

Lima, 5 de abril de 2016

log. 504-16

Señores

PROCURADURÍA PÚBLICA DEL MINISTERIO DE SALUD
Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud
PARSALUD del Ministerio de Salud
Av. Dos De Mayo N° 590
San Isidro.-

Referencia: Solicitud de Conciliación Decisoria Consorcio San Juan –PARSALUD II (Expediente N° 987-49-16)
Contrato de Ejecución de Obras N° 005-2014-PARSALUD/BID

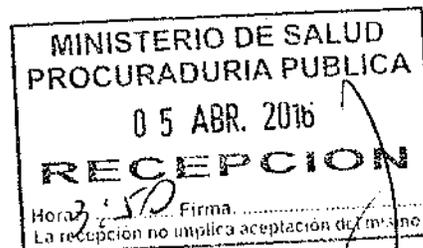
De nuestra consideración:

Tenemos a bien dirigirnos a ustedes a fin de hacerles llegar, a fojas 40, la Decisión de fecha 4 de abril de 2016 emitida por el conciliador doctor Nilo Vizcarra Ruiz, dentro del procedimiento de Conciliación Decisoria seguido por el Consorcio San Juan y El Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD II.

Sin otro particular, quedamos de ustedes.

Atentamente,


PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS
Dra. SILVIA V. RODRÍGUEZ VÁSQUEZ
Secretaría General de Arbitraje



Expediente de Conciliación Decisoria No. 987-49-16

seguido entre

CONSORCIO SAN JUAN

(integrado por
MATH Construcción y Consultoría S.A.C.
e
INCORP Ingeniería y Construcción S.A.C.)

Y

**PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD (PARSALUD II) -
MINISTERIO DE SALUD**

En relación con el Contrato de Ejecución de Obras N° 005-2014-PARSALUD/ BID para la Ejecución de Obra "Centro de Salud Materno Perinatal del Hospital Virgen de Fátima – Chachapoyas" de la Región Amazonas.

Monto del Contrato: S/. 11'738,421.76
Cuantía de la Controversia: S/. 632,764.35
Licitación Pública Internacional N° 001-2013-PARSALUD/BID
Materia: Aprobación de Variación de Obra

DECISIÓN

Autoridad Nominadora

Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la
Pontificia Universidad Católica del Perú

Conciliador Decisor

Nilo Vizcarra Ruiz

Lima, 4 de abril de 2016



DECISIÓN

En Lima, a los cuatro días del mes de abril del año dos mil dieciséis, el abogado Nilo Vizcarra Ruiz, en calidad de Conciliador Decisor y, luego de haber revisado las actuaciones realizadas, valorado las pruebas ofrecidas, escuchado a las partes y deliberado en torno a las pretensiones planteadas por el CONSORCIO SAN JUAN, dicta el siguiente Decisión intentando poner fin, por acuerdo de las partes, a las controversias planteadas:

VISTOS:**ANTECEDENTES DE LA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE LAS PARTES:****Del Contrato y la Cláusula que otorga competencia al Conciliador Decisor:**

1. El 15 de abril de 2014, el **CONSORCIO SAN JUAN**, integrado por MATH Construcción y Consultoría S.A.C. e INCORP Ingeniería y Construcción S.A.C. (al que en adelante denominaremos, el CONSORCIO o el CONTRATISTA, indistintamente) y el **PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD (PARSALUD II) - MINISTERIO DE SALUD** (al que en adelante denominaremos, PARSALUD o la ENTIDAD, indistintamente), celebraron el Contrato de Ejecución de Obras N° 005-2014-PARSALUD/ BID para la Ejecución de Obra "Centro de Salud Materno Perinatal del Hospital Virgen de Fátima – Chachapoyas" de la Región Amazonas (al que en adelante denominaremos, el CONTRATO).
2. La Conciliación Decisoria se encuentra incorporada en la Cláusula "24. Controversias" de las Condiciones Generales del CONTRATO (en adelante, CGC), así como en la Cláusula 24.1 de las Condiciones Especiales del CONTRATO (en adelante, CEC)¹ cuyos textos son los siguientes:

CEC**"24.1**

Las controversias que se planteen respecto de las decisiones del Gerente de Obra que no puedan solucionarse amigablemente entre las partes,

¹ Las Condiciones Especiales del Contrato han sido denominadas de manera abreviada como "CGC" en el Contrato (ver págs. 33 y siguientes del mismo), no obstante lo cual, serán denominadas de manera abreviada en la presente Decisión como "CEC".



deberán solucionarse mediante la Conciliación prevista en la CGC 24.1, salvo aquellas referidas a la CGC 59²".³

CGC

"24. Controversias

24.1 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 de la decisión del Gerente de Obras".

3. En tal sentido, las partes han convenido resolver todas las controversias derivadas del CONTRATO mediante Conciliación Decisoria (en adelante, la CONCILIACIÓN).

Designación del Conciliador Decisor

4. Mediante Carta s/n de fecha 7 de marzo de 2016, notificada el 8 de marzo de 2016, el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, CARC-PUCP) puso en conocimiento del suscrito su designación como Conciliador Decisor encargado de resolver las controversias surgidas entre el CONSORCIO y PARSALUD, derivadas de la ejecución del CONTRATO.
5. Mediante Carta s/n de fecha 9 de marzo de 2016, el suscrito comunicó a la Secretaría General del CARCD-PUCP su aceptación a la designación efectuada como Conciliador Decisor (en adelante, CONCILIADOR), indicando no tener impedimento ni incompatibilidad alguna para ejercer el cargo señalado.
6. Adicionalmente, la Cláusula 25, en su numeral 25.1, de la CGC establece que:

CGC

"25. Procedimientos para la solución de controversias

25.1 El Conciliador deberá comunicar su decisión por escrito dentro los 28 días siguientes a la recepción de la notificación de la controversia".

² Las controversias previstas en la CGC 59 son aquellas relacionadas con la Terminación del Contrato, cuyos supuestos de hecho están detallados de manera abierta en el numeral 59.2 de dichas CGC, pero que constituyen supuestos distintos al que motiva la presente controversia.

³ Pág. 39 del Contrato.

7. Siendo que la comunicación con la que se me informa sobre mi designación como Conciliador Decisor fue recibida por el suscrito el 8 de marzo de 2016, y tomando en consideración la Cláusula 25 de la CGC, la misma que establece un plazo de 28 días para la emisión y notificación de la Decisión a las partes (en adelante, la DECISIÓN) contados desde la recepción de la notificación de la controversia, el plazo con el que cuenta el suscrito para la emisión de su DECISIÓN vence el 5 de abril, con lo que la presente DECISIÓN se está emitiendo dentro del plazo acordado.

DE LA SOLICITUD DE CONCILIACIÓN DECISORIA PLANTEADA POR EL CONTRATISTA

8. Mediante documento denominado "Solicitud para Conciliar" presentado el 1 de febrero de 2016, el CONSORCIO presentó su Solicitud de Conciliación Decisoria (en adelante, su o la SOLICITUD) solicitando como única Pretensión:

Pretensión de la Solicitud para Conciliar

"III. PRETENSIÓN:

Se tenga por aprobada nuestra solicitud de Variación de Obra N° 03 (columnetas y viguetas) ascendente a la suma de S/. 632,764.35 (seiscientos treinta y dos mil setecientos sesenta y cuatro con 35/100 Soles)".

(En adelante, la o su PRETENSIÓN o la VARIACIÓN DE OBRA 3).

Fundamentos de la Pretensión del CONSORCIO

9. Aunque en su SOLICITUD el CONSORCIO se limita a señalar los datos, hechos y PRETENSIÓN de manera general, en ella no obra el sustento de su PRETENSIÓN.
10. Sin embargo, adjunta a la SOLICITUD, se encuentra la Carta No. 182-2015/CSJ/RO de fecha 18 de diciembre de 2015, a través de la cual, a su vez, adjunta el "Informe Sustentatorio del Evento Compensable No. 3: Reforzamiento de Muros de Albañilería" (en adelante, el INFORME EC).
11. Ahora bien, en dicho INFORME EC, el CONTRATISTA señaló que:

"el objeto era "justificar (...) las razones que respaldan la solicitud de Aprobación del Evento Compensable No. 3 (...) que son necesarios para

garantizar la estabilidad de los muros de albañilería y separar de los elementos estructurales sismo resistentes”.

12. Pero además, y también conforme a lo señalado en el INFORME EC, la PRETENSIÓN del CONSORCIO se sustenta en que:

- (i) *“... las columnetas y viguetas de confinamiento de albañilería (...) deben ser consideradas un evento compensable, toda vez que no figura ni en las especificaciones técnicas, ni en los Planos del Proyecto ...”⁴*
- (ii) *“... hay jurisprudencia al respecto, tal como se evidencia en la Resolución Jefatural No. 088-2014-PARSALUD II, de fecha 09.abr.2014, referente a la obra Nuevo Centro Materno Perinatal Simón Bolívar ...”⁵*
- (iii) *“... el “Reforzamiento de Muros”, con la ayuda de columnetas y viguetas de confinamiento es necesario e indispensable por medidas de seguridad ... se debe considerar la ejecución de las mismas dentro de un Evento Compensable...”⁶*
- (iv) *“... es necesario el Evento Compensable ... con la finalidad de garantizar la estabilidad de los muros de albañilería y (...) separar los elementos estructurales sismo resistentes; las que no han sido consideradas en el Expediente Técnico Contractual y cuya ejecución es indispensable para cumplir las metas previstas en el Contrato Principal”⁷.*

CONTESTACIÓN DE LA SOLICITUD DE CONCILIACIÓN DECISORIA

13. Por escrito de fecha 21 de marzo de 2016, la ENTIDAD cumplió con contestar la SOLICITUD formulando una Excepción de Incompetencia y contestando el fondo de la misma solicitando que la misma, en defecto de su improcedencia derivada de la excepción antes dicha, sea declarada Infundada.

Sobre la Excepción de Incompetencia

⁴ Asiento 640 del Cuaderno de Obra del CONTRATISTA de fecha 4 de diciembre de 2015.

⁵ Idem.

⁶ Asiento 644 del Cuaderno de Obra del CONTRATISTA de fecha 7 de diciembre de 2015.

⁷ Asiento 650 del Cuaderno de Obra del CONTRATISTA de fecha 10 de diciembre de 2015.

14. La ENTIDAD indica que la Cláusula 24.1 del CONTRATO establece la condición expresa referida al plazo que habilita la intervención de un Conciliador Decisor, precisando que dicho plazo es de 14 días siguientes a la notificación de la decisión del Gerente de Obras.
15. Agrega la ENTIDAD que el CONSORCIO presentó su SOLICITUD el 2 de febrero de 2016.
16. En relación con dichos plazo y fecha, la ENTIDAD indica que el CONSORCIO recibió hasta tres (3) negativas respecto de su pretensión de aprobación de la Variación de Obra y que, contabilizando los plazos a partir de cualquiera de las fechas en las que su PRETENSIÓN fue desestimada, el plazo para solicitar la CONCILIACIÓN ha vencido.
17. En efecto, señala la ENTIDAD que el 4 de diciembre de 2015, mediante Asiento N° 641 del Cuaderno de Obra, el Gerente de Obras había rechazado la solicitud del CONSORCIO sobre el reconocimiento de columnas y viguetas.

En relación con dicha fecha, y aunque la ENTIDAD ha señalado un plazo de 56 días calendario, el plazo que habría transcurrido hasta la fecha de presentación de su SOLICITUD (asumiendo que ésta fuera presentada el 2 de febrero de 2016) es de 60 días calendario.

18. Asimismo, señala la ENTIDAD que el 18 de diciembre de 2015, mediante Asiento N° 667 del Cuaderno de Obra, el Gerente de Obra había ratificado que se rechaza la solicitud del CONSORCIO.

En relación con dicha fecha, y aunque la ENTIDAD no lo ha señalado, el plazo que habría transcurrido hasta la fecha de presentación de su SOLICITUD (asumiendo que ésta fuera presentada el 2 de febrero de 2016) es de 46 días calendario.

19. El 18 de enero de 2016, mediante Carta N° 004-2016-SUP/CSJ, el Gerente de Obra había vuelto a rechazar la solicitud del CONSORCIO.

En relación con esta última fecha, y aunque la ENTIDAD solo ha señalado el incumplimiento del plazo, el plazo que habría transcurrido hasta la fecha de presentación de su SOLICITUD (asumiendo que ésta fuera presentada el 2 de febrero de 2016) es de 15 días calendario.

Sobre la absolución del traslado sobre el fondo de la PRETENSIÓN

20. En relación con el fondo de la PRETENSIÓN, la ENTIDAD señala que:

- (i) El CONTRATO se ha ejecutado bajo las políticas para la adquisición de bienes y obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo (en adelante, BID), por lo que no le es aplicable la normativa de contratación pública nacional establecida por Ley de Contrataciones del Estado.
- (ii) El CONTRATO ha sido celebrado y se viene ejecutando bajo el sistema de "precios globales", que equivale al sistema de "suma alzada", y no bajo el sistema de "precios unitarios", por lo que asume *"todos los riesgos que pueden haber por incremento de cantidades"*⁸.
- (iii) El literal B "Condiciones Particulares" de las Especificaciones Técnicas Generales del Expediente Técnico establece la obligación del CONSORCIO de *"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"*⁹.
- (iv) Sin perjuicio de la obligación del CONTRATISTA de asumir la responsabilidad por la ejecución de las partidas contratadas hasta alcanzar la finalidad de la obra, *"las columnetas y viguetas sí se encuentran detalladas en el expediente de contratación:
En el Plano E-01 Cimentaciones (...)
En el Plano E-02 Cimentación Detalles (y)
En el Plano E-03 Cuadro de Columnas ..."*

AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN DECISORIA

21. El día 29 de marzo de 2016, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación Decisoria (en adelante, la AUDIENCIA) con la participación de los representantes del

⁸ Sexto párrafo de la página 7 del escrito de la ENTIDAD presentado con fecha 23 de marzo de 2016.

⁹ Tercer párrafo de la página 9 del escrito de la ENTIDAD presentado con fecha 23 de marzo de 2016.

CONSORCIO y la ENTIDAD, y en la que ambas partes expusieron sus posiciones y absolvieron diversas preguntas del suscrito.

22. Asimismo, en atención a la argumentación de las partes expuesta en la AUDIENCIA y al plazo perentorio para la emisión de su DECISIÓN, el suscrito otorgó a las partes un plazo de dos (2) días hábiles para la presentación de cualquier documentación adicional que consideren pertinente a sus derechos.

ESCRITOS E INFORMACIÓN ADICIONAL

23. En atención a la facultad otorgada a las partes en la AUDIENCIA, el día 31 de marzo el CONSORCIO remitió por vía electrónica dos escritos y diversa documentación adicional.
24. En los mencionados escritos, el CONSORCIO amplió los argumentos que expuso en la AUDIENCIA, literalmente, en el sentido siguiente:

"En relación a la buena fe contractual

Se adjunta copia de la Factura N° 001-1518 y Certificado de Pago, emitida a la Entidad el 01 de Abril del 2015, factura que se encontraba aprobada por el Gerente de Obras con motivo de los trabajos ya ejecutados del Evento Compensable N° 01 (Mejoramiento del Terreno), que fuera debidamente aprobado por la Entidad mediante Resolución N°080-2015-PARSALUD II, de fecha 09 de Julio del 2015 como una Variación de Obra N° 01. Ello demuestra que entre nuestra representada y la Entidad había una praxis reiterada y consentida de ejecución previa de trabajos que de forma posterior se regularizaban con la emisión de la documentación pertinente, acciones que sin duda correspondían a la voluntad de las partes de no detener los trabajos por la demora en la tramitación y/o emisión de documentos que respalden lo acordado por las partes. En igual sentido, se procedió con la ejecución de las partidas Columnetas y Viguetas, sin presagiar que en esta ocasión pretenderían no reconocer lo ejecutado en la Variación de Obra N° 03.

Se adjuntan los Asientos del Cuaderno de Obra N° 344, 355, 359 y 360, en donde se aprecia mayores antecedentes que demuestran nuestra preocupación sobre la formalización de la aprobación de la Variación de obra N° 01, pese a que el Gerente de Obras ya había aprobado el mismo.

En relación a la aprobación continua del Gerente de Obras de los trabajos relacionados con la Variación de Obra N° 02 (Columnetas y Viguetas)

Que tal como lo manifestáramos en la Audiencia de Conciliación, existen reiterados asientos del Cuaderno de Obra que acreditan la aprobación del Gerente de Obras de los trabajos comprendidos en nuestro expediente de Variación de Obra N° 03 (Columnetas y Viguetas) que ahora la Entidad pretende desconocer.

En ese sentido, adjuntamos los Asientos del Cuaderno de Obra N° 439, 469, 471, 472, 477, 478, 485, 486, 493, 494, 506, 507, 526, 527, 586, 587, 595, 597, 601, 604, 605, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 620, 621, 626, 627, 630, 631, 634, 635, 691, 692, 693 y 694, en donde expresamente se requiere al Gerente de Obras la aprobación y verificación de la colocación de Columnetas y Viguetas en todos los sectores de la obra, obteniendo siempre la aprobación de dicho profesional sobre los trabajos que nuestra representada iba ejecutando.

En relación a la solicitud expresa del Gerente de Obras para que nuestra representada presente el Expediente de Variación de Obra N° 02 (Columnetas y Viguetas).

En relación a la Excepción de Incompetencia formulada por la Entidad, nuestra representada manifestó lo concerniente a su derecho, en el extremo que mediante Asiento del Cuaderno de Obra N° 681, de fecha 26 de diciembre de 2015, el propio Gerente de Obras, en palabras textuales que reseñamos a continuación, dispuso lo siguiente:

Asiento N° 681 (Sábado 26/12/15)

Del Supervisor

(...)

Se le solicita cambiar el contenido del expediente del Evento Compensable N° 03 "Columnetas y Viguetas, reforzamiento de muros de albañilería" presentado mediante Carta N° 182-2015/CSJ/RO dado que deberá ser considerado como una Variación de obra (Adicional de Obra)

(Subrayado y resaltado nuestro)

Es en vista de dicha solicitud que nuestra representada presenta con fecha 06 de enero de 2016, el expediente de Variación de Obra N° 03 mediante Carta N° 187-2015/CSJUAN/R, solicitud que posteriormente

nos fuera denegada por el Gerente de Obras, mediante Carta N° 004-2016-SUP/CSJ de fecha 18 de enero del presente ejercicio.

Con dicho asiento no sólo acreditamos que nuestra solicitud de conciliación se ha interpuesto dentro de los plazos conferidos contractualmente, sino que además, fue el propio Gerente de Obras quien requirió a nuestra representada la presentación del Expediente de Variación de Obra N° 03 por considerarlo un adicional de obra”.

25. Asimismo, y dado que, no obstante lo señalado por el CONSORCIO, se omitió adjuntar alguna documentación a la que hizo referencia en dicho escrito, el 1 de abril de 2016 el suscrito, a través del CARC-PUCP, le requirió la presentación de documentación adicional, la misma que cumplió con remitir parcialmente por vía electrónica, parcialmente por vía regular el mismo día.
26. De igual modo, y dada la conveniencia de contar con información adicional para resolver, el 1 de abril de 2016 el suscrito, a través del CARC-PUCP, también requirió a la ENTIDAD la presentación de documentación adicional, la misma que cumplió con remitir por vía electrónica el mismo día.

FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

27. El suscrito, considerando la PRETENSIÓN formulada por el CONSORCIO y los argumentos de defensa esgrimidos por la ENTIDAD en su contestación; procede a fijar como puntos controvertidos los siguientes:

Primer punto controvertido: Determinar si corresponde o no declarar fundada la excepción de incompetencia deducida por la ENTIDAD.

Segundo punto controvertido: Determinar si corresponde o no declarar fundada la pretensión para que se tenga por aprobada la solicitud de Variación de Obra N° 03 sobre “Columnetas y Viguetas, reforzamiento de muros de albañilería”, ascendente a la suma de S/. 632,764.35 (seiscientos treinta y dos mil setecientos sesenta y cuatro con 35/100 Soles).

Tercer punto controvertido: Determinar a quién corresponde asumir los costos generados por la presente CONCILIACIÓN.

CONSIDERANDO:**CUESTIONES PRELIMINARES**

28. Antes de iniciar el análisis de la materia controvertida, corresponde confirmar, como en efecto se hace, lo siguiente:
- (i) Que el suscrito se constituyó de acuerdo a lo establecido por las partes en el CONTRATO, específicamente en sus numerales 24 de las CGC y 24.1 de las CEC.
 - (ii) Que en momento alguno se recusó o se cuestionó la participación del suscrito, en su calidad de Conciliador Decisor.
 - (iii) Que las partes tuvieron plena oportunidad para sustentar sus argumentos, participar de una audiencia así como ofrecer todos sus medios probatorios.
 - (iv) Que el suscrito ha procedido a dictar la presente DECISIÓN dentro del plazo acordado por las partes en el numeral 25.1 de la Cláusula 25 de las CGC, vale decir dentro de los 28 días calendario de notificado con la controversia.
29. De otro lado, el suscrito deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación previos a la emisión de la presente DECISIÓN se ha tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración conjunta de los mismos, así como utilizando una apreciación razonada, buscando en todos los casos esclarecer los puntos controvertidos, de manera que, aunque en el análisis contenido en los siguientes considerandos no se haga mención a algún argumento o medio probatorio admitido y actuado, esto no debe interpretarse como una ausencia de valoración de dicho argumento o medio probatorio, sino tan solo como una priorización de las referencias a aquéllos que a juicio del suscrito han sido considerados como más relevantes.

ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR FUNDADA LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA DEDUCIDA POR LA ENTIDAD.

Posición de la ENTIDAD sobre el Primer Punto Controvertido

30. Como hemos visto al reseñar los Antecedentes, la ENTIDAD argumenta que, tomando en cuenta que la fecha de presentación de su SOLICITUD se realizó el 2 de febrero de 2016, el CONSORCIO ha presentado su SOLICITUD vencido el plazo de catorce (14) días establecido en el numeral 24.1 de la Cláusula 24 de las CGC, sea que éste se cuente desde cualquiera de las tres (3) fechas en las que le fue comunicada la denegación de su solicitud objeto de la PRETENSIÓN.

Posición del CONTRATISTA sobre el Primer Punto Controvertido

31. El CONTRATISTA señala que su SOLICITUD ha sido presentada dentro del plazo de catorce (14) días establecido en el numeral 24.1 de la Cláusula 24 de las CGC.
32. En relación con ello, el CONSORCIO señala que el propio Supervisor, mediante Asiento No. 681 del Cuaderno de Obra de fecha 26 de diciembre de 2015, le solicitó la presentación del expediente del Evento Compensable No. 3.
33. Agrega que, atendiendo a dicha solicitud, el CONSORCIO, mediante Carta N° 187-2015/CSJUAN/R presentada el 6 de enero de 2016, presentó el referido expediente, el mismo que posteriormente fue rechazado por el Gerente de Obras, mediante Carta N° 004-2016-SUP/CSJ de fecha 18 de enero del presente ejercicio.
34. Siendo que la actuación objeto de cuestionamiento en su SOLICITUD se encuentra contenida en la Carta N° 004-2016-SUP/CSJ del Gerente de Obras notificada con fecha 18 de enero del 2016, su SOLICITUD se encuentra dentro del plazo previsto en el CONTRATO.

Posición del CONCILIADOR sobre el Primer Punto Controvertido

35. Conforme a lo establecido en el numeral 24.1 de la Cláusula 24 de las CGC, cualquier controversia sobre las decisiones que adopte el Gerente de Obras, debe ser sometida a la Consideración del Conciliador Decisor en un plazo no mayor de catorce (14) días contados desde la notificación del Gerente de Obras.
36. En efecto, la citada Cláusula establece lo siguiente:

CGC
"24. Controversias

24.1 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 de la decisión del Gerente de Obras".

(el resaltado es nuestro).

37. Ahora bien, la ENTIDAD señala que la PRETENSIÓN del CONSORCIO fue rechazada hasta en tres (3) oportunidades por parte de la ENTIDAD y que, tomando en consideración la fecha de presentación de la SOLICITUD (2 de febrero de 2016), en todos los casos dicha SOLICITUD ha sido presentada extemporáneamente.

Sobre la persona facultada para actuar en representación de la ENTIDAD y el medio adecuado para comunicarse con el CONTRATISTA.

38. Una primera cuestión a resolver está relacionada con la determinación de la persona facultada para actuar en representación de la ENTIDAD y el medio adecuado para comunicarse con el CONTRATISTA.
39. Sobre el particular, conforme a lo establecido en el literal (u) de la Cláusula 1.1 de las CGC:

"El Gerente de Obras es la persona cuyo nombre se indica en las CEC (...), responsable de supervisar la ejecución de las Obras y de administrar el Contrato".

40. A su turno, la Cláusula 1.1 de las CEC establece en su literal (u) que:

"El Gerente de Obras (también denominado Supervisor de Obras) será nombrado por "PARSALUD II" en la carta que éste dirija a EL CONTRATISTA comunicando la fecha de entrega del terreno".

41. Conforme a lo señalado por la ENTIDAD, el 11 de julio de 2014, mediante Carta N° 196-2014-PARSALUD/UCT, ésta notificó al CONTRATISTA que la empresa "Taller de Arquitectura Sanchez - Horneros SLP Sucursal Perú" sería la Gerente de Obras o Supervisor de Obras (en adelante, el GERENTE DE OBRAS o SUPERVISOR, indistintamente).

42. Por otro lado, la Cláusula 6.1 de las CEC establece expresamente que:

“Las comunicaciones entre las partes relacionadas a la ejecución misma de la obra se harán a través del cuaderno de obra, salvo que se disponga lo contrario en este mismo contrato.

El Cuaderno de Obra es el medio ordinario de comunicación entre “EL CONTRATISTA” y el Gerente de Obra (...).”

43. Siendo que, en principio, las comunicaciones relacionadas con la PRETENSIÓN del CONTRATISTA han sido dirigidas a éste por el SUPERVISOR a través del Cuaderno de Obra, deben tenerse por válidas.

Sobre la fecha de presentación de la SOLICITUD

44. Una segunda cuestión a resolver está relacionada con la determinación de una cuestión de hechos, vale decir con la fecha de presentación de la SOLICITUD por parte del CONSORCIO pues existe una contradicción entre las partes sobre ésta.
45. Así, mientras la ENTIDAD señala que ello ocurrió el 2 de febrero de 2016, el CONSORCIO señala que ello sucedió el día anterior, vale decir el 1 de febrero de 2016.
46. Sobre el particular, y aunque la copia de la SOLICITUD en la que se coloca el sello de recepción por parte del CARC-PUCP no resulta del todo legible, el Cargo de Registro de Expediente que se imprime con motivo de la presentación de cualquier solicitud y que obra en autos no admite discusión: la SOLICITUD fue presentada el 1 de febrero de 2016 a las 6:36 pm.
47. Teniendo en cuenta lo expuesto, veamos los plazos transcurridos entre las fechas en las que, en cada caso y según dicho de la ENTIDAD, se rechazó la PRETENSIÓN del CONSORCIO.

Sobre el plazo transcurrido entre la fecha de anotación en el Cuaderno de Obra del Asiento No. 641 (4/dic/2015) con el que el SUPERVISOR expresa su negativa a la SOLICITUD del CONSORCIO y la fecha de presentación de la SOLICITUD (1/feb/2016).

48. Señala la ENTIDAD que el *“4 de diciembre de 2015, en el Asiento N° 640 del Cuaderno de Obra, el Contratista solicita el reconocimiento de las columnas y*

viguetas de confinamiento de la albañilería, señalando que no figura ni en las especificaciones técnicas, ni en los planos del proyecto".

49. Sobre el particular, la ENTIDAD ha presentado copia del folio 46 del Cuaderno de Obra, en el que figura la segunda parte del Asiento No. 640 al que ha hecho referencia y en el que se puede apreciar en su última parte:

"a las lluvias; así mismo se remite los certificados de calidad y fichas técnicas de los aditivos impermeabilizantes Z1 polvo y Z2000; ante ello solicitamos revisión y conformidad de la supervisión para proceder con los vaciados".

50. Al respecto, y aunque no se puede determinar de la lectura de dicho texto que, efectivamente, ellos estuvieran relacionados la PRETENSIÓN del SOLICITANTE, el CONSORCIO no ha negado o controvertido ni el hecho ni la afirmación a la que ha hecho referencia la ENTIDAD.

51. Ahora bien, señala la ENTIDAD que el mismo 4 de diciembre de 2015, mediante Asiento N° 641 del Cuaderno de Obra, el SUPERVISOR había rechazado ya la solicitud del CONSORCIO sobre el reconocimiento de columnas y viguetas.

52. Sobre el particular, obra en el expediente, remitido por la ENTIDAD, copia del folio 46 del Cuaderno de Obra, en el que figura el Asiento No. 641 al que ha hecho referencia y en el que se puede apreciar en su parte pertinente lo siguiente:

"Respecto al punto 2 debo indicarle lo manifestado por el Coordinador de Obras, Ing. José Luis Maldonado Albarracín, respecto a las columnetas y viguetas de confinamiento donde mediante correo electrónico expresa su punto de vista señalando que cualquier omisión de metrados y costos son (sic) de responsabilidad del Contratista, que debió considerarlo en su propuesta, según contrato los trabajos no considerados en partidas específicas se consideran que se encuentran incluidos en las otras partidas, en tal sentido en su oportunidad el postor debió hacer la consulta correspondiente, por lo tanto no corresponde ningún costo adicional de fecha 30/11/15 la cual adjunta".

53. Como puede apreciarse, y aunque el SUPERVISOR se remite a un supuesto correo electrónico enviado por el Coordinar de Obras, existe un rechazo expreso e

inequívoco a la PRETENSIÓN del CONTRATISTA bajo el argumento "que cualquier omisión de metrados y costos (es) de responsabilidad del Contratista", que no es otra cosa que una alusión al sistema de contratación (precios globales o suma alzada).

54. En relación con dicha solicitud y negativa y su fecha de anotación en el Cuaderno de Obra (4 de diciembre de 2015), así como con la fecha efectiva de presentación la SOLICITUD (1 de febrero de 2016), el suscrito aprecia la existencia de un plazo de 59 días calendario, con lo que, sin perjuicio de lo que más adelante se expone, la presentación de la SOLICITUD habría sido realizada vencido el plazo de 14 días calendario contemplado por el numeral 24.1 de la Cláusula 24 de las CGC.

Sobre el plazo transcurrido entre la fecha de anotación en el Cuaderno de Obra del Asiento No. 667 (18/dic/2015) con el que el SUPERVISOR reitera la negativa a la SOLICITUD del CONSORCIO y la fecha de presentación de la SOLICITUD (1/feb/2016).

55. La ENTIDAD también ha señalado que el "... 18 de diciembre de 2015 mediante Asiento N° 667 del Cuaderno de Obra, el Gerente de Obra ratifica que se rechaza la solicitud del Consorcio San Juan".
56. Aunque ninguna de las partes ha adjuntado copia del Asiento No. 666 del Cuaderno de Obra del CONTRATISTA, que precede al 667 del SUPERVISOR, en este caso tampoco ninguna de las partes ha cuestionado el sentido en el que habría sido hecho la anotación del Asiento No. 666, vale decir, relacionado con la PRETENSIÓN del CONSORCIO.
57. Ahora bien, en el Asiento No. 667 del SUPERVISOR de fecha 18 de diciembre de 2015 obrante a folios 62 del Cuaderno de Obra, cuya copia ha sido presentada por la ENTIDAD como parte su contestación a la SOLICITUD, se aprecia literalmente lo siguiente:

"Respecto al punto 2 (del Asiento No. 666) esta Supervisión se ratifica con la anotación en el Asiento No. 641 de fecha 04/12/15 señalando que conforme lo establecen las Consideraciones Generales de las Especificaciones Técnicas de Estructuras y comunicados en distintas cartas remitidas al Contratista (B. Consideraciones Particulares) "el Contratista deberá antes de dar inicio a los trabajos, definir y precisar las incompatibilidades que pudiera tener el proyecto (...)" en tal sentido esta Supervisión no aprueba dicho pedido por las consideraciones antes

expuestas respecto al Expediente Evento Compensable No. 3 Columnetas y Viguetas de Confinamiento (reforzamiento) de muros de albañilería."

58. Como puede apreciarse también en este caso, existe un rechazo expreso e inequívoco a la PRETENSIÓN del CONTRATISTA remitiéndose a lo ya señalado en el Asiento No. 641, agregándose como argumento la obligación del CONTRATISTA de *"definir y precisar las incompatibilidades que pudiera tener el proyecto" ... "antes de dar inicio a los trabajos"*.
59. En relación con dicha solicitud y la corroborada negativa de la ENTIDAD y su fecha de anotación en el Cuaderno de Obra (18 de diciembre de 2015), así como con la fecha efectiva de presentación la SOLICITUD (1 de febrero de 2016), el suscrito aprecia la existencia de un plazo de 45 días calendario, con lo que, sin perjuicio de lo que más adelante se expone, también en este caso la presentación de la SOLICITUD habría sido realizada vencido el plazo de 14 días calendario contemplado por el numeral 24.1 de la Cláusula 24 de las CGC.

Sobre el plazo transcurrido entre la fecha de notificación de la Carta No. 004-2016-SUP/CSJ (18/ene/2016) con la que el SUPERVISOR expresa por tercera vez su negativa a la SOLICITUD del CONSORCIO y la fecha de presentación de la SOLICITUD (1/feb/2016).

60. En relación con este extremo del análisis, el suscrito considera necesario hacer un resumen de los hechos incontrovertidos a la fecha considerando que ninguna de las partes los ha expuesto en su totalidad. Veamos.
61. El 18 de diciembre de 2015, vale decir el mismo día que el SUPERVISOR hace la anotación en el Asiento No. 667 del Cuaderno de Obra negando la segunda solicitud del CONTRATISTA, éste presenta la Carta No. 182-2015/CSJ/RO de la misma fecha ante el SUPERVISOR adjuntando *"el Informe del Evento Compensable No. 3 "Columnetas y Viguetas – Reforzamiento de Muros de Albañilería" en el cual solicitamos, sustentamos y cuantificamos el presente evento compensable"*.
62. El 26 de diciembre de 2015, mediante Asiento No. 681 del SUPERVISOR en el Cuaderno de Obras, éste se dirigió al CONTRATISTA con el objeto de
- "... se le solicita cambiar el contenido del expediente del evento compensable No. 3 "Columnetas y Viguetas, reforzamiento de muros de*

albañilería presentado mediante Carta No. 182-2015/CSJ/RO dado que deberá ser presentado como una Variación de Obra (adicional de obra)".

(subrayado y resaltado nuestros)

Se le solicitó al Consorcio el contenido del Expediente de Obra No. 182-2015/CSJ/RO, el cual se le presentó mediante Carta No. 182-2015/CSJ/RO, dado que deberá ser presentado como una Variación de Obra (adicional de obra).

63. El 6 de enero de 2016, el CONSORCIO remitió a la SUPERVISIÓN su Carta No. 187-2015/CSJ/JRO de la misma fecha, a través de la cual adjuntó *"el Informe de la Variación de Obra No. 3 "Columnetas y Viguetas – Reforzamiento de Muros de Albañilería" en el cual solicitamos, sustentamos y cuantificamos la presente variación de obra"*.
64. El 11 de enero de 2016, según señala el CONSORCIO en su SOLICITUD, éste remitió su Carta No. 002-2016/CSJUAN/GG a través de la cual habría solicitado que le fueran absueltas diversas consultas pendientes de atención por parte de la ENTIDAD, incluida aquella referida a la aprobación de la Variación de Obra objeto de su PRETENSIÓN.
65. El 15 de enero de 2016, según señala el CONSORCIO en su SOLICITUD, éste remitió su Carta No. 197-2015/CSJ-RO a través de la cual habría reiterado su solicitud para que le fueran absueltas diversas consultas pendientes de atención por parte de la ENTIDAD, incluida aquella referida a la aprobación de la Variación de Obra objeto de su PRETENSIÓN.
66. Aunque no consta en autos copia de las Cartas Nos. 002-2016/CSJUAN/GG y 197-2015/CSJ-RO remitidas por el CONSORCIO, pues ninguna de las partes las ha remitido, la Entidad no sólo no ha negado su existencia, habiendo incluso hecho referencia a la segunda de ellas en su Contestación de la SOLICITUD, sino que ellas sirven de "referencia" expresa a la comunicación que después remite la ENTIDAD mediante Carta No. 004-2016-SUP/CSJ de fecha 16 de enero de 2016, a la que haremos referencia seguidamente.
67. El 18 de enero de 2016, mediante Carta No. 004-2016-SUP/CSJ de fecha 16 de enero de 2016, el SUPERVISOR se dirigió al Residente de Obra del CONSORCIO

con el objeto de dar respuesta a las diversas consultas contenidas en sus Cartas Nos. 002-2016/CSJUAN/GG y 197-2015/CSJ-RO.

68. En relación con la PRETENSIÓN objeto de la presente CONCILIACIÓN, en su Carta No. 004-2016-SUP/CSJ el SUPERVISOR, además de citar textualmente lo señalado por él mismo en los Asientos Nos. 641 y 667 del Cuaderno de Obra, señala literalmente que:

“En tal sentido, esta Supervisión se pronunció no aprobando lo solicitado por el Contratista referente a la Variación de Obra No. 03 (columnetas y viguetas) sustentado en lo señalado anteriormente”.

69. En relación con esta tercera solicitud para la aprobación de la Variación de Obra objeto de la presente CONCILIACIÓN, contenida en la Carta No. 187-2015/CSJ/JRO (6/ene/2016) y reiterada en las Cartas Nos. 002-2016/CSJUAN/GG (11/ene/2016) y 197-2015/CSJ-RO (15/ene/2016), y la fecha en la que se comunicó la reiterada negativa de la ENTIDAD (18 de enero de 2016), así como con la fecha efectiva de presentación la SOLICITUD (1 de febrero de 2016), el suscrito aprecia la existencia de un plazo de 14 días calendario, con lo que, sin perjuicio de lo que más adelante se expone, en este caso, a diferencia de los dos (2) anteriores, la presentación de la SOLICITUD habría sido realizada dentro del plazo de 14 días calendario contemplado por el numeral 24.1 de la Cláusula 24 de las CGC.

Sobre el vencimiento de los plazos y la pretendida “reactivación” de los plazos para solicitar la CONCILIACIÓN relacionados con la primera y segunda negativas del SUPERVISOR a la SOLICITUD del CONSORCIO.

70. La ENTIDAD se ha referido también al vencimiento del plazo para solicitar la CONCILIACIÓN relacionado con la primera y segunda solicitudes del CONTRATISTA, así como con las correspondientes primera y segunda negativas por parte del SUPERVISOR, contenidas en los Asientos Nos. 641 y 667 del Cuaderno de Obra de fechas el 4 y 18 de diciembre de 2015, respectivamente.
71. En ese sentido, la ENTIDAD ha aludido a la soterrada intención del CONSORCIO de “reactivar” los plazos necesarios para encontrarse en aptitud de impugnar la decisión del SUPERVISOR sobre su PRETENSIÓN.

72. En efecto, la ENTIDAD ha señalado que:

"... corresponde advertir las continuas actuaciones efectuadas por el Contratista (...) de volver a solicitar la misma pretensión al Gerente de Obras, una y otra vez, intentando nuevamente "activar", el cómputo de los plazos.

Efectivamente, no obstante se le había negado expresamente su solicitud el 19 de diciembre de 2015, el Contratista nuevamente, mediante Carta N° 197-2015/CSJ/RO del 15 de enero de 2016, vuelve a solicitar el reconocimiento de columnas y viguetas".

73. En relación con dicha cuestión, debe señalarse, en principio, que las pretensiones que fueran objeto de negativa por parte de la ENTIDAD, aunque fueran presentadas bajo amparos distintos, vale decir inicialmente como "Evento Compensable" y luego como "Variación de Obra", constituyen en esencia la misma pues los hechos que sirven de sustento a todas fueron exactamente los mismos, situación que por lo demás ha sido objeto de consenso por las partes durante la AUDIENCIA.
74. En ese sentido, el rechazo expresado por el SUPERVISOR el 4 de diciembre de 2015, a través del Asiento N° 641 del Cuaderno de Obra, a la primera solicitud de reconocimiento de columnas y viguetas de reforzamiento, constituía ya el supuesto a partir del cual debía correr el plazo de catorce (14) días calendario establecido en el numeral 24.1 de la Cláusula 24 de las CGC para someter dicha negativa (entendida como una controversia entre las partes) a la Consideración del CONCILIADOR.
75. Por ello, la reiterada solicitud del CONSORCIO para el reconocimiento de columnas y viguetas de reforzamiento, expresada en el Asiento N° 666 del Cuaderno de Obra, y la también reiterada negativa del SUPERVISOR, expresada a su vez en el Asiento N° 667 del Cuaderno de Obra el 18 de diciembre de 2015, no habilitaba el inicio de un nuevo conteo del plazo establecido en el numeral 24.1 de la Cláusula 24 de las CGC.
76. Asumir lo contrario, vale decir que la reiteración de una misma solicitud para el reconocimiento y aprobación de un determinado hecho, y la consecuente reiteración de la negativa al mismo, habilita el reinicio del plazo para el sometimiento de la controversia a CONCILIACIÓN, resultaría en un evidente acto de evasión del supuesto de hecho previsto por la norma habilitante impidiendo

la configuración de la consecuencia jurídica, permitiendo que, en general, con la sola reiteración de una misma solicitud ya denegada una de las partes evada su obligación de someter a CONCILIACIÓN o arbitraje en un plazo determinado, cuestión que no puede ser admitida a la luz del derecho por ser abiertamente violatoria del principio de seguridad jurídica.

77. En razón de lo expuesto, las negativas expresadas por el SUPERVISOR el 4 de diciembre de 2015, a través del Asiento N° 641 del Cuaderno de Obra, y el 18 de diciembre de 2015, a través del Asiento N° 667 del Cuaderno de Obra, a la SOLICITUD del CONTRATISTA para el reconocimiento de columnas y viguetas de reforzamiento, se encontraban con los plazos vencidos para impugnar en vía de CONCILIACIÓN, no habiendo la segunda "activado" la primera.

Sobre el vencimiento de los plazos y la pretendida "reactivación" de los plazos para solicitar la CONCILIACIÓN relacionados con la tercera solicitud del CONTRATISTA y la tercera negativa del SUPERVISOR.

78. Siendo que, como ha quedado dicho, el 4 de diciembre de 2015 el SUPERVISOR había expresado su negativa a la PRETENSION del CONTRATISTA de forma clara e indubitable, la reiterada negativa del SUPERVISOR de fecha 18 de diciembre de 2015 no "activaba" el plazo para impugnarla en vía de CONCILIACIÓN.
79. En igual sentido, y entendiendo que nos encontramos ante una misma PRETENSIÓN basada en los mismos hechos, la tercera negativa del SUPERVISOR, contenida en su Carta No. 004-2016-SUP/CSJ notificada al CONTRATISTA el 18 de enero de 2016, tampoco debió "activar" en principio el plazo para impugnar la inicial negativa en vía de CONCILIACIÓN.
80. En el presente caso, sin embargo, se configuró un hecho adicional que resulta trascendental para la re-evaluación de la determinación del inicio del plazo para someter a CONCILIACIÓN la presente controversia.
81. En efecto, en el presente caso el SUPERVISOR, luego de haber denegado en dos (2) oportunidades el pedido del CONSORCIO (el 4 y el 18 de diciembre), solicitó a éste, mediante Asiento No. 681 en el Cuaderno de Obra del 26 de diciembre de 2015, no sólo que modifique "el contenido del expediente del evento compensable No. 3 "Columnetas y Viguetas, reforzamiento de muros de albañilería presentado mediante Carta No. 182-2015/CSJ/RO", sino que además

le indicó la forma en que debía ser presentado (*"deberá ser presentado como una Variación de Obra (adicional de obra)"*).

82. Aunque ello no necesariamente supone una aprobación de la SOLICITUD de Variación de Obra¹⁰, como veremos más adelante, existe de parte del propio SUPERVISOR, vale decir la persona facultada para actuar en representación de la ENTIDAD conforme a lo establecido en el literal (u) de la Cláusula 1.1 de las CGC, una solicitud expresa al CONSORCIO para "re-encauzar" la solicitud de "Evento Compensable" como una de "Variación de Obra".
83. Aunque en la AUDIENCIA el CONSORCIO ha mencionado que ello se debió a la presentación ante el SUPERVISOR de la Resolución 088-2014-PARSALUD II, a través de la cual la propia ENTIDAD habría tramitado y aprobado una solicitud de Variación de Obra similar en la ejecución de otra obra, se desconocen de manera formal las razones que habrían motivado al SUPERVISOR a "re-encauzar" el procedimiento iniciado por el CONTRATISTA, máxime si aquél ya lo había desdeñado hasta en dos (2) oportunidades.
84. En cualquier caso, al margen de las razones que habrían motivado su actuación, el requerimiento efectuado por el SUPERVISOR al CONSORCIO para que éste reformule el expediente presentado inicia un nuevo procedimiento o, en su caso, convalida la continuación de uno ya iniciado, "activando" nuevamente los plazos para solicitar la CONCILIACIÓN en caso la SOLICITUD sea rechazada.
85. Así, como consecuencia del requerimiento efectuado por el SUPERVISOR el 26 de diciembre de 2015 mediante el Asiento No. 681 del Cuaderno de Obra (requerimiento para modificación del expediente), se re-inició, se convalidó la continuación o se "activó", como quiera verse, el procedimiento para la presentación de la solicitud de reconocimiento y aprobación de la Variación de Obra No. 3 iniciado el 18 de diciembre de 2015 con la Carta No. 182-2015/CSJ/RO (presentado como solicitud de reconocimiento de Evento Reembolsable), y continuado el 6 de enero de 2016 con la Carta No. 187-2015/CSJ/RO (como solicitud de reconocimiento de Variación de Obra), el 11 de enero de 2016 con la Carta No. 002-2016/CSJUAN/GG (solicitud de absolución de consultas pendientes) y el 15 de enero de 2016, con la Carta No. 197-2015/CSJ-RO (solicitud de absolución de consultas pendientes), y finalizado el 18 de enero

¹⁰ Conforme a lo establecido por la Cláusula 40 de las CGC *"la ejecución de obras adicionales o variaciones, sólo procederá cuando se cuente con la aprobación escrita de EL CONTRATANTE mediante Resolución Jefatural ..."*

de 2016, con la Carta No. 004-2016-SUP/CSJ, a través de la cual el SUPERVISOR se ratificó en su negativa a la PRETENSIÓN del CONTRATISTA.

86. En consecuencia, siendo que la tercera negativa a la PRETENSIÓN del CONTRATISTA, contenida en la Carta No. 004-2016-SUP/CSJ notificada el 18 de enero de 2016, se originó en el propio requerimiento que el SUPERVISOR efectuara y que, conforme se ha visto precedentemente, la SOLICITUD ha sido presentada dentro del plazo de catorce (14) días establecido en el numeral 24.1 de la Cláusula 24 de las CGC, corresponde declarar INFUNDADA la excepción de incompetencia deducida por la ENTIDAD.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR FUNDADA LA PRETENSIÓN PARA QUE SE TENGA POR APROBADA LA SOLICITUD DE VARIACIÓN DE OBRA N° 03 SOBRE "COLUMNETAS Y VIGUETAS, REFORZAMIENTO DE MUROS DE ALBAÑILERÍA", ASCENDENTE A LA SUMA DE S/. 632,764.35 (SEISCIENTOS TREINTA Y DOS MIL SETECIENTOS SESENTA Y CUATRO CON 35/100 SOLES).

Posición del CONTRATISTA sobre el Segundo Punto Controvertido

87. Como hemos reseñado en los Antecedentes, con motivo de la presentación de su Carta No. 182-2015-CSJ/JRO de fecha 18 de diciembre de 2015, el CONTRATISTA adjuntó el INFORME EC en el que se señaló que:

"el objeto era "justificar (...) las razones que respaldan la solicitud de Aprobación del Evento Compensable No. 3 (...) que son necesarios para garantizar la estabilidad de los muros de albañilería y separar de los elementos estructurales sismo resistentes".

88. En dicho Informe, además, y como también ha sido señalado en los Antecedentes, se señala que:

(i) *"... las columnetas y viguetas de confinamiento de albañilería (...) deben ser consideradas un evento compensable, toda vez que no figura ni en las especificaciones técnicas, ni en los Planos del Proyecto ..."*¹¹

¹¹ Asiento 640 del Cuaderno de Obra del CONTRATISTA de fecha 4 de diciembre de 2015.

- (ii) *"... hay jurisprudencia al respecto, tal como se evidencia en la Resolución Jefatural No. 088-2014-PARSALUD II, de fecha 09.abr.2014, referente a la obra Nuevo Centro Materno Perinatal Simón Bolívar ..."*¹²
- (iii) *"... el "Reforzamiento de Muros", con la ayuda de columnetas y viguetas de confinamiento es necesario e indispensable por medidas de seguridad ... se debe considerar la ejecución de las mismas dentro de un Evento Compensable..."*¹³
- (iv) *"... es necesario el Evento Compensable ... con la finalidad de garantizar la estabilidad de los muros de albañilería y (...) separar los elementos estructurales sismo resistentes; las que no han sido consideradas en el Expediente Técnico Contractual y cuya ejecución es indispensable para cumplir las metas previstas en el Contrato Principal"*¹⁴.

89. Con motivo de la AUDIENCIA, el CONTRATISTA hizo alusión además a dos (2) cuestiones adicionales sobre las que después abundó con motivo de la remisión de su escrito de fecha 31 de marzo de 2016 por vía electrónica: la buena fe contractual y la aprobación que habría tenido de parte del SUPERVISOR para la ejecución de los trabajos objeto de la presente CONCILIACIÓN.

90. En relación a la buena fe contractual, el CONTRATISTA señala que:

"entre nuestra representada y la Entidad había una praxis reiterada y consentida de ejecución previa de trabajos que de forma posterior se regularizaban con la emisión de la documentación pertinente, acciones que sin duda correspondían a la voluntad de las partes de no detener los trabajos por la demora en la tramitación y/o emisión de documentos que respalden lo acordado por las partes".

91. Para acreditar dicha praxis, adjunta diversa documentación relacionada con el expediente de Variación de Obra No. 1 tramitado con la propia ENTIDAD, cuya aprobación y pago se habría realizado con posterioridad a su ejecución y a la aprobación por el SUPERVISOR *"con motivo de los trabajos ya ejecutados del Evento Compensable N° 01 (Mejoramiento del Terreno), que fuera (...) aprobado*

¹² Idem.

¹³ Asiento 644 del Cuaderno de Obra del CONTRATISTA de fecha 7 de diciembre de 2015.

¹⁴ Asiento 650 del Cuaderno de Obra del CONTRATISTA de fecha 10 de diciembre de 2015.

por la Entidad mediante Resolución N°080-2015-PARSALUD II, de fecha 09 de Julio del 2015, como una Variación de Obra N° 01”.

92. Señala el CONTRATISTA que, al igual que en el caso de la Variación de Obra No. 1, *“se procedió con la ejecución de las partidas Columnetas y Viguetas, sin presagiar que en esta ocasión pretenderían no reconocer lo ejecutado en la Variación de Obra N° 03”*
93. En relación con la aprobación por el SUPERVISOR de los trabajos relacionados con la Variación de Obra N° 03 (Columnetas y Viguetas), el CONTRATISTA señala que *“existen reiterados asientos del Cuaderno de Obra que acreditan la aprobación del Gerente de Obras de los trabajos comprendidos en nuestro expediente de Variación de Obra N° 03 (Columnetas y Viguetas) que ahora la Entidad pretende desconocer”.*

“En ese sentido, adjuntamos los Asientos del Cuaderno de Obra N° 439, 469, 471, 472, 477, 478, 485, 486, 493, 494, 506, 507, 526, 527, 586, 587, 595, 597, 601, 604, 605, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 620, 621, 626, 627, 630, 631, 634, 635, 691, 692, 693 y 694, en donde expresamente se requiere al Gerente de Obras la aprobación y verificación de la colocación de Columnetas y Viguetas en todos los sectores de la obra, obteniendo siempre la aprobación de dicho profesional sobre los trabajos que nuestra representada iba ejecutando”.

Posición de la ENTIDAD sobre el Segundo Punto Controvertido

94. En relación con el fondo de la PRETENSIÓN, y como hemos señalado al exponer los Antecedentes, la ENTIDAD ha argumentado básicamente cuatro (4) cosas:
- (i) El CONTRATO se ha ejecutado bajo las políticas para la adquisición de bienes y obras financiadas por el BID, por lo que no le es aplicable la normativa de contratación pública nacional recogida por Ley de Contrataciones del Estado.
 - (ii) El CONTRATO ha sido celebrado y se viene ejecutando bajo el sistema de “precios globales”, que equivale al sistema de “suma alzada”, y no bajo el sistema de “precios unitarios”, por lo que asume *“todos los riesgos que pueden haber por incremento de cantidades”.*

- (iii) El literal B "Condiciones Particulares" de las Especificaciones Técnicas Generales del Expediente Técnico establece la obligación del CONSORCIO de *"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"*.
- (iv) Sin perjuicio de la obligación del CONTRATISTA de asumir la responsabilidad por la ejecución de las partidas contratadas hasta alcanzar la finalidad de la obra, *"las columnetas y viguetas sí se encuentran detalladas en el expediente de contratación:
En el Plano E-01 Cimentaciones (...)
En el Plano E-02 Cimentación Detalles (y)
En el Plano E-03 Cuadro de Columnas ..."*

Posición del CONCILIADOR sobre el Segundo Punto Controvertido

95. Dado que con motivo de la presentación de su SOLICITUD, de la realización de la AUDIENCIA y de la posterior presentación de documentación adicional, las partes han hecho referencia a diversas cuestiones, corresponde puntualizar algunas cuestiones que, aunque han sido argüidas por las partes, no son objeto de controversia, así como aquellas que sí lo son.

Sobre la efectiva ejecución de los trabajos efectuados objeto de controversia

96. No existe controversia entre las partes en relación con la efectiva ejecución de los trabajos objeto de controversia.
97. Ello no sólo no ha sido negado por la ENTIDAD con motivo de la presentación de su escrito de Contestación de la SOLICITUD, sino que ha sido reconocido por la ENTIDAD en la AUDIENCIA.
98. Por si ello no fuera suficiente, la efectiva ejecución de los trabajos objeto de controversia ha sido ampliamente acreditada por el CONTRATISTA con los innumerables Asientos en el Cuaderno de Obra en los que, de un lado, éste solicita su "verificación y aprobación" y, de otro lado, el SUPERVISOR reconoce o "verifica" su ejecución.

Sobre la necesidad de ejecución de los trabajos

99. El CONTRATISTA ha argüido reiteradamente a la “necesidad” de ejecutar los trabajos que son objeto de controversia.
100. Así, en el INFORME EC señaló que los trabajos objeto de controversia eran *“necesarios para garantizar la estabilidad de los muros de albañilería y separar de los elementos estructurales sismo resistentes”*.
101. De igual manera, el CONTRATISTA ha señalado que *“... el “Reforzamiento de Muros”, con la ayuda de columnetas y viguetas de confinamiento es necesario e indispensable por medidas de seguridad ...”¹⁵*
102. Finalmente, y por no citar mayores ejemplos, el CONTRATISTA también ha señalado que *“... es necesario el Evento Compensable ... con la finalidad de garantizar la estabilidad de los muros de albañilería y (...) separar los elementos estructurales sismo resistentes ...”¹⁶*.
103. La ENTIDAD, por su parte no ha negado ni la necesidad de ejecutar dichos trabajos ni el sustento de dicha necesidad (seguridad), habiendo convenido en la AUDIENCIA en que ellos, efectivamente, eran necesarios para garantizar la estabilidad de los muros de albañilería y no afectar la resistencia de las estructuras de la obra.
104. No existe pues controversia tampoco en relación con la necesidad de ejecutar los trabajos que son objeto de controversia en la presente CONCILIACIÓN ni en el sustento de dicha necesidad.

Sobre la naturaleza de los trabajos efectuados y los requisitos para su configuración

105. Dado que el CONTRATISTA inició el trámite de aprobación de los trabajos objeto de su PRETENSIÓN aludiendo a su calidad de “Evento Compensable”, para luego culminar dicho trámite, en concordancia con lo solicitado por el SUPERVISOR, como una “Variación de Obra”, corresponde en este extremo precisar la

¹⁵ Asiento 644 del Cuaderno de Obra del CONTRATISTA de fecha 7 de diciembre de 2015.

¹⁶ Asiento 650 del Cuaderno de Obra del CONTRATISTA de fecha 10 de diciembre de 2015.

naturaleza, diferencia y requisitos que se exigen en cada supuesto de acuerdo a lo establecido en el CONTRATO.

106. En la Justificación Legal contenida en el INFORME EC, el CONTRATISTA señala como base legal de su SOLICITUD el literal g) del numeral 3.2.1 de las CGC.
107. No obstante, en el literal b) de las CONCLUSIONES de dicho INFORME EC, el CONTRATISTA señala que *“las causales que dan pie a la modificación del proyecto, que constituyen el Evento Compensable señalado están indicadas en las Condiciones Generales del Contrato en el numeral 44.1 literal (f) y (g)”*.
108. Aunque en ambos casos estamos a supuestos de “Eventos Compensables”, dado que el CONTRATISTA ha aludido en su INFORME EC a dos (2) supuestos distintos de Eventos Compensables, procederemos a analizar cada uno de ellos en atención a lo establecido en el CONTRATO.
109. Veamos. Conforme a lo establecido en el literal (c) del numeral 1.1 de la Cláusula 1 “Definiciones” de las CGC, *“Eventos Compensables son los definidos en la Cláusula 44 de estas CGC”*.
110. A su turno, los literales f) y g) el numeral 44.1 de la Cláusula 44 “Eventos Compensables” de las CGC, establecen que se consideran como 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”.

“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”.

111. Como puede apreciarse, la referencia contenida en el INFORME EC al literal f) del numeral 44.1 de las CGC parece equívoca y más parecería estar relacionada con

los hechos que merituaron su solicitud de Variación de Obra No. 1 a los que se ha hecho referencia precedentemente.

112. Ahora bien, el supuesto contenido en el literal g) del numeral 44.1 de las CGC al que se ha hecho alusión en el INFORME EC establece tres (3) condiciones para su configuración: (i) una instrucción impartida por el Gerente de Obras, (ii) la existencia de una condición imprevista, y (iii) la necesidad de ejecutar los trabajos por razones de seguridad u otros.
113. Sin embargo, el CONTRATISTA, atendiendo el pedido de la SUPERVISIÓN, reformuló su SOLICITUD modificando el sustento de la misma de "Evento Compensable" a "Variación de Obra". Analicemos pues aquello que establece el CONTRATO en relación con la Variación de Obra.
114. Conforme a lo establecido en el literal (cc) del numeral 1.1 de la Cláusula 1 "Definiciones" de las CGC, *"una Variación es una instrucción impartida por el Gerente de Obras que modifica las Obras"* (el resaltado es nuestro).
115. A su turno, el literal (dd) del numeral 1.1 de la Cláusula 1 "Definiciones" de las CGC, define "Obras" como *"todo aquello que el Contrato exige al Contratista construir, instalar y entregar al Contratante ..."* (el resaltado es nuestro).
116. Como puede apreciarse, el supuesto contenido en el literal (cc) del numeral 1.1 de las CGC, leído conjuntamente con el literal (dd) del mismo numeral y Cláusula, establece dos (2) condiciones para su configuración del supuesto de "Variación de Obra": (i) una instrucción impartida por el Gerente de Obras, y (ii) una modificación de las obras contratadas.
117. Tal como hemos visto, no existe discrepancia entre las partes en relación con la necesidad de ejecutar los trabajos por razones de seguridad.
118. Subsiste, sin embargo la necesidad de determinar la efectiva existencia de los requisitos establecidos por el CONTRATO para la configuración del supuesto de "Variación de Obra" que es objeto de la presente controversia; a saber (i) la existencia de una instrucción o aprobación por parte del SUPERVISOR, y, (ii) la modificación de las obras contratadas.

Sobre la aprobación de los trabajos objeto de controversia por el SUPERVISOR

119. En relación con la aprobación de los trabajos objeto de controversia por el SUPERVISOR, el CONTRATISTA ha señalado que *"existen reiterados asientos del Cuaderno de Obra que acreditan la aprobación del Gerente de Obras de los trabajos comprendidos en nuestro expediente de Variación de Obra N° 03 (Columnetas y Viguetas) que ahora la Entidad pretende desconocer"*.
120. En relación con dicha afirmación, el CONTRATISTA ha adjuntado copia de los Asientos del Cuaderno de Obra Nos. 439, 469, 471, 472, 485, 486, 493, 494, 506, 507, 520 (no mencionado, pero sí incluido), 521 (no mencionado, pero sí incluido), 526, 527, 586, 587, 604, 605, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 620, 621, 626, 627, 630, 631, 634, 635, 691, 692, 693 y 694¹⁷, en los que consta expresamente el requerimiento del CONTRATISTA al SUPERVISOR para que éste "apruebe y verifique" la ejecución de los trabajos objeto de controversia.
121. Sin embargo, no obstante lo afirmado por el CONTRATISTA en el sentido que siempre se contó con la aprobación del SUPERVISOR para la ejecución de dichos trabajos, se aprecia en todos los casos en los que el SUPERVISOR hizo una anotación relacionada con los pedidos de "aprobación y verificación", que dicha anotación se limitó a declarar una "verificación" de los mencionados trabajos.
122. A modo de ejemplo, pues el texto utilizado por ambas partes en el resto de Asientos del Cuaderno de Obra es similar, citamos los Asientos Nos. 630¹⁸ y 631¹⁹ del 28 de noviembre de 2015 del CONTRATISTA y SUPERVISOR, respectivamente, en los que textualmente se señala:

"Asiento No. 630 del Contratista (28/NOV/2015)

Se solicita a la Supervisión la verificación y aprobación de las siguientes actividades ..."

(el subrayado es nuestro)

"Asiento No. 631

DEL SUPERVISOR

Sábado 28/11/15)



¹⁷ Se deja constancia que, aunque ha referido haberlos adjunto como parte de los Asientos del Cuaderno de Obra, no se han adjuntado los Asientos Nos. 477, 478, 595, 597 y 601 del Cuaderno de Obra.

¹⁸ Fojas 039 del Cuaderno de Obra.

¹⁹ Fojas 040 del Cuaderno de Obra.

Se verifica la continuación de los trabajos de (...) colocación de acero, encofrado y vaciado de concreto para columnetas y viguetas de confinamiento en los distintos niveles”

(el subrayado es nuestro)

123. Como puede apreciarse de la lectura de los Asientos del Cuaderno de Obra citados precedentemente, así como de cualquiera de los otros remitidos por el CONTRATISTA, desde el comienzo y en todos los casos, no obstante que la solicitud del CONTRATISTA abarca el pedido para “aprobación” y “verificación”, el SUPERVISOR se limita a “verificar” los trabajos efectuados evitando utilizar la palabra “aprobación”.
124. Ello en el entendido, corroborado después mediante Asientos Nos. 641 y 667 del SUPERVISOR del 4 y 18 de diciembre de 2015, respectivamente, que dichos se encontraban incluidos dentro de las actividades a las que el CONTRATISTA se encontraba obligado a ejecutar.
125. Puede entonces concluirse, al contrario de lo que hace el CONTRATISTA, que los trabajos objeto de controversia ni estuvieron “aprobados” por el SUPERVISOR ni contaron con una “instrucción” de parte de éste para su ejecución, el mismo que se había limitado en todos los casos a verificar su ejecución.
126. Finalmente, existe un hecho adicional al que ha aludido el CONTRATISTA para sustentar la existencia de una aprobación por parte del SUPERVISOR y que, como tal, merece analizarse.
127. En efecto, como hemos señalado ya, luego de haber denegado en dos (2) oportunidades el pedido del CONSORCIO (el 4 y el 18 de diciembre), el SUPERVISOR le solicitó a éste, mediante Asiento No. 681 en el Cuaderno de Obra del 26 de diciembre de 2015, no sólo que modifique “el contenido del expediente del evento compensable No. 3 “Columnetas y Viguetas, reforzamiento de muros de albañilería presentado mediante Carta No. 182-2015/CSJ/RO”, sino que además le indicó la forma en que debía ser presentado (“deberá ser presentado como una Variación de Obra (adicional de obra)”).
128. Aunque, como hemos dicho, no se entiende las razones por las que el SUPERVISOR habría re-encauzado el trámite iniciado por el CONTRATISTA, el requerimiento efectuado por el SUPERVISIÓN para realizar dicha reformulación del expediente no necesariamente supone una aprobación de la SOLICITUD de

Variación de Obra pues, siendo que conforme a lo establecido en el literal (cc) del numeral 1.1 de la Cláusula 1 "Definiciones" de las CGC se requiere una "instrucción (...) que modifica las Obras", dicha instrucción debe ser por lo menos indubitable.

129. En ese sentido, y en un contexto en el que, a esa fecha, ya existían al menos dos (2) negativas a la PRETENSIÓN del CONTRATISTA, la indicación del SUPERVISOR no puede ser entendida sino simplemente como una recomendación sobre el procedimiento pertinente que debe seguir la SOLICITUD del CONTRATISTA para poder ser admitida a trámite y, ulteriormente, a evaluar su procedencia.
130. En efecto, el CONTRATISTA no estaba obligado a modificar el trámite inicialmente seguido (de "Evento Compensable" a "Variación de Obra") para obtener el reconocimiento de los trabajos que hoy son objeto de controversia, pudiendo haber entonces sometido a CONCILIACIÓN dicha controversia.
131. Empero, aun cuando consideremos que la indicación dada por el SUPERVISOR respecto a la modificación del trámite que seguía su SOLICITUD, constituía en sí una aprobación o una "instrucción", no puede soslayarse que ello, en el mejor de los casos, resultaba insuficiente pues, a tenor de lo establecido en el segundo párrafo de la Cláusula 40 de las CGC, *"la ejecución de obras adicionales o variaciones, sólo procederá cuando se cuente con la aprobación escrita de EL CONTRATANTE mediante Resolución Jefatural ..."*

| | |
|--------|--|
| CGC 40 | <p>"EL CONTRATANTE" podrá ordenar y pagar directamente a "EL CONTRATISTA" la ejecución de obras adicionales o modificatorias hasta un equivalente acumulado del quince por ciento (15%) del monto contratado.</p> <p>La ejecución de obras adicionales o variaciones, sólo procederá cuando se cuente con la aprobación escrita de "EL CONTRATANTE" mediante Resolución Jefatural y en los casos en que el valor acumulado de las modificaciones no superen el quince por ciento (15%) del monto contratado.</p> |
|--------|--|

132. Entonces, no sólo puede concluirse que los trabajos objeto de controversia no contaron para su ejecución con la "instrucción" o "aprobación" del SUPERVISOR, sino que, incluso en el supuesto negado que la solicitud para la modificación del trámite inicialmente seguido sea considerada como una aprobación de dichos

trabajos, resulta que ello resultaba insuficiente pues se requería de una aprobación por medio de una Resolución Jefatural.

Sobre la modificación de las obras contratadas

133. Sin perjuicio de lo expuesto, se efectuará el análisis respecto del otro elemento configurador del supuesto de Variación de Obra.
134. Como hemos visto, la configuración del supuesto de Variación de Obra requiere, además de una instrucción del parte del SUPERVISOR, una modificación de aquello que fue inicialmente contratado.
135. Dicho de otro modo, aquello que es objeto de controversia no debe haber sido previsto en el CONTRATO, incluidos los Planos, Especificaciones Técnicas y demás documentos que lo conforman.
136. Sobre el particular, el CONTRATISTA ha señalado que *"... las columnetas y viguetas de confinamiento de albañilería (...) deben ser consideradas un evento compensable, toda vez que no figura ni en las especificaciones técnicas, ni en los Planos del Proyecto ..."*.
137. Aun cuando el argumento del CONTRATISTA estaba referido inicialmente a un supuesto de solicitud de aprobación de un "Evento Compensable" y no de una "Variación de Obra", el argumento subsiste pues, no estando consideradas en las especificaciones técnicas ni en los Planos del CONTRATO, la supuesta "instrucción" dada por el SUPERVISOR se configuraría como una "variación de obra".
138. En relación con este extremo de la controversia, la ENTIDAD ha señalado de manera enfática que el CONTRATO ha sido celebrado y se viene ejecutando bajo el sistema de "precios globales", que equivale al sistema de "suma alzada", y no bajo el sistema de "precios unitarios", por lo que asume *"todos los riesgos que pueden haber por incremento de cantidades"*.
139. En relación con la determinación del sistema de contratación, no ha habido controversia entre las partes ni existe duda alguna sobre ello.
140. Así consta del último párrafo de la página 2 de los Antecedentes del CONTRATO en el que se señala expresamente:

“PARSALUD II desea que el CONTRATISTA ejecute las obras, cuya Buena Pro le fue otorgada (...) y ha aceptado la Carta de Oferta de EL CONTRATISTA a suma alzada, para la ejecución y terminación de dichas Obras y la subsanación de cualquier defecto de las mismas por el monto de (...), incluido el (...) IGV y cualquier otro tributo”.
(el resaltado es nuestro).

141. Sin embargo, y si bien en este sistema de contratación (precios globales o suma alzada) es cierto que el CONTRATISTA asume *“todos los riesgos que pueden haber por incremento de cantidades”*, resulta que la ejecución de las actividades objeto de controversia tiene que haber sido prevista de modo que el *incremento de cantidades* sea asumido como parte del riesgo del CONTRATISTA.
142. Dicho de otro modo, si bien en un contrato celebrado bajo el sistema de “suma alzada” o, como en el presente caso, de “precios globales” las cantidades son referenciales, las actividades que eventualmente se incrementen tienen que haber sido previstas en los planos, especificaciones técnicas o en alguno de los documentos que forman parte del contrato.
143. En ese sentido, solo si las actividades objeto de controversia han sido previstas en el CONTRATO será de cargo del CONTRATISTA asumir el riesgo, y el respectivo costo, por el incremento de sus cantidades.
144. En sentido inverso, si las actividades objeto de controversia no han sido previstas en el CONTRATO no será de cargo del CONTRATISTA asumir dicho riesgo.
145. Corresponde en este punto analizar entonces si los trabajos objeto de la PRETENSIÓN del CONTRATISTA se encontraban o no previstos en el CONTRATO.
146. Como hemos visto, el CONTRATISTA sustentó su PRETENSIÓN inicialmente aduciendo que *“... las columnetas y viguetas de confinamiento de albañilería (...) no figura ni en las especificaciones técnicas, ni en los Planos del Proyecto ...”*.
147. Sin embargo, con motivo de la realización de la AUDIENCIA el CONTRATISTA reconoció que, si bien no se había previsto la totalidad de las *columnetas y viguetas* cuyo costo reclamaba, sí existía un número indeterminado de *columnetas y viguetas* que sí estaba previsto en los planos y especificaciones técnicas.

148. En el mismo sentido, luego de la AUDIENCIA, el CONTRATISTA ha alcanzado a este CONCILIADOR por vía electrónica a través del CARC-PUCP diversa documentación, incluyendo un "Cuadro Resumen de Columnetas y Viguetas" en el que el propio CONTRATISTA ha cuantificado el número de "columnetas de amarre" y "viguetas de amarre" previstas en los Planos y el número de las mismas que no ha sido previstas en los Planos, así como el valor que su ejecución ha demandado.
149. En dicho Cuadro, el CONTRATISTA reconoce que, aunque se omitieron 765, en los Planos sí se había previsto 514 "columnetas de amarre", vale decir aproximadamente el 40.19% del total.
150. Por el contrario, en dicho Cuadro el CONTRATISTA señala que en los Planos no se previó ninguno de los 1,157.10 metros de "viguetas de amarre".
151. Como puede apreciarse, el CONTRATISTA ha acabado reconociendo que, aunque no todo, los Planos sí habían previsto aproximadamente el cuarenta por ciento (40%) de las actividades objeto de controversia relacionadas con las "columnetas de amarre".
152. Ello además se condice con el contenido de los Planos a los que ha hecho referencia la ENTIDAD en su escrito de Contestación de la SOLICITUD en los que se aprecia claramente la referencia a las "columnetas de amarre" (Planos E-01 "Cimentaciones" y E-03 "Cuadro de Columnas") y al procedimiento que deberá seguirse para su ejecución (Plano E-02 "Cimentación detalles").
153. Siendo que las actividades objeto de controversia sí han sido previstas en el CONTRATO será de cargo del CONTRATISTA asumir el riesgo, y el respectivo costo, por el incremento de sus cantidades.
154. En igual sentido, el numeral 43.4 de la Cláusula 43 "Pagos" de las CGC establece que:

"El Contratante no pagará los rubros de las Obra para los cuales no se indicó precio y se entenderá que están cubiertos en otros precios en el Contrato"

43.4 El Contratante no pagará los rubros de las Obras para los cuales no se indicó precio y se entenderá que están cubiertos en otros precios en el Contrato.

155. Pero además, según señala la ENTIDAD, el CONTRATISTA se encontraba obligado a dar aviso a la ENTIDAD *“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”*, conforme a lo establecido por el literal B “Condiciones Particulares” de las Especificaciones Técnicas Generales del Expediente Técnico.
156. En ese sentido, siendo que el CONTRATISTA tampoco informó *“antes de dar inicio a los trabajos”*, de la supuesta diferencia existente entre el Proyecto y lo que le correspondía ejecutar, deberá asumir el incremento generado en el costo de las partidas ejecutadas.

Sobre la existencia de “jurisprudencia” de la ENTIDAD

157. El CONTRATISTA ha señalado también que existe “jurisprudencia” que evidenciaría una actuación inconsistente de la ENTIDAD en relación con hechos similares que habrían acaecido con motivo de la ejecución de la obra “Nuevo Centro Materno Perinatal Simón Bolívar”.
158. A tal efecto, cita la Resolución Jefatural No. 088-2014-PARSALUD II, de fecha 9 de abril de 2014, a través de la cual se aprobó la Variación de Obra No. 1, compuesta, entre otros, del “Reforzamiento de muros de albañilería” de la referida obra.
159. Al respecto, debe señalarse en primer lugar que el suscrito es de la opinión que, en general, la actuación de una misma persona, Contratista o Entidad, debe mantenerse coherente y congruente en el tiempo, de modo que *“a igual razón igual derecho”*, sin importar si se trata del mismo u otro proceso de contratación y construcción.
160. En el mismo sentido, el suscrito considera que la actuación sostenida de una Entidad en el tiempo puede generar válidamente cierta expectativa en sus

- eventuales contratistas y, en ese sentido, generar inducirlos a actuar en uno u otro sentido.
161. Sin embargo, dicha expectativa no puede soslayar las condiciones expresas previstas por las partes en un contrato, de modo que por más "antecedentes" que pudieran existir, la conducta "esperable", por ejemplo, de una Entidad, no puede suponer que ésta evada el cumplimiento de los procedimientos que ella misma ha pactado.
162. En ese sentido, cualquiera que fuese la expectativa que el CONTRATISTA se hubiese generado sobre la base de la conducta de la misma ENTIDAD en otro proceso contractual y constructivo, ello no podía convalidar el incumplimiento de los requisitos previstos en el propio CONTRATO para la configuración de determinados supuestos, como el de la variación de una obra.
163. Siendo que, como hemos visto, el CONTRATISTA no cumplió con los requisitos establecidos para el reconocimiento de su PRETENSION, mal podría reconocérsele dicha PRETENSIÓN sobre la base de una expectativa generada por la actuación de la ENTIDAD en otro proceso contractual y constructivo.
164. Sin perjuicio de lo expuesto, y aunque no ha formado parte de la presente CONCILIACIÓN la discusión sobre las razones particulares que rodearon la ejecución de la citada obra y que justificaron la aprobación u otorgamiento de la Variación de Obra en dicho caso, el suscrito aprecia de la lectura de la Resolución Jefatural No. 088-2014-PARSALUD II, de fecha 9 de abril de 2014, que en ésta, a diferencia del presente caso, se deja constancia que el procedimiento se inició y/o contó durante todo su trámite con la aprobación del Gerente de Obra, cuestión que, como ha quedado largamente acreditada, no sucedió en el presente caso.

Sobre la buena fe contractual

165. El Contratista ha señalado que existía una práctica común reiterada y consentida para ejecutar previamente los trabajos y de forma posterior regularizarlos con la emisión de la documentación pertinente, *"acciones que sin duda correspondían a la voluntad de las partes de no detener los trabajos por la demora en la tramitación y/o emisión de documentos que respalden lo acordado por las partes"*.

166. Señala el CONTRATISTA que, en ese entendimiento, procedió con la ejecución de las partidas Columnetas y Viguetas, *“sin presagiar que en esta ocasión pretenderían no reconocer lo ejecutado en la Variación de Obra N° 03”*.
167. En ese sentido, la negativa de la ENTIDAD para reconocer los trabajos objeto de controversia viola su buena fe contractual.
168. Para acreditar dicha praxis, el CONTRATISTA adjuntó diversa documentación relacionada con el expediente de Variación de Obra No. 1 tramitado con la propia ENTIDAD, cuya aprobación y pago se habría realizado con posterioridad a su ejecución y a la aprobación por el SUPERVISOR *“con motivo de los trabajos ya ejecutados del Evento Compensable N° 01 (Mejoramiento del Terreno), que fuera (...) aprobado por la Entidad mediante Resolución N°080-2015-PARSALUD II, de fecha 09 de Julio del 2015, como una Variación de Obra N° 01”*.
169. Sobre el particular, conviene señalar que los procedimientos establecidos por las partes en el CONTRATO resultan de obligatorio cumplimiento para ellas, siendo que el eventual incumplimiento del mismo por la ENTIDAD, en este caso consintiendo o dando trámite a un procedimiento ajeno al previsto por las propias partes, no genera en el CONTRATISTA el derecho a reclamar el mismo trato pues tanto la ENTIDAD como el propio CONTRATISTA en cualquier caso se encuentran obligadas únicamente por lo que ellas mismas han pactado en el CONTRATO.
170. Sin perjuicio de lo expuesto, de la revisión de la Resolución No. 080-2015-PARSALUD II, de fecha 9 de Julio del 2015, se aprecia en ella dos (2) cuestiones que difieren de lo señalado por el CONTRATISTA como parte de su argumentación.
171. La primera es que en dicha resolución no se hace referencia a trámite de “Evento Compensable” alguno, siendo que en todos los casos se hace referencia a uno de “Variación de Obra”.
172. La segunda, y más importante diferencia, es que, a diferencia del presente caso, en el caso del procedimiento de aprobación de la Variación de Obra No. 1, que culminó con la referida Resolución No. 080-2015-PARSALUD II, consta de manera reiterada la aprobación a la ejecución de los referidos trabajos no sólo del Coordinador de Obra y del Proyectista, sino sobre todo la del SUPERVISOR,

cuestión que, luego de lo largamente expuesto en el presente caso, constituye una diferencia sustancial.

173. En consecuencia, siendo que (i) los trabajos objeto de controversia no contaron para su ejecución con la "instrucción" o "aprobación" del SUPERVISOR, sino que, incluso en el supuesto negado que la solicitud para la modificación del trámite inicialmente seguido sea considerada como una aprobación de dichos trabajos, resulta que ello resultaba insuficiente pues se requería de una aprobación por medio de una Resolución Jefatural; (ii) las actividades objeto de controversia sí habían sido previstas en el CONTRATO, por lo que es de cargo del CONTRATISTA asumir el riesgo, y el respectivo costo, por el incremento de sus cantidades; y (iii) en última instancia, tampoco informó "antes de dar inicio a los trabajos", de la supuesta diferencia existente entre el Proyecto y lo que le correspondía ejecutar, debiendo asumir el incremento generado en el costo de las partidas ejecutadas; corresponde declarar INFUNDADA la pretensión para que se tenga por aprobada la Solicitud de Variación de Obra No. 3 sobre "Columnetas y Viguetas, Reforzamiento de muros de albañilería", ascendente a la suma de s/. 632,764.35 (seiscientos treinta y dos mil setecientos sesenta y cuatro con 35/100 soles).

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR A QUIÉN CORRESPONDE ASUMIR LOS COSTOS DE LA PRESENTE CONCILIACIÓN.

174. El literal iv del numeral 3.4 Pago de la Directiva del Servicio de Conciliación Decisoria brindado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP establece que:

"Si el contrato establece que ambas partes deberán abonar en forma conjunta los gastos que corresponden a la conciliación, ésta disposición será tomada en cuenta por el conciliador en la Decisión, debiendo pronunciarse respecto de estos gastos".

175. Sobre el particular, el numeral 25.2 de la Cláusula 25 "Procedimientos para la solución de controversias" establece, en su parte pertinente, que:

"... el costo (de los honorarios del CONCILIADOR y cualquier otro gasto reembolsable) será sufragado por partes iguales por el Contratante y el Contratista ...".

176. A su turno, el numeral 25.2 de las CEC establece que:

"Asimismo, se abonarán todos los gastos reembolsables que fueran acreditados mediante comprobantes".

177. En tal sentido, y de conformidad con lo señalado precedentemente corresponde que el costo de la CONCILIACIÓN, incluidos los honorarios del suscrito y los demás gastos reembolsables que fueran acreditados mediante comprobantes, sea sufragado por partes iguales por la ENTIDAD y el CONTRATISTA.

DECISIÓN FINAL:

Que, finalmente, estando a los considerandos precedentes y siendo que el suscrito no representa los intereses de ninguna de las partes y ejerce el cargo con estricta imparcialidad, así como que en el desempeño de sus funciones ha tenido plena independencia y no ha estado sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional; por lo que no existiendo pretensión adicional por analizar, el CONCILIADOR en derecho y conforme a lo siguiente:

DECIDE:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la excepción de incompetencia deducida por la ENTIDAD.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión del CONTRATISTA para que se tenga por aprobada su Solicitud de Variación de Obra N° 3 sobre "Columnetas y Viguetas, reforzamiento de muros de albañilería", ascendente a la suma de S/. 632,764.35 (seiscientos treinta y dos mil setecientos sesenta y cuatro con 35/100 Soles).

TERCERO: Declarar que el costo de la CONCILIACIÓN, incluidos los honorarios del suscrito y los demás gastos reembolsables que fueran acreditados mediante comprobantes, sea sufragado por partes iguales por la ENTIDAD y el CONTRATISTA.



NILO VIZCARRA RUIZ
Conciliador Decisor