca, de fecha 12 de noviembre de 2012, se aprobaron con muestra a la vista, en presencia del proyectista, Contratista, y Supervisión, las características del porcelanato, Zócalos y Contrazócalos de cerámico y carpintería de muebles melamine. Sobre ello siendo el mismo Contratista BBTI Tecnología, Industrial S.A.C. encargado de la ejecución de obras Amazonas, se le indicó que estos serían los acabados de toda la zona.

Así también señala que según el cronograma GANTT de Obra y PERT - CPM, Contractual, estaba programado en realizarse en 31 días la partida de piso, iniciando el día sábado 01 de diciembre de 2012 y terminaría el lunes 31 de diciembre de 2012. Sin embargo, alega que el contratista no estaba en capacidad de realizar dichas partidas ya que no había acabado sus frentes de ejecución de las Obras.

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

Así por ejemplo, mediante asiento Nº 360, el supervisor de fecha 20 de mayo de 2013, se menciona que el contratista inicia la colocación del porcelanato en obra, solo en el Bloque "A", por cuanto los Bloques "B", "C" "D" y "E", recién se encontraban en construcción.

En ese sentido, el demandado, indica que, mediante asiento Nº 390, de fecha 13 de junio de 2013, el supervisor registra que el contratista tiene a la fecha los siguientes avances:

Bloque "A", con techo aligerado, con tarrajeo, e inicio de colocación de cerámico y porcelanato.
Bloque "B" con techo aligerado, sin tarrajeo de cielo raso, y muros interiores.
Bloque "C", construcción de cisterna, caseta de bomba con techo aligerado.
Bloque "D" sin techo aligerado, sin falso piso.
Bloque "E" sin techo aligerado, sin falso piso.

Por lo tanto, expone, que aún en el supuesto de que el contratista contara con el suministro del porcelanato, no tendría frente para iniciar los trabajos, por cuanto según su cronograma de Obra Contractual, dicha partida se debía iniciar el día 01 de diciembre de 2012; sin embargo, solo recién en mayo estaba un módulo de los seis que tiene la obra.

Además agrega que el Contrato en mención, no tiene el concepto de reconocimiento de gastos generales, sino el de aumento de precio de contrato, el cual se efectúa por gestión del Gerente de Obras, de acuerdo a los costos efectivamente acreditados.

Asimismo, sin perjuicio de ello, PARSALUD, indica que así el Tribunal Arbitral, considere que corresponde al Contratista el reconocimiento de los "gastos generales", se debe tener presente que el demandante 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 es a Suma Alzada, tal y como figura en la memoria descriptiva de los expedientes técnicos de las obras.

En consecuencia considera PARSALUD que no hay mayor sustento y el contratista no ha acreditado dichos gastos por lo que no corresponde que se reconozcan dichos montos.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En relación al Cuarto Punto Controvertido, de la lectura de la Segunda Pretensión Principal formulada por el CONTRATISTA, este Colegiado advierte que en ella se ha requerido el pronunciamiento de tres (3) controversias: (i) La aprobación de la solicitud de Ampliación de Plazo Nº 1 por 140 días calendario; (ii) el reconocimiento y pago por concepto de mayores gastos generales más IGV e intereses legales por un total de S/

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

220, 076.47; y, (iii) la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la Carta N° C-013-SORA-151-137 de fecha 20 de febrero de 2012 que declara improcedente la referida solicitud.

Así, debe considerarse que, con fecha 23 de mayo de 2012, PARSALUD y el Contratista suscribieron el Contrato N° 15-2012-PARSALUD/BID con el objeto de ejecutar las obras "Nuevo Centro de Salud Leymebamba", "Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Huampami" y "Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Luya" 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 convenio⁸ como: 1. *m. Ajuste, convención, contrato*; mientras que el contrato⁹ 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"

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

⁷ Medio Probatorio N° 1-JJ del acápite "Anexos" del escrito presentado con fecha 23 de setiembre del 2014 por el demandante.

⁸ http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=convenio

⁹ http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=contrato

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

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»*¹⁰.

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.»*¹¹

Por otro lado, los artículos 1352º y 1359º 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 obvio, sólo existe consenso cuando todas las partes integrantes de un negocio aceptan, expresan su voluntad respecto a las condiciones pactadas en él"*¹².

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*

¹⁰ Díez-Picazo y Ponce De León, L., y Gullón 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.

¹¹ Cas. 1345-98. Lima. Sala Civil de la Corte Suprema. El PERUANO, 20-01-1999.

¹² Díez-Picazo y Ponce De León, L., y Gullón 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.

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

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”¹³.

Tomando en cuenta lo expuesto líneas arriba, una primera cuestión a determinar refiere a si corresponde o no aprobar la solicitud de Ampliación de Plazo N° 1 realizada mediante la Carta N° 02-2013-CGGV/BBTI14, de fecha 6 de enero del 2016. Análisis que se procederá a realizar a continuación:

Sobre la procedencia de la solicitud Ampliación de plazo N° 01:

Antes de pasar analizar este 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, en las Condiciones Especiales del Contrato se ha establecido lo siguiente:

“Los siguientes Documentos también forman parte integral del Contrato:

1. Las bases

2. Los expedientes técnicos

**3. La oferta del oferente adjudicado con la buena pro
[...]**” (El resaltado es nuestro)

Asimismo, las cláusulas 28.1 y 28.2 de las Condiciones Generales del Contrato, referidas a Prórroga de Fecha Prevista de Terminación de la Obra, estipula el tratamiento que deberá seguir las ampliaciones de plazo que se soliciten durante la ejecución de las obras. Veamos.

*“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).

*“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***

¹³ Exp. 451-93-Callao, Normas Legales. Tomo 232, Pág. J-17.

¹⁴ Medio Probatorio N° 1 -LL del acápite “Anexos” del escrito presentado con fecha 23 de setiembre del 2014 por el demandante.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

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).

Igualmente, en 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." (El resaltado es nuestro).

"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).

Del mismo modo 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. Veamos.

"44.1 Se consideran eventos compensables los siguientes:

[...]

(g) El Gerente de Obras imparte una instrucción 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).

Por último, en las especificaciones técnicas generales, parte integrante del expediente técnico, el cual a su vez es parte integrante del contrato, las partes han establecido lo siguiente:

"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

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamaní Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

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 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. Veamos.

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

De acuerdo con lo alegado por el CONTRATISTA, con fecha 13 de febrero de 2012, mediante Carta N° 002-2013-CGGV/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 y demora en el suministro del porcelanato.

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 – le dará la posibilidad al CONTRATISTA de solicitar una prórroga a la Fecha Prevista de Terminación de la obra. Veamos.

*"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).*

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

Ahora bien, la causal invocada en la solicitud de modificación del plazo de terminación de la Obra está sustentada en la demora en la demora en la absolución de las consultas por parte de la PARSALUD respecto de las especificaciones técnicas del porcelanato, la demora en su adquisición debido a una supuesta modificación a las especificaciones técnicas iniciales y la demora en el suministro del porcelanato debido a su importación.

Sobre la demora en la absolución de las consultas

En ese sentido, tomando en cuenta lo alegado por el CONTRATISTA, con relación a la demora en la absolución de las consultas, el mismo precisa que en razón a ésta causal solicita una ampliación de plazo por un total de 44 días calendario, tomando en cuenta la fecha en la que realizó la primera consulta referida a las especificaciones técnicas del porcelanato.

Ahora bien, de acuerdo a lo alegado por BB Tecnología, a través de la Carta N° BBTI-CE-CM-122-12 de fecha 26 de setiembre de 2012, y recepcionado el 27 de setiembre de 2012, presenta a la Supervisión, una muestra de porcelanato con las siguientes características:

Color	Hueso
Acabado	Brillante
Dimensiones	0.50 x 0.50m
Espesor	8.0mm mínimo
Superficie	Antideslizante
Resistencia al desgaste	Mohs no menor a 6

En el mismo documento, el demandante le propone al Supervisor dos alternativas:

"Alternativa 1.- Aceptar el porcelanato según la muestra que presentaron.

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

Luego, a través de la Carta N° 041-2012-LVSA/PRSAUD II, de fecha 28 de setiembre de 2012, la Supervisión a cargo de la empresa LV Salamanca Ingenieros, trasladó la consulta respecto al porcelanato, realizada por BB Tecnología, a PARSALUD, precisando que la muestra presentada por BB Tecnología es la siguiente:

"La muestra que se presentó para evaluación tiene las siguientes características:

Color Hueso

Acabado Brillante

Dimensiones: 0.60 x 0.60 m

Espesor 8.0 mm mínimo

Superficie Antideslizante

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

Resistencia al desgaste: Mohs no menor a 6." (El énfasis es agregado).

En ese sentido, con fecha 09 de noviembre de 2012, PARSALUD responde, a través de la Carta N° 268-2012-PARSALUD/CG de fecha 08 de noviembre recibido el 09 de noviembre, precisando que las consultas realizadas ya habían sido absueltas por uno de sus especialistas, sin embargo, reiteran las respuestas a dicha consultas. Para ello, adjuntan el Informe N° 035-2012-JHCV-PARSALUD/UCT-AI de fecha 08 de octubre de 2012.

En dicho Informe, PARSALUD señala lo siguiente:

"CONSULTA 02 (PORCELANATO)

- *Color HUESO (ACEPTADO)*
- *Acabado MATE (ACEPTADO)*
- *Dimensiones 0.60 x 0.60 (ACEPTADO)*
- *Espesor: 8 mm (ACEPTADO)*
- *Superficie Antideslizante (ACEPTADO)*
- *Resistencia al desgaste MOHS 8 (ACEPTADO)*

Se le comunica que estas especificaciones dadas y aceptadas por PARSALUD, serán para todas las obra que tienen a cargo en su ejecución.

Respecto a las alternativas expuestas por el contratista se puede indicar que la alternativa 1 se determina con las característica Aceptadas líneas arriba"

De lo expuesto, se observa que la Supervisión no elevó de forma correcta la consulta propuesta por BB Tecnología, ya que en la muestra del porcelanato se presenta como dimensiones las siguientes: 0.50x 0.50m; **sin embargo la Supervisión eleva la consulta a PARSALUD, con el dato de Dimensiones 0.60x0.60m.**

Así también, se verifica que PARSALUD en su respuesta precisa que acoge la alternativa 1 presentada por BB Tecnología; sin embargo, se corrobora que las características técnicas del porcelanato aprobadas por la Entidad, difieren con lo propuesto por BB Tecnología en lo siguiente:

PROPUESTA DE BB TECNOLOGÍA	PARSALUD
Acabado Brillante	Acabado Mate
Dimensiones: 0.50x0.50m	Dimensiones: 0.60x0.60m
Resistencia al desgaste: No menor a Mohs 6	Resistencia al desgaste Mohs 8

En ese sentido, se colige que PARSALUD no acogió la propuesta que formuló el CONTRATISTA.

De lo expuesto se colige que, efectivamente, desde la fecha 26 de setiembre de 2012 hasta el 09 de noviembre de 2012, fecha en la que PARSALUD da respuesta a las consultas formuladas relativas a las especificaciones técnicas del porcelanato, se advierte una demora en la absolución de consultas por un total de 44 días calendario.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

Sin embargo, 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. Veamos.

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 acuerdo con lo verificado por este Colegiado, el inicio del evento compensable – demora en la absolución de consultas – sobreviene a partir del 27 de septiembre de 2012 hasta el 09 de noviembre de 2012.

En esa línea, si bien conforme al inciso c) de la cláusula 44.1 de las Condiciones Especiales del Contrato, precisa que la demora en la emisión de las especificaciones técnicas relativas al porcelanato calza como un evento compensable, éste no es un evento que hace imposible la ejecución de la obra, ya que el evento finaliza el 09 de noviembre cuando se obtiene respuesta por parte de PARSALUD y la partida de "Pisos y pavimentos" estaba programada para ejecutarse recién el 01 de enero de 2013.

Sobre la demora en el suministro del porcelanato

Ahora bien, tomando en cuenta lo alegado por el CONTRATISTA, con relación a la demora en la absolución de las consultas, el mismo precisa que en razón a ésta causal solicita una ampliación de plazo por un total de 96 días calendario, tomando en cuenta como fecha de inicio de la causal el 12 de noviembre de 2012, fecha en la que realizó la orden de compra con las especificaciones técnicas dadas por PARSALUD el 09 de noviembre de 2012.

En ese sentido, se observa que el demandante, luego de recepcionar la comunicación de PARSALUD, solicita a la empresa Distribuidora Olano S.A.C. la cotización del porcelanato, información sobre la disponibilidad y el cronograma de entrega. Así también, realizó el requerimiento del suministro el 12 de noviembre de 2012.

El proveedor responde con fecha 07 de enero de 2013, en el cual informa que el 15 de febrero de 2013 realizará la primera entrega por un total de (6, 000 m²) y el 15 de marzo de 2013, la segunda entrega por un total de (3, 000 m²).

De otro lado, tomando en cuenta que la Partida de Pisos y Pavimentos tenía como fecha de inicio el 01 de enero de 2013 hasta el 31 de enero del mismo año, podemos concluir

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamaní Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

que, la demora en el suministro del porcelanato ha generado una demora en el inicio de la ejecución de la partida "Pisos y pavimentos".

Ahora bien, debe tomarse en cuenta que desde el momento de la aprobación de las especificaciones técnicas del porcelanato por parte de PARSALUD, es decir el 09 de noviembre de 2012, el Contratista debía realizar las acciones pertinentes para procurarse el suministro del porcelanato con las características requeridas para la ejecución de dicha partida. Para ello, debemos considerar como primer punto, si actuó o no el CONTRATISTA con la diligencia ordinaria.

Al respecto, en el artículo 1314° del Código Civil se establece lo siguiente: *"Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso"*.

Entonces, ¿qué significa la diligencia ordinaria requerida? En relación a dicha interrogante, en la Exposición de Motivos del artículo 1314° del Código Civil¹⁵, el legislador refiere lo siguiente:

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

En caso de ausencia de culpa el deudor no está obligado a probar el hecho positivo del caso fortuito o fuerza mayor, es decir, la causa del incumplimiento por un evento de origen conocido pero extraordinario, imprevisto e inevitable. En la ausencia de culpa el deudor simplemente está obligado a probar que prestó la diligencia que exigía la naturaleza de la obligación y que correspondía a las circunstancias del tiempo y del lugar, sin necesidad de demostrar el acontecimiento que ocasionó la inejecución de la obligación"

Así, podemos observar que la *"diligencia ordinaria"* corresponde al actuar que debió efectuar el sujeto conforme a las circunstancias que el tiempo y el lugar le requerían, esto es, para determinar la *"diligencia ordinaria"*, debe conocerse cómo diversos actores que se encuentren en la misma situación hubiesen actuado ante la situación que es considerada como diligencia ordinaria.

En esa misma línea, el doctor Felipe Osterling¹⁶, respecto a la *"diligencia ordinaria"*, manifiesta lo siguiente:

¹⁵ Osterling Parodi, Felipe. Las Obligaciones. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, vol. VI, pp. 198 y 199.

¹⁶ Revisado en: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Art%C3%ADculo%201314.pdf>

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

"La diligencia ordinaria importa una conducta o comportamiento -pudiendo ser esta actividad negativa- que el deudor debe desplegar para satisfacer el interés del acreedor, es decir, el deber del deudor consiste en la ejecución de la prestación debida. El carácter subjetivo de nuestro ordenamiento está marcado, pues, por este requisito de "diligencia ordinaria", ya que de lo contrario, sin tan solo importase el resultado -sin considerar conducta, actividad o comportamiento alguno por parte del deudor-, sería irrelevante que el deudor hubiese actuado diligente o negligentemente, puesto que solo se evaluaría dicho resultado, y esta evaluación devendría en objetiva. El cumplimiento o incumplimiento sería todo lo que habría que verificar a efectos de la determinación de responsabilidad.

Más aún, la responsabilidad "objetiva" -donde no interesa la existencia de culpa o dolo- ya ingresa más al campo del riesgo creado, el mismo que calibra la graduación de la responsabilidad, así como la determinación y la imputación de ésta."

En ese sentido, para que este Colegiado determine si en el presente caso, el actuar del CONTRATISTA, se configuraría dentro de la diligencia ordinaria, se debe dar respuesta a los cuestionamientos que a continuación se analizarán.

Un primer cuestionamiento para absolver la presente controversia es conocer qué acontecimiento ha producido la demora en el suministro del porcelanato; sobre lo cual, debemos tener presente que el PARSALUD dio sus últimas especificaciones con relación al porcelanato recién el 09 de noviembre de 2012, tomando en cuenta que el inicio de las consultas acerca de dicho suministro se iniciaron el 26 de setiembre del 2012, lo que, conforme al CONTRATISTA, ha producido la demora en el suministro.

Ahora bien, cabe dar respuesta a una segunda interrogante, ¿pudo prever el Contratista la demora del suministro del porcelanato?

Sobre ello, debemos tener presente la comunicación que el Contratista cursó a PARSALUD, precisando que a fin de poder ejecutar la partida sin demora alguna, se acogieran a la muestra que la parte presentó a fin de no incurrir en demora por la importación del porcelanato; sin embargo, PARSALUD en su última comunicación ratifica las especificaciones técnicas dadas precisando que las mismas debían ser adoptadas en todas las obras a cargo del Contratista.

Así pues, podemos advertir que recién con la Carta en referencia es que el Contratista pudo realizar todas las gestiones pertinentes para obtener el suministro del porcelanato de acuerdo a lo indicado por el PARSALUD, por lo que tuvo un actuar diligente.

En ese sentido, es importante resaltar que en el presente caso cabe examinar si nos encontramos frente a un "evento compensable" de acuerdo a lo estipulado en las Condiciones Generales del Contrato firmado entre las partes:

"44. Eventos Compensables:

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco,

Dr. Juan Huamani Chávez,

Dr. Víctor Huayama Castillo.

*44.1. Se consideran eventos compensables:**(...)**c) El Gerente de Obras ordena una demora o no emite los planos, las Especificaciones Técnicas, o las instrucciones necesarias para la ejecución oportuna de las Obras"*

De lo expuesto, tenemos que siendo la demora en las absoluciones a las consultas relativas a las características técnicas que debía tener el porcelanato, lo que ha generado que el requerimiento se realice de forma tardía, considerando que se debe importar dicho material, es entonces la falta de las instrucciones necesarias para la ejecución oportuna de dicha partida, lo que en el presente caso calza como evento compensable.

Los sucesos expuestos, están considerados como evento compensable de acuerdo con lo pactado por las partes en el Contrato¹⁷, no obstante, un evento por sí mismo 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 las partes 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.

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 acuerdo con lo verificado por este Colegiado, el inicio del evento compensable – demora en la adquisición del porcelanato – sobreviene a partir del 09 de noviembre de 2012 hasta el 15 de febrero de 2012.

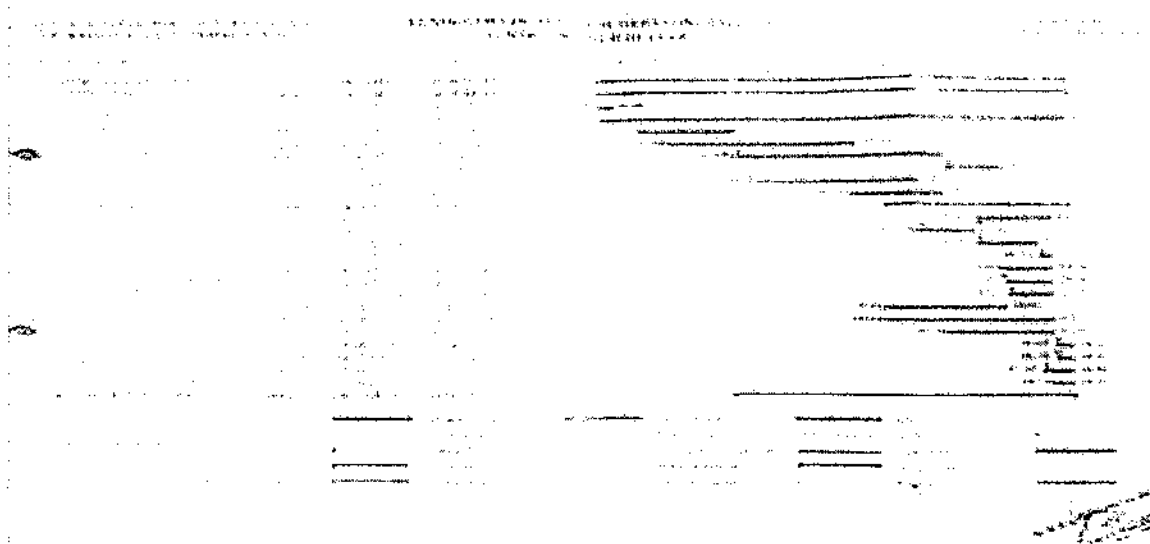
Ahora bien, de acuerdo a lo alegado por el CONTRATISTA las partidas que se vieron afectadas y para las cuales necesita la ampliación de plazo son las siguientes: (1) Pisos y pavimentos; (2) Contra zócalos; (3) Zócalos; y (4) Pintura.

De acuerdo con el «Cronograma inicial de Avance de Obra»¹⁸ las actividades que han sido afectadas estuvieron programadas para los días 01 de enero de 2013 al 16 de febrero de 2013. Veamos.

¹⁷ Literal (c) de la cláusula 44.1 de las Condiciones Generales del Contrato.

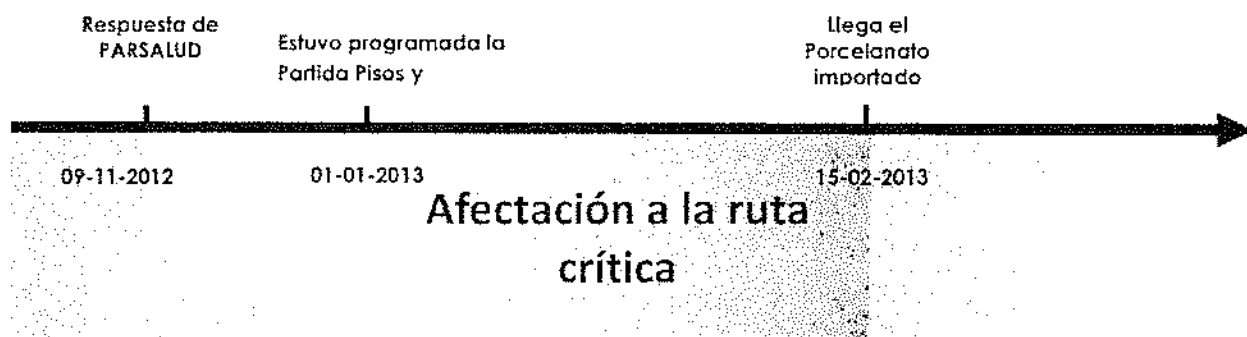
¹⁸ Anexo "ZZ" de la demanda, «Cronograma de ejecución de obras».

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



De la reproducción del Cronograma 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 96 días.

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 46 días, más no en 96 días.



eventos compensables las actividades estuvieron atrasadas. Ahora bien, ante esta posturas, este Colegiado se pregunta, ¿Quién debió de probar la existencia de atrasos en la ejecución de la obra?

Lo anterior, se debe a que la acreditación probatoria de las alegaciones es la actividad necesaria que implica demostrar la certeza de un hecho, su existencia o contenido según los medios establecidos por la ley. Así, la prueba recae sobre quien alega algo, ya que por principio probatorio se establece que quien alega debe probar la veracidad de aquello que afirma.

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

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"¹⁹.

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". 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.

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 46 días, en tanto que, es esta la cantidad de días que se vio afectado la secuencia programada de las actividades constructivas de la obra "Ampliación y Remodelación del Centro de Salud de Luya".

2. El reconocimiento y pago por concepto de mayores gastos generales por un total de S/ 220, 076.47, incluido el IGV.-

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. Veamos.

"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

¹⁹ CANELO RABANAL, R. 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.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

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, 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 plazo para la obra "Ampliación y Remodelación del Centro de Salud de Luya" por 46 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 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.

3. la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la Carta N° C-013-SORA-151-13 que declara improcedente la referida solicitud.-

Ahora bien, con relación a la lectura del pedido formulado por el demandante, y de acuerdo a lo expuesto en los párrafos precedentes, éste Tribunal estima se declare la nulidad e ineficacia de la Carta N° 013-SORA-151-13 de fecha 20 de febrero de 2013, la cual declara IMPROCEDENTE la solicitud de ampliación de plazo N° 01 por 140 días calendario ya que contraviene la decisión tomada por el presente Tribunal, toda vez que este Colegiado ha reconocido de forma parcial la solicitud de ampliación de plazo N° 01, por lo que sería jurídicamente insostenible que coexistan ambas decisiones.

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: (2) Segunda Pretensión Principal.

- **DECLARAR FUNDADA EN PARTE** la Segunda Pretensión Principal, analizada en el Cuarto Punto Controvertido, en el extremo referido a la Ampliación de Plazo N° 01 por un total de 46 días calendario; declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de Mayores Gastos Generales y en consecuencia, declarar **NULA e INEFICAZ** la Carta N° 013-SORA-151-13.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

Que, el Tribunal Arbitral declare que la solicitud de ampliación de plazo N° 01 por 140 días calendarios correspondiente a la obra "Nuevo Centro de Salud Luya", también debe aplicarse a la obra "Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Huampami"; por lo tanto, nos otorgue una Ampliación de Plazo por 133 días calendarios en la obra, como resultado de procesar la incidencia en su Cronograma de Ejecución de Obra Contractual, del desplazamiento de la partida 15. PISOS Y PAVIMENTOS en un total de 140 días calendarios, tal como fuera solicitada mediante nuestra Solicitud de la Ampliación de Plazo N° 01 en la obra del Centro de Salud de Luya; y se reconozca el pago de los respectivos mayores gastos generales por un monto de S/. 276,188.29 incluido el IGV, más el pago de intereses legales hasta la fecha real de pago.

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

Que, el Tribunal Arbitral declare que la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 1 por 140 días calendarios correspondiente a la obra "Nuevo Centro de Salud Luya", también debe aplicarse a la obra "Nuevo Centro de Salud de Leymebamba"; por lo tanto, nos otorgue una Ampliación de Plazo por 140 días calendarios en la obra "Nuevo Centro de Salud Leymebamba", como resultado de procesar la incidencia en su Cronograma de Ejecución de Obra Contractual, del desplazamiento de la partida 15. PISOS Y PAVIMENTOS en un total de 140 días calendarios; asimismo, se reconozca el pago de los respectivos mayores gastos generales en la obra de "Nuevo Centro de Salud Leymebamba" por un monto de S/. 308,273.23 incluido el IGV, más el pago de intereses legales hasta la fecha real de pago.

RESPECTO AL QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO**POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL S.A.C.**

En ese sentido, el demandante indica que solicita 140 días calendarios de ampliación de plazo debido a la demora en la absolución de consultas sobre las características técnicas del porcelanato y por su demora en el suministro por ser importado de China, viene a ser el mismo sustento que se desarrolla en el caso de la Pretensión Principal 2. es decir es el mismo sustento detallado para la obra de "Nuevo Centro de Salud Luya", POR CUANTO ESTA CAUSAL ES COMÚN Y AFECTA A TODAS LAS OBRAS DEL CONTRATO.

Así también, desarrolla un Análisis de la variación del Cronograma de Ejecución de la obra "Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Huampami", a fin de determinar cuántos días calendario de Ampliación de Plazo corresponden a esta obra, en función a afectación de su Cronograma debido al alargamiento de la partida 15. PISOS Y PAVIMENTOS en 140 días calendarios, para lo cual se toma como Cronograma contractual el ampliado con la aprobación de las dos ampliaciones.

Así, señala que las partidas que tienen como predecesoras a la partida 15. PISOS Y PAVIMENTOS son las partidas:

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

16. CONTRAZOCALO.

17. ZOCALOS.

25. PINTURA.

26. VARIOS SEÑALETICA Y JARDINERIA.

De otro lado, señala que en el Cronograma de Ejecución de Obra se puede apreciar que las partidas 16 Y 17, tienen como predecesora la partida 15 PISOS Y PAVIMENTOS, y luego de reemplazar en la partida 15 la duración por un total de 163 días calendarios (23 de +140dc de la ampliación), se obtiene el CRONOGRAMA DE EJECUCION DE OBRA AMPLIADO.

De lo Expuesto, en base al Cronograma ampliado se concluye que la demora en el suministro de porcelanato afectó la partida 15, 16, 17, 25 y 26 cuya barra pertenece a la ruta crítica y desplaza el término de la obra en un total de 133 días calendarios que es la cantidad que solicitamos nos otorgue el Tribunal Arbitral como ampliación de plazo: por lo tanto, con este Análisis se demuestra que si afecta la RUTA CRITICA.

En ese sentido, estando el demandante indica que ya está demostrado que por las causales expuestas, es procedente que a su representada se le otorgue la ampliación de plazo por 133 días calendarios tal como se sustentó en la presente pretensión, así solicita el pago de los mayores gastos generales incurridos por la presente ampliación el cual asciende al monto de S/. 276,188.29 incluido el JGV, más los intereses legales generados hasta la fecha real del pago en base a los siguientes fundamentos.

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

Así PARSALUD expone que, el Contrato de Ejecución de Obras N° 15-2012-PARSALUD/BID, es vinculante y de obligatorio cumplimiento, a mérito de lo dispuesto por el Artículo 168° del Código Civil.

En ese sentido, expone que por su parte el artículo 1361° del Código Civil establece que: "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".

Afirman así que las partes tienen la libertad de contratar, establecer el contenido y los efectos del contrato, así como, para crear con plena eficacia figuras nuevas y distintas de las determinadas legislativamente, pero siempre con la debida observancia de los que establece nuestro ordenamiento jurídico"

Que, por lo tanto, no es amparable que el Contratista pretenda extender los efectos de la solicitud de ampliación de plazo formulada en una obra, a otras obras distintas,

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

en la medida que está desconociendo las estipulaciones contenidas en el Contrato de Ejecución de Obras N° 15-2012-PARSALUD/BID que ha establecido una formalidad expresa para la ampliación de plazo por cada obra.

Afirman así que las partes tienen la libertad de contratar, establecer el contenido y los efectos del contrato, así como, para crear con plena eficacia figuras nuevas y distintas de las determinadas legislativamente, pero siempre con la debida observancia de los que establece nuestro ordenamiento jurídico"

Que, por lo tanto, no es amparable que el Contratista pretenda extender los efectos de la solicitud de ampliación de plazo formulada en una obra, a otras obras distintas, en la medida que está desconociendo las estipulaciones contenidas en el Contrato de Ejecución de Obras N° 15-2012-PARSALUD/BID que ha establecido una formalidad expresa para la ampliación de plazo por cada obra.

CON RELACIÓN AL SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO**POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL S.A.C.**

El CONTRATISTA expresa que tal como se indica en su Pretensión Accesorio Número Dos, el sustento técnico y legal de los 140 días calendarios de Ampliación de Plazo debido a la demora en la absolución de consultas sobre las características técnicas del porcelanato y por su demora en el suministro por ser importado de China, viene a ser el mismo sustento que se desarrolla en el caso de la Pretensión Principal 2, es decir es el mismo sustento detallado para la obra de "Nuevo Centro de Salud Luya", por cuanto esta causal es común y afecta a todas las obras del CONTRATO.

Sin embargo, desarrolla el Análisis de la variación del Cronograma de Ejecución de la obra "Nuevo Centro de Salud Leymebamba", a fin de determinar cuántos días calendario de Ampliación de Plazo corresponden a esta obra, en función a la afectación de su Cronograma con el alargamiento de la partida 15. PISOS Y PAVIMENTOS en 140 días calendarios.

Así expone que en el Cronograma de Ejecución de Obra se puede apreciar que las partidas 16, y 24 tienen como predecesora la partida 15 PISOS Y PAVIMENTOS, y luego de reemplazar en la partida 15 la duración por un total de 171 días calendarios (31 de + 140dc de la ampliación), se obtiene el CRONOGRAMA DE EJECUCION DE OBRA AMPLIADO, apreciándose que el alargamiento en la duración de la actividad 15 ocasionará el desplazamiento de las partidas 16. CONTRAZOCALOS 25 PINTURA y 26 SEÑALITICA Y JARDINERIA.

De otro lado, el CONTRATISTA sostiene que la demora en el suministro de porcelanato afecto la partida 25 PINTURA cuya barra pertenece a la ruta crítica y desplaza el término de la obra en un total de 140 días calendarios, que es la cantidad que solicitamos nos otorgue el Tribunal Arbitral como ampliación de plazo, por lo tanto, en la misma forma que lo indicado en nuestra pretensión anterior, con este Análisis se demuestra que si se afecta la RUTA CRITICA.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

En ese sentido, expresa el CONTRATISTA, estando ya demostrado que existen suficientes causales fácticos y contundentes por el cual es procedente la ampliación de plazo solicitado por su representada, solicita a vuestro ilustre colegiado ordene a la Entidad el pago de los mayores costos adicionales incurridos por la presente ampliación de plazo el cual asciende al monto de S/. 308,273.23 incluido el IGV más los intereses legales generados hasta la fecha real del pago

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

Al respecto el PARSALUD expresa que efectivamente, el CONTRATISTA pretende que la solicitud de ampliación de plazo N°1 solicitada sobre el Centro de Salud Luya sea "aplicada" a su vez a los Centros de Salud de Huampami y Luya, es decir, nunca fue presentado durante la ejecución del contrato para el pronunciamiento del Contratista, como se disponía en dicha relación jurídica que es LEY ENTRE LAS PARTES.

Asimismo, advierte que hasta el momento de la resolución la obra, el CONTRATISTA no estaba en condiciones de iniciar la colocación de piso porcelanato y/o terrazo pulido, porque la obra se encuentra muy atrasada desde el inicio, sin residente de obra durante (80) días. (Asiento N° 40 del residente de fecha 11/09/2012, donde reporta su llegada y asume el cargo). Efectivamente, según asiento N° 160 del supervisor de fecha 18/01/2013, deja constancia que se ha vencido el plazo contractual de la obra (210) días e indica que la obra tiene un Avance real de 27.0%, siendo el programado el 100%.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL

En relación al Quinto y Sexto Punto Controvertido derivados de la Primera y Segunda Pretensiones Accesorias a la Segunda Pretensión Principal, 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 en cada caso:

- Centro de Salud Huampami: Reconocimiento del mayor plazo para la ejecución de obra por un total de 133 días calendario y el pago de los Mayores Gastos Generales por un total de S/ 276, 188.29.
- Centro de Salud Leymebamba: Reconocimiento de la ampliación de mayor plazo para la ejecución de obra por un total de 140 días calendario y el pago de los Mayores Gastos Generales por un total de S/ 308, 273.33.

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 solicitud de mayor plazo para la ejecución de obra con relación a las Obras, Centro de Salud Huampami y Centro de Salud Leymebamba.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

Sobre la procedencia del mayor plazo para la ejecución de obra

Antes de pasar a analizar este extremo, 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, en las cláusulas 28.1 y 28.2 de las Condiciones Generales del Contrato, referidas a Prórroga de Fecha Prevista de Terminación de la Obra, las partes han estipulado el tratamiento que deberá seguir las ampliaciones de plazo que se soliciten durante la ejecución de las obras. Veamos.

"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).

"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).

Igualmente, en 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

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

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 mayor plazo para la ejecución de obra o prórroga del plazo de terminación de las obras. Veamos.

“44.1 Se consideran eventos compensables los siguientes:

(...)

(c) El Gerente de Obras ordena una demora o no emite los Planos, las Especificaciones o las instrucciones necesarias para la ejecución oportuna de las Obras.

(...)

(g) El Gerente de Obras imparte una instrucción 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 énfasis es agregado).

De acuerdo con el marco legal antes descrito, 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 improcedencia o infundabilidad del mayor plazo de ejecución de obra bajo análisis.

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. Veamos.

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

De acuerdo con lo alegado por el CONTRATISTA, este pretende que la solicitud de ampliación de plazo N° 01 con relación a la Obra del Centro de Salud de Luya, también debe aplicarse al Centro de Salud Huampami y Centro de Salud de Leymebamba. Es por ello, que conviene observar la Carta de solicitud de prórroga de fecha de término de la Obra del Centro de Salud Luya de fecha 13 de febrero de 2013, la cual fue presentada de la siguiente forma:

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

Excmo. Sr. Jefe del Poder Judicial

SEÑOR JEFES DEL PODER JUDICIAL

Yo,

ING. ALFONSO VILLALBA, EN MI CALIDAD DE PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Considero

QUE CONFORME AL PROCEDIMIENTO DEL CONTRATO N° 015-2012-PARSALUD/BID, SE HA PRESENTADO LA DEMANDA POR LA PREVENCIÓN DEL ENTRENAMIENTO DE LA OBRA

Respecto a

LA DEMANDA POR LA PREVENCIÓN DEL ENTRENAMIENTO DE LA OBRA

En el presente expediente, se ha presentado la demanda por la prevención del entrenamiento de la obra, en virtud de la cual se solicita al contratista que presente la documentación necesaria para la ejecución de la obra, en virtud de la cual se solicita al contratista que presente la documentación necesaria para la ejecución de la obra.

En virtud de lo anterior, se ha presentado la demanda por la prevención del entrenamiento de la obra, en virtud de la cual se solicita al contratista que presente la documentación necesaria para la ejecución de la obra.

Atentamente,

ALFONSO VILLALBA
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
ING. ALFONSO VILLALBA

Ahora bien, de la verificación de la carta, 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 "Centro de Salud de Luya", mas no a las obras del Centro de Salud Huampami y Centro de Salud Leymebamba.

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 un mayor plazo para la ejecución de obra.

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*.

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 Accesorio a la Segunda Pretensión Principal y, (2) Segunda Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal:

- **DECLARAR IMPROCEDENTES** la Primera y Segunda Pretensiones Accesorias a la Segunda Pretensión Principal analizadas en el Quinto y Sexto Punto Controvertido, 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.

SÉTIMO PUNTO CONTROVERTIDO

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

Que, el Tribunal Arbitral apruebe la Ampliación de Plazo N° 02 por 47 días calendarios correspondiente a la obra "Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Huampami", por los efectos que han producido la falta de energía eléctrica en la localidad de Huampami y en consecuencia se nos reconozca el pago de los mayores gastos generales por un monto de S/. 97,600.37 incluido el IGV, como consecuencia de la ampliación de plazo antes mencionada, más el pago de intereses legales devengados hasta la fecha real de pago.

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL S.A.C.

En ese sentido, el demandante expresa que con carta N° 011-2012-NMM/RO del 12 de Octubre 2012 (**ANEXO N°1-0**), se solicitó la Ampliación de Plazo N° 02, por la causal de falta de energía, solicitando un plazo de 36 días calendarios.

Con Carta N° 031-2013-NMM/RO del 11 de Febrero del 2013 solicitamos a la Entidad la Reconsideración de la ampliación de plazo N°02 Solicitando una Ampliación de Plazo de 47 días Calendarios.

De otro lado, expresa que con Carta N° 2-2013-002027 del 28 de Febrero del 2013 la supervisión a través del CONSORCIO ACI - CONESUPSA comunica al CONTRATISTA que su solicitud de Ampliación de Plazo N°02 por 47 días calendarios ha sido declarado IMPROCEDENTE, de acuerdo con lo indicado por el Supervisor con Informe N° 008 -2013-FFAR- SO de fecha 18 de Febrero del 2013.

Mediante asiento N° 44 del Contratista de fecha 20 de Agosto de 2012, ítem 7), se indica que la falta de energía eléctrica en esta localidad está afectando el normal desarrollo de los trabajos e impidiendo el uso de los equipos eléctricos que se trajeron con la finalidad de utilizarse en obra de acuerdo a la programación, tales como taladro, amoladora, sierra circular para corte de madera en caso de los encofrados y tijerales, equipo de corte de fierro de construcción, entre otros.

Asimismo, se indica que otro de los impedimentos que ha causado la falta de energía eléctrica es no poder establecer el trabajo de horarios extendidos por las noches, es decir, trabajar por las noches de 6 p.m. a 10 p.m., y de esta manera recuperar los días no laborados por causa de las intensas lluvias ocurridas en la zona de El Cenepa, haciendo hincapié que siempre ha existido y existe la disponibilidad del personal para laborar horas extras.

De otro lado, el CONTRATISTA expresa que mediante asiento N° 45 de fecha 20 de Agosto de 2012 Ítem 8º, el Supervisor de obra indica que la falta de energía eléctrica en la localidad de Huampami, no influye para nada el desarrollo de los trabajos, se ha presupuestado en la partida 01.06; en todo caso es responsabilidad del contratista alquilar y/o comprar un grupo electrógeno que les cubra su necesidad y se le recuerda que dicha partida no está en ruta crítica y además el presupuesto es de suma alzada.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

Mediante asiento N° 87 de fecha 04 de Octubre de 2012 Ítem 4), su representada reitera que persiste la carencia de energía eléctrica desde el inicio de obra, no permitiendo trabajar horas extras, para acelerar avance de obra.

Mediante asiento N° 91 de fecha 06 de Octubre de 2012, Ítem 2) y 5), su representada da aviso oportuno y anticipado a la Supervisión de conformidad con la cláusula 32 del contrato, que en la zona no existe energía eléctrica desde el inicio de obra, existiendo discrepancia con lo indicado en el expediente técnico donde señalaba la existencia de este servicio; dicha carencia se anotó anticipadamente en el Asiento N° 44 ítem 5) y 7) en el Asiento N° 87 ítem 4), dejando entrever que la referida energía eléctrica no existe, ocasionando atrasos de obra, por cuanto los trabajos que realice el contratista se ve afectado en no darse un normal avance porque no se puede hacer uso de los equipos eléctricos traídos para usarse en la obra, tales como taladro, sierra circular para corte de madera para habilitar encofrados y los tijerales, equipo de corte de fierro de construcción entre otros, asimismo se ha afectado a la guardiana por la noche. Estos hechos son eventos compensables catalogados en la Cláusula 44 del Contrato que afectara la fecha prevista de terminación de obra, conforme lo indica la Cláusula 28 que dará lugar a la Reconsideración a la Ampliación de Plazo N° 02.

Así señalan que precisaron también a la supervisión que ha existido y existe la disponibilidad para trabajar en horarios extendidos tanto del personal calificado llegado de provincia, así como del residente de obra, con la finalidad de construir el proyecto en el más breve plazo y volver a nuestros lugares de origen, en razón a la vivencia de la realidad de la zona, porque la estadía es complicada por lo inestable del clima con sus lluvias torrenciales casi interdiarias, la existencia solo del transporte fluvial, la comunicación casi nula, solo hay la comunicación satelital GILAT, que resulta cara, la carencia de energía eléctrica y para completar la situación; la alimentación es deficiente debido a la pobreza en la localidad.

En cuanto al personal señalan que, la mano de obra no calificada que es de esta localidad de Huampami, la disponibilidad para trabajar en horarios extendidos es igual, porque han esperado mucho tiempo para que se haga este proyecto, después de tres convocatorias y el CONTRATISTA se ha arriesgado a hacer realidad la obra que la comunidad esperaba, por esta razón es que dicho personal ponen a la disposición del CONTRATISTA su deseo de trabajar.

Mediante Asiento N° 92 de fecha 06 de Octubre de 2012, ítem 3°, el Supervisor de obra anota que con referencia al asiento precedente en relación que se da aviso oportuno y anticipado, se recuerda que han transcurrido a la fecha 109 días, por lo tanto la causal invocada esta fuera de plazo.

Mediante Asiento N° 99 de fecha 13 de Octubre de 2012, Ítem 3), su representada reitera que en la localidad de Huampami Distrito El Cenepa, aún no se cuenta con energía eléctrica, no permitiendo trabajar con horarios extendidos y así compensar los días no laborados por efectos de las lluvias intensas.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

Mediante Asiento N° 103 de fecha 16 de Octubre de 2012, (ANEXO N° XX) ítem 5), su representada vuelve a reiterar que en la localidad de Huampami Distrito El Cenepa, aún no se cuenta con energía eléctrica, la misma que se viene dando desde el inicio de obra, no coincidiendo con el expediente técnico del Proyecto, en donde se indicaba la existencia de este servicio, no permitiendo hacer uso de los equipos eléctricos traídos para esta obra, tales como taladro, sierra circular para corte de madera para habilitar encofrados y los tijerales, equipo de corte de fierro de construcción entre otros, asimismo se ha afectado a la guardiana por la noche.

Señalan así que la falta de energía eléctrica, impide realizar trabajos con horarios extendidos, para de esta manera compensar los días no laborados por efectos de las lluvias intensas.

Estos hechos son eventos compensables, catalogados en la Cláusula 49 y afectará la fecha prevista de terminación de obra, conforme lo indica la cláusula 28 que dará lugar a la Reconsideración a la Ampliación de Plazo N° 02.

Asiento N° 106 de la Supervisión de fecha 17 de Octubre de 2012, ítem 42, anota que, es verdad lo anotado por el Ing. Residente en su Asiento N° 103 ítem 5)

Asiento N° 115 del Contratista de fecha 26 de Octubre de 2012, ítem 4), se reitera que en la localidad de Huampami Distrito El Cenepa, aún no se cuenta con energía eléctrica, la misma que se viene dando desde el inicio de obra.

Asiento N° 121 del Contratista de fecha 30 de Octubre de 2012, ítem 2), se reitera que en la localidad de Huampami Distrito El Cenepa, aún no se cuenta con energía eléctrica, la misma que se viene dando desde el inicio de obra.

Asiento N° 128 del Contratista de fecha 05 de Noviembre de 2012, ítem 5), se reitera que en la localidad de Huampami Distrito El Cenepa, aún no se cuenta con energía eléctrica, la misma que se viene dando desde el inicio de obra, no con el expediente técnico del proyecto, en donde se indicaba la existencia de este servicio.

Asiento N° 131 del Contratista de fecha 08 de Noviembre de 2012, ítem 4), se reitera que en la localidad de Huampami Distrito El Cenepa, aún no se cuenta con energía eléctrica, la misma que se viene dando desde el inicio de obra, no coincidiendo con el expediente técnico del proyecto, en donde se indicaba la existencia de este servicio, La falta de energía eléctrica no ha permitido desde el inicio de obra hacer uso de los equipos eléctricos traídos para esta obra, tales como taladro, sierra circular para corte de madera para habilitar encofrados y los tijerales, equipo de corte de fierro de construcción entre otros. Es menester también precisar que la falta de energía eléctrica, ha impedido realizar trabajos con horarios extendidos, para de esta manera compensar los días no laborados por efectos de las lluvias intensas.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

Asiento N° 135 de la Supervisión de fecha 12 de Noviembre de 2012, ítem 7º, anota que se le recuerda al Ing. Residente que su representada firmó un contrato a mano alzada, por un tiempo de ejecución de 120 días y que antes de firmar dicho contrato, hubiese advertido la falta de energía de Huampami.

De otro lado el CONTRATISTA expresa que la presente solicitud de Ampliación de Plazo tiene como principal causal el reducido plazo contractual estimado para la ejecución de la obra, al presentar inconvenientes como son las dificultades en el acceso a la obra (Vía Fluvial) y la falta de energía eléctrica para la operación de las Herramientas manuales que funcionan con electricidad y originan un retraso en las actividades de corte, perforado, pintados de base antirrosiva, fabricación y montaje del techo.

Así expone el CONTRATISTA que esta situación desfavorable del terreno se origina un evento compensable, y para contrarrestar el plazo reducido de ejecución y considerando la voluntad de la población de apoyar a culminar la obra, el CONTRATISTA indica que es necesaria la implementación de un horario nocturno que permita cumplir los alcances dentro del Plazo Contractual, pero la falta de energía eléctrica no permite implementar esta alternativa de solución y en consecuencia afecta el Cronograma de Ejecución de Obra. La causal antes mencionada tiene como base legal la siguiente: Cláusula 28.1, 39, 44.1 y 32 de as CEC.

Así expone el CONTRATISTA que en este Caso, el Evento Compensable esta en base a las dificultades existentes en los accesos a la Obra (solo por vía fluvial de 6 a 8 horas y no es permanente), la falta de energía eléctrica, altas temperaturas ambientales y no tiene carreteras de acceso.

Es decir, las condiciones del terreno son más desfavorables que lo que se podría inferir, la falta de energía eléctrica también fue un evento imprevisto ante la falla del generador del pueblo ocurrido en el mes de julio afectando el normal desarrollo de los trabajos.

Por lo expuesto, concluyen que el Plazo contractual de 120 días calendarios es insuficiente para ejecutar en forma concreta el proceso constructivo de la obra.

Asimismo precisan que es descabellado lo indicado por el Supervisor de obra en el Informe N° 007-2013-EMM/CPA-CONSORCIO ACI-CONESUPSA, en el cual indica que la falta de energía no influye en el desarrollo de los trabajos, algo totalmente falso; puesto que como es de conocimiento general el uso de herramientas manuales eléctricas logra que los trabajos se realicen a una velocidad mayor de lo que se desarrollaría con herramientas no eléctricas.

Así expresan que el costo de la energía eléctrica ha sido debidamente presupuestada en la partida 01.06, tal como lo reconoce el supervisor de obra en el asiento N°45 de fecha 20 de agosto de 2012; sin embargo, alegan que eso no quiere decir que sea el CONTRATISTA quien deba suministrarse asimismo de energía eléctrica como pretende hacer creer la Entidad.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

El CONTRATISTA, finalmente expone que si bien él debe correr con los costos que pueda irrogar el uso de energía eléctrica, eso no implica que sea ella misma la que tenga que abastecerse de dicha energía.

Por otro lado, sobre la causal indicada se deduce que el Plazo Contractual no se ajusta a la realidad de las condiciones que presenta actualmente el terreno, por lo cual según se sustenta en los Asientos N2 44, 87, 91, 99, 103, 121, 128 y 131, la falta de energía eléctrica no ha permitido que se puedan implementar el horario nocturno (6 pm - 10 pm) que permita incrementar el Plazo de Ejecución y Contrarrestar las condiciones desfavorables del terreno.

- Se toma como fecha de inicio de la causal el 09 de Julio del 2012, fecha que según se indica en el Asiento N202 ítem 4) se iniciaron los trabajos de demolición.
- Se toma como fin de la causal la fecha del 15 de Noviembre 2012 que es la más cercana a la fecha contractual de término de obra. (17.11.2012).

De otro lado precisa que las partidas que tienen como predecesoras a la partida 4 Trabajos Preliminares, son las partidas:

6 Obras de Concreto simple
9 Estructuras de Madera
19 Cobertura, Cumbresas y Accesorios
32 Sistema de Agua de Lluvia.

En el cronograma de Ejecución de Obra se puede apreciar que las partidas 6 tienen como predecesora la partida 4 TRABAJOS PRELIMINARES y luego de reemplazar en la partida 4 la duración por un total de 47 días calendarios (10 dc + 47 dc de la ampliación), se obtiene el CRONOGRAMA DE EJECUCION DE OBRA AMPLIADO, apreciándose que el alargamiento en la duración de la actividad 4 ocasionará el desplazamiento de las partidas 6 y 9.

POSICIÓN DE PARSALUD

El PARSALUD expresa que extiende como sustento los argumentos expuestos por el Gerente de Obras en su Carta N° C-013-SORA-157-13 y sus adjuntos (Informe N° 007-2013-EMM/CPA-CONSORCIO ACI - CONESUPSA e Informe N° 008-2013-FFAR-S.O.), así como del contenido del Informe N° 015-FFAR-S.O.

De otro lado, señala que en la Memoria Descriptiva de Instalaciones eléctricas se menciona en el párrafo cuarto del ítem 2.00 Alcances de Proyecto, lo siguiente:

"Todos los circuitos se han considerado en el sistema de emergencia del tablero general como son los tableros TD-1, TD-2, TD-3, TE-1, TAB Y TD-4. Por ser necesario porque la población no cuenta con alimentación de energía en Media Tensión, actualmente el suministro de energía a la población se realiza mediante un grupo electrógeno que lo administra la Municipalidad"

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

Asimismo, en el párrafo séptimo: "El desmontaje del equipamiento electromecánico, conductores existentes en las instalaciones a demoler e instalaciones provisionales necesarias para el desarrollo normal de la obra estará a cargo del Contratista".

En el mismo sentido, en el ítem 8.00 SUMINISTRO DE ENERGIA ELECTRICA EN CASO DE EMERGENCIA, se menciona:

Informa también que las instalaciones eléctricas proyectadas correspondientes a los tableros de distribución considerados en el sistema de emergencia, en caso de corte de energía se abastecerán mediante un grupo electrógeno de 10 Kw existente el cual será reubicado a la caseta destinada para el G.E. la transferencia se realizará mediante el tablero manual.

Al respecto, precisa que se debe tener presente que el Contrato de Ejecución de Obras N°015-2012-PARSALUD/BID, que es Ley para las Partes, estableció 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 ese sentido, señala que efectivamente, el literal f) de la Cláusula 44 del Contrato de Ejecución de Obras N°015-2012-PARSALUD/BID, establece como "Evento Compensable" al siguiente:

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.

En ese sentido, señala que de lo expuesto, se advierte 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 extender el plazo y reconocer el pago por dichos Eventos Compensables, lo cual no ha ocurrido en el presente caso, por cuanto, el CONTRATISTA, ya sea por el Expediente Técnico, o por haber visitado el sitio de construcción de la obra, hubiera podido haber advertido la fuente de energía.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL

En relación a la Tercera Pretensión Principal formulada por el demandante, este Colegiado advierte que en ella se ha requerido el pronunciamiento de tres (3) controversias: (i) La aprobación de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 2 con relación a la Obra "Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Huampami"; (ii) el reconocimiento y pago por concepto de mayores gastos generales incluido el IGV por un monto ascendente a S/ 97, 600.37; y, (iii) la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la Carta N° 2-2013-002027 de fecha 28 de febrero del 2013 que declara IMPROCEDENTE la referida solicitud por cuarenta y siete (47) días calendario respecto a solicitados por el demandante.

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

Así pues, una primera cuestión a determinar refiere a si corresponde o no aprobar la solicitud de Ampliación de Plazo N° 2 realizada mediante la Carta N° 2-2013-002027, de fecha 28 de febrero del 2012. Análisis que se procederá a realizar a continuación:

Sobre la aprobación de la Solicitud de mayor plazo para la ejecución de obra N° 02:

De acuerdo a lo expuesto por las partes, con relación a éste punto, se tiene que el demandante solicita una ampliación de plazo N° 02, por un total de 47 días calendario, debido a que en la zona de Huampami, en razón a que la falta de energía eléctrica en la ciudad está afectando el normal desarrollo de los trabajos e impidiendo el uso de los equipos eléctricos como por ejemplo sierra circular, taladro y otros) considerando dicho hecho como un evento compensable.

De otro lado, la Entidad ha precisado que en la Memoria Descriptiva se informó que la población no cuenta con alimentación de energía en Media Tensión.

Ahora bien, corresponde determinar cuál es el procedimiento para que el demandante pueda solicitar un mayor plazo para la ejecución de obra por un evento compensable, en el marco del presente Convenio.

En razón a ello, debe tomarse en cuenta lo expuesto en la cláusula 32.1. de las Condiciones Generales de Contratación, en la cual se expone lo siguiente:

"32. Advertencia Anticipada:

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 solicitarle 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 ordenare el Gerente de Obras "(el énfasis es agregado).

En ese sentido, de acuerdo a lo establecido en la cláusula 44.1. de las Cláusulas Generales de Contratación establecidas en el Convenio, el cuál a la letra expresa lo siguiente:

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

"44. Eventos compensables

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 énfasis es agregado).

De lo expuesto se deduce que si ocurría un evento, que a consideración del contratista, pudiera perjudicar la calidad de los trabajos, éste debía advertir lo antes posible al Gerente de la Obra, para que, se puedan manejar posibles soluciones.

Así también, se observa que en el Convenio pactado por las partes, se ha establecido en la cláusula 44.1. una lista de supuestos contemplados como "eventos compensables" los cuales a razón de la cláusula 44.2. de las Condiciones Generales de la Contratación, siempre que impidan que los trabajos terminen con anterioridad a la fecha prevista u ocasionen costos adicionales, se deberá aumentar el precio del contrato y/o se deberá prorrogar la fecha prevista de terminación, tal y como se indica:

"42.2. Si un evento compensable ocasiona costos adicionales o impide que los trabajos 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 énfasis es agregado).

Ahora bien, corresponde a éste Tribunal evaluar si efectivamente, el CONTRATISTA cumplió con la anotación anticipada del evento que podía perjudicar la calidad de los trabajos y elevar el precio del contrato.

En ese sentido, siendo que la fecha de inicio de la ejecución de la Obra en mención, de acuerdo al cronograma fue el 20 de junio de 2012, se observa que el CONTRATISTA en el asiento Nº 44 de fecha 20 de agosto de 2012, del Cuaderno de Obra de "Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Huampami", efectivamente registró que en la Obra no había electricidad lo cual perjudicaba los trabajos que debían realizarse; sin embargo, lo hace aproximadamente dos meses después de que se da inicio a la obra.

Respecto a éste punto cabe precisar que el CONTRATISTA ha alegado que la fecha de inicio de la supuesta causal del evento que se configuraría como evento compensable, inició el 09 de julio de 2012 fecha en la cual se iniciaron los trabajos de demolición; sin embargo, en dicha fecha no se informó al Gerente de Obras tal que existía un supuesto evento que podría perjudicar el avance de los trabajos en la obra tal y como lo establece la cláusula 32 de las Condiciones Generales del Contrato del Convenio.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

Luego, el CONTRATISTA explica que, existe un evento compensable el mismo que se ve configurado a partir de la falta de energía eléctrica; lo cual a su vez ha generado que no se puedan establecer horario de trabajo extendido, es decir, nocturno, para así compensar aquellos días no laborados por efecto de las lluvias intensas.

Ahora bien, corresponde a éste Colegiado evaluar, si en efecto, nos encontramos frente a un evento compensable en el presente punto o si en cambio, el mismo no encaja en los supuestos estipulados en la cláusula 44.1. de las Condiciones Generales del Contrato.

En ese sentido, tenemos que el CONTRATISTA ha alegado que a falta de energía eléctrica es un evento compensable de acuerdo al inciso (f) de la cláusula 44.1. de las Condiciones Generales del Contrato, el cual estipula que un evento es compensable, entre otros cuando ***"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."***

Así también ha precisado que dicho evento compensable ha afectado la partida referida a "Trabajos Preliminares", ya que está referida a las condiciones del terreno.

Atendiendo a esta controversia, surge el siguiente cuestionamiento ¿la falta de energía eléctrica es una condición del terreno que resulta desfavorable el cual no pudo ser previsto antes de la emisión de la carta de aceptación?

En ese sentido, es importante precisar cuáles son las actividades que se desarrollan en la partida supuestamente afectada, es decir, en la partida de "Trabajos Preliminares". En razón a ello se debe tener presente lo expuesto en la Resolución Directoral N° 073-2010-VIVIENDA/VMCS-DNC de fecha 04 de mayo de 2010, en el cual se aprueba la "Norma Técnica de Metrados para Obras de Edificación y Habilitaciones Urbanas", en el cual con relación a las actividades que se realizan en la partida de Trabajos Preliminares en una obra, expresan lo siguiente:

"OE.1.1.3 TRABAJOS PRELIMINARES

OE.1.1.3.1 LIMPIEZA DEL TERRENO

Esta partida comprende los trabajos que deben ejecutarse para la eliminación de basura, elementos sueltos, livianos y pesados existentes, en toda el área del terreno así como de maleza, y arbustos de fácil extracción. No incluye elementos enterrados de ningún tipo.

OE.1.1.3.1.1 ELIMINACIÓN DE BASURA Y ELEMENTOS SUELTOS Y LIVIANOS

OE.1.1.3.1.2 ELIMINACIÓN DE MALEZA Y ARBUSTOS DE FÁCIL EXTRACCIÓN"

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

Siendo así, este Tribunal observa que la falta de energía eléctrica no es una condición del terreno, como tampoco la falta de energía pudo afectar la partida de "Trabajos Preliminares" ya que la misma se refiere básicamente a la limpieza del terreno.

Por tanto, este Colegiado considera que no corresponde declarar fundada la tercera pretensión; y, en consecuencia no declarar nula o ineficaz la Carta N° 2-2013-002027 de fecha 28 de febrero del 2013, sobre no aprobación de la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 02 de Ejecución de Obra "Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Huampani" ya que ha quedado demostrado que no existe un evento compensable que amerite el reconocimiento de una ampliación de plazo.

En atención a lo expuesto, este Colegiado emite su pronunciamiento respecto a la siguiente pretensión presentada en la Demanda:

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) Tercera Pretensión Principal.

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) Tercera Pretensión Principal:

- **DECLARAR INFUNDADA** la Tercera Pretensión Principal analizada en el Séptimo Punto Controvertido, por lo que no corresponde aprobar la Solicitud de un mayor plazo para la ejecución de obra N° 02 de Ejecución de Obra "Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Huampani", debido a la falta de energía eléctrica; en consecuencia no corresponde el pago de los mayores gastos generales ni la nulidad y/o ineficacia de la Carta N° 2-2013-002027 de fecha 28 febrero del 2013.

OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO

Que, el Tribunal Arbitral apruebe la Ampliación de Plazo N° 2 por 140 días calendarios correspondiente a la obra "Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Huampani", por demora en la Modificación de los Planos Estructurales de Detalle de los tijerales de madera y el cambio en el procedimiento de fabricación del techos ante la falta de energía eléctrica en la localidad; y en consecuencia, se nos reconozca el pago de los mayores gastos generales por un monto de S/. 290,724.51 incluido el IGV, más el pago de intereses legales.

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL S.A.C.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Victor Huayama Castillo.

El CONTRATISTA señala que con carta N° 30-2013-NMM/RO de fecha 07 de febrero de 2013, presenta a la Supervisión la solicitud de Ampliación de Plazo N° 01 por 140 días calendarios, por modificación de los Planos de detalle de las tarjetas del techo y por el cambio de procedimiento de fabricación y montaje del teclado ante la falta de energía eléctrica en la localidad.

Así también, con carta N° 02-2013-001693 del 20 de febrero del 2013 la Entidad a través de la Supervisión le comunica que luego de haber revisado la solicitud de Ampliación de Plazo N° OS por 140 días calendarios, la encuentra IMPROCEDENTE. En ese sentido, exponen lo siguiente:

- Con el Asiento N° 83 de fecha 28 de Setiembre de 2012, (ítem 5) y 8), indican que se han revisado los planos de Estructuras, encontrándose las siguientes observaciones:

Plano - 06 - Planta de Tijerales: Falta acotamiento de cada tijeral en su longitud y vista en planta.

Plano - 07 al E-11 - Desarrollo de Tijerales: No indica cotas de altura de los tijerales, detalles de apoyo de las estructura de madera a la estructura de concreto.

Plano - 12 - Nudos y Detalles: Los detalles se encuentran generalizados para varios nudos y ejes de encuentro, no indica longitudes definidas de cartelas, ni distancia entre pernos, entre otros detalles.

- **Con el Asiento N° 90** del Supervisor de fecha OS de Octubre de 2012 ítem 12, señala que se hará la consulta al Proyectista, referente a los tijerales.
- **Con el Asiento N° 92** del Supervisor de fecha 06 de Octubre de 2012 ítem 2º, solicita hacer las observaciones mediante un informe, para hacerle llegar al proyectista.
- Con el Asiento N° 103 del CONTRATISTA de fecha 16 de Octubre de 2012, (ítem 2), se indica que aún no se define el detalle de los tijerales en cuanto a los acotamientos, asimismo las dimensiones de las cartelas, como el espaciamiento de los pernos, por lo que no se puede dar inicio a esta partida que corresponde a la ejecución de los tijerales, por tanto se debe considerar como evento compensable de conformidad con la cláusula 44 del contrato, ya que la falta de especificaciones técnicas y detalles constructivos, de esta partida da lugar a que la obra no se culmine en la fecha prevista, razón por la que se considera como causal de ampliación de plazo, evento también catalogado en las clausulas 28 y 39 de contrato.
- **Con el Asiento N° 125** del Contratista de fecha 02 de Noviembre de 2012, (ítem 5), se reitera a la Supervisión, que no se da inicio a la partida de los tijerales porque aún no se alcanza al contratista los detalles de los tijerales en cuanto a los acotamientos y las dimensiones de las cartelas, solicitadas con anticipación.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

• **Con el Asiento N° 132** del Contratista de fecha 09 de Noviembre de 2012, ítem 4), se reitera a la supervisión, que no se da inicio a la partida de los tijerales porque aún no se alcanza al contratista los detalles de los tijerales en cuanto a los acotamientos y las dimensiones de las cartelas, que conforman la cobertura del centro de salud en ejecución.

La presente solicitud de Ampliación de Plazo es debido a la demora en la Modificación de los Planos de detalle de los tijerales del techo y por el cambio en el procedimiento de fabricación y montaje del techo ante la falta de energía eléctrica en la localidad y tiene como base legal en las cláusulas 28, 28.2, 39, 44.1 (incisos f, g, c).

Señalan que los eventos compensables en controversias son los siguientes:

CAUSAL 1 : Por demora en la Modificación de planos de detalle de los tijerales de techo por parte de PARSALUD.

CAUSAL 2 : Por el Cambio de Procedimiento en la fabricación y Montaje ante la falta de energía eléctrica en la Localidad.

ANÁLISIS DEL PERIODO DE AMPLIACIÓN DE PLAZO:

Por el análisis del periodo de la Ampliación de Plazo solicitada de acuerdo a la cronología de los acontecimientos mencionados anteriormente tenemos:

DE LA CAUSAL 1:

INICIO DE LA CAUSAL:

En el Asiento N° 83 del Contratista de fecha 28 de Setiembre del 2012, se evidencian las observaciones a los Planos Estructurales del Detalle de Tijerales que no permiten la construcción del techo, por lo cual se toma como fecha de inicio de la Causal 1 el 29 de Setiembre, fecha a partir de la cual el Supervisor no absuelve la consulta.

FIN DE LA CAUSAL:

Mediante Acta de Reunión del 23 de Octubre del 2012, PARSALUD indica que siendo la modalidad a suma alzada los menores detalles y/o materiales, no mostrados en las especificaciones técnicas y planos, deben ser considerados por el Contratista y concluyen que todos los detalles si se encuentran en los planos del proyecto, **lo cual ES FALSO**, pues **ellos mismos sostienen que debe ser el Contratista quien deba de absolver los "Menores detalles"**; sin embargo, a pesar de ser arbitraria y autoritaria la decisión de PARSALUD de no solucionar el tema de la Modificación de Planos que era muy relevante y cualquier especialista en el tema estructural puede determinar el grado de deficiencias de los Planos originales y en base a dicha evaluación como lo ha sido en efecto se demostrará que los "Menores detalles" necesitaron un tiempo considerable para que el Contratista proceda a su elaboración y culminación.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

Asimismo, mediante el indicado acuerdo se demuestra que la Entidad al sostener que es mi representada quien debe absolver los "menores detalles" está aceptando que existen deficiencias en las especificaciones técnicas y planos, pero que sin embargo de manera autoritaria y arbitraria pretende trasladar la responsabilidad de dichas deficiencias a mi representada catalogándola como menores detalles, algo que de acuerdo a como vamos exponiendo es falso.

Sin embargo, toman esta fecha como fin de la Causal 1 en la parte de demora en la consultas (FIN PARCIAL 1), pues a partir de esta fecha EL CONTRATISTA toma conocimiento que la ENTIDAD no hará las modificaciones a los Planos, **sino será hecho por EL CONTRATISTA.**

Solicitan los siguientes periodos de ampliación:

1) AMPLIACION POR DEMANDA EN LAS CONSULTAS: (CAUSAL 1, PARCIAL 1)

- Inicio Causal 1- Parcial 1 : 29 de Setiembre.
- Fin Causal 1- Parcial 1 : 23 de Octubre.
- Periodo 1 : 25 días Calendarios.

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

2) AMPLIACION POR DESARROLLO DE LOS PLANOS: (CAUSAL 1, PARCIAL 2)

De acuerdo con la magnitud de las modificaciones a realizar en los Planos Originales, consideran que prácticamente se iban a desarrollar nuevos planos pues comprendían todo lo relativo al Detalle de planchas, Detalle de maderas, Planos de ensamble y arreglo general, para lo cual a pesar de las dificultades en encontrar un especialista, se solicitó solamente 60 días calendarios.

- Inicio Causal 1- Parcial 2 : 24 de Octubre 2012
- Fin Causal 1 : 22 de Diciembre 2012
- Periodo 2 : 60 días Calendarios

3) AMPLIACION POR CAMBIO EN EL PROCEDIMIENTO DE FABRICACION Y MONTAJE DEL TECHO POR FALTA DE ENERGIA ELECTRICA:

Una vez obtenidos los Planos y teniendo EL CONTRATISTA el inconveniente en el proceso para la Fabricación en obra de los Techos, que no existía energía eléctrica, se tuvo que tomar la decisión de Fabricarlo fuera de obra en un lugar amplio que cuente con la suficiente energía eléctrica, así como las máquinas, equipos y herramientas necesarias para desarrollar su fabricación en forma correcta y luego proceder a su envío a obra para su ensamble final culminando su fabricación y Montaje en obra, teniendo los siguientes Plazos en dicho proceso :

- Periodo de Fabricación fuera de Obra : 45 días.
- Traslado a obra Ubicada en el CENEPA : 10 días.
- Periodo 3 : 55 días Calendarios

En consecuencia se tiene:

- Inicio Causal : 23 diciembre 2012.
- Fin Causal : 10 de Febrero 2013.

De acuerdo a lo expuesto, el total de Ampliación (Causal 1 y 2) por un total de 140 días calendarios y el fin de la Causal Total sería el 10 de Febrero del 2013. Por último, justifican la afectación a la ruta crítica de la siguiente forma:

De acuerdo con las Causales invocadas tenemos que la demora en la Modificación de Planos de los detalles estructurales de los tijerales de madera y el Plazo adicional requerido para su fabricación fuera de obra,

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

originan un desplazamiento en el Cronograma de Ejecución de obra de la Partida 9. ESTRUCTURAS DE MADERA, que está en la RUTA CRITICA del Cronograma.

En tal sentido el alargamiento de la partida 9 ESTRUCTURAS DE MADERA en 140 días calendarios generará la variación del Cronograma y nos permitirá observar la variación del Cronograma y determinar cuántos días calendarios de Ampliación de Plazo corresponda a la presente solicitud por las causales antes mencionados, para lo cual se tiene el siguiente escenario:

Se toma como Cronograma contractual el ampliado con la aprobación de las dos ampliaciones por 22 de y 9 de haciendo un total de 31 días calendario.

De otro lado señalan que en el Cronograma de Ejecución de Obra se puede apreciar que las partidas 19 y 32 tiene como predecesora la partida 9. ESTRUCTURA DE MADERA y luego de reemplazar en la partida 9 la duración por un total de 186 días calendarios (46 dc + 140 de dc la ampliación), se obtiene el CRONOGRAMA DE EJECUCION DE OBRA AMPLIADO, apreciándose que el alargamiento en la duración de la actividad 9 ocasionara el desplazamiento de las partidas 19 y 32.

POSICIÓN DE PARSALUD

Extendemos como sustento los argumentos expuestos por el Gerente de Obras en su Carta N° C-013-SORA-149-13 y sus adjuntos (Informe N° 004-2013-- EMM/CPA-CONSORCIO ACI - CONESUPSA e Informe N° 007-2013-FFAR- S.O.).

Sin perjuicio de ello, advierte PARSALUD que **NO se hizo ninguna modificación a los planos de estructuras de los tijerales.** Efectivamente, en reunión llevada que el día 23 de octubre de 2012, el propio Contratista suscribió un "Acta de Reunión de Acuerdos", mediante el cual señaló que "luego de la revisión de cada uno de los planos en mención), se llega a la conclusión que todos los detalles SI se encuentran en los planos del proyecto".

Por lo tanto, el contratista no puede alegar ahora una supuesta falta de información respecto a los tijerales, cuando ha reconocido expresamente contar con toda la información.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL

Respecto de la Cuarta Pretensión Principal formulada por el demandante, se advierte tres (3) controversias sobre las cuales este Colegiado se deberá pronunciar, siendo estas:

- (i) La aprobación de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 5 con relación a la Obra "Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Huampami";

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

- (ii) El reconocimiento y pago por concepto de mayores gastos generales incluido el IGV por un monto ascendente a S/ 290,724.51; y,
- (iii) La nulidad, invalidez y/o ineficacia de la Carta N° C-013-SORA-149-13 de fecha 20 de febrero del 2013 que declara IMPROCEDENTE la referida solicitud por ciento cuarenta (140) días calendario respecto a solicitados por el demandante.

De este modo, una cuestión a determinar refiere a si corresponde o no aprobar la ampliación de plazo N° 05 por 140 días calendario para la ejecución de la obra "Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Huampamí".

Sobre la procedencia de la ampliación de plazo N° 5

Antes de pasar analizar este 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, en las Condiciones Especiales del Contrato se ha establecido lo siguiente:

"Los siguientes Documentos también forman parte Integral del Contrato:

4. Las bases

5. Los expedientes técnicos

6. La oferta del oferente adjudicado con la buena pro
(...)" (El resaltado es nuestro).

Asimismo, las cláusulas 28.1 y 28.2 de las Condiciones Generales del Contrato, referidas a la Prórroga de Fecha Prevista de Terminación de la Obra, estipula el tratamiento que deberá seguir las ampliaciones de plazo que se soliciten durante la ejecución de las obras. Veamos.

*"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)

*"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***

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

esa falla no será considerada para determinar la nueva Fecha Prevista de Terminación." (El resaltado es nuestro)

Igualmente, en 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." (El resaltado es nuestro)

"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).

Del mismo modo 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. Veamos.

"44.1 Se consideran eventos compensables los siguientes:

[...]

(h) 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)

Por último, en las especificaciones técnicas generales, parte integrante del expediente técnico, el cual a su vez es parte integrante del contrato, las partes han establecido lo siguiente:

"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

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

el supervisor encargado de hacer cumplir esta consideración." (El resaltado es nuestro).

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. Veamos.

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° 30-2013-NMM/RO presentó al Gerente de Obras la solicitud de prórroga de plazo de ejecución de obra sustentada en las modificaciones en los planos de detalle de las tarjetas del techo y por el cambio de procedimiento de fabricación y montaje ante la falta de energía eléctrica en la localidad.

Siendo así, de la revisión de la demanda formulada por el CONTRATISTA se verifica que sustenta la ampliación de plazo N° 05 por 140 días calendario, en las siguientes causales:

- Ampliación por demora en las consultas. (25 días calendario).
- Ampliación por desarrollo de planos. (60 días calendario).
- Ampliación por cambio en el procedimiento de fabricación y montaje de techo por falta de energía eléctrica. (55 días calendario).

Sin embargo, éste Colegiado advierte que la Carta de ampliación de plazo N° 05 por el Centro de Salud Huampamí no se solicita por la ampliación por demora en las consultas, por lo que no corresponde realizar un análisis respecto de éste extremo ya que dicha causal no ha sido expuesta al Gerente de Obras, tal y como lo pactaron las partes.

En ése sentido, este Tribunal examinará las causales relativas al desarrollo de planos y al cambio en el procedimiento de fabricación y montaje de techo por cambio de procedimiento por falta de energía eléctrica.

Sobre el evento compensable referido al desarrollo de planos

Ahora bien, la causal invocada en la solicitud de modificación del plazo de terminación de la Obra por un total de 60 días calendario está sustentada en el

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

desarrollo de planos debido a la magnitud de modificaciones que el CONTRATISTA alega, tuvo que realizar para la idónea ejecución del proyecto.

Respecto al desarrollo de planos

Respecto a éste punto, a través del Asiento 83º del Cuaderno de Obra el CONTRATISTA comunica sus observaciones a los planos de estructuras, por lo que cumple con realizar la advertencia anticipada del futuro evento compensable conforme lo exige la cláusula 33 de las CGC.

En ese sentido, el CONTRATISTA indica que el evento compensable se configura por impartir una instrucción para lidiar con una conclusión imprevista, ya que en el Cronograma de Ejecución de Obra no se contempla un plazo ni la partida para ejecutar la modificación de los planos de detalle estructurales para los tijerales del Techo.

Ahora bien, el CONTRATISTA alega que en el Acta de Reunión de acuerdos de fecha 23 de octubre, el PARSALUD precisó que *"siendo la modalidad de suma alzada los menores detalles y/o materiales, no mostrados en las especificaciones técnicas y planos deben ser considerados por el CONTRATISTA, y concluyen en que todos los detalles sí se encuentran en los planos"*.

Ante ello, el CONTRATISTA manifiesta que esa decisión manifestada por PARSALUD es arbitraria y autoritaria, ya que no se le puede imponer al CONTRATISTA absolver todas esas especificaciones que no resultan menores.

Así también el CONTRATISTA expone que cuando el PARSALUD alega que existen "menores detalles" afirma a su vez que los expedientes técnicos tienen deficiencias en las especificaciones técnicas y planos.

Es por todo ello, que el CONTRATISTA sustenta la causal del evento compensable, relativo al desarrollo de planos, en razón a que el PARSALUD en el Acta de Reunión de Acuerdos, a su consideración, está impartiendo una instrucción para lidiar con una condición imprevista causada por el Contratista, siendo éste un evento compensable conforme a la cláusula 44.1. de las CEC, que a la letra expone lo siguiente:

"44. Eventos compensables

44.1. Se consideran eventos compensables los siguientes:

(...)

g) El Gerente de Obras imparte una instrucción para lidiar con una condición imprevista causada por el Contratante, o de ejecutar trabajos adicionales que son necesarios por razones de seguridad y otros motivos. (El énfasis es agregado).

En razón a ello, este Colegiado considera relevante exponer el contenido del Acta de Reunión de Acuerdos de fecha 23 de octubre, documento donde obra la supuesta instrucción por parte del PARSALUD, el cual se encuentra en controversia:

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamaní Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

ACTA DE REUNIÓN DE ACUERDOS

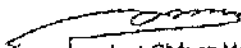
Siendo las 11:30 a.m., del día 23 de Octubre del 2012, se reunieron en las instalaciones de las Oficinas de PARSALUD II, al Ing. Juan Chavez Muñoz - Coordinador de Avance de Obras, al Ing. Jorge Buleje Alfaro - Coordinador de Amazonas, Ing. Carlos Lopez-Proyectista, Ing. Antenor Rosales-Representante Empresa Contratista BBTI, Ing. Daniel Hernández-Representante de la Supervisión ACI-CONESUPSA, a fin de revisar los planos de E-06 al E-12, detalles de fabricación de Tijerales, donde se aclararon al Contratista y Supervisión, los detalles acerca de las Cartelas y Anclajes de los tijerales existentes en dichos planos del Proyecto.

Asimismo, que siendo la modalidad a Suma alzada, los menores detalles y/o materiales, no mostrados en las especificaciones técnicas y planos, pero necesarios para la ejecución de la obra, deberán ser considerados por el Contratista dentro de los alcances de igual manera que si se le hubieran entregados en la documentación.

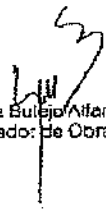
En este sentido, luego de la revisión de cada uno de los planos en mención, se llega a la conclusión que todos los detalles sí se encuentran en los planos del proyecto.

En señal de Conformidad se suscribe la siguiente acta.

Por PARSALUD



Ing. Juan Chavez Muñoz
Coordinador de Avance de Obras



Ing. Jorge Buleje Alfaro
Coordinador de Obra



Ing. Daniel Hernández
CONSORCIO ACI-CONESUPSA
SUPERVISIÓN



Ing. Antenor Rosales
BBTI-BB Tecnología Industrial SAC.
CONTRATISTA

En ese sentido, tal y como se aprecia del Acta expuesta, ambas partes se reunieron a fin de revisar los planos de E-06 al E-12 (detalles de la fabricación de tijerales) donde se aclararon a la Supervisión y al Contratista los detalles acerca de las Cartelas y Anclajes de los tijerales existentes en dichos planos de Proyecto.

Así al final se consignó lo siguiente: **"luego de la revisión de cada uno de los planos en mención se llega a la conclusión que todos los detalles sí se encuentran en los planos del proyecto."**

En consecuencia, es claro que en dicha reunión el CONTRATISTA tuvo la oportunidad de dilucidar las consultas realizadas, tan es así que se concluye que todos los detalles sí se encuentra en los planos y en señal de conformidad ambas partes cumplen con suscribir dicha Acta de Acuerdo.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

En ese sentido, no se corrobora un evento compensable ya que la conducta desplegada por PARSALUD no sería una instrucción que obligue al CONTRATISTA a lidiar con una condición imprevista causada por el Contratante, por lo que la ampliación de plazo por el total de 60 días calendario debe ser desestimada.

Sobre el evento compensable referido al procedimiento de fabricación y montaje del techo por falta de energía eléctrica

Respecto a éste punto, el CONTRATISTA no ha alegado en cuál de los supuestos expuestos en la cláusula 44.1 de las CGC, encajaría el cambio en el procedimiento de fabricación y montaje de techo por falta de energía eléctrica.

De otro lado, se observa que PARSALUD en su Carta N° C-013-SORA-149-13 de fecha 20 de febrero de 2013, luego de lo expuesto por la parte, con relación a la solicitud de ampliación de plazo por cambio en el procedimiento de fabricación y montaje de techo por falta de energía eléctrica colige que dicha causal se refiere al inciso f) de la Cláusula 44.1. de las CGC, el cual a la letra expone:

"44. Eventos compensables

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 énfasis es agregado).

Sobre la advertencia oportuna y la necesidad del plazo

En ese sentido, este Tribunal advierte que el CONTRATISTA en su Carta 030-2013-NMM/RO de solicitud de Ampliación de Plazo N° 05, con relación al cambio de procedimiento de fabricación y montaje del techo precisa que mediante Asiento N° 44 de fecha 20 de agosto de 2012, ítem 5 al 8) del Cuaderno de Obra el Ing. Residente comunica de forma oportuna la no existencia de energía eléctrica y comunica que el grupo electrógeno de la comunidad se encuentra malogrado tal y como se pasa a exponer:

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

CUADERNO DE OBRA N°



Asiento N° 44 DEL CONTRATISTA LUNES 20/AGOSTO/2012

1) HANSEADO A OTRA 500 PIES DE CIRCUNFERENCIA Y 3 MILLAS DE LONGITUD
EL CONJUNTAMENTE CON TUBERIA PVC Y ACCESORIOS SANITARIOS Y ELECTRICOS

2) ESTANDO CONFORME LA DISEÑACION DE LA INSTALACION DE CIRCUNFERENCIA Y
CUBIERTO CORRECTAMENTE, SE PROTEGE CON LA COBERTURA DE C
CONCRETO FC: 210 KG/KM² CORRESPONDIENTE, DE CONFORMIDAD CON
LO INDICADO EN EL PLANO E-02 EN EL TRAMO DE 500 PIES DE LONGITUD

3) ANTES DE LA DISEÑACION CORRECTA DE LA INSTALACION DE CUBIERTOS
Y CUBIERTO CORRECTAMENTE (CUBIERTA - VIDA DE CUBIERTA) DE LOS
MATERIALES DE TOPICO, GEOMETRIA Y CORRECCION, LA CONSTRUCCION DEL
CONCRETO FUE CORRECTAMENTE POTENCIANDO LAS HUELTAS PARA EL
CONTROL DE CALIDAD DEL CONCRETO

4) EN EL SUPLENTE TECNICO, EN LA MEMORIA DESCRIPTIVA DE INSTALACION
ELECTRICA EN EL PUNTO C.O.U. "DEMANDA MAXIMA DE POTENCIA"
INDICA AL PARA CONTRIBUIR A ELECTRICIDAD EN EL CENTRO DE SALUD,
DE SALUD, SE HA DETERMINADO QUE CUBIERTA DE CUBIERTA CORRECTAMENTE
A LOS TABLEROS CONSIDERADOS, DE ACUERDO A SU SITUACION EN LA
REDAccion N° 106 "HOSPITAL" DEL NUEVO CENTRO REGIONAL DE EMERGENCIAS
UTILIZADA 2008, CUYO RESUMEN ES EL SIGUIENTE:
DEMANDA MAXIMA 43.00 KW INCLUIDO LOS TABLEROS EXISTENTES Y SE
CORRECCION EN LA MEMORIA DE CALCULO (POR OTRA DEL EXPEDIENTE TECNICO)

5) EN LA INSTALACION ACTUAL LA MEMORIA DE INSTALACION NO CUENTA CON
UN COMPLEMENTARIO QUE SUMINISTRE O CONTRIBUYA LA ENERGIA QUE
SE REQUIERE; EL GENERADOR QUE ENTRA ACTUALMENTE EL MUNICIPIO
NO ALCANZA A SUMINISTRAR A SU PROPIO LOCAL, A OBTENER DE
SEGUNDA MANO HUBO HUBO ROMERO Y A UN CUBIERTA DE POTENCIA N° 16342 Y
AL CENTRO DE SALUD EXISTENTE DENTRO DEL HUBO DE LONGITUD A
VIERTEL DE 9 MILLAS Y 300 - 600

6) EN LA MEMORIA DE INSTALACION ULTIMO TRAMO INDICA AL "RECONSTRUCCION
EL GRUPO ELECTROGENO SE ENCUENTRA OPERATIVO, LA RECONSTRUCCION
DEBIDA

Emp 1/100

Sigue

PROPIETARIO

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

CUADERNO DE OBRA N°



→ VIENE
LO REALIZARÁ EL CENTRO DE SALUD. POR LO TANTO PEDIRÉ A LA SUPERVISION INDICARNOS SI EL CENTRO DE SALUD REALIZARÁ TAL REALIZACIÓN, TODA VEZ QUE LA ENERGÍA REQUERIDA SEGUN EL EXPEDIENTE TECNICO ES DE 13.00 KW, Y EL EXPEDIENTE QUE INDICAR (SE INDICA COMO EXPEDIENTE TECNICO ES DE 10 KW)
1) LA FALTA DE ENERGIA ELECTRICA EN ESTA LOCALIDAD, HA AFECTADO AL NORMAL DESARROLLO DE LOS TRABAJOS, PARA EL CASO QUE QUEDAR LARGO POR LAS MUCHAS, PARA AVANZAR LA OBRA, REALIZAR COSTOS CON EQUIPO ELECTRICO A MADERA, FIERRO ETC; TODA VEZ QUE EN EL PRECIO PUESTO (EXENTIVA) CONSIDERA EN LA PRECIO DEL EQUIPO ELECTRICO PARA LA CONSTRUCCION EL MONTO DE 4300.00 POR LOS 07 MESES DEL PLAZO; LO QUE ENTREGA COMO RESULTADO HA FAVORABLE PARA EL DESARROLLO DE ESTOS TRABAJOS DEBIDA CONSIDERAR UN GENERADOR SOBRE CON 6.0 KW COMO ADICIONAL DE OBRAS.
2) LA FALTA DE ENERGIA ELECTRICA, AFECTA LA ELABORACION DE LOS TRABAJOS DEBIDA SE UTILIZA GENERADOR. ENVIO DE UNA ASESORIA S.A.C.
ASIENTE N° 45
DEL SUPERVISOR.
FECHA: 26/AGOSTO/2012

Así señala que debido a ello, no se pueden usar todas las herramientas eléctricas manuales que se necesitan para la fabricación y montaje del Techo y en ese sentido, precisa el CONTRATISTA que debe realizarse un cambio en el procedimiento de fabricación con la ayuda de los planos elaborados y precisa que todo debe fabricarse en un lugar amplio donde exista abastecimiento de energía suficiente, en razón a ello precisa que no se puede realizar ningún trabajo de acabado.

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

En ese sentido, tenemos que el CONTRATISTA ha cumplido con realizar la advertencia previa referida al posible evento que pudiera generar un evento compensable.

En esa línea, si bien el CONTRATISTA no ha precisado en qué causal se ubica el evento que considera compensable, este Colegiado advierte que de acuerdo a lo alegado por el CONTRATISTA, la causal del evento compensable que se ajusta a lo expuesto, es la siguiente:

"44. Eventos compensables

44.1. Se consideran eventos compensables los siguientes:

*h) Otros contratistas, autoridades públicas **empresas de servicios públicos, o el Contratante no trabaja conforme a las fechas y otras limitaciones estipuladas en el Contrato causando demoras o costos adicionales al Contratista.**"* (El énfasis es agregado).

En ese sentido, se verifica que el suministro del servicio público de electricidad, no trabaja conforme a las fechas en el Contrato, y en razón a ello, nos encontramos frente a un evento compensable.

Ahora bien, se debe tomar en cuenta que un evento por sí mismo 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 las partes 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.

En esa línea, 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 "Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Huampami" está a cargo del CONTRATISTA, consecuentemente será este quien deberá soportar el riesgo de esta inacción. Puntualizado esto, veamos los medios probatorios presentados que sustentan este apartado.

De acuerdo a lo alegado por el CONTRATISTA el evento compensable se inicia una vez que obtuvieron los planos, es decir el 23 de diciembre de 2012. Sin embargo, este Colegiado observa que dicho plazo fue fijado por el contratista bajo la premisa de que este Colegiado otorgaría un mayor plazo en la ejecución de la obra por las especificaciones de los planos. Sin embargo, como ya se ha explicado en los párrafos precedentes, este Tribunal ha desestimado ese extremo de la ampliación de plazo N° 05.

Tribunal Arbitral:

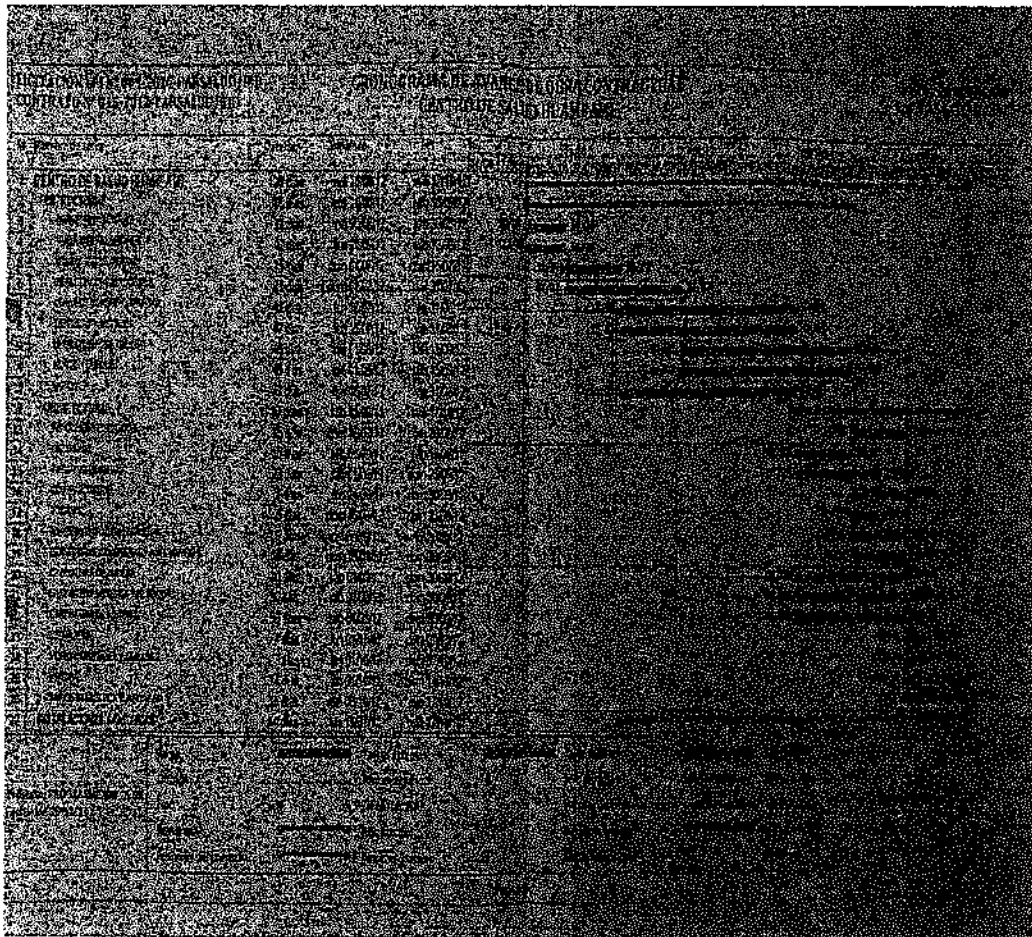
Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

Luego, de acuerdo a lo alegado por el CONTRATISTA las partidas que se vieron afectadas y para las cuales necesita la ampliación de plazo serían las siguientes: (1) Estructuras de Maderas; (2) Coberturas y Accesorios; y, (3) Sistema de Agua de Lluvia.

De acuerdo con el "Cronograma de Avance de Obra Contractual del Centro de Salud Huampami"²⁰ las actividades supuestamente afectadas estuvieron programadas para los días 01 de setiembre de 2012 al 17 de noviembre de 2012. Veamos.



Sin embargo, no se ha especificado, ni probado, con qué fecha se inicia la fabricación del techo ni cuándo finaliza dicha actividad. Tampoco se ha señalado en base a qué medio probatorio se corrobora que se realizó la fabricación.

Cabe indicar 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, conforme lo advertido considerandos atrás.

Por las razones expuestas, este Colegiado desestima la pretensión solicitada por el CONTRATISTA, referida a la procedencia de la ampliación de plazo N° 5 por 140

²⁰ Anexo "ZZ" de la demanda, "Copia de los Cronogramas de Ejecución de Obras de los Tres Centros de Salud".

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

días calendarios, para la ejecución de la obra "Ampliación y Remodelación del Centro de Salud de Huampami".

Por tanto, este Colegiado considera que no corresponde declarar fundada la tercera pretensión; y, en consecuencia no declarar nula o ineficaz la Carta N° 2-2013-002027 de fecha 28 de febrero del 2013, sobre no aprobación de la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 02 de Ejecución de Obra "Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Huampami" ya que ha quedado demostrado que no existe un evento compensable que amerite el reconocimiento de una ampliación de plazo.

En atención a lo expuesto, este Colegiado emite su pronunciamiento respecto a la siguiente pretensión presentada en la Demanda:

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) Cuarta Pretensión Principal.

- **DECLARAR INFUNDADA** la Cuarta Pretensión Principal analizada en el Octavo Punto Controvertido, por lo que no corresponde aprobar la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 05 de Ejecución de Obra "Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Huampami", por un total de 140 días calendario, así como no corresponde otorgar los mayores gastos generales; y en consecuencia, no corresponde declarar NULA e INEFICAZ la Carta N° C-013-SORA-149-13 de fecha 20 de febrero del 2013.

NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO

Que, el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad el pago de los mayores gastos generales correspondientes a las Ampliaciones de Plazo otorgadas por la Entidad, monto que asciende a S/ 64,374. 71 incluido al IGV, más el pago de los intereses legales correspondientes hasta la fecha del pago, por las dos Adendas al Contrato: la Primera adenda por 22 días calendarios por un monto de S/.45,685.28; y en la Segunda Adenda por 9 días calendarios por un monto de S/.18,689.43, montos que incluyen el IGV, más el pago de intereses legales.

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA S.A.C.

El CONTRATISTA expone que con fecha 30 de noviembre de 2012 la Entidad mediante adenda N° 01 modificó la fecha prevista de terminación de la obra "Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Huampami" al día 08 de noviembre de 2012 al haber encontrado precedente la solicitudes de ampliación de plazo por 22 días calendarios.

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

Asimismo, con fecha 28 de diciembre del 2012, la Entidad mediante adenda N° 02 modificó la fecha prevista de terminación de la obra "Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Huampami" al 17 de noviembre de 2012 al haber encontrado procedente la ampliación de plazo por 09 días calendarios.

En ese sentido, de acuerdo a las cláusulas 42 y 43 de las CGC, las partes han establecido al respecto que el Gerente de Obras (supervisor de obras), podrá ajustar el precio del contrato siempre que el evento compensable genere mayores costos a su representada.

En ese sentido, señalan que se ha producido un incremento de los gastos generales ofertado por el CONTRATISTA para la ejecución de la obra, toda vez que dentro de la estructura de gastos generales, el mismo se encuentra conformado por los gastos generales variables, los cuales están directamente relacionados con el tiempo de ejecución de la obra.

Los gastos generales variables por efecto de la ampliación del plazo de obra sufren un incremento, ya mi representada tendrá que destinar mayores recursos para la ejecución de la obra que los que en un principio ofertó para la ejecución de la obra en el plazo contractual original, siendo por tanto justo que vuestro Colegiado reconozca al CONTRATISTA el mayor gastos general variable por el tiempo correspondiente a la extensión del plazo contractual.

Así expone que son aquellos costos indirectos que el contratista debe efectuar para la ejecución de la prestación a su cargo, derivados de su propia actividad empresarial, por lo que no pueden ser incluidos dentro de las partidas de obra o de los costos directos del servicio".

Dichos gastos se descompone en gastos generales fijos y gastos generales variables. Los gastos generales fijos son aquellos que no están relacionados con el tiempo de ejecución de la prestación a cargo del contratista. En cambio de los segundos son aquellos que están directamente relacionados con el tiempo de ejecución de la obra y por lo tanto pueden incurrirse a lo largo de todo el plazo de ejecución de la prestación a cargo del contratista.

De acuerdo a la definición citada, los gastos generales van a permitir emprender la ejecución de una obra, dado que los mismos son destinados básicamente para cubrir los costos financieros de las cartas fianzas, insumo de mano de obra del personal profesional, auxiliar y de apoyo, gastos por alquiler de oficina, alquiler de almacén, gastos por servicios fax, internet, gastos por alimentación del personal, viáticos, útiles de oficina, entre otros.

En razón a ello consideran que al ampliarse el plazo de ejecución de obra dichos gastos se incrementan inevitablemente, por efecto del transcurso del tiempo.

Así precisa el CONTRATISTA que no obstante que las partes han establecido que es el Gerente de Obras (supervisor de obra) quien determinará el

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamaní Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

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 la prestaciones que se establecieron a la firma de contrato.

De ese modo, el CONTRATISTA ofertó un gasto general variable diario de S/. 1,759.83 para la ejecución de la obra del "Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Huampami" dicho gasto deberá ser reconocido por cada día en que el plazo contractual se vea extendido, a fin de mantener el equilibrio económico patrimonial establecido por las partes a la firma del contrato.

Siendo ello así, según se puede apreciar del cálculo de los mayores gastos generales adjuntos a su demanda dichos gastos ascienden al monto total de S/. 64,374.71, según cálculo de mayores gastos generales que adjunta al presente escrito.

POSICIÓN DE PARSALUD

El PARSALUD señala que se debe tener presente que el Contrato de Ejecución de Obras N° 15-2012- PARSALUD/BID no recoge el concepto de "reconocimiento de gastos generales" sino el concepto de "aumento del precio del contrato", el cual se efectúa por gestión del Gerente de Obras, de acuerdo a los costos efectivamente acreditados.

En ese sentido, el PARSALUD precisa que sin perjuicio de ello, en el supuesto negado que el Tribunal Arbitral considere que le corresponde al Contratista el reconocimiento de "gastos generales", se debe tener presente 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 Obras N° 15-2012- PARSALUD/BID es la 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".

Finalmente, señala que el CONTRATISTA no ha acreditado fehacientemente dichos gastos, motivo por el cual, no corresponde tampoco reconocer dichos montos.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL

De acuerdo a lo expuesto por las partes, se tiene que el CONTRATISTA solicita el pago ascendente de S/ 64, 374.71 por los mayores gastos generales derivados de las dos adendas por un total de (31 días calendario).

En ese sentido, corresponde a éste Tribunal pronunciarse sobre si corresponde o no que PARSALUD abone dicho monto en razón a las adendas firmadas.

Sobre las adenda 1 (por 21 días calendario) y la adenda 2 (por 9 días calendario).

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamaní Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

Del análisis expuesto por las partes, se tiene que, lo 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 Contrato las partes han convenido que cuando un evento compensable ocasiona costos adicionales se deba aumentar el precio del contrato²¹. Veamos.

"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

²¹ Cláusula 44.2 de las Condiciones Generales del Contrato.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

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, 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"²².

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*.

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:

2 (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.

²² Escrito de demanda presentado el 18 de setiembre de 2014, pág. 57.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

Dentro del marco de lo dicho, el árbitro, sea o no de conciencia, 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 negociación²³.

La equidad impone pues que en este caso tanto a las partes como el Colegiado respeten lo pactado en las cláusulas 44.2 de las Condiciones Generales del Contrato.

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) Quinta Pretensión Principal.

- **DECLARAR IMPROCEDENTE** la Quinta Pretensión Principal analizada en el Noveno Punto Controvertido, en consecuencia no corresponde el pago de S/ 64,374. 71 por mayores gastos generales devenidos de las adendas 1 y 2.

DÉCIMO PUNTO CONTROVERTIDO

Que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad la devolución de la retención efectuada por la Entidad por la presentación retrasada del programa actualizado mensual ascendente a S/. 53,344.71, monto al cual deberá incluirse el IGV, más el pago de los intereses legales hasta la fecha real de pago.

²³ Fernando de Trazegnies Granda. Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia. En [http://www.cebac.com.bo/descargas/Arbitraje de Derecho y Arbitraje de Conciencia.pdf](http://www.cebac.com.bo/descargas/Arbitraje_de_Derecho_y_Arbitraje_de_Conciencia.pdf) Consultado el 06 de enero 2017.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA S.A.C.

El CONTRATISTA solicita que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad la devolución de la retención efectuada por la Entidad por la presentación retrasada del programa actualizado mensual ascendente a S/. 53,344.71, monto al cual deberá incluirse el IGV, más el pago de los intereses legales hasta la fecha real de pago.

Expresa que tal como se demuestran de los certificados de pago N° 01, 02, 03, 04 05, 06 y 07 del proyecto emitidos por el supervisor coordinador Enrique Montenegro Muguerza, la supervisión de obra aplicó la retención del 2% de las valorizaciones de obra por la presentación retrasada de los programas actualizados mensuales de la obra.

Según se aprecia de los certificados de pago señalados, la supervisión de obra efectuó la retención del 2% por la presentación retrasada de los programas actualizados mensuales en las siguientes valorizaciones y por los montos que a continuación se detallan:

CUADRO N° 01

"Nuevo Centro de Salud Leymebamba"

VALORIZACIÓN	MES	MONTO BRUTO	MONTO RETENIDO (2% DEL MONTO BRUTO)
Valorización N° 02	Agosto 2012	S/. 243,991.69	S/. 4,879.83
Valorización N° 03	Septiembre 2012	S/. 250,664.05	S/. 5,013.30
SUB TOTAL			S/. 9,893.13

CUADRO N° 02

"Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Huampami"

VALORIZACIÓN	MES	MONTO BRUTO	MONTO RETENIDO (2% DEL MONTO BRUTO)
Valorización N° 01	Julio 2012	S/. 191,526.86	S/. 3,830.52
Valorización N° 02	Agosto 2012	S/. 331,744.12	S/. 6,634.88
Valorización N° 03	Septiembre 2012	S/. 229,766.57	S/. 4,595.13
Valorización N° 05	Noviembre 2012	S/. 112,716.03	S/. 2,254.32
Valorización N° 06	Diciembre 2012	S/. 67,549.00	S/. 1,350.98
Valorización N° 07	Enero 2013	S/. 40,910.50	S/. 818.21
SUB TOTAL			S/. 19,484.04

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

CUADRO N° 03

"Nuevo Centro de Salud Luya"

VALORIZACIÓN	MES	MONTO BRUTO	MONTO RETENIDO (2% DEL MONTO BRUTO)
Valorización N° 01	Julio 2012	S/. 191,525.85	S/. 1,621.09
Valorización N° 02	Agosto 2012	S/. 151,702.5	S/. 3,034.05
Valorización N° 03	Setiembre 2012	S/. 139,955.00	S/. 2,799.10
Valorización N° 04	Octubre 2012	S/. 222,525.00	S/. 4,450.50
Valorización N° 05	Noviembre 2012	S/. 230,243.5	S/. 4,604.87
Valorización N° 06	Diciembre 2012	S/. 257,736.00	S/. 5,154.72
Valorización N° 07	Enero 2013	S/. 97,160.5	S/. 1,943.21
SUB TOTAL			S/. 23,967.54

OBRA	MONTO TOTAL RETENIDO (2% DEL MONTO BRUTO)
"Nuevo Centro de Salud Leymebamba"	S/. 9,893.13
"Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Huampami"	S/. 19,484.04
"Nuevo Centro de Salud Luya"	S/. 23,967.54
TOTAL	S/. S/. 53,344.71

Las partes estipularon al respecto en la cláusula 27.3 de las Condiciones Generales del Contrato que: "El contratista deberá presentar al Gerente de Obras para su aprobación un Programa con intervalos iguales que no excedan el periodo establecido en las CEC. Si el contratista no presento dicho programa actualizado dentro de este plazo, el Gerente de Obras podrá retener el monto especificado en los 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".

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

Asimismo, las partes establecieron en la cláusula CGC 27.3 de las Condiciones Especiales del Contrato que:

"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 del 2% de la valorización que corresponda".

De acuerdo con la citada cláusula 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, su representada cumplió 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 y 14 de mayo de 2013, tal como se puede apreciar de las cartas N° BBTI-CE-CM-089-12, carta N° BBTI-CE-CM-107-12; y carta N° BBTI-CE-CM-137-12.

Por consiguiente, estando a que su representada cumplió con presentar dichos cronogramas corresponde al demandado efectuar la devolución de los montos retenidos por la presentación atrasada de los cronogramas de las obras del lote N° 01 que tal como se acreditan de los certificados de pago emitidos por el supervisor coordinador ascienden al monto de 5/. 53,344.71, monto al cual deberá agregarse el IGV correspondiente, y el pago de los intereses legales que corresponden hasta la fecha real de pago.

POSICIÓN DE PARSALUD

El PARSALUD señala que respecto a la ejecución de la obra del Centro de Salud Luya, corresponde indicar que el Contratista desde el inicio de obra 23/06/2012, no tuvo residente de obra (Asiento N° 07 de supervisión de fecha 05/07/12).

Asimismo, expone que la supervisión hizo la programación de obra y entrega a la Entidad. (Asiento N° 09 del residente de fecha 06/07/2012), para el control de obra.

De otro lado, indica que recién se inicia la obra por causa imputable al Contratista el día 06/07/12. Posteriormente se le comunica que por la no presentación de este cronograma actualizado, se viene aplicando penalidades, entregando el 15/10/2012, pero el contractual, no es actualizado, asiento N° 134 del supervisor de fecha 15/10/12.

Con relación a la ejecución de la obra del Centro de Salud Leymebamba, expresa PARSALUD que corresponde indicar que el Contratista desde el inicio de

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco,

Dr. Juan Huamani Chávez,

Dr. Víctor Huayama Castillo.

obra 22/06/2012, no tuvo residente de obra (Asiento N° 01 de supervisión de fecha 22/06/12).

De otro lado, señala que la supervisión hizo la programación de obra y entrega a la Entidad. (Asiento N°10 del supervisor de fecha 12/07/2012), para el control de obra. Asiento N° 14 del supervisor de fecha 20/07/12, indica que se cumple 28 días de paralización de la obra y sin residente de obra. **Según el Asiento N° 40 del supervisor, de fecha 11/09/21, recién se presenta el residente de obra, después de (81) días.**

Respecto a la ejecución de la obra del Centro de Salud Huampami, expresa PARSALUD que corresponde señalar que el Contratista desde el inicio de obra 20/06/2012, no tuvo residente de obra. Recién se constituye a obra el día 08/07/20, después de (18) días (Asiento N° 01 del residente de fecha 08/07/12). A pesar que el anticipó de efectivo los recibe el día 26 de junio del 201. Con asiento del supervisor de fecha 25/07/201, se deja constancia que se ha recibido el cronograma valorizado de obra, después de (35) días.

La Cláusula 1.1 (r) de las Condiciones Especiales del Contrato de Ejecución de Obra N° 0015-2012-PARSALUD/BID establece un plazo máximo siete (07) días para la presentación de los cronogramas de GANTT Y PERT-CMP, correspondiendo una penalidad de S/. 10,000.00

A. RETENCIÓN (CLÁUSULA 25.3.2.01)					
Descripción	Monto Retenido	Retención Anterior	Retención Actual	Retención Acumulada	Saldo Por Retención
C.S. Huampami	39,452.23	19,404.04	0.00	19,404.04	19,568.19
C.S. Yumbamba	71,581.25	9,891.13	0.00	9,891.13	61,690.12
C.S. Lura	34,351.00	21,567.64	0.00	21,567.64	12,783.36
TOTAL RETENCIONES	145,384.48	50,862.81	0.00	50,862.81	115,721.67

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL

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.

De otro lado, PARSALUD indica que comunicó reiteradas veces al CONTRATISTA que por la no presentación del cronograma actualizado se le impondrán penalidades, ya que ha señalado que no hubo asistencia del residente de obra en las tres obras a cargo del Convenio.

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. Programa.

(...)

*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 Contratista 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"*(el énfasis es 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 CEG.

Siendo así cabe preguntarse cuál es el plazo que tenía 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:

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

"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."(El énfasis es 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 procesal²⁴ 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"*²⁵; 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.

Sin embargo, éste Tribunal advierte que el CONTRATISTA no ha probado que las partes hayan convenido una variación en las condiciones del Contrato, referido a la fecha o la oportunidad en la que el CONTRATISTA debía presentar el Programa a PARSALUD.

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

²⁴ 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.

²⁵ Liñan Arana, Luis Alberto. "Apuntes sobre la Prueba en el Proceso Civil". En: *Advocatus* N° 4. Lima, p. 250.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

retención de pago 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 Actualizado de Obra por parte del Contratista, la Entidad estará en obligación de efectuar el pago de la suma retenida.

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) Sexta Pretensión Principal.

- **DECLARAR IMPROCEDENTE** la Sexta Pretensión Principal analizada en el Décimo Punto Controvertido, por lo que no corresponde que el Colegiado ordene la devolución de S/. 53,344.71 por la retención efectuada por la Entidad debido a la presentación retrasada del Programa actualizado mensual.

DÉCIMO PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad la devolución de la aplicación de la penalidad efectuada por Parsalud por cambio de personal clave ascendente a la suma de S/. 30, 000.00 (Treinta Mil Doscientos Dieciséis con 35/100 Nuevos Soles), monto al cual deberá agregarse el IGV, más el pago de los intereses legales hasta la fecha real de pago.

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA S.A.C.

Respecto a esta pretensión el CONTRATISTA indica, que la Entidad descontó a su representada en el Certificado de Pago N° 02 correspondiente al mes de agosto del 2012 la suma de S/. 10,000.00 por el cambio de personal clave (residente de obra), que se produjo en las tres obras del lote N° 01.

Al respecto, precisan que las partes establecieron en la cláusula CGC 9.1 de las Condiciones Especiales del Contrato que las partes pactamos, expresamente que el personal clave para la ejecución de las obras es el administrador de obra y el residente de obra de cada centro de salud.

De acuerdo con la citada cláusula las partes no establecimos el factor de atribución con que responderán vale decir, si la aplicación de la penalidad se hará a título de dolo o culpa o la responsabilidad se determinará objetivamente con el solo cambio del personal clave.

Ante dicho vacío, expresan que resulta de aplicación supletoria al contrato las normas del Código Civil peruano, de conformidad con lo estipulado por las partes en la cláusula CGC 3.1 de las Condiciones Especiales del Contrato, el cual

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco,

Dr. Juan Huamani Chávez,

Dr. Víctor Huayama Castillo.

establece expresamente que la ley que gobierna el contrato es la ley peruana, y estando a que la Ley de Contrataciones del Estado exceptúa de su ámbito de ampliación los contratos de obra que se rige bajo los contratos de préstamo, corresponde aplicar las normas del Código Civil.

En ese sentido, indican que el artículo 1343° del Código Civil establece que: "Para exigir la pena la 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 acuerdo con el citado artículo una cláusula penal solo podrá aplicarse cuando el contratista no haya cumplido con mantener al personal técnico de manera dolosa o culposa.

Sobre este respecto, el CONTRATISTA señala que no efectuó el cambio de personal clave (residente de obra) de manera dolosa o culposa, ya que dicho cambio se debe a la fuerte demanda laboral de los profesionales en construcción civil, quienes terminaron por desistirse de dirigir la ejecución técnica de la obra, lo cual es un evento que no es imputable a su representada, sino a un evento de fuerza mayor debido al boom de la construcción que se viene dando en nuestro país desde el año 2006.

De otro lado, citan el artículo 1315° del Código Civil el cual establece como causales de inimputabilidad de la inejecución de las obligaciones el caso fortuito o fuerza mayor no imputable consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible.

Por último expresan que dado que la fuerte demanda de profesionales para la ejecución de obras tanto públicas como privadas es un evento de fuerza mayor, por lo que solicitan el Colegiado ordene al demandado la devolución de la penalidad aplicada por Parsalud por la suma de S/. 30,000.00 (Treinta Mil Doscientos Dieciséis con 35/100 Nuevos Soles), más el pago de los intereses legales.

POSICIÓN DE PARSALUD

El PARSALUD expresa que la Cláusula 9.1 de las Condiciones Especiales del Contrato de Ejecución de Obras N° 015-2012-PARSALUDIBID establece expresamente que "El Contratista NO PODRA SOLICITAR EL CAMBIO DE 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 solicite."

Que, el PARSALUD II solo se ha limitado a cumplir con la cláusula objetiva y por ende imperativa establecida en dicha relación jurídica, al haberse efectuado el cambio de personal, por lo cual, se aplicó una penalidad de SI. 10,000.00 por cada cambio.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL

Con relación a la presente controversia, cabe exponer que el presente Tribunal observa que el CONTRATISTA solicita que éste Colegiado ordene a PARSALUD la devolución de S/ 30, 000.00, más el IGV y los intereses legales hasta la fecha de pago.

Ahora bien, de lo expuesto por las partes, es claro que la controversia gira en torno a si corresponde o no que el Tribunal ordene a PARSALUD la devolución de la penalidad ascendente a S/ 30, 000.00 que PARSALUD le impuso por cambiar a su personal esencial conforme a lo pactado en el Contrato.

De otro lado, el CONTRATISTA señaló que si bien pactó la penalidad en caso se realizara algún cambio en el personal esencial, alega que no efectuó el cambio de forma dolosa o culposa, sino que fue el personal el que desistió de dirigir la ejecución técnica de la misma.

En esa línea el CONTRATISTA agrega que en función a lo previsto en el artículo 1343º del Código Civil, precisa que una cláusula penal solo podrá ser imputable al CONTRATISTA cuando no haya cumplido con mantener al personal esencial de forma culpable o dolosa.

Ahora bien, el Colegiado estima pertinente tener presente lo indicado en la Cláusula 9.1. de las Cláusulas General del Contrato:

"9. Personal

9.1. El Contratista deberá emplear el personal clave aumentado en la lista de Personal Clave, de conformidad con lo indicado en la CEC, para llevar a cabo las funciones específicas en la Lista u otro personal aprobado por el Gerente de Obras. El Gerente de Obras aprobará cualquier reemplazo de personal clave, solo si las calificaciones, o habilidades, preparación, capacidad, y experiencia del personal propuesto son iguales o superiores a las del personal que figura en la Lista."

Ahora bien, de la misma forma la cláusula 9.1. de las Cláusulas Especiales de Contratación, expresa lo siguiente:

"9.1. Personal Clave:

- 1. Administrador de Obra.*
- 2. Lote 01:*

*"Ampliación y Remodelación de los servicios del Centro de Huampami, "Nuevo Centro de Salud Leyimebamba". Un residente de Obra por cada Centro Salud Luya". **Un residente de Obra por cada Centro de Salud.***

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

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 énfasis es agregado).

En ese sentido, cabe resaltar que no es un hecho controvertido por las partes que en efecto se haya realizado el cambio del residente de obra en las tres obras a cargo del CONTRATISTA, lo que se discute es si corresponde o no la aplicación de la penalidad aun cuando dicho cambio se haya realizado sin dolo o culpa del PARSALUD.

Siendo así, éste Tribunal considera pertinente tomar en cuenta lo expuesto en el artículo 1343º 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 1343º del Código Civil, corresponde tomar en cuenta que **la pena solo puede ser exigida si el incumplimiento obedece a una causa imputable al deudor.**

En razón a ello, cabe formular la siguiente pregunta ¿que el Residente de Obra se desista de dirigir la ejecución técnica de la obra es causa imputable al deudor? La respuesta evidente es NO, ya que si el personal de la obra, como sucede con el personal clave, se desiste de dirigir la obra, este acto obedece en estricto, a una voluntad expresada por el trabajador y el CONTRATISTA no forma parte de dicha manifestación. En esa línea, el desistimiento del trabajador genera que se realice un cambio en el personal clave, dicho hecho escapa del radio de acción del CONTRATISTA, por lo que no se podría considerar que el cambio en el personal clave se produce por culpa o dolo del CONTRATISTA.

PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL PUNTO CONTROVERTIDO

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco,

Dr. Juan Huamani Chávez,

Dr. Víctor Huayama Castillo.

En síntesis al análisis del Punto Controvertido, este Colegiado emite su pronunciamiento respecto a la siguiente pretensión presentada en la Demanda Arbitral: (1) Sétima Pretensión Principal.

- **DECLARAR FUNDADA** la Sétima Pretensión Principal analizada en el Décimo Primer Punto Controvertido; en consecuencia, corresponde ordenar a PARSALUD la devolución de los S/ 30, 000.00 por concepto de penalidad, al considerar que la misma fue imputada a pesar de que no resultaba exigible al deudor por no haberse generado el cambio del personal por causa imputable al deudor.

DÉCIMO SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Que, el Tribunal Arbitral ordene al demandado la devolución de la aplicación de la penalidad efectuada por Parsalud II cada día de ausencia en obra de personal clave por la suma de S/. 114,000.00 (Ciento Catorce Mil con 00/100 Nuevos Soles), al cual deberá agregarse el IGV, por no estar debidamente sustentadas; asimismo, ordene al demandado el pago de los intereses legales correspondientes hasta la fecha real de pago.

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA S.A.C.

El CONTRATISTA alega que según se puede apreciar de los certificados de pago de N° 02, 12 del contrato la Entidad efectuó la retención de la suma de S/.114,000.00 por la ausencia en obra del residente de obra en las obras de la "Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Huampami, Nuevo Centro de Salud de Leymebamba y Nuevo Centro de Salud de Luya".

Así expresa que, dichas retenciones fueron efectuadas por la Entidad, a través de la supervisión de obra, de manera arbitraria, sin comunicación previa y sustento alguno, pues solo procedió a efectuar la retención de montos determinados en la valorización de obra N° 02 y 12 del proyecto correspondiente a los meses de agosto del 2012 y junio del 2013.

Tal como se ve en las valorizaciones, la aplicación de la penalidad son supuestamente porque no habríamos mantenido nuestro personal, lo cual no se ajusta a la verdad, pues basta ver el desarrollo de las actividades en campo, así como todas las consultas efectuadas y que son base de nuestros reclamos.

Así exponen que la Gerencia de Obra (Supervisor), procedió a sustraer los cuadernos de obra, con fines que no conoce el CONTRATISTA.

POSICIÓN DE PARSALUD

El PARSALUD precisa que la Cláusula 9.1 de las Condiciones Especiales del Contrato de Ejecución de Obras N°015-2012-PARSALUD/BID establece

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamaní Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

expresamente que "El Contratista pagará como penalidad a La Contratante, por cada día de ausencia en obra del personal clave, la suma de S/. 1,000.00.

Así, señala que en principio en el cuaderno de obra se está recogiendo todos los días de ausencia del personal, por ejemplo, en el Centro de Salud de Huampami, la obra se inició el día 20/06/12. Según asiento N° 01 del residente, recién se presenta e inicia los trabajos el día 08/07/2012, después de (18) días. Asimismo, en el Asiento N°321 de supervisor de fecha 12/07/2013, hay (39) días sin residente de obra, desde el 03/03/2013, asiento N° 312 del supervisor de fecha 24/06/2013.

De otro lado, en relación al Centro de Salud de Leymebamba, según asiento N° 14 del supervisor de fecha 20/07/2012, hay (28) días sin residente de obra, más los días de ausencia (más de once).

En relación al Centro de Salud de Luya, la obra se inició el día 23/06/2012 y no había residente. En el asiento N° 07 del supervisor se deja constancia que, se aprueba cambio de personal clave-residente y se presenta al día siguiente 06/07/2012, después de (13) días.

5. PENALIDAD POR AUSENCIA Y CAMBIO DE PERSONAL CLAVE (RESIDENTE): Cláusula 9.1 CSC

Descripción	Montos Días	Cambio RD	Ausencia RD	Penalidad Anterior	Penalidad Actual	Penalidad Acumulada
CS. Huampami	1000018	10000.00	0.00	28,000.00	23,000.00	51,000.00
Leymebamba	1000039	10000.00	0.00	49,000.00	21,000.00	70,000.00
CS. Luya	1000013	10000.00	0.00	23,000.00	0.00	23,000.00
TOTAL MULTAS		30,000.00	0.00	100,000.00	44,000.00	144,000.00

POSICIÓN DEL TRIBUNAL

Con relación a éste punto, este Tribunal advierte que el CONTRATISTA solicita que PARSALUD reembolse el total de S/ 114, 000.00 el cual fue impuesto por concepto de penalidad al Contratista en razón a la cláusula 9.1 de las Condiciones Especiales del Contrato.

En ese sentido, el CONTRATISTA alega que las retenciones fueron hechas por PARSALUD de forma arbitraria, sin comunicación previa y sin sustento alguno.

Así también el CONTRATISTA niega que su personal no haya permanecido en la obra, ya que bastaría ver el desarrollo de las actividades para concluir que no correspondía la imposición de la penalidad por ausencia del personal.

De otro lado, PARSALUD en su escrito de contestación, expone que conforme a la cláusula 9.1 de las CEC, las partes pactaron que el CONTRATISTA pagará al CONTRATANTE S/ 1, 000.00 por cada día de ausencia del personal clave en obra.

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

Así también, alega PARSALUD que el CONTRATISTA no mantuvo su personal clave en las tres obras a su cargo, tal y como sigue:

- **Centro de Salud Huampami .-** La obra se inició el día 20 de junio de 2012 y de acuerdo al Asiento Nº 01 del Cuaderno de Obra, el Residente recién se presentó el 8 de julio de 2012, es decir 18 días después. Asimismo, el Asiento Nº 321 de fecha 12 de julio de 2013, hay 39 días sin Residente de Obra, desde el Asiento Nº 312 de fecha 3 de marzo de 2013.
- **Centro de Salud Leymebamba.-** Según Asiento Nº 14, del Supervisor de fecha 20 de julio de 2012, hay 28 días sin residente de obra, más los días de ausencia (más de once).
- **Centro de Salud Luya.-** La obra se inició el 23 de junio de 2012 y no había Residente, así en el Asiento Nº 07 se deja constancia que se aprueba cambio de personal clave y se presente al día siguiente 06 de julio de 2012, después de 13 días calendario.

Ahora bien, éste Tribunal estima pertinente tomar en cuenta lo expuesto en la cláusula 9.1. de las Condiciones Especial del Contrato que es Ley entre las partes, la cual a la letra precisa:

"9.1. *Personal Clave:*

(...)

EL CONTRATISTA pagará como penalidad a LA CONTRATANTE por cada día ausencia en obra del personal clave, la suma de S/ 1, 000.00" (El énfasis es agregado).

En ese sentido, éste Tribunal considera pertinente tomar en cuenta lo expuesto en el artículo 1343º 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." (El énfasis es agregado).

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.

En el presente punto controvertido, de la lectura de la cláusula 9.1. de las CEC se colige que no se ha realizado un pacto en contrario que prescinda de considerar si la causa le es o no imputable al deudor; en razón a ello pasaremos a analizar si el

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

CONTRATISTA actuó con dolo o culpa respecto a la ausencia del personal clave en la obra.

Verificación de penalidad

De lo expuesto por las partes y de la revisión de los medios probatorios ofrecidos por las partes, este Colegiado advierte que las ausencias del Residente de Obra, en las tres obras materia del presente contrato, se registraron en los respectivos asientos de los Cuadernos de Obra correspondiente.

Así tenemos que, con relación a la obra Centro de Salud Huampami, de la revisión del Asiento N° 01 de fecha 08 de julio de 2012,²⁶ se corrobora que recién en esa fecha se presentó el Residente de Obra a pesar de que dicha obra inició el 20 de junio de 2012. Asimismo, en el Asiento N° 321 de fecha 12 de julio de 2013²⁷, el Supervisor de la Obra, registro que a la fecha, la obra llevaba 39 días sin contar con la asistencia del Residente de Obra.

En ese sentido, es claro que el Residente de obra se mantuvo ausente por un total de 57 días calendario.

Respecto a la Obra de del Centro de Salud Luya, se inició el 22 de junio de 2012, y conforme se señaló en el Asiento N° 07 de fecha 05 de julio de 2012, en dicho asiento se registró el cambio de personal – clave, por lo que se confirma que hubo una ausencia del Residente durante 13 días calendario.

Por último, con relación a la Obra del Centro de Salud de Leymebamba, se verifica de la lectura del Asiento N° 09, de fecha 02 de julio de 2012, que la Obra no contaba con la asistencia del Residente de Obra, así se precisa que sigue paralizada. Asimismo, en el Asiento N° 11 de fecha 09 de julio de 2012, se precisa que la obra no cuenta con Residente de Obra hasta la fecha. Luego a través del Asiento N° 13 de fecha 19 de julio de 2012, se expone que no se encuentra el Residente de Obra.

Ante los hechos alegados y probados a través de los asientos de los Cuadernos de Obra, el CONTRATISTA no ha expresado fundamento o prueba que refute lo alegado, y tomando en cuenta que la carga de probar que no le es imputable el incumplimiento con relación a la ausencia del personal en Obra, conducta que ha sido merecedora de la imposición de penalidades por parte de PARSALUD, está a cargo del CONTRATISTA, solo dicha parte deberá soportar los efectos de su inacción.

²⁶ Medio Probatorio "6.16" ofrecido en la Contestación de fecha 11 de noviembre de 2014. Asiento N° 01 del Cuaderno de Obra del Centro de Salud Huampami.

²⁷ Medio Probatorio "6.16" ofrecido en la Contestación de fecha 11 de noviembre de 2014. Asiento N° 321 del Cuaderno de Obra del Centro de Salud Huampami.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

En relación a ello, debemos tener presente que la carga procesal²⁸ 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"*; 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**.

En ése sentido, este Tribunal considera que siendo el contratista quien debía asumir la carga de probar que la causa del incumplimiento no le era imputable, y a pesar de ello no ha realizado mayor alegación, corresponde que éste Tribunal declare INFUNDADA por lo que no corresponde que éste Colegiado ordene a PARSALUD la devolución de la suma de S/ 114, 000.00.

PRONUNCIAMIENTO CON RELACIÓN AL 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) Octava Pretensión Principal, Veamos.

- **DECLARA INFUNDADA** la Octava Pretensión Principal, analizada en el Décimo Segundo Punto Controvertido, por lo que no corresponde que éste Colegiado ordene a PARSALUD la devolución de la suma de S/ 114, 000.00.

DÉCIMO CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Que, el Tribunal Arbitral ordene al demandado la devolución de los montos retenido para el pago de los mayores costos por los servicios del Gerente de Obras por la suma de S/. 139,834.72 (Ciento Treinta y Nueve Mil Ochocientos Treinta con 72/100 Nuevos Soles), al cual deberá agregarse el IGV, más el pago de los intereses legales hasta la fecha real de pago.

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA S.A.C.

El CONTRATISTA indica que dado que el retraso en la ejecución de la obra se ha dado por causas no imputables al CONTRATISTA, los mayores costos por supervisión de obra deberán ser asumidos por la Entidad.

Por consiguiente, los montos indebidamente retenidos en la valorización N° 12 del mes de junio del 2013 por los mayores servicios de supervisión de obra de las obras de "Ampliación y Remodelación del Centro de Salud

²⁸ LIÑAN ARANA, Luis Alberto. "Apuntes sobre la Prueba en el Proceso Civil". En: *Advocatus* N° 4. Lima, p. 250.

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

Huampami, Nuevo Centro de Salud de Leymebamba y Nuevo Centro de Salud de Luya", tal como se acredita del certificado de pago N° 12 emitido por la supervisión de obra, deberán ser devueltos por la Entidad incluido el pago del IGV.

Por tanto, solicitan este Tribunal ordene al demandado la devolución de los montos retenidos para el pago de los mayores costos por los servicios del Gerente de Obras por la suma de S/. 6,074.68. (Seis Mil Setenta y Cuatro con 68/100 Nuevos Soles) al cual deberá incluirse el IGV, más el pago de los intereses legales hasta la fecha real de pago.

POSICIÓN DE PARSALUD

El PARSALUD expone que en la ejecución de las obras materia del Contrato de Ejecución de Obras N°015-2012-PARSALUD/BID 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.

Siendo ello así, indican que resulta de aplicación la Cláusula 44.4 de las Condiciones Especiales del Contrato de Ejecución de Obras N° 015-2012-PARSALUD/BID, la cual establece expresamente que "El Contratista se obliga a pagar a El Contratante los pagos por los servicios del gerente de Obra 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.

Por lo tanto, señalan que en la Liquidación Final se establecerá cual es el monto total resultante por la extensión de los servicios del Gerente de Obras, por causa imputable al Contratista debido al retraso en la ejecución de las obras.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL

Respecto al presente punto controvertido, este Tribunal estima pertinente tomar en cuenta lo estipulado en el Convenio 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"*

En ese sentido, se advierte que el CONTRATISTA si bien solicita la devolución de S/. 139,834.72 (Ciento Treinta y Nueve Mil Ochocientos Treinta con 72/100 Nuevos Soles), luego expresa lo siguiente

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamaní Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

*"Por tanto, solicitamos Tribunal Arbitral ordene al demandado la devolución de los montos retenidos para el pago de **los mayores costos por los servicios del Gerente de Obras por la suma de S/. 6,074.68. (Seis Mil Setenta y Cuatro con 68/100 Nuevos Soles)** al cual deberá incluirse el IGV, más el pago de los intereses legales hasta la fecha real de pago."*

En razón a ello el Tribunal observa que el CONTRATISTA, no ha definido claramente cuál es el monto de su pretensión, siendo que a pesar de pretender la devolución del monto de S/. 139,834.72 por los mayores costos de los servicios del Gerente de Obras, en la fundamentación de la referida pretensión expresa que solicita la devolución de S/ 6, 074. 68.

De la misma forma, debemos tener presente que la carga procesal²⁹ 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"*³⁰; 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.

En razón a lo expuesto, cabe precisar que la parte interesada en aportar las pruebas para que se realice un examen a si corresponde o no la devolución de los mayores costos por los servicios del Gerente de Obras, es precisamente el CONTRATISTA; sin embargo, el mismo no ha precisado cuál es el costo de los servicios del Gerente de Obras ni cuál es el plazo por el cuál se le ha imputado tales costos.

Siendo así, este Colegiado advierte que no corresponde ordenar la devolución de la suma de S/ 139,834.72, por los servicios del Gerente de Obras ya que el CONTRATISTA no ha cumplido con aportar las pruebas que sustenten la pretensión ni ha fundamentado el porqué de la suma pretendida.

²⁹ 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.

³⁰ LIÑAN ARANA, Luis Alberto. "Apuntes sobre la Prueba en el Proceso Civil". En: *Advocatus* N° 4, Lima, p. 250.

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

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) Décimo Pretensión Principal. Veamos.

- **DECLARA INFUNDADA** la Décima Pretensión Principal, analizada en el Décimo Cuarto Punto Controvertido, por lo que no corresponde la devolución solicitada por el CONTRATISTA por un total de S/ 139,834.72, por los servicios del Gerente de Obras.

DÉCIMO QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

Que, el Tribunal Arbitral ordene al demandado el pago de los mayores costos por la renovación de las cartas fianza de fiel cumplimiento y adelanto directo en que ha incurrido la empresa BB Tecnología Industrial S.A.C desde la arbitraria resolución de contrato hasta la fecha en que se declare consentido el laudo.

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA S.A.C.

De acuerdo con los argumentos expuestos en sus pretensiones, se puede apreciar que el CONTRATISTA se ha visto obligado a iniciar el proceso arbitral para defender sus intereses legítimos de los actos arbitrarios de la Entidad, ya que como se ha podido apreciar de los informes denegatorios de la supervisión de obra de las ampliaciones de plazo tramitadas carecían de todo sustento técnico y legal.

Asimismo, las ampliaciones de plazo que fueron aprobadas parcialmente por la supervisión de obra tampoco fueron sustentadas adecuadamente, siendo esa la razón por la cual el CONTRATISTA conviene ahora en someterlas a arbitraje a fin de que vuestro Tribunal Arbitral nos otorgue el plazo total solicitado.

Finalmente señalan que el inicio del presente proceso arbitral al que nos ha llevado la Entidad por sus actuaciones arbitrarias genera que los costos financieros por sus cartas fianza de fiel cumplimiento y adelanto directo se vean incrementados, por lo que los mismos deberán ser asumidos por la Entidad.

POSICIÓN DE PARSALUD

El PARSALUD señala que sobre la Décima Primera Pretensión Principal de la demandante: "Que, el Tribunal Arbitral ordene al demandado el pago de los mayores costos por la renovación de las cartas fianza de fiel cumplimiento y adelanto directo en que ha incurrido la empresa BB Tecnología Industrial S.A.C.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamaní Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

desde la arbitraria resolución de contrato hasta la fecha en que se declare consentido el laudo".

Que, en la ejecución de las obras materia del Contrato de Ejecución de Obras N° 015-2012-PARSALUD/BID ha existido un innegable retraso en su ejecución y considerando que este retraso no ha sido desvirtuado por el Contratista, no existe nexo causal por el cual se le impute responsabilidad a la Entidad por la renovación de dichas cartas fianza.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL

Con relación a la pretensión solicitada por el CONTRATISTA, este Colegiado advierte que se solicita los mayores costos por las renovaciones de las cartas fianzas del contrato en controversia.

En ése sentido cabe precisar que el contrato de fianza en nuestro sistema jurídico, tiene como principal propósito garantizar el cumplimiento de una obligación ajena; es decir, que un tercero se comprometa a responder por la obligación del garantizado en caso éste no cumpla.

Para el caso particular de las fianzas generadas a través de una Carta Fianza, se tiene que por éstas, el tercero se obliga a responder económicamente por el incumplimiento de determinadas obligaciones del garantizado.

Así, la legislación civil ha regulado el contrato de fianza, señalando en el Artículo 1868º del Código Civil, textualmente que:

*"Artículo 1868º.- Definición**Por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, si esta no es cumplida por el deudor.**La fianza puede constituirse no solo en favor del deudor sino de otro fiador."*

Asimismo, como señala la doctrina³¹, el Contrato de Fianza:

"Es una convención expresa de garantía personal en virtud de la cual un tercero, ajeno al negocio principal garantizado, se compromete a responder, subsidiaria o solidariamente, del cumplimiento ante el acreedor, en lugar del deudor, que es el obligado principal, para el caso en que éste no cumpla. El contrato de fianza es básicamente gratuito y consensual, pues se perfecciona por la simple manifestación de voluntad del fiador aceptada por el acreedor, ya lo quiera y lo conozca el deudor, o incluso aunque lo ignore."

³¹ SALVAT, RAYMUNDO M. "Tratado de Derecho Civil Argentino". Buenos Aires: La Ley, S.A; 1946.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco,

Dr. Juan Huamani Chávez,

Dr. Víctor Huayama Castillo,

Como señala Castillo³²:

"La fianza, en general, es un contrato por el cual un tercero toma sobre sí la obligación ajena, para el caso de que no la cumpla el que la contrajo. La fianza es un contrato. En la práctica, se formaliza con la sola firma del fiador y no contiene la firma del acreedor. Por ello, alguna doctrina sostiene que la fianza es un acto unilateral, por cuanto el fiador queda obligado, aun antes de la aceptación por el acreedor. Tal postura es inadmisibles en nuestro derecho comercial, que lo categoriza como contrato. La fianza es un contrato accesorio. No puede existir sin un contrato principal, cuyas obligaciones garantiza. La fianza puede ser comercial o civil."

Como se puede observar, la garantía de fiel cumplimiento (Carta Fianza) tiene por finalidad que el Contratista asegure de alguna manera el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, con lo cual la Entidad tendrá un mecanismo para que pueda ejercer su derecho de ejecución ante un eventual incumplimiento.

De otro lado se observa que, de acuerdo a lo convenido por las partes, con relación a las garantías, en las Cláusulas Generales del Contrato se pactó lo siguiente:

"Cláusula 52.1. El Contratista deberá proporcionar al Contratante la Garantía de Cumplimiento a más tardar a la fecha definida en la Carta de Aceptación y por el monto estipulado en las CEC, emitida por un banco o compañía afianzadora aceptable para el Contratista, y expresada en los tipos y proporciones de moneda en que deba pagarse el precio del contrato. La validez de la Garantía de cumplimiento, excederá en 28 días la fecha de emisión de Certificado de Terminación de la Obra, en el caso de una garantía bancaria y excederá en un año dicha fecha en el caso de una Fianza de Cumplimiento.(El énfasis es agregado).

En esa línea, en las Condiciones Especiales del Contrato, se pactó lo siguiente:

"Cláusula 52.1. El monto de la Garantía de cumplimiento es:

(a) Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 10% del monto contrato.

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 la Obra, la memoria descriptiva valorizada y los planos de post construcción con sus archivos magnéticos correspondientes. De no cumplir el Contratista con presentar

³² CASTILLO, JORGE LUIS. Curso de Derecho Comercial. EDITORIAL JURISTAS-MADRID. .PÁG. 231
Tomo II, Contratos varios.

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

los documentos requeridos la Garantía no será devuelta“(El énfasis es agregado.

Así también, éste Tribunal advierte que las partes pactaron que la vigencia de la carta fianza de Cumplimiento exceda en un año al Certificado de Terminación de Obra.

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 aplazando, 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 carga de tal inacción.

Por las razones expuestas no resulta amparables la pretensión planteada por el CONTRATISTA.

En ese sentido, el presente Tribunal concluye que el CONTRATISTA mantiene la obligación de renovar la Carta Fianza hasta el momento de la Liquidación Final conforme al Contrato.

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) Décimo Primera Pretensión Principal. Veamos.

- **DECLARA IMPROCEDENTE** la Décima Primera Pretensión Principal analizada en el Décimo Quinto Punto Controvertido, por lo que no corresponde que este Colegiado ordene el pago de los mayores costos por la renovación de las cartas fianzas de fiel cumplimiento.

DÉCIMO SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

Que el Tribunal Arbitral ordene al demandado el pago de la suma de los trabajos adicionales indispensables para los objetivos y metas de la obra S/.8,267.24 (Ocho Mil Doscientos Sesenta y Siete con 24/100 Nuevos Soles) incluido IGV, por concepto de indemnización por daños y perjuicios al no haber cumplido la Entidad con su obligación contractual de subsanar las deficiencias del expediente técnico de obra,

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

que fueran advertidos de manera oportuna y que nos obligó a ejecutar trabajos adicionales indispensables para los objetivos y metas de la obra.

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA S.A.C.

El CONTRATISTA con relación a este punto expresa que mediante carta N° 01-2013-CCGV/BBTI SAC del 05 de febrero del 2013, presenta a la supervisión el informe técnico de la variación de obra N°01 y el adicional de obra N°01, de acuerdo a lo estipulado en el contrato N° 15-2012-PARSALUD/BID.

De otro lado, señala que mediante carta C-013-sora-150-13 DE FECHA 20 DE FEBRERO DE 2013, la supervisión de obra comunica al contratista que la Variación N° 01 de obra y el Adicional N° 01 es IMPROCEDENTE, según Informe N° 02-2013-SUP-YFE.

En ese sentido, expone que la supervisión de obra, pretende desconocer los trabajos adicionales y mayores metrados ejecutados por el CONTRATISTA para el cumplimiento de las metas del contrato, pese a haber sido autorizados por la supervisión de obra.

Tal como se pueden apreciar de los asientos de cuaderno de obra N° 222, 224, 234 Y 240, tanto el CONTRATISTA como la supervisión de obra dejaron constancia de las serias deficiencias del expediente técnico, respecto a la especialidad de estructuras en lo referente a la losa aligerada del segundo piso del Bloque "A" Sector 2, debido a la mala estructuración proyectada por un lado y también se observa que falta especificar en los planos estructurales el detalle de cimentación, disposición del acero y resistencia del concreto de las zapatas de los accesos al Centro de Salud.

Es así que mediante Asiento del cuaderno de obra N° 234 de fecha 25 de enero de 2013, el CONTRATISTA realiza una nueva consulta al supervisor de obra que textualmente indicaba: "Se solicita al Ing. Supervisor Salazar los detalles de la cimentación de las columnas de ingreso al Centro de Salud, las cuales sostienen dos portones metálicos de 2.00x2.38m. y 4.00x2.38m. ya que en los planos estructurales no indican la estructuración de estas 04 columnas.

En ese sentido expresa que la Entidad omitió considerar la construcción de las columnas en los ejes señalados en el párrafo anterior, por lo que la supervisión de obra ordenó a su representada la ejecución de dichas estructuras mediante Asiento del cuaderno de obra N° 240 de fecha 30 de enero de 2013.

De acuerdo con las órdenes que impartió la supervisión durante la ejecución de la obra, su representada ejecutó los trabajos adicionales.

Dichos trabajos según el sustento del informe técnico de la variación y adicional N° 01, ascienden al monto total de S/. 8,267.24, incluido IGV, los cuales deberán ser reconocidos bajo la figura de daños y perjuicios irrogados a su

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

representada derivado de la conducta abusiva de la Entidad en el ejercicio del ius variandi.

Acerca de la Instrucción para ejecutar los trabajos adicionales.

El CONTRATISTA expresa que tal como se ha acreditado mediante asientos de cuaderno de obra su representada y la supervisión de obra advirtieron la existencia de deficiencias técnicas en el expediente de la obra dado que el mismo había omitido la construcción de columnas en determinados ejes de los planos entregado por la Entidad; asimismo, no había incluido la ejecución de la partida de relleno en el sector para llegar al nivel de subrasante del suelo y tampoco la partida de compactado.

A fin de garantizar la seguridad de la obra y el avance de la misma, la supervisión ordenó a su representada la construcción de las columnas en donde el expediente técnico no las considerada por omisión de la Entidad.

Asimismo, el CONTRATISTA procedió a ejecutar los trabajos de relleno con material propio mejorado para cumplir con las modificaciones de los planos del proyecto, con conocimiento de la supervisión de obra.

En ese sentido, el CONTRATISTA indica que de lo expuesto se evidencia que la ejecución de los trabajos adicionales por parte de mi representada era ineludible, y dado la necesidad impostergable de que dichos trabajos se ejecutarán es que la supervisión de obra autorizó la ejecución de dicho trabajos para cumplir con la modificación de los planos del proyecto.

Acerca de los efectos del no reconocimiento de los trabajos adicionales ejecutados

En términos legales y en estricta justicia, no resulta equitativo que el CONTRATISTA atienda a una necesidad imprescindible de la obra como la construcción de las columnas omitidas por la Entidad en los planos de estructura para brindar seguridad la obra, dichos trabajos deban ser asumidos por su representada a costo de su propio patrimonio.

Por todo lo expuesto, la parte expresa que resulta evidente que La Entidad debe resarcir el daño ocasionado al CONTRATISTA.

En ese sentido, alega que es la Entidad quien no ha previsto estos temas en el expediente técnico, ni en el contrato de ejecución de obra y además no quiere cumplir sus obligaciones, conforme a lo dispuesto en el Artículo 1321º del Código Civil, configurándose dolo, corresponderá a la Entidad, el pago de una indemnización por los Daños y Perjuicios ocasionados a su representada, producto del incumplimiento de sus obligaciones como Entidad contratante.

Asimismo, en el presente caso, expone que la Entidad tiene total conocimiento que las deficiencias en el expediente técnico son eventos atribuibles a su responsabilidad, sin embargo, pese a ello, se pretende

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

desconocer los mayores costos efectuados, a su favor, pues estos gastos incurridos son de su obligación y que el incumplimiento de dicha obligación genera un daño económico que deberá ser reconocido.

Con relación al factor atributivo, expone el CONTRATISTA que como ya ha sido explicado en los párrafos que anteceden a este escrito, se debe establecer que los incumplimientos de las obligaciones de la Entidad, que además es una obligación esencial, vale decir, que como consecuencia de la falta de atención a esas obligaciones, se han generado los mayores costos, por culpa de su contraparte, al no cumplir dentro de los plazos establecidos, con una correcta y adecuada estructuración en el expediente técnico, lo que nos ha obligado a presentar un adicional la misma que de manera negligente y abusiva, sin fundamentos técnicos y legales denegó, para poder ejecutar la indicada sección de obra.

Con relación al nexo causal, señala el CONTRATISTA que como se puede desprender fácilmente, la falta del reconocimiento y el incumplimiento culposos de las obligaciones de la Entidad, al no pretender reconocer el desembolso de la obra, a su favor por los mayores costos incurridos, constituye la relación de causalidad, pues afecta directamente a su economía y detrimento de su patrimonio, pues estos gastos no están considerados en las hojas del presupuesto del expediente técnico, ni en el contrato, por lo mismo son desembolsos no previstos que ha estado asumiendo el CONTRATISTA a fin de cumplir con los objetivos de la obra, cuya imposibilidad de ejecución, escapa de su responsabilidad y obligación, en buena cuenta corresponde a la obligación de la Entidad asumir dichos mayores costos.

Respecto al daño el CONTRATISTA expresa que el Daño sufrido está conformado por el valor económico de aquello que no le correspondía asumir, y que hemos venido asumiendo en desmedro de su economía, pues la generación de la obligación contraída de pago, no es imputable a nosotros, sino y tal como lo ha demostrado, deberá ser asumido por la Entidad, pues es consecuencia de su incumplimiento y conducta, vale decir, se le deberá realizar el reembolso el monto ya gastado, y que es objeto de la pretensión más los intereses devengados, hasta la fecha de cancelación.

Por lo expuesto, la Entidad al producir el daño económico al CONTRATISTA tal y como alega y al pretender evadir el reconocer los mayores costos que ha estado desembolsando dicha parte, señalando así que cuando de buena fe han ejecutado las partidas que eran necesarias e indispensables para cumplir con las metas del contrato, solicitan que pague la indemnización por la suma ascendente a **S/. 8,267.24 (Ocho Mil Doscientos Sesenta y Siete con 24/100 Nuevos Soles)** con IGV, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago, por los daños y perjuicios ocasionados.

POSICIÓN DE PARSALUD

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamaní Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

El PARSALUD señala que, en primer lugar se debe tener presente que los daños y perjuicios se configuran a través de los conceptos "daño emergente", "lucro cesante" y "daño moral", sobre lo cual, al haberse solicitado expresamente daños y perjuicios económico, queda fuera del ámbito del petitorio y por ende de análisis, en base al principio de congruencia, el "daño moral".

Así advierte PARSALUD que el daño debe reunir conjuntamente características para que el mismo pueda ser pasible de resarcimiento, así, debe ser: i) cierto; ii) subsistente; iii) afectar el interés de una persona que haya merecido juridicidad (especialidad); y, iv) debe ser injusto.

A efectos de realizar los análisis presentado es oportuno disgregar el petitorio de daños y perjuicios, en la medida que el pedido indemnizatorio contiene este concepto.

Siendo ello así, bajo el marco conceptual de las figuras de los daños y perjuicios advierte dicha parte que la solicitud formulada por el Contratista no se enmarca dentro de estos conceptos, por lo tanto, su pretensión debe ser desestimada.

Sin perjuicio de ello, señala que para la procedencia de la indemnización del daño resarcible, en sus manifestaciones alegadas por el demandante (daño emergente y lucro cesante), es de especial relevancia la probanza de la certeza del daño, lo que significa decir, que los únicos daños resarcibles serán los daños que tengan certeza fáctica y lógica, además que hayan sido probados en su existencia.

Que, sin perjuicio de ello, señala el PARSALUD que se debe tener presente que el Contrato de Ejecución de Obras N°15-2012-PARSALUD/BJD, 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 expresado en él y según el principio de buena fe. Por su parte el artículo 1361° del Código Civil establece que: **"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".

Así, precisa, se debe tener presente el Literal B, de las Especificaciones Técnicas Generales, de los Expedientes de Contratación, señalan lo siguiente:

"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 los antes mencionado, no será reconocida por LA ENTIDAD (...)".

Por lo tanto, expresa el PARSALUD que incluso en el supuesto negado que hubiera algún extremo del Expediente Técnico que ameritaba ser precisado, era

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamaní Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

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.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL

A fin de resolver el Décimo Segunda Pretensión Principal, es necesario establecer el marco conceptual respecto de la institución de la Responsabilidad Civil, así como todas las fuentes de las obligaciones, las cuales pueden tener dos orígenes inmediatos: contractual o extracontractual. Luego de ello, pasaremos a analizar los argumentos de ambas partes sobre este punto así como, los medios probatorios que estas hayan aportado durante el proceso respecto de la presente pretensión.

En ese sentido, si bien es cierto que las fuentes de las obligaciones en ambos casos son diferentes, de realidades diversas y de perspectivas diversas, no es menos cierto que la teoría de la responsabilidad es una sola y que la finalidad en ambos casos es obtener la reparación económica de los daños que han sido efectivamente causados por un agente determinado.

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.

Ahora, en relación al elemento (ii), esto es la ilicitud o antijuricidad, Lizardo Taboada³³ señala lo siguiente:

³³ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil. Editora Jurídica Grijley. 2ª Ed., p32.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

"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 Córdova³⁴ señala lo siguiente:

"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

³⁴ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Editora Jurídica Grijley. 2ª Ed., p35.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamaní Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

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 Caso³⁵ 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 Sársfield 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 Cabanellas³⁶ 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, Ferri³⁷ precisa aún más el concepto, al establecer que:

*“(...) 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).

³⁵ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén. *La Responsabilidad Civil y Relación de Causalidad*. Editorial Astrea; Bs. As; 1984, p. 197.

³⁶ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. 1ª Ed. Editora Atalaya, p. 152

³⁷ 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.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

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, conforme se ha indicado al inicio del análisis del presente punto controvertido, 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."*³⁸

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"³⁹; 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 debidamente los medios probatorios aportados al proceso para acreditar los hechos que configuran su pretensión, o su defensa"*⁴⁰.

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

³⁸ 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.

³⁹ CAS. N° 261-99-Ica, El Peruano, 31-08-1999, p. 3387

⁴⁰ CAS. N° 261-99-Ica, El Peruano, 31-08-1999, p. 3387

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

*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*⁴¹.

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"*⁴².

Ahora bien, los autores Osterling y Castillo⁴³, 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 (damnum 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 – 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 Bermúdez⁴⁴, 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»."

⁴¹ Exp.: 99-23263, 5ta Sala Civil de Lima, 06/12/01 (LEDESMA NARVAEZ, Marianella, Jurisprudencia Actual, Lima, 2005, T. 6 p. 461).

⁴² CAS. N° 342-2002-Arequipa, publicada el 01-09-2003; Jurisprudencia Procesal Civil. Tomo II, 2003; p. 165.

⁴³ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima. Palestra Editores, 2008. Pág. 865 y 867.

⁴⁴ <http://blog.pucp.edu.pe/item/89441/lucro-cesante>

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

Ahora bien, 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.

40.5 El Contratista no tendrá derecho al pago de costos adicionales que podrían haberse evitado si hubiera hecho la advertencia anticipada pertinente."

Con relación a las Condiciones Especiales del Contrato, están 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 ése 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:

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

- a) El Gerente debía pedir la cotización al CONTRATISTA para que este, en un plazo de siete (07) días hábiles cumpliera con alcanzar la información solicitada, y una vez recibida dicha información el Gerente de Obras procedería 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.

Por último, cabe tener en cuenta lo estipulado en la Cláusula 38.1 de las Condiciones Generales del Contrato:

"Cláusula 38.1. El Calendario de actividades será modificado por el Contratista para incorporar las modificaciones en el Programa o métodos de trabajo que haya introducido el Contratista por su propia cuenta. Los precios de calendario de actividades no sufrirán modificación alguna cuando el contratista introduzca tales cambios" (El énfasis es agregado).

Siendo así corresponde examinar las afirmaciones realizadas por EL CONTRATISTA con relación a la supuesta orden realizada por el Supervisor para el CONTRATISTA ejecute trabajos adicionales.

Variación ordenada por el Supervisor de la Obra

El CONTRATISTA ha precisado que a través del Asiento N° 234 de fecha 25 de enero de 2013, dicha parte realiza la siguiente consulta al Supervisor de la Obra:

"Se solicita al Ing. Supervisor alcanzar los detalles de la cimentación de las columnas de ingreso al Centro de Salud, las cuales sostienen dos portones metálicos de 2.00x2.38m. y 4.00x2.38m. ya que en los planos estructurales no indican la estructuración de estas 04 columnas."

Luego, mediante el Asiento N° 240 de fecha 30 de enero de 2013, el Supervisor ordenó la construcción de las estructuras que fueron materia de consulta en el Asiento N° 234.

Es en razón a ello que el CONTRATISTA considera que se vio obligado a ejecutar las obras adicionales ordenadas por el Supervisor, y en ese sentido, solicita que se le

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco,

Dr. Juan Huamani Chávez,

Dr. Víctor Huayama Castillo,

reconozca la suma de S/ 8, 267.24 por concepto de indemnización por daños y perjuicios.

Sin embargo, éste Tribunal observa que en razón a lo pactado por las partes en el Convenio, para que PARSALUD ordene la ejecución de un adicional o de una variación, debía realizarlo conforme a lo estipulado en la Cláusula 40 de las CGC y la Cláusula 40 de las CEC.

Siendo así, el PARSALUD podía ordenar la ejecución de un adicional o una variación a través de una Resolución Jefatural, estableciendo en el Contrato que solo en caso no se pudiera evaluar la cotización del adicional o variación, se considerará dicha modificación como evento compensable.

En concordancia con lo estipulado en la Cláusula 38.1. de las CGC, las modificaciones realizadas a cuenta del CONTRATISTA por su propia voluntad son a cargo de éste.

En ese sentido en el presente caso no se corrobora que PARSALUD haya generado algún daño al CONTRATISTA ya que el daño patrimonial alegado, no es tal en tanto la modificación (sea variación o adicional) realizada por el Contratista no fue ordenada por PARSALUD a través de una Resolución Jefatural, tal y como lo convinieron las partes.

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) Décimo Segunda Pretensión Principal.

- **DECLARA INFUNDADA** la Décimo Segunda pretensión Principal analizada en el Décimo Sexto Punto Controvertido, por lo que no corresponde que este Tribunal ordene a PARSALUD el pago de S/ 8, 267.24 por concepto de indemnización por daños y perjuicios.

DÉCIMO SÉTIMO PUNTO CONTROVERTIDO

Que, el Tribunal Arbitral ordene al demandado el reconocimiento y pago de la suma de S/. 8,267.24 (Ocho Mil Doscientos Sesenta y Siete con 24/100 Nuevos Soles) incluido IGV, más el pago de los intereses legales correspondientes hasta la fecha real de pago, por concepto de los trabajos adicionales indispensables para los objetivos y metas de la obra, ejecutados por la empresa BB Tecnología Industrial S.A.C. a fin de que no se constituya un enriquecimiento si causa de la Entidad contratante.

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA S.A.C.

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

El CONTRATISTA expresa que conforme se ha desarrollado ampliamente en la pretensión principal, la ejecución de partidas adicionales fue ocasionada por la responsabilidad de la Entidad, cuya obligación consistía en la entrega de un expediente técnico que no adolezca de deficiencias y que permita poder continuar con la ejecución de la obra de acuerdo a las metas establecidas en el contrato suscrito entre las partes del presente proceso arbitral.

Ahora bien, indica que lo grave de esta situación es que, como consecuencia de la ejecución de las partidas adicionales, las cuales eran indispensables para cumplir con las metas del contrato, se le mayores costos, cuyo cálculo se ha efectuado considerando los costos del expediente técnico tal como se especifica en el informe técnico de la variación de obra N° 01 presentado ante la supervisión conforme a los mecanismos legales que establece el contrato.

En ese sentido, señala el CONTRATISTA que la negativa de la Entidad en reconocer estos mayores costos, mediante su carta C-013-SORA-150-13 ha significado que se vean obligados a asumir las consecuencias patrimoniales de haber ejecutado partidas adicionales que no es especificaron el expediente técnico, pues era necesario su ejecución para cumplir adecuadamente con sus obligaciones y el fin principal del contrato.

Resulta claro que, el Contrato no contemple que el CONTRATISTA cobre algún monto sin haber ejecutado obra alguna o parte de ella que así lo justifique. Tampoco contempla que el **Contratista deba soportar un sobre costo que no ha generado** y cuyo origen no es otro que su esfuerzo por cumplir con su Contrato, por lo que, el pago que corresponde realizar a la Entidad alcanza también a los mayores costos generados como consecuencia de la ejecución de partidas no presupuestadas, provocada por causas no imputables a mi representada, tal como se ha demostrado.

Ahora bien, la falta de reconocimiento y pago de estos mayores costos, está afectando el equilibrio económico, que deben guardar los contratos con el Estado, y de esta forma se estaría configurando un enriquecimiento sin causa a favor del Estado, contra el detrimento patrimonial de su representada, pues la Entidad tiene la obligación de pagarnos lo correspondiente a la ejecución de las partidas adicionales.

En tal sentido, esta paralización de las maquinarias, equipos y personal, ha conllevado a que su representada desembolse un mayor costo fuera de lo previsto, para cumplir con las metas del contrato; y con la finalidad de no poner en riesgo la obra y los trabajos; que ha venido asumiendo y que le corresponde restituir a la Entidad, **con la finalidad de conservar el equilibrio económico del contrato, el mismo que se está afectando**, toda vez que estos mayores costos al ser ocasionados por la dejadez e incumplimiento de parte, alega, de la Entidad, por lo que es a ella a quien le correspondería asumirlas, pues bien sabe y que además está claramente

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

demostrado que la ejecución de partidas adicionales, fueron a consecuencia de las deficiencias en el expediente técnico.

Asimismo, expone que la Entidad al pretender eludir este reconocimiento de pago, su intención es evadir sus obligaciones y buscar que su representada lo asuma a título gratuito, aun sabiendo que ello implicaba un perjuicio económico para su representada, beneficiándose con ello, sin pretender reconocer el pago, lo que ha generado a consecuencia de su incumplimiento, y a expensas de nuestro perjuicio económico, un enriquecimiento sin causa de parte de la Entidad, que vuestro tribunal deberá corregir, pues sus normas no amparan el abuso que se está cometiendo.

Siguiendo el orden de ideas del párrafo precedente, señalan que el equilibrio económico del contrato de obra, está dirigido a la proporcionalidad o equivalencia de las prestaciones a las que se comprometen las partes, que se determina con base al justo precio que las mismas tenga en el mercado; por lo que, las prestaciones recíprocas a cargo de las partes, deben guardar una equivalencia según un criterio objetivo de igualdad o simetría en el valor económico de las contraprestaciones que hace que el valor que la parte reciba como contratistas por las obras que nos proporciona la Entidad, corresponda al justo precio del mercado y sea en proporción a lo efectivamente trabajado y ejecutado en la obra.

En tal sentido, la Entidad se encuentra en la obligación en conservar el equilibrio económico del contrato que está siendo alterado por los mayores costos que estamos asumiendo, y que no es atribuible a mi representada. Por lo tanto, la Entidad debe reconocer nuestro derecho como contratistas al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, como equivalencia de los prestaciones recíprocas, el respeto por las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración y la intangibilidad de su remuneración, de lo contrario nos veremos totalmente afectados, pues se quebranta la equivalencia y reciprocidad del contrato de obra, perdiéndose la proporcionalidad de las contraprestaciones recíprocas de las partes.

Por todo lo señalado, solicitan que el Colegiado considere que para el caso materia en discusión, se estaría infringiendo reglas necesarias para conservar el equilibrio económico en la ejecución de obras y la libertad de contratar, "En consecuencia, cuando [el Estado] contrata y se obliga ante particulares, ambas partes deben someterse a las mismas reglas y no puede el Estado tener un nivel de preeminencia, lo contrario sería ir contra el principio constitucional de igualdad ante la ley."

Pues resulta evidente que, la Entidad lo que busca es evadir su responsabilidad al pretender no reconocer estos mayores costos, que ha generado su incumplimiento; en tal sentido, **de no ampararse su pretensión, se estaría afectando al principio básico del equilibrio económico que rigen a los contratos.**

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

Siendo así, señalan que la opción de **renegociación para modificar los términos del contrato quedaría habilitada**, brindando el principio del equilibrio económico financiero del contrato un parámetro indispensable para la validez de dicha modificación sobre la base de la simetría en las prestaciones originalmente establecidas; y en el ámbito de la contratación con el Estado, como consecuencia del ejercicio de las atribuciones inherentes a éste en materia de contratación de obras y la modificación contractual respetando el equilibrio económico financiero del contrato, aparece como la alternativa más favorable para las partes y para el cumplimiento de los fines públicos a que se contraen los contratos que suscribe el Estado. En efecto, bajo el principio de dar prioridad al interés público en la culminación de una obra.

Por otro lado, señalan que los contratos que se celebran con el Estado deben respetar el principio de legalidad y el de buena fe. Por tal motivo, esos principios deben ser reconocidos y aplicados por las partes, pues la aplicación de los principios mencionados tiene como finalidad evitar que las condiciones pactadas en el contrato varíen como consecuencia de un hecho externo a los contratantes, y que acarreen un lucro injustificado para una parte y en una recíproca pérdida para la otra.

En efecto, la aplicación de este principio tiene como finalidad exclusiva la conservación del contrato, su continuidad en la ejecución bajo nuevos supuestos y la satisfacción de los intereses públicos involucrados en el contrato. Asimismo, El hecho debe aparecer durante la ejecución del contrato, pues se busca obligar a la entidad estatal, a reconocerle al contratista la mayor onerosidad en el acatamiento de sus deberes contractuales, es la evidencia de que el contratista no está, ni tiene por qué estar desamparado.

Siendo así, es que mi representada invoca la aplicación de la Teoría de la revisión de los hechos cumplidos, para el reconocimiento de los mayores costos ocasionados por la ejecución de partidas adicionales que no se especificaron en el expediente técnico, siendo una circunstancia imprevista que afectan el equilibrio económico del contrato y de no ser reconocidas por la Entidad se estaría configurando el enriquecimiento sin causa, por el beneficio de la Entidad a expensas del detrimento de nuestro patrimonio. Ahora bien, señalan que está siendo afectado el equilibrio económico del contrato, es que se estaría produciendo la figura jurídica del enriquecimiento sin causa a favor del Estado, a expensas del empobrecimiento de su representada, conforme a ello corresponde ahondar en tal figura.

En tal sentido, en este caso, este nexo causal se presenta a raíz de que el CONTRATISTA asume los mayores costos que le corresponden pagar a la Entidad, con la finalidad de que la obra no se vea afectada, correspondiendo este un beneficio y provecho patrimonial a favor del demandado, pues se ha beneficiado con dichos pagos, sin reconocer el mismo,

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

y que la consecuencia de dicho beneficio, se da el empobrecimiento de su representada, pues está siendo afectado económicamente al tener que desembolsar gastos no previstos, ni incluidos en el contrato, sin retribución alguna, porque el demandado no cumple con reconocer dicho pago.

Así señala que los desplazamientos patrimoniales deben tener una justificación jurídica, una razón, una causa, resulta contrario a la equidad que un sujeto pueda enriquecerse a costa del empobrecimiento de otro, sin ningún motivo legítimo.

En tal sentido, la ausencia de causa justa de enriquecimiento, constituye otro requisito necesario para entablar la acción, pues el derecho no ampara ni promueve de modo alguno, la injusticia de que uno se pueda enriquecer a causa del detrimento de otro.

Asimismo el CONTRATISTA realiza un análisis en concordancia con el Artículo 1955° del Código Civil, que manifiesta la subsidiariedad del Art. 1954° en mención, pues una vez configurado el enriquecimiento sin causa este procederá solamente si es que la ley no otorga al empobrecido otra acción, textualmente nos señala:

Considerando que la pretensión de enriquecimiento sin causa es subsidiaria, en la medida que no existe ninguna otra acción legal que su representada pueda ejercer para obtener el resarcimiento que se pretende.

POSICIÓN DE PARSALUD

El PARSALUD respecto a este punto alega que el artículo 1954 del Código Civil peruano define al enriquecimiento sin causa como aquella situación en la que hay un sujeto que se enriquece indebidamente a expensas de otro, quedando este último obligado a indemnizarlo.

Así también el PARSALUD, señala que no ha existido prestación "injustificada" alguna, por cuanto, no han sido solicitadas por PARSALUD 11. Asimismo, el Contratista no ha acreditado las supuestas prestaciones como adicionales, siendo que todo lo ejecutado responde a obligaciones establecidas en el Expediente Técnico.

Señala, además que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar una determinada posición, de modo que logre crear certeza respecto de tales hechos", lo cual no ha sido cumplido por el Contratista, al no haber acreditado la efectiva materialización de supuestos adicionales que se encuentran fuera de lo señalado en el Expediente Técnico.

Sin perjuicio de ello, indican que en el supuesto negado que existieran prestaciones adicionales no contempladas en el Expediente Técnico corresponde

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

advertir que el Literal B, de las Especificaciones Técnicas Generales, del Expediente de Contratación del C.S. Ocalli señala lo siguiente:

"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 los antes mencionado, no será reconocida por LA ENTIDAD (...)"

Por lo tanto, 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.

Ahora bien, EN RELACIÓN AL "LA CARENCIA DE OTRA ACCIÓN ÚTIL PARA REMEDIAR EL PERJUICIO", se debe tener presente el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento sin causa constituye uno de sus requisitos de procedencia; ello, de conformidad con el artículo 1955° del Código Civil, que establece lo siguiente: "LA ACCIÓN A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 1954° NO ES PROCEDENTE CUANDO LA PERSONA QUE HA SUFRIDO EL PERJUICIO PUEDE EJERCITAR OTRA ACCIÓN PARA OBTENER LA RESPECTIVA INDEMNIZACIÓN".

Que, por lo tanto, la subsidiariedad responde a la inexistencia de otra vía de derecho que permita hacer efectiva la reparación por el perjuicio sufrido. Así, señala Llambias" que "Si el empobrecido ha dejado prescribir(...) la acción específica que tuviera para obtener la reparación del perjuicio, no podrá deducir la acción resultante del enriquecimiento sin causa. (...) El empobrecido en tal situación carece de la acción por haber sido titular de otra acción eficaz para proteger su interés".

Que, siendo ello así, se debe tener presente que en el Contrato de Ejecución de Obras N° 015-2012-PARSALUD/BID, QUE ES LEY ENTRE LAS PARTES, SE ESTABLECIÓ LAS REGLAS POR LAS CUÁLES SE PUEDEN EFECTUAR ALGÚN RECLAMOS Y LA FORMA DE SOLUCIONAR LOS MISMOS.

Que, al respecto, la cláusula CGC 6.1 de las Condiciones Especiales del Contrato establece que todos los pedidos de órdenes, consultas, aclaraciones, observaciones, etc, deben ser formulados por el Contratista al Gerente de Obras en el cuaderno de obras. Asimismo, **la Cláusula 24.1, 25.1 y 25.2 de las CGC del Contrato, determina expresamente el remedio legal constituido por la Conciliación Decisoria y el Arbitraje, al que puede recurrir el Contratista cuándo surge una controversia sobre la ejecución contractual, cómo puede ser el caso de un Adicional no aprobado.**

El PARSALUD, precisa que el Contratista intenta sorprender y enmendar el error que incurrió al no haber tramitado los supuestos adicionales dentro de la

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

ejecución contractual, no siendo la vía idónea el reclamo por la figura legal del Enriquecimiento sin Causa.

Así también alegan que los precios presentados por el Contratista por los Adicionales no forman parte del presupuesto contractual, por lo tanto, niegan que esos sean los precios que correspondan al mercado.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL

En relación a la pretensión subordinada la Décimo Segunda Pretensión Principal, es preciso tener en cuenta que el pronunciamiento que haga el Tribunal Arbitral sobre este, está supeditado a que previamente se haya declarado la improcedencia o, en su defecto, la infundabilidad de la pretensión a la cual está subordinada.

Así, es importante tener en cuenta la naturaleza de la pretensión subordinada:

"Cuando concurren dos pretensiones y el actor pide que se declare fundada la segunda, para el caso que no se ampare la primera. En otros términos, cuando la pretensión calificada como tal (subordinada, eventual o subsidiaria), queda sujeta a la eventualidad que no sea amparada la pretensión propuesta como principal."⁴⁵

En tal sentido, la pretensión subordinada queda sujeta a la eventualidad a que la pretensión que le sirve como principal sea desestimada para que este Tribunal Arbitral se pueda pronunciar sobre la misma.

De ese modo, en el presente caso tenemos que el Tribunal Arbitral declaró Infundado el Décimo Segunda Pretensión Principal; por lo que, corresponde analizar la presente pretensión.

En ese sentido, con relación a la Primera Pretensión Subordinada a la Décimo Segunda Pretensión Principal, en la cual el CONTRATISTA solicita el pago de S/ 8, 267.24 incluido el IGV más el pago de intereses, por concepto de los trabajos adicionales indispensables para cumplir los objetivos de la Obra, a fin de que no se constituya enriquecimiento sin causa.

En razón a solicitado, previo a ello, 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 (...)"*⁴⁶

⁴⁵ RANILLA COLLADO, Alejandro. La Pretensión Procesal. Revista de estudiantes de Derecho UNSA. Arequipa. Página 200.

⁴⁶ 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.

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

Al respecto, Llambías⁴⁷ 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 Tuhr⁴⁸ señala que el enriquecimiento sin causa es otra fuente de obligaciones, como lo son el contrato y los delitos. Agrega que esta fuente de obligaciones otorga al empobrecido «la acción y el derecho a reclamar la restitución del enriquecimiento (...)»⁴⁹

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*."⁵⁰

Asimismo, el enriquecimiento sin causa se encuentra regulado como una fuente de obligaciones distinta al contrato en los artículos 1954º y 1955º del Código Civil⁵¹. 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 Díez-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

⁴⁷ ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de obligaciones*. Barcelona: Bosch, 2ª Ed., Volumen Segundo, p. 583.

⁴⁸ VON TUHR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Traducido del alemán y concordado por W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1934, tomo I, p. 323.

⁴⁹ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Perrot, 1964, tomo IV-B, p. 375.

⁵⁰ Ídem, Pág. 485.

⁵¹ Debemos señalar que nuestro Código Civil reconoce como fuente de obligaciones: i) Contrato, ii) el enriquecimiento sin causa, iii) responsabilidad extracontractual y iv) la gestión de negocios.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

*o pretensión, a favor de este último, para obtener o reclamar dicha restitución*⁵².

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 doctrina ha caracterizado- como enriquecimiento sin causa en la acepción más apropiada*⁵³.

Lo antes señalado, justifica que legislativamente el enriquecimiento sin causa se presente como una fuente de obligaciones distinta, autónoma e independiente al contrato; regulándose mediante normas sancionadoras que buscan revertir todo enriquecimiento injusto. En palabras de Díez-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 el enriquecimiento. Deudor es el enriquecido; acreedor, el empobrecido*⁵⁴.

En ese sentido, en el presente caso, si bien es cierto el Contratista solicitó el adicional N° 01 y la variación N° 01 con relación a la Obra Centro de Salud Luya, mediante Carta N° 01-2013-CGGV/BBTI de fecha 05 de febrero de 2013, dicha solicitud fue respondida por PARSALUD a través de la Carta N° C-013-SORA-150-13 de fecha 20 de febrero de 2013, en la cual se decidió declarar IMPROCEDENTE dicha solicitud.

Siendo así para este Colegiado, no se encontraba facultado el CONTRATISTA para desarrollar adicionales o variaciones a la Obra en mención; por lo que, cualquier

⁵² **DÍEZ-PICAZO Luis**, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. I, p. 89 y 90.

⁵³ **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 Buera y Aída Kemeimajer de Carlucci, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1997, p. 1064.

⁵⁴ **DÍEZ-PICAZO, Luis**. "La doctrina del enriquecimiento injustificado", en: Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa,, Madrid, Editorial Civitas, 1991, pp. 30-31.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

variación o adicional que se haya producido era de exclusiva responsabilidad de dicha parte.

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) Décimo Segunda Pretensión Principal.

- **DECLARA INFUNDADO** la Primera Pretensión Subordinada a la Décimo Segunda Pretensión Principal, analizada en el Décimo Séptimo Punto Controvertido, y en consecuencia, no corresponde reconocer el pago a favor del CONTRATISTA por el concepto del desarrollo de trabajos adicionales, por la suma de S/ 8, 267.24 (Ocho Mil Doscientos Sesenta y Siete y 24/100 Soles), más los intereses acumulados hasta la fecha de cancelación, siendo que no constituye enriquecimiento sin causa.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Que, el Tribunal Arbitral declare la Nulidad e Ineficacia de la Resolución Jefatural N° 100-2013-PARSALUD 11, de fecha 18 de julio del 2013, mediante la cual la Entidad resolvió declarar la resolución del contrato de ejecución de obra N° 015-2012-PARSALUD/BID por la supuesta acumulación del monto máximo de la indemnización por daños y perjuicios por demora en la terminación de la obra, debido a la inexistencia de causal válida para resolver el contrato.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Que, el Tribunal Arbitral declare la vigencia del Contrato de Ejecución de Obra N°015-2012-PARSALUD/BID y, por consiguiente, el reinicio de la ejecución de las obras en la Región Amazonas por parte del contratista BB Tecnología Industrial S.A.C.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

"Que, se ordene a la Entidad cumpla con devolver a favor del contratista el fondo de garantía constituido para la ejecución de las obras del Lote N° 01 objeto del Contrato N° 15-2012- PARSALUD/BID, ascendente a la suma de S/. 250,858.75, más el pago de los intereses legales correspondientes hasta la fecha real de pago".

DÉCIMO TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Que, el Tribunal Arbitral ordene al demandado la devolución de la aplicación de la penalidad efectuada por Parsalud II por supuesto retraso injustificado en la terminación de la obra por la suma de S/.

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

422,680,07 (Cuatrocientos Veintidós Mil Seiscientos Ochenta con 07/100 Nuevos Soles) al cual deberá agregarse el IGV, más el pago de intereses legales hasta la fecha real de pago.

CON RELACIÓN AL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA S.A.C.

El CONTRATISTA expresa que la Entidad mediante Resolución Jefatural N°100-2013-PARSALUD II de fecha 18 de Julio de 2013 resuelve el contrato, manifestando que lo hace por el incumplimiento incurrido el CONTRATISTA, según lo establecido en la Cláusula 59.2 (g) de sus Condiciones Especiales, al haber acumulado el monto máximo de indemnización por daños y perjuicios excedente al 5% del monto total del Contrato de Ejecución de Obras N2 015-2012/PARSALUD/BID, en la medida que la sumatoria de las tasas diarias acumuladas han superado dicho monto máximo (el cual asciende a S/. 498, 762.64).

En ese sentido, el CONTRATISTA expresa que los cálculos realizados por el PARSALUD son absurdos ya que concluyen que el CONTRATISTA ha llegado al monto máximo de penalidad.

En ese sentido expresan que no le corresponde la imposición de la penalidad en razón a lo expuesto: Respecto a la obra "Ampliación y Remodelación del Centro de Salud de HUAMPAMI" se tiene lo siguiente.

A. "Ampliación y Remodelación del Centro de Salud de HUAMPAMI":

- Fecha de Inicio : 20 de Junio de 2012
- Plazo de Ejecución : 120 dc.
- Fecha de Término : 17 de Octubre de 2012
- Ampliación de Plazo 01 : 22 dc. (Aprobada Primera Adenda)
- Fecha de Término Reprog. 01 : 08 de Noviembre de 2012.
- Ampliación de Plazo 02 : 09 dc. (Aprobada Segunda Adenda)
- Fecha de Término Reprog. 02 : 17 de Noviembre 2012
- Ampliación de Plazo 03 : 47 dc. (Denegada-Ver Pret. Principal 3)
- Fecha de Término Reprog. 03 : 03 de enero del 2013
- Ampliación de Plazo 04 : 140 dc. (Denegada-Ver Pret. Principal 4)
- Fecha de Término Reprog. 04 : 23 de Mayo del 2013
- Ampliación de Plazo 05 : 133 dc. (Ver Pret. Accesorio 1 de la Pret. Principal 2)
- Fecha de Término Reprog. 05 : 03 de Octubre del 2013

Con relación al cálculo de la penalidad, el CONTRATISTA alega que siendo la fecha de término reprogramada de la presente obra el 03 de Octubre del 2013, se concluye que al 25 de Junio del 2013, fecha en la que la Entidad indica mediante la Resolución Jefatural N2100-2013-PARSALUD II, indica que el CONTRATISTA ha incurrido en penalidades no es aplicable en vista a que, del análisis expuesto, aun estábamos dentro del plazo de ejecución de la obra y en consecuencia **NO es Aplicable penalidad alguna.**

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

Respecto a la obra "Nuevo Centro de Salud de Luya", se indica lo siguiente.

B. "Nuevo Centro de Salud de Luya".

- Fecha de Inicio : 22 de Junio de 2012
- Plazo de Ejecución : 240 dc.
- Fecha de Término : 16 de Febrero del 2013
- Ampliación de Plazo 01 : 140 dc. (Ver Pretensión Principal 1)
- Fecha de Término Reprog. 01 : 06 de Julio del 2013.

De lo indicado referente a la obra del "nuevo centro de Salud de Luya", el CONTRATISTA señala que reprogramada el 6 de Julio del 2013; por lo que se concluye que en fecha 25 de Junio del 2013, en la cual la entidad mediante Resolución Jefatural N° 100-2013-PARSALUDII indica que su representada incurrió en penalidades, aun estaban dentro del plazo de ejecución de la obra y en consecuencia **NO es Aplicable la penalidad alguna.**

Respecto a la obra "Nuevo Centro de Salud de Leymebamba", se indica lo siguiente.

B. "Nuevo Centro de Salud de Leymebamba".

- Fecha de Inicio : 23 de Junio de 2012
- Plazo de Ejecución : 210 dc.
- Fecha de Término : 18 de Febrero del 2013
- Ampliación de Plazo 01 : 140 dc.
- Fecha de Término Reprog. 01 : 07 de Junio del 2013.

En relación a la obra en mención en el párrafo anterior, el análisis de la penalidad tomando como base la fecha del 25 de Junio de 2013, según se indica la Entidad en la Resolución de Contrato, precisa que sería el siguiente:

- Monto de la Obra : S/. 4'223,293.81
- Penalidad por día (0.10%) : S/. 4.223,29
- Periodo de Atraso : Del 08.06.2013 al 25.06.2013 = 18 dc
- Plazo de Ejecución : 18 dc. x S/.4,223.29 = **S/. 76,019.22**

Por lo indicado, tenemos que en referencia a la presente obra, en base a un análisis objetivo determina el CONTRATISTA la existencia de una penalidad equivalente al monto de S/. 76,019.22

En ese sentido, expresa el CONTRATISTA concluye que siendo el 5% del costo total del contrato el Monto Máximo de la penalidad, y teniendo en cuenta la sumatoria de las penalidades de las 3 obras que comprende EL CONTRATO es equivalente al monto de S/. 76,019.22 se puede apreciar que dicho monto es menor al monto máximo establecido por EL CONTRATO.

Por lo tanto, señala que en base al análisis expuesto es IMPROCEDENTE la Resolución del Contrato por esta causal, por lo que solicitamos a vuestro digno Tribunal Arbitral que declare fundada la Primera Pretensión Principal de su Demanda.

Tribunal Arbitral:**Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.****Dr. Juan Huamaní Chávez.****Dr. Víctor Huayama Castillo.****POSICIÓN DE PARSALUD**

El PARSALUD expone que, a través de los acápites previos se ha demostrado que el Contratista no ha desvirtuado los fundamentos contenidos en la Resolución Jefatural N° 100-2013-PARSALUD 11, mediante el cual se demostró que dicho Contratista había acumulado el monto máximo de indemnizaciones por daños y perjuicios ascendente al 5% (cinco por cien) del monto total del Contrato de Ejecución de Obras N° 15-2012/PARSALUD/BID, en la medida que la sumatoria de las tasas diarias acumuladas han superado dicho monto máximo (el cual asciende a S/.498,762.64).

Efectivamente, expresa el PARSALUD que el Contratista pretende que no se tome en cuenta a fin de determinar el tiempo de retraso en la ejecución de la obra las Ampliaciones de Plazo correspondientes a los Centros de Salud de Huampami y Luya. QUE NUNCA FUERON SOLICITADAS.

Sobre ello, expresa el PARSALUD que corresponde señalar que dichas "solicitudes" nunca fueron presentadas durante la ejecución del contrato para el pronunciamiento del Contratista, como se disponía en dicha relación jurídica que es LEY ENTRE LAS PARTES, por lo tanto, la Resolución Jefatural N° 100-2013-PARSALUD II siempre tendría el mismo resultado.

CON RELACIÓN AL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO**POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL S.A.C.**

El CONTRATISTA señala que de los fundamentos expuestos en su pretensión principal, se tiene por demostrado cómo es que la Entidad de manera ilegal procedió a resolvernos el contrato, sin tener fundamento alguno que la respalde.

En ese sentido, señala el CONTRATISTA que en aras de poder continuar y culminar la obra materia del contrato, puesto que es el compromiso que han asumido al momento de suscribir el contrato materia del presente conflicto arbitral, solicitan se declare la vigencia del Contrato de Ejecución de Obra N° 015-2012- PARSALUD/BID; y por consiguiente, el reinicio de las obras en la Región Amazonas por parte del contratista BB Tecnología Industrial S.A.C. para que pueda culminar con la totalidad de las obras dentro del plazo determinado.

POSICIÓN DE PARSALUD

El PROGRAMA señala que por lo fundamentos expuestos en el acápite precedente, y habiéndose resuelto válidamente el Contrato de Ejecución de Obras N° 15-2012/PARSALUD/BID, no corresponde amparar la pretensión del Contratista.

CON RELACIÓN AL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castiño.

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA S.A.C.

Expone el CONTRATISTA que en caso el Tribunal Arbitral considere que no corresponde declarar la nulidad de la Resolución Jefatural N° 100-2013-PARSALUD II de fecha 18 de julio del 2013, mediante la cual la Entidad resuelve el contrato de ejecución de obra N° 015-2012-PARSALUD/BID, solicita ordene al demandado la devolución de las retenciones efectuadas por la Entidad en las valorizaciones de obra tramitadas, en razón a que la demora en la culminación de las obras se ha dado por causas NO imputables a la Entidad. En ese sentido tal como se puede apreciar de los resúmenes de certificado de pago N°01, N° 02, N° 03, N° 04, N° 05, N° 06, N° 07, N° 08, N° 09, 10, N°11 y N°12, del lote N° 01, (ANEXO 1-WW) la Entidad realizó la retención del 5% del monto bruto de las valorizaciones de obra aprobadas por la supervisión de obra.

POSICIÓN DE PARSALUD

El PARSALUD ha señalado que la retención del fondo de garantía responde a una obligación contractual establecida en la Cláusula 48 del Contrato de Ejecución de Obras N° 015-2012- PARSALUD/BID, la cual responde a una garantía mientras que transcurra el periodo por Responsabilidad por Defectos por las obras que ha ejecutado el Contratista.

Estas fueron realizadas en cada una de las valorizaciones según lo estipulado expresamente en el Contrato, de acuerdo al detalle siguiente:

3. RETENCIONES FONDO DE GARANTÍA 5%					
Descripción	Fondo de Garantía	Retención Anterior	Retención Actual	Retención Acumulada	Saldo Por Retención
C.S. Bumpemí	97,680.57	59,727.71	7,863.84	61,612.62	30,269.95
Leimebamba	178,953.12	92,578.18	6,208.28	98,786.46	80,166.67
C.S. Luya	145,816.50	81,460.07	1,000.65	84,460.72	61,355.78
TOTAL RETENCIONES	422,640.20	133,765.96	17,072.77	254,859.75	177,822.45

En ese sentido, señala el PARSALUD que es completamente ajena a una supuesta penalidad que se le haya imputado al Contratista, como intenta sorprender al Tribunal Arbitral.

CON RELACIÓN AL DÉCIMO TERCER PUNTO CONTROVERTIDO**POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA S.A.C.**

El CONTRATISTA expone que de acuerdo con los fundamentos expuestos en cada una de las ampliaciones de plazo solicitadas y los diferentes eventos, se ha demostrado fehacientemente que los atrasos en la ejecución de la obra son por causas no imputables a su representada, y que ello ha conllevado a que se le otorgue, tal cual lo hemos demostrado las ampliaciones de plazo correspondientes; por lo que solicita se deje sin efecto la aplicación de la penalidad efectuada

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

por la Entidad en las valorizaciones de obra que se acreditan de los certificados de pago N° 06, 07, 08, 09, 10 y 11 de las obras del lote 1.

POSICIÓN DE PARSALUD

El PARSALUD expresa que, en la ejecución de las obras materia del Contrato de Ejecución de Obras N°015-2012-PARSALUD/BID 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.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL

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 del PARSALUD 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, una primera cuestión a determinar refiere a la existencia o no de retraso injustificado en la ejecución de las obras y la devolución de las penalidades aplicadas por esa demora. Veamos.

Sobre el retraso en la terminación de las obras

El Contratista ha señalado que se vio impedido de ejecutar las obras por 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; en este sentido, solicita que se declare que el retraso en la ejecución de las obras no son injustificados.

Sobre lo anterior, cabe precisar que los eventos alegados por el Contratista y, que ya fueron analizados en cada ampliación de plazo sometido a conocimiento de este Colegiado, en su mayoría no afectaron la ruta crítica de la ejecución de la obra. Dicho en forma breve, los eventos señalados por el Contratista como fortuitos y de fuerza mayor al no afectar la ruta crítica no es causa de los atrasos a la obra.

En tal sentido, los hechos invocados por el Contratista como eximentes de responsabilidad no producen convicción en este colegiado máxime si se tiene en

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

cuenta que por los hechos ya fueron analizados y corroborados por este Colegiado para denegar y otorgar ampliaciones de plazo.

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 referida las incompatibilidades del expediente técnico de obra, eventos que también fueron sustento de las pretensiones analizadas por este Colegiado y sobre el cual ya se emitieron los pronunciamientos correspondientes.

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; en este sentido, el efecto de estos eventos ya han sido valorados para corroborar si efectivamente ocasionan o no atrasos en la ejecución de la obra y cuyo resultado se encuentra plasmado en la denegación u otorgamiento de los mayor plazos de ejecución de obra.

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 la 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 monto máximo de la indemnización por daños y perjuicios es del 5% (cinco por cien) del monto del Contrato. Conforme se ha visto el 5% asciende a la suma de S/ 498, 762.64.

En este sentido, de acuerdo con lo expuesto en la Resolución Jefatural N° 100-2013-PARSALUD II, las penalidades impuestas al CONTRATISTA son las siguientes:

- **Centro de Salud Huampami:** El inicio de ejecución de Obra fue el 20 de junio de 2012 siendo su plazo de ejecución 120 días, sumado a las prórrogas mediante la Primera y Segunda Adenda, por 22 y 9 días calendario, su fecha prevista de terminación era el 17 de noviembre de 2012, por lo tanto al 25 de junio existe un atraso de 221 días calendario y en aplicación de la cláusula 49.1. de las CEC la **penalidad ascendería a S/ 510, 505.58.**

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco,

Dr. Juan Huamaní Chávez,

Dr. Víctor Huayama Castillo.

- **Centro de Salud Leymebamba:** El inicio, de la obra fue el 23 de junio de 2012, y considerando que su plazo de ejecución eran 210 días calendario, su plazo de término fue el 18 de enero de 2013, por tanto al 25 de junio existe un atraso de 158 días calendario y en aplicación de la cláusula 49.1. de las CEC la **penalidad ascendería S/667, 279.82.**
- **Centro de Salud Luya:** El inicio de la obra fue el 22 de junio de 2012 y siendo su plazo de ejecución de 240 días calendario, la fecha de término fue el 16 de febrero de 2013, por lo tanto al 25 de junio existe un atraso de 129 días calendario y en aplicación de la cláusula 49.1. de las CEC la **penalidad ascendería S/ 444, 015.42.**

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.

Corresponde entonces tomar en cuenta, que conforme a lo resuelto por el presente Colegiado, con relación al Centro de Salud Luya ha otorgado 46 días calendario por concepto de mayor plazo para ejecutar la obra.

En ese sentido, corresponde tomar en cuenta que el valor de la Obra Centro de Salud Luya, es de S/ 3'441,977.42, y el 0.10% del valor de dicha obra es S/ 3, 441.97 y siendo 46 días calendario el plazo otorgado por éste Tribunal, el monto total a devolver por éste concepto sería de S/ 158, 330.62.

Sin embargo, aun tomando en cuenta el monto expuesto en el párrafo anterior, éste Tribunal advierte que, inclusive así, las penalidades impuestas al CONTRATISTA superan el 5% del Valor del Contrato.

De lo expuesto, se tiene que al haber alcanzado el monto máximo de penalidad por las razones ya expuestas, éste Tribunal decide que no corresponde declarar la nulidad e ineficacia de la Resolución Jefatural N° 100-2013-PARSALUD II de fecha 18 de julio de 2013, al haberse acumulado el monto máximo de S/ 498, 762.64 (5% del valor del Contrato) por concepto de indemnización.

No obstante lo expuesto, este Colegiado estima tener presente que 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.

En esa línea, se debe considerar que dada su naturaleza resarcitoria todas las penalidades, se traducen en una indemnización a favor del CONTRATANTE y en razón a ello, este Colegiado estima tener presente lo expuesto en la cláusula 49.1 de las CGC y la cláusula 49.1. de las CEC, las cuales expresan lo siguiente:

49.1 Liquidación por daños y perjuicios:

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

El Contratista deberá indemnizar al CONTRATANTE por daños y perjuicios conforme al precio por día establecido en las CEC, por cada día de retraso de la fecha de Terminación con respecto a la Fecha Prevista de Terminación. El monto total de daños y perjuicios no deberá exceder del monto estipulado en las CEC. El Contratante podrá deducir dicha indemnización de los pagos que se adeudaren al Contratista. El pago por daños y perjuicios no afectará las obligaciones del Contratista.(...)

*49.1.La tasa de indemnización por daños y perjuicios es de 0.10 (un décimo por cien) del valor de cada lote la cual se aplica por día de retraso. **El monto máximo de indemnización por daños y perjuicios es del 5% (cinco por cien) del monto total del contrato.** (El énfasis es agregado).*

En ese sentido, de acuerdo a lo pactado por las partes, la indemnización por daños y perjuicios- entiéndase las penalidades- a favor del Contratante no puede exceder el 5% del valor del Contrato.

Siendo así, la retención por penalidades realizada por la Entidad tiene como límite el 5% del valor del Contrato, por lo que corresponde evaluar si en el presente caso la Entidad ha excedido dicho cobro y en consecuencia se debe realizar la devolución al CONTRATISTA o si ha realizado dicho cobro de forma correcta.

Ahora bien, conforme a lo expresado por las partes y de acuerdo a los certificados de pago, las penalidades efectuadas al Contratista son las siguientes:

- Penalidad por cada día de ausencia del personal clave en obra por un total de S/ 114, 000.00
- Penalidad por retraso injustificado en la terminación de la obra por un total de S/ 422,680.07.

De lo expuesto se tiene que la sumatoria de las penalidades impuestas al CONTRATISTA suman un total de S/ 536, 680.07 suma que excede al 5% del valor del Contrato el cual, como ya se explicó es de S/ 498, 762.64, siendo la diferencia ascendente a S/ 37, 917.93.

En ese sentido, respecto a la penalidad por retraso injustificado del término de la obra ascendente a S/ 422, 680.07, corresponde que el Contratante realice la devolución de S/ 37, 917.93, toda vez que el cobro total por penalidades, como ya se explicó, no puede superar el 5% del valor del Contrato según lo pactado por las partes.

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 de la indemnización por daños y perjuicios

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco,

Dr. Juan Huamani Chávez,

Dr. Víctor Huayama Castillo.

Por su parte PARSALUD sostiene que la Resolución de Contrato efectuada ha quedado Consentida y, que esta fue resuelta válidamente en tanto que está probado que el Contratista a acumulado el monto máximo de indemnización.

De este modo, un primer aspecto a determinar es si la resolución del Contrato ha quedado consentida y firme entre las partes, de acuerdo con lo alegado por PARSALUD, tema sobre el cual trataremos a continuación.

Sobre el sustento de la resolución

Corresponde ahora analizar si los argumentos invocados por el Contratista permiten declarar la nulidad y dejar sin efecto la resolución del Contrato.

Para ello conviene tener presente la decisión de resolver el Contrato que se encuentra contenida en la Resolución Jefatural 100-2013-PARSALUD II dictada el 18 de julio del 2013.

- **Centro de Salud Huampami:** El inicio de ejecución de Obra fue el 20 de junio de 2012 siendo su plazo de ejecución 120 días, sumado a las prórrogas mediante la Primera y Segunda Adenda, por 22 y 9 días calendario, su fecha prevista de terminación era el 17 de noviembre de 2012, por lo tanto al 25 de junio existe un atraso de 221 días calendario y en aplicación de la cláusula 49.1. de las CEC la **penalidad ascendería a S/ 510, 505.58.**
- **Centro de Salud Leymebamba:** El inicio, de la obra fue el 23 de junio de 2012, y considerando que su plazo de ejecución eran 210 días calendario, su plazo de término fue el 18 de enero de 2013, por tanto al 25 de junio existe un atraso de 158 días calendario y en aplicación de la cláusula 49.1. de las CEC la **penalidad ascendería S/667, 279.82.**
- **Centro de Salud Luya:** El inicio de la obra fue el 22 de junio de 2012 y siendo su plazo de ejecución de 240 días calendario, la fecha de término fue el 16 de febrero de 2013, por lo tanto al 25 de junio existe un atraso de 129 días calendario y en aplicación de la cláusula 49.1. de las CEC la **penalidad ascendería S/ 444, 015.42.**

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 monto máximo de la indemnización por daños y perjuicios es del 5% [cinco por cien] del monto total del Contrato".

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

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/.498,762.64.

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 las ampliaciones relacionadas a los Centros de Salud Huampamí y Luya, ya que respecto al Centro de Salud Leymebamba reconoce que el PARSALUD debió imponer la penalidad por retraso en el término de la obra, un total de S/ 76,019.22.

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.

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) Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal (3) Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal; y, (4) Novena Pretensión Principal. Veamos.

- **DECLARA INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal analizada en el Primer Punto Controvertido, y en consecuencia, el Colegiado estima que no corresponde declarar la NULIDAD de la Resolución Jefatural N° 100-2013-PARSALUD II de fecha 18 de julio de 2013 mediante el cual el PARSALUD resolvió el Contrato de Ejecución de Obra N° 015-2012-PARSALUD/BID.
- **DECLARA INFUNDADA** la Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal analizada en el Segundo Punto Controvertido, por lo tanto se declara vigente el Contrato de Ejecución de Obra N° 015-2012-PARSALUD/BID, y por tanto, el reinicio de las Obras.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

- **DECLARA INFUNDADA** la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal analizada en el Tercer Punto Controvertido, por lo que no corresponde que éste Tribunal ordene a PARSALUD que devuelva la suma de S/ 250, 858.75 por concepto de fondo de garantía.
- **DECLARA FUNDADO EN PARTE** la Novena Pretensión Principal analizada en el Décimo Tercer Punto Controvertido, por lo que corresponde que este Tribunal ordene la devolución de S/ 37, 917.93. toda vez que al momento de su cobro la Entidad ya había penalizado al CONTRATISTA con el 5% del Valor del Contrato.

DÉCIMO OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO

Que, el Tribunal Arbitral ordene al demandado asumir el pago de los gastos arbitrales que generen el presente proceso.

POSICIÓN DE BB TECNOLOGÍA S.A.C.

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 mi representada para su defensa en el arbitraje, que será calculado hasta antes del cierre de la etapa probatoria.

POSICIÓN DE 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., correspondiéndole asumir el íntegro de los conceptos que irroge el presente.

Sobre ellos, el Artículo 73° del Decreto legislativo N° 1071 que Norma el Arbitraje señala que "El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso".

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL

Sobre este punto, es necesario indicar que el 70° del Decreto Legislativo N° 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". (Énfasis Agregado).

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 70°:

"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". (Énfasis Agregado)

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". (Énfasis Agregado)

Teniendo en cuenta lo mencionado, se advierte que en el convenio arbitral contenido en el Convenio Específico 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

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

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 doctrina⁵⁵ 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.

Ahora bien, a través de Resolución N° 11 de fecha 24 de junio de 2014 se faculta al CONTRATISTA para que pague los gastos arbitrales a cargo de PARSALUD.

En ese sentido, mediante escritos de vistos de fechas 10 y 16 de julio de 2015, CONTRATISTA, cumple con acreditar la cancelación de la totalidad de los honorarios arbitrales fijados en el Acta Instalación, los cuales correspondían, como se señaló precedentemente, a aquellos honorarios que eran de PARSALUD conforme a lo ordenado en la Resolución N° 11.

Mediante Carta S/N de fecha 30 de marzo de 2014, la Secretaría comunica a las partes la liquidación realizada.

Luego Mediante escritos de fecha 21 y 22 de setiembre de 2016, el CONTRATISTA acreditó el pago de los gastos arbitrales por cuantía indeterminada correspondiente a su parte.

Mediante carta S/N de fecha 22 de setiembre de 2016, la Secretaría Arbitral otorgó al CONTRATISTA un plazo de diez (10) días hábiles para que acrediten el pago de los gastos arbitrales por asunción de gastos correspondiente al PARSALUD.

⁵⁵ Ecurra Rivero, Huáscar. Comentarios al artículo 73°. En: Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Instituto Peruano de Arbitraje. Primera Edición. Lima 2011. Pág. 813.

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

Finalmente, a través de escritos, 25 de octubre, 9 y 10 de noviembre de 2016, el CONTRATISTA acreditó el cumplimiento del total de los gastos arbitrales.

Conforme a lo expuesto, los gastos arbitrales fueron cancelados en su totalidad por el CONTRATISTA, de acuerdo al siguiente detalle:

Honorarios del Tribunal Arbitral	S/ 53, 762.24 (del Tribunal Arbitral)	S/ 26, 881.12	S/ 26, 881. 12 (del Tribunal Arbitral)
Gastos Administrativos del Centro	S/ 16, 395.64	S/ 8, 197.82	S/ 8, 197 .82
TOTAL	S/70, 157.88	S/ 35, 078.94	S/ 35, 078.94

Respecto de la liquidación realizada:

Honorarios del Tribunal Arbitral	S/ 30, 000.00 (del Tribunal Arbitral)	S/ 15, 000.00 (del Tribunal Arbitral)	S/ 15, 000.00 (del Tribunal Arbitral)
Gastos Administrativos del Centro	S/ 10,000.00	S/ 5, 000.00	S/ 5,000.00
TOTAL	S/ 40,000.00	S/ 20,000.00	S/ 20,000.00

En este lineamiento; y, en observancia a los hechos expuestos, este Tribunal Arbitral considera que, tanto el CONTRATISTA como el PARSALUD, deben asumir en partes iguales los gastos arbitrales, las costas y costos generados por la tramitación del presente proceso arbitral; y, en consecuencia, ordenar que el PARSALUD pague –en vía de devolución– a favor del CONTRATISTA la suma de S/ 55, 078.94 (Cincuenta y Cinco Mil, Setenta y Ocho con 94/100 Soles), más el IGV correspondiente a la suma total de los Honorarios Profesionales del Tribunal Arbitral y de los Gastos Administrativos del Centro, los cuales inicialmente se encontraban a su cargo, pero que fueron asumidos en subrogación por el CONTRATISTA.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

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

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.- DECLARA INFUNDADA la excepción de caducidad presentada por PARSALUD en su escrito de fecha 11 de noviembre de 2014.

SEGUNDO.- DECLARA INFUNDADA la excepción de incompetencia presentada por PARSALUD en su escrito de fecha 11 de noviembre de 2014.

TERCERO.- DECLARA INFUNDADA la Primera Pretensión Principal presentada en la demanda arbitral interpuesta por BB Tecnología S.A.C. de fecha 18 de setiembre de 2014, analizada en el Primer Punto Controvertido y en consecuencia, no corresponde que éste Colegiado declare la nulidad de la Resolución Jefatural N° 100-2013-PARSALUD II de fecha 18 de julio de 2013 mediante el cual el PARSALUD resolvió el Contrato de Ejecución de Obra N° 015-2012-PARSALUD/BID.

CUARTO.- DECLARA INFUNDADA Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal presentada en la demanda arbitral interpuesta por BB Tecnología S.A.C. de fecha 18 de setiembre de 2014, analizada en el Segundo Punto Controvertido, por lo tanto no corresponde que éste Colegiado declare la vigencia del Contrato de Ejecución de Obra N° 015-2012-PARSALUD/BID, y por tanto, el reinicio de las Obras.

QUINTO.- DECLARA INFUNDADA Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal presentada en la demanda arbitral interpuesta por BB Tecnología S.A.C. de fecha 18 de setiembre de 2014, analizada en el Tercer Punto Controvertido, por lo que no corresponde que éste Tribunal ordene al PARSALUD que devuelva la suma de S/ 250, 858.75 por concepto de fondo de garantía.

SEXTO.- DECLARAR FUNDADA EN PARTE la Segunda Pretensión Principal presentada en la demanda arbitral interpuesta por BB Tecnología S.A.C. de fecha 18 de setiembre de 2014 analizada en el Cuarto Punto Controvertido, referida a la solicitud de ampliación de plazo N° 01 por un total de 46 días calendario con relación al Centro de Salud Luya. Asimismo declara **IMPROCEDENTE** la solicitud de Mayores Gastos Generales y en consecuencia, declarar **NULA e INEFICAZ** la Carta N° 013-SORA-151-13.

Tribunal Arbitral:

Dr. Jorge Daniel Vega Velasco.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Víctor Huayama Castillo.

SÉTIMO.-DECLARA IMPROCEDENTES la Primera y Segunda Pretensiones Accesorias a la Segunda Pretensión Principal presentadas en la demanda arbitral interpuesta por BB Tecnología S.A.C. de fecha 18 de setiembre de 2014, analizadas en el Quinto y Sexto Punto Controvertido.

OCTAVO.-DECLARAR INFUNDADA la Tercera Pretensión Principal presentada en la demanda arbitral interpuesta por BB Tecnología S.A.C. de fecha 18 de setiembre de 2014 analizada en el Sétimo Punto Controvertido, por lo que no corresponde aprobar la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 02 de Ejecución de Obra "Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Huampani", debido a la falta de energía eléctrica; en consecuencia no corresponde el pago de los mayores gastos generales ni la nulidad y/o ineficacia de la Carta N° 2-2013-002027 de fecha 28 febrero del 2013.

NOVENO.- DECLARAR INFUNDADA la Cuarta Pretensión Principal presentada en la demanda arbitral interpuesta por BB Tecnología S.A.C. de fecha 18 de setiembre de 2014 analizada en el Octavo Punto Controvertido, por lo que no corresponde aprobar la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 05 de Ejecución de Obra "Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Huampani", solo respecto a la ampliación de Plazo referida a 55 días calendario, debido a la falta de energía eléctrica; declarar IMPROCEDENTE el pago de los mayores gastos generales de acuerdo al plazo otorgado de 55 días calendario, en consecuencia, declarar la INEFICAZ de la Carta N° C-013-SORA-149-13.

DÉCIMO.- DECLARAR IMPROCEDENTE la Quinta Pretensión Principal presentada en la demanda arbitral interpuesta por BB Tecnología S.A.C. de fecha 18 de setiembre de 2014 analizada en el Noveno Punto Controvertido, por lo que no corresponde que el Tribunal ordene a PARSALUD el monto de S/ 64, 374.71 por Mayores Gastos Generales derivados de las Adendas 1 y 2.

DÉCIMO PRIMER.- DECLARAR IMPROCEDENTE la Sexta Pretensión Principal presentada en la demanda arbitral interpuesta por BB Tecnología S.A.C. de fecha 18 de setiembre de 2014 analizada en el Décimo Punto Controvertido, por lo que no corresponde que el Colegiado ordene la devolución de la retención efectuada por la Entidad ascendente a S/ 53, 344.71 por la presentación retrasada del Programa actualizado mensual.

DÉCIMO SEGUNDO.- DECLARAR FUNDADA la Sétima Pretensión Principal presentada en la demanda arbitral interpuesta por BB Tecnología S.A.C. de fecha 18 de setiembre de 2014, analizada en el Décimo Primer Punto Controvertido, en consecuencia corresponde ordenar a PARSALUD la devolución de los S/ 30, 000.00 por concepto de penalidad, al considerar que la misma fue imputada conforme al Convenio.

DÉCIMO TERCERO.- DECLARA INFUNDADA la Octava Pretensión Principal presentada en la demanda arbitral interpuesta por BB Tecnología S.A.C. de fecha 18 de setiembre de 2014 analizada en el Décimo Segundo Punto Controvertido, por

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

lo que no corresponde que éste Colegiado ordene a PARSALUD la devolución de la suma de S/ 114, 000.00.

DÉCIMO CUARTO.- DECLARA FUNDADA EN PARTE la Novena Pretensión Principal presentada en la demanda arbitral interpuesta por BB Tecnología S.A.C. de fecha 18 de setiembre de 2014 analizada en el Décimo Tercer Punto Controvertido, por lo que corresponde que éste Tribunal ordene la devolución de S/ 37, 917.93 derivado de la aplicación de la penalidad por retraso en el término de obra.

DÉCIMO QUINTO.- DECLARA IMPROCEDENTE la Décima Pretensión Principal presentada en la demanda arbitral interpuesta por BB Tecnología S.A.C. de fecha 18 de setiembre de 2014 analizada en el Décimo Cuarto Punto Controvertido, en la medida que la parte no ha cumplido con exponer la causa petendi de la referida pretensión.

DÉCIMO SEXTO.- DECLARA INFUNDADA la Décima Primera Pretensión Principal presentada en la demanda arbitral interpuesta por BB Tecnología S.A.C. de fecha 18 de setiembre de 2014 analizada en el Décimo Quinto Punto Controvertido, por considerar que no corresponde el pago de los mayores costos por la renovación de cartas fianzas.

DÉCIMO SÉTIMO.- DECLARA INFUNDADA la Décimo Segunda pretensión Principal presentada en la demanda arbitral interpuesta por BB Tecnología S.A.C. de fecha 18 de setiembre de 2014 analizada en el Décimo Sexto Punto Controvertido, por lo que no corresponde que éste Tribunal ordene a PARSALUD el pago de S/ 8, 267.24 por concepto de indemnización por daños y perjuicios.

DÉCIMO OCTAVO.- DECLARA INFUNDADA la Primera Pretensión Subordinada a la Décimo Segunda Pretensión Principal presentada en la demanda arbitral interpuesta por BB Tecnología S.A.C. de fecha 18 de setiembre de 2014, analizada en el Décimo Séptimo Punto Controvertido; y en consecuencia, no corresponde reconocer el pago a favor del CONTRATISTA por el concepto del desarrollo de trabajos adicionales, por la suma de S/ 8, 267.24 (Ocho Mil Doscientos Sesenta y Siete y 24/100 Soles), más los intereses acumulados hasta la fecha de cancelación, siendo que no constituye enriquecimiento sin causa.

DÉCIMO NOVENO.- DECLARAR INFUNDADA la Décima Tercera Pretensión analizada en el Décimo Octavo Punto Controvertido; en consecuencia, no corresponde ordenar al Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud - PARSALUD, asuma los gastos arbitrales del presente proceso.

VIGÉSIMO.- DISPÓNGASE que tanto la empresa BB Tecnología Industrial S.A.C. así como el Programa de Apoyo a la Reforma 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 Reforma del Sector de Salud reembolse a favor de BB Tecnología Industrial S.A.C. la suma S/ 55, 078.94 (Cincuenta y Cinco Mil, Setenta y Ocho con 94/100 Soles)

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

más IGV, 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.-



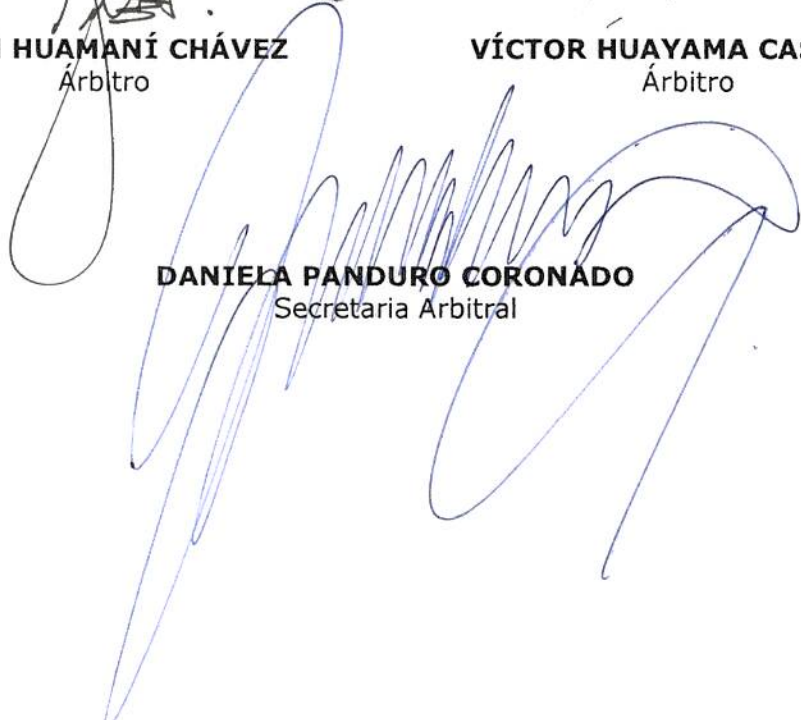
JORGE VEGA VELASCO
 Presidente del Tribunal Arbitral



JUAN HUAMANÍ CHÁVEZ
 Árbitro



VÍCTOR HUAYAMA CASTILLO
 Árbitro



DANIELA PANDURO CORONADO
 Secretaria Arbitral