LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

PARTES DEL ARBITRAJE

Demandante: CONSORCIO MIGUEL Y ELÍAS (en adelante "EL CONSORCIO", "EL CONTRATISTA" o "EL DEMANDANTE")

Demandada: MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CHICLAYO (en adelante "LA ENTIDAD" o "LA DEMANDADA" "LA MUNICIPALIDAD").

TRIBUNAL ARBITRAL

Marco Antonio Martínez Zamora (presidente)
Luis Alfredo León Segura
Carlos Aguilar Enríquez

ARBITRARE
Secretaría General
CENTRO DE ARBITRAJE

TIPO DE ARBITRAJE

Institucional, Nacional y de Derecho

ENTIDAD ADMINISTRADORA DEL ARBITRAJE

Centro de Arbitraje "ARBITRARE"

SEDE DEL ARBITRAJE

Centro de Arbitraje de Arbitrare Soluciones Legales y Arbitrales S.A.C

Av. América Oeste N°1565 Of.601 – Urbanización COVICORTI - Trujillo

TRUJILLO, JUNIO de 2022

Resolución N° 20: LAUDO ARBITRAL

Trujillo, 03 de junio de 2022.

I. ANTECEDENTES

I.1. Convenio arbitral, solicitud de arbitraje y designación de Tribunal Arbitral

1. Con fecha 21 de diciembre de 2017, el Consorcio MIGUEL Y ELÍAS y la Municipalidad Provincial de CHICLAYO suscribieron el Contrato Nro. 0065-2017-MPCH/CS, correspondiente a la Adjudicación Simplificada Nro. 055-2017-MPCH/CS *«Elaboración de Expediente Técnico y Ejecución de Obra: Rehabilitación de la avenida MIGUEL GRAU desde la avenida Evitamiento hasta la calle ELÍAS AGUIRRE – distrito de CHICLAYO – provincia de CHICLAYO – LAMBAYEQUE»* (en adelante, "EL CONTRATO").

2. En la cláusula Décimo Novena del Contrato, se estableció el mecanismo de solución de controversias, del modo siguiente:

> *«Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.*
>
> *Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 122, 146, 152, 168, 170, 177, 178, 179 y 180 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el inciso 45.2 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.*
>
> *El arbitraje será institucional y resuelto por Arbitraje Institucional acreditado por el OSCE. Facultativamente, cualquiera de las partes tiene derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 183 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir a arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes, o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.*
>
> *El Laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el numeral 45.8 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado».*

3. El 24 de diciembre del 2019, EL DEMANDANTE, presentó al Centro de Arbitraje "ARBITRARE" la solicitud de arbitraje, la cual mediante Carta

ARBITRARE Secretaria General CENTRO DE ARBITRAJE

N°300-2019/CA-ARBITRARE, con fecha 30 de diciembre del 2019, fue notificada a la Municipalidad Provincial de Chiclayo.

4. Mediante cartas Nro. 10-2020-CA/ARBITRARE y Nro. 11-2020-CA/ARBITRARE, ambas de fecha 10 de enero de 2020, el Centro de Arbitraje notificó la Disposición Secretarial Nro. 03-2020, que comunica la designación realizada por el Consorcio como árbitro al abogado Carlos Aguilar Enríquez, quien aceptó dicha designación el 30 de diciembre de 2020.

5. Asimismo, mediante cartas Nro. 33-2020-CA/ARBITRARE y Nro. 34-2020-CA/ARBITRARE, ambas de fecha 23 de enero del 2020, el Centro de Arbitraje comunica la designación realizada por la Entidad como árbitro al abogado Luis Alfredo León Segura, quien aceptó dicha designación el 17 de enero de 2020.

6. Mediante cartas Nro. 68-2020-CA/ARBITRARE y Nro. 69-2020-CA/ARBITRARE de fecha 05 de febrero del 2020, el Centro de Arbitraje notificó la Disposición Secretarial Nro. 10-2020, que contiene la designación realizada por los árbitros al abogado Marco Antonio Martínez Zamora como presidente del Tribunal Arbitral, quien aceptó dicha designación el 04 de febrero del 2020.

7. Mediante Disposición Secretarial Nro. 15-2020, de fecha 18 de febrero del 2020, se tiene por firme la designación del presidente del Tribunal Arbitral abogado Marco Antonio Martínez Zamora, en razón que ninguna de las partes ha cuestionado u objetado su participación como Presidente del Tribunal.

ARBITRARE
Secretaría General
CENTRO DE ARBITRAJE

I.2. Constitución del Tribunal y Reglas del Proceso Arbitral

8. A través de la Resolución N°01 de fecha 30 de julio del 2020, quedó el Tribunal Arbitral constituido a cargo de los miembros abogado Marco Antonio Martínez Zamora (Presidente del Tribunal Arbitral), abogado Carlos Aguilar Enríquez (Árbitro designado por el Consorcio) y abogado Luis Alfredo León Segura (Árbitro designado por la Entidad), los cuales están obligados a desempeñar con imparcialidad, probidad e independencia la labor encomendada, conforme a lo dispuesto en el Código de Ética del Centro y el artículo 7° del Reglamento de Arbitraje del Centro. Asimismo, se establecieron las reglas del proceso.

   En el mismo acto, quedó establecido que el arbitraje será nacional y de derecho, de conformidad con el Convenio Arbitral celebrado por las partes, y se designó como secretaría arbitral a la abogada María Alejandra Paz Hoyle, señalando como sede del arbitraje la ciudad de Trujillo, y como Sede administrativa del Centro de Arbitraje "ARBITRARE" ubicado en la Av. América Oeste N°1565 (MZ. B1 lote 4) oficina 601 Urbanización COVICORTI, Distrito y Provincia Trujillo, Departamento de La Libertad.

9. De igual manera, se estableció la legislación aplicable al proceso, siendo el Reglamento del Centro de Arbitraje "ARBITRARE", la Ley de Contrataciones del Estado – Ley N°30225, modificado por el Decreto Legislativo N°1341 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N°350-2015-EF, modificado por el Decreto Supremo N°056-2017-EF y el Decreto Legislativo N°1071 (en adelante Ley de Arbitraje).

10. Dicha Resolución fue notificada a las partes mediante Cartas N°265 -2020-CA/ARBITRARE con fecha 03 de agosto del 2020 al Consorcio, y con Carta N°266-2020-CA/ARBITRARE con fecha 14 de diciembre del 2020 a la ENTIDAD.

II. PROCESO ARBITRAL

II.1. DEMANDA

11. Mediante escrito de fecha 28 de septiembre del 2020, EL CONSORCIO presentó su demanda, solicitando en el petitorio lo siguiente:

11.1. Que, el Tribunal declare el reconocimiento, validez y eficacia de la Resolución de Gerencia de Infraestructura Pública Nro. 006-2018-MPCH/GIP de fecha 25 de enero del 2018, que aprueba el expediente técnico correspondiente a la ejecución de obra: Rehabilitación de la Avenida Miguel Grau desde la Avenida Evitamiento hasta la Calle Elías Aguirre del Distrito de Chiclayo – Provincia de Chiclayo – Departamento de Lambayeque con SNIP Nro. 2378598, por el monto de S/ 2'760,870.43 (Dos millones setecientos sesenta mil ochocientos setenta con 43/100 soles) comunicada y notificada a nuestra representada mediante la Carta Nro. 018-2018-MPCH/GIP y correspondiente presupuesto de ejecución de obra **(PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL).**

11.2. Que, el Tribunal Arbitral declare el reconocimiento y cancelación de la valorización Nro. 02 de la Obra: Rehabilitación de la Avenida Miguel Grau desde la Avenida Evitamiento hasta la calle Elías Aguirre del Distrito de Chiclayo – Provincia de Chiclayo – Departamento de Lambayeque con SNIP Nro. 2378598, por el monto ascendente de S/ 1'159,411.04 (Un millón ciento cincuenta y nueve mil cuatrocientos once con 04/100 soles), alcanzada por el Inspector de la Obra, Ingeniero Danielito Jorge Luis Villena Florián a la Gerencia de Infraestructura mediante la Carta Nro. 012-2018/IO/MPCH-DVF, conforme al presupuesto aprobado mediante la Resolución de Gerencia de Infraestructura Pública Nro. 006-2018-MPCH/GIP de fecha 25 de enero del 2018 **(SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL).**

11.3. Que, el Tribunal Arbitral declare el reconocimiento, aprobación, emisión del acto resolutivo y la cancelación de la Liquidación del saldo

ARBITRARE Secretaría General CENTRO DE ARBITRAJE

de Obra: Rehabilitación de la Avenida Miguel Grau desde la Avenida Evitamiento hasta la calle Elías Aguirre del Distrito de Chiclayo – Provincia de Chiclayo – Departamento de Lambayeque con SNIP Nro. 2378598, conforme al presupuesto aprobado mediante la Resolución de Gerencia de Infraestructura Pública Nro. 006-2018-MPCH/GIP de fecha 25 de enero del 2018, por el costo total de S/ 1'582,909.29 (Un millón quinientos ochenta y dos mil novecientos nueve con 29/100 soles), conforme al presupuesto aprobado mediante la Gerencia de Infraestructura Pública de fecha 25 de enero del 2018 y notificada por intermedio de la Carta Nro. 018-2018-MPCH/GIP. **(TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL).**

11.4. Que, el Tribunal Arbitral ordene la devolución de la Garantía de Fiel Cumplimiento ascendente al monto de S/ 201,876.32 (Doscientos un mil ochocientos setenta y seis con 32/100), ejecutada de manera arbitraria y de pleno conocimiento de la inexistencia de obligaciones contractuales entre las partes, al haber resuelto el **CONSORCIO MIGUEL Y ELÍAS** está por incumplimiento contractual, reglamentario y normativo, la misma que tuvo conocimiento a la entidad financiera **BBVA CONTINENTAL.**

11.5. Constituido el Tribunal Arbitral, con la finalidad de garantizar la eficacia del laudo, solicitan se admita como medida cautelar temporal, que se restablezca el status quo la suma de S/ 210,876.32 (Doscientos diez mil ochocientos setenta y seis con 32/100 soles), correspondientes a la Garantía de Fiel Cumplimiento ejecutada por la Municipalidad Provincial de Chiclayo, hasta que se resuelva la controversia, para impedir el daño actual e inminente menoscabo que viene afrontando nuestra representada y se ordene a la Municipalidad Provincial de Chiclayo, ponga en vuestra custodia lo correspondiente a la garantía de fiel cumplimiento ejecutada arbitrariamente, en el modo y forma que el Tribunal Arbitral disponga. **(CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL).**

11.6. Que, se ordene a la **MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CHICLAYO**, el reembolso de todos las Costas y Costos arbitrales, comprendiendo dentro de estos los gastos de representación, asesoría y patrocinio que se ha incurrido **(QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL).**

12. **<u>Fundamenta sus pretensiones en resumen en los siguientes argumentos</u>**:

12.1. Respecto a la primera pretensión, manifiesta que esta se encuentra fundamentada en lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley Nro. 27444 "Ley del Procedimiento Administrativo General", que establece que: *"(...) El acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos (...)"*, puesto que la Municipalidad Provincial de Chiclayo desconoce la eficacia de la

Resolución de Gerencia de Infraestructura Pública Nro. 006-2018-MPCH/GIP de fecha 25 de enero del 2018.

12.2. Además, alega que es manifiesto el acto arbitrario cometido por la Municipalidad Provincial de Chiclayo, toda vez que ha vulnerado el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado al no proceder conforme a lo establecido en el artículo 177, respecto a los efectos de la liquidación de la Resolución de Gerencia de Infraestructura Pública Nro. 006-2018-MPCH/GIP de fecha 25 de enero del 2018.

12.3. Respecto a la segunda pretensión, argumenta que resulta en un imposible jurídico no dar cumplimiento a las obligaciones contractuales y económicas contenidas en la Valorización Nro. 2 de la Obra: Rehabilitación de la Avenida Miguel Grau desde la Avenida Evitamiento hasta la calle Elías Aguirre del Distrito de Chiclayo – Provincia de Chiclayo – Departamento de Lambayeque con SNIP Nro. 2378598 presentada por el Inspector de la Obra Danielito Jorge Luis Villena Florián por el monto ascendente a 1'159,411.04 (Un millón ciento cincuenta y nueve mil cuatrocientos once con 04/100 soles), la cual no ha sido observada por la Municipalidad Provincial de Chiclayo.

12.4. Respecto a la tercera pretensión, respecto a la primera pretensión sostiene que esta se encuentra fundamentada en lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley Nro. 27444 "Ley del Procedimiento Administrativo General", que establece que: "*(...) El acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos (...)*", puesto que la Municipalidad Provincial de Chiclayo desconoce la eficacia de la Resolución de Gerencia de Infraestructura Pública Nro. 006-2018-MPCH/GIP de fecha 25 de enero del 2018.

12.5. Además, alega que es manifiesto el acto arbitrario de la Municipalidad Provincial de Chiclayo, toda vez que ha vulnerado el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado al no proceder conforme a lo establecido en el artículo 177, respecto a los efectos de la liquidación, conforme a la Resolución de Gerencia de Infraestructura Pública Nro. 006-2018-MPCH/GIP de fecha 25 de enero del 2018.

12.6. Sobre la cuarta pretensión, sostiene que habiéndose constituido el Tribunal Arbitral y conforme a lo dispuesto en el artículo 47 del Decreto Legislativo 1071, y con la finalidad de garantizar la eficacia del laudo, presenta para que se admita a trámite la medida cautelar temporal que tiene por finalidad que se restablezca el status quo de la suma de S/ 210,876.32 (Doscientos diez mil ochocientos setenta y seis con 32/100 soles), en virtud que se tiene presente el actuar arbitrario y temerario por parte de la Municipalidad Provincial de Chiclayo, que pese a que resolvieron el Contrato de Obra, conforme a lo señalado en el artículo 136 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y tener conocimiento

ARBITRARE Secretaría General CENTRO DE ARBITRAJE

de causa, la Entidad Financiera **BBVA CONTINENTAL** procedió con la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento, conforme se corrobora en la Carta Notarial de fecha de recepción 30 de octubre de 2019 (apercibimiento), en la Carta Notarial de fecha 28 de noviembre del 2019 (resolución contractual) y en Carta Nro. 01-2020/CG/RL de fecha 02 de enero del 2020 (conocimiento de la entidad financiera).

12.7. Por último, respecto a la quinta pretensión, argumenta que se ha invertido tiempo, dinero y esfuerzo en el proceso arbitral que pudo haberse evitado si la Entidad hubiera actuado diligentemente y con sujeción a las normas de contrataciones. En ese sentido, sostiene que los gastos de representación y asesoría legal deben ser compensados.

II.2. ADMISIÓN A TRÁMITE DE LA DEMANDA

13. Mediante Resolución Nro. 01 de fecha 30 de septiembre del 2020, se admitió a trámite la demanda y se corrió traslado a la Municipalidad Provincial de Chiclayo, para que en el plazo de 20 días hábiles la conteste. Dicha Resolución fue notificada mediante cartas Nro. 399-2020-CA/ARBITRARE y Nro. 400-2021-CA/ARBITRARE con fecha 02 de octubre del 2021.

ARBITRARE
Secretaría General
CENTRO DE ARBITRAJE

14. Luego, mediante Resolución Nro. 05 de fecha 20 de octubre del 2020, a mérito del escrito signado "Solicito ampliación de plazo" presentado por el representante de la Entidad con fecha 16 de octubre del 2021, se resuelve otorgar el plazo de 10 días hábiles a la Municipalidad Provincial de Chiclayo para que cumpla con registrar y acreditar el registro en el SEACE los nombre y apellidos del Tribunal Arbitral y Secretaria Arbitral.

II.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

15. Con fecha 30 de octubre del 2020, la parte demandada presenta mediante escrito signado: "Deduce Excepciones y Contesta Demanda", la contestación a la demanda presentada por el Consorcio.

16. Sin embargo, mediante Resolución Nro. 6 de fecha 05 de noviembre del 2020, se resuelve declarar inadmisible la contestación y las excepciones de incompetencia deducidas; así como admitir a trámite la Excepción de Caducidad interpuesta frente a la primera pretensión principal, y otorga, en ese mismo sentido, el plazo de cinco días hábiles para que la Entidad cumpla con presentar los medios probatorios faltantes. Dicha Resolución fue notificada a las partes, mediante cartas Nro. 467-2020-CA/ARBITRARE y Nro. 466-2020-CA/ARBITRARE con fecha 6 de noviembre del 2020.

17. Luego, mediante Resolución Nro. 07 de fecha 11 de noviembre del 2020, a mérito del escrito signado "Téngase presente, Interpongo Recurso de Reconsideración" presentado por la Entidad con fecha 11 de noviembre

de 2020, se resuelve declarar fundado el recurso de reconsideración y, en consecuencia, admitir a trámite la contestación de la demanda, otorgándose en ese mismo acto el plazo de veinte días hábiles a fin de que el Consorcio absuelva o manifieste lo conveniente a su derecho; y admitir a trámite la excepción de incompetencia de Tribunal, ambos presentados por la Entidad. Esta Resolución fue notificada a las partes, mediante cartas Nro. 482-2020-CA/ARBITRARE y Nro. 481-2020-CA/ARBITRARE con fecha 12 de noviembre del 2020.

18. En resumen, la Entidad fundamenta su excepción de incompetencia, caducidad y la contestación de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

19. Sobre la ***excepción de incompetencia***, sostiene que no le compete al Tribunal conocer la materia reclamada, pues el objeto del conflicto versa sobre enriquecimiento sin causa, materia que considera que no es arbitrable. Sostiene que el Contratista tenía conocimiento de la falta de aprobación presupuestal, pese a lo cual prosiguió con los trabajos de obra, generando una obligación nueva, no contemplada en el contrato primigenio. Además, refiere que la ejecución de tales prestaciones carecía de sustento en contrato válido alguno, más aún si el Contratista reconoce en distintas ocasiones a través de sus cartas a la Entidad, en las que se solicita la modificación del Contrato.

20. Sobre la ***excepción de caducidad***, ella recaería únicamente sobre la tercera pretensión principal. La Entidad manifiesta que conforme consta el Acta de Conciliación por Inasistencia de una de las partes Nro. 108-2019 de fecha 22 de octubre del 2019, de modo tal que el cómputo del plazo de la caducidad tenía como fecha máxima el día 04 de diciembre del 2019; por lo que teniendo en cuenta que la solicitud de arbitraje fue presentada el día 24 de diciembre del 2019, se tiene que esta misma acción ha caducado.

21. En cuanto a la ***contestación de la demanda***, sostiene que, pese a que el Contratista tenía conocimiento de la falta de aprobación presupuestal, este ha continuado con los trabajos en la obra, lo que implica un enriquecimiento indebido que no puede ser conocido por el Tribunal Arbitral, toda vez que no existe sustento contractual alguno respecto a la pretensión.

22. Asimismo, refiere que el derecho para ejercitar la tercera pretensión principal ha precluido para el contratista, y más aún cuando se tiene que el Tribunal se encuentra impedido de resolver esta pretensión toda vez que la liquidación de obra es un procedimiento formal establecido en el artículo 179 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y cuyas condiciones no se han cumplido.

ARBITRARE Secretaría General CENTRO DE ARBITRAJE

23. Por otro lado, argumenta que acerca de la carta fianza de fiel cumplimiento, el contratista ha incurrido en error conceptual, toda vez que el artículo 126.1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado dispone que en caso de obras la garantía de fiel cumplimiento debe estar vigente hasta el consentimiento de la liquidación final, y en tanto que el contratista no había cumplido con renovar la carta fianza que correspondía a la garantía de fiel cumplimiento del contrato cuya fecha de vencimiento era el 21 de diciembre del 2019, la Entidad cumplió legalmente con activar el procedimiento de ejecución de garantías previsto en el artículo 131 del mismo reglamento. En ese mismo sentido, se pronuncia respecto a la medida cautelar refiriendo que no cumple con los requisitos formales para el establecimiento de la medida.

24. Por último, sobre el pago de costas y costos, sostiene que, al respecto, el Reglamento Procesal del Centro de Arbitraje señala que no existe el pago de costas, por lo cual dicha pretensión es improcedente.

II.4. DETERMINACIÓN DE LA MATERIA A RESOLVER Y ADMISIÓN DE MEDIOS DE PRUEBA

25. Asimismo, mediante Resolución Nro. 13 de fecha 12 de octubre del 2021 se resuelve citar a las partes a la audiencia de fijación de Puntos Controvertidos, Admisión de Medios Probatorios e Ilustración de Hechos para el día 27 de octubre del 2021 a las 11:30 am. Esta misma resolución se notificó mediante cartas Nro. 982-2021-CA/ARBITRARE y Nro. 981-2021-CA/ARBITRARE a las partes el día 13 de octubre del 2021.

ARBITRARE
Secretaría General
CENTRO DE ARBITRAJE

26. Posteriormente, mediante Resolución Nro. 14 de fecha 18 de octubre del 2021 se resuelve reprogramar la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, Admisión de Medios Probatorios e Ilustración de hechos para el día 04 de noviembre del 2021 a las 11:45 am. Dicha resolución fue notificada debidamente a las partes mediante cartas Nro. 1028-2021-CA/ARBITRARE y Nro. 1029-2021-CA/ARBITRARE.

27. El día 04 de noviembre del 2021 tiene lugar la Audiencia programada, la misma en la que se expidió el Acta de Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios e Ilustración de Hechos de fecha 04 de noviembre del 2021, la cual fue debidamente notificada a ambas partes Nro. 1057-2021-CA/ARBITRARE y Nro. 1058-2021-CA/ARBITRARE el día 04 de noviembre del 2021.

28. En el Acta de referencia, se establece en el tercer apartado: «*Determinación de Puntos Controvertidos*», los siguientes puntos controvertidos del proceso arbitral:

    a) *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral otorgue el reconocimiento, validez y eficacia de la Resolución de Gerencia*

de Infraestructura Pública Nro. 006-2018-MPCJ/GIP de fecha 25 de enero de 2018 ***(PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA).***

b) *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene el reconocimiento y cancelación de la valorización Nro. 02 de la Obra: Rehabilitación de la Avenida Miguel Grau desde la Avenida Evitamiento hasta la calle Elías Aguirre del Distrito de Chiclayo – Provincia de Chiclayo – Departamento de Lambayeque con SNIP Nro. 2378598, por el monto ascendente de S/ 1'159,411.04 (Un millón ciento cincuenta y nueve mil cuatrocientos once con 04/100 soles).* ***(SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA).***

c) *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene el reconocimiento, aprobación, emisión del acto resolutivo y la cancelación de la Liquidación por saldo de Obra: Rehabilitación de la Avenida Miguel Grau desde la Avenida Evitamiento hasta la calle Elías Aguirre del Distrito de Chiclayo – Provincia de Chiclayo – Departamento de Lambayeque con SNIP Nro. 2378598, conforme al presupuesto aprobado mediante la Resolución de Gerencia de Infraestructura Pública Nro. 006-2018-MPCH/GIP de fecha 25 de enero del 2018, por el costo total de S/ 1'582,909.29 (Un millón quinientos ochenta y dos mil novecientos nueve con 29/100 soles)* ***(TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA).***

d) *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene la devolución de la Garantía de Fiel Cumplimiento ascendente al monto de S/ 201,876.32 (Doscientos un mil ochocientos setenta y seis con 32/100 soles)* ***(CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA).***

ARBITRARE Secretaría General CENTRO DE ARBITRAJE

29. Asimismo, se admitieron los siguientes medios de prueba:

a) DE LA DEMANDA ARBITRAL

Por parte de la demandante CONSORCIO MIGUEL Y ELÍAS, remite en copia los siguientes documentos:

- Contrato Nro. 0065-2017-MPCH-GM para la "Elaboración de Expediente Técnico y Ejecución de la Obra: Rehabilitación de la Avenida Miguel Grau desde la Avenida Evitamiento hasta la Calle Elías Aguirre del Distrito de Chiclayo – Provincia de Chiclayo – Departamento de Lambayeque con código Nro. 2378598.
- Carta Nro. 008-2018-MPCH/GIP-SGEyP de fecha 15 de enero del 2018.
- Acta de Entrega de Terreno de la obra: Rehabilitación de la

Avenida Miguel Grau desde la Avenida Evitamiento hasta la Calle Elías Aguirre del Distrito de Chiclayo – Provincia de Chiclayo – Departamento de Lambayeque con código Nro. 2378598.

- Carta Nro. 017-2019-MPCJ/GIP de fecha 31 de enero del 2018.
- Carta Nro. 018-2019-MPCJ/GIP de fecha 31 de enero del 2018.
- Acta de Inicio de la Obra: Rehabilitación de la Avenida Miguel Grau desde la Avenida Evitamiento hasta la Calle Elías Aguirre del Distrito de Chiclayo – Provincia de Chiclayo – Departamento de Lambayeque con código Nro. 2378598.
- Carta Nro. 009-2018/CONSORCIO MIGUEL Y ELÍAS de fecha 27 de marzo del 2018.
- Carta Nro. 003-2018/IO/PCH-DVF y el asiento de obra Nro. 46 de fecha 15 de abril del 2018.
- Carta Nro. 014-2018/CMYE/-RL.
- Resolución de Gerencia Municipal Nro. 085-2018-MPCH/GM.
- Carta Notarial de fecha 17 de octubre del 2020.
- Acta de Conciliación Nro. 04-2019 expedida por la Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliaciones (APEECC).
- Carta Nro. 001-2019/CMYE/-RL.
- Carta Nro. 002-2019/CMYE/-RL.
- Carta Nro. 002-2019/CMYE/-RL.
- Carta Nro. 008-2019/CMYE/-RL.
- Carta Nro. 003-2019/CMYE/-RL.
- Carta Nro. 004-2019/CMYE/-RL.
- Acta de Constatación de Hechos del Notario Público César Delgado Paredes.
- Carta Nro. 01-2020/CMYE/-RL.
- Carta Nro. 01-2020-CMYE/RL
- Carta Nro. 047-2020-MPCH-GIP/SGOPC.

ARBITRARE Secretaría General CENTRO DE ARBITRAJE

Asimismo, se tuvieron por admitidos los siguientes medios probatorios:

- Comprobantes de pago a favor de CONSORCIO MIGUEL Y ELÍAS relacionados con la obra materia del presente caso arbitral; los que fueron presentados como exhibicionales por la Municipalidad.
- Solicitud de ejecución de la garantía de fiel cumplimiento a la Entidad Financiera BBVA CONTINENTAL, que fue presentada como exhibicional por la Municipalidad.
- Carta Nro. 012-2018/IO/MPCF-DVF correspondiente al informe de la inspección de la obra de la valorización Nro. 02, en donde se cuantifica el monto a abonar por la Entidad, a favor de CONSORCIO MIGUEL Y ELÍAS, presentada como exhibicional por la Municipalidad.
- Informe Nro. 487-2019-MPCH/SGOPyC que desarrolla el estado situacional de la obra: Rehabilitación de la Avenida

Miguel Grau desde la Avenida Evitamiento hasta la Calle Elías Aguirre del Distrito de Chiclayo – Provincia de Chiclayo – Departamento de Lambayeque con código Nro. 2378598.

b) DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Por la parte demandada, MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CHICLAYO, se tuvieron en cuenta los siguientes medios probatorios:

- Acta de conciliación Nro. 108-2019, emitida por el Centro de Conciliación Llamo & Manrique el día 22 de octubre del 2019, ofrecido como medio probatorio Nro. 15 del demandante y que corre como anexo XVI de la demanda.
- Solicitud de arbitraje presentado por el demandante ante el Centro de Arbitraje ARBITRARE y que corre en el expediente arbitral de fecha 24 de diciembre del 2019.
- Las bases integradas del procedimiento de selección que origina el presente arbitraje.
- El Informe de Auditoría Nro. 019-2018-2-0425, Auditoría de Cumplimiento Municipalidad Provincial de Chiclayo "Contratación de la Elaboración del Expediente Técnico y Ejecución de la obra rehabilitación de la Av. Miguel Grau. Tomo I.
- La denuncia penal (Exp. 112-2019) decepcionada el día 29 de marzo del 2019, ante la Mesa de partes de la Fiscalía Especializada en delitos de corrupción de funcionarios.
- Los medios probatorios presentados por el demandante y que corren como anexos VIII, X y XII de la demanda; los cuales son: Copia de la Carta Nro. 003-2018/IO/PCH-DVF y el asiento de obra Nro. 46 de fecha 15 de abril del 2018; Copia de la Carta Nro. 014-2018/CMYE/-RL, Copia del Acta de Conciliación Nro. 04-2019 expedida por la Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliaciones (APEECC).
- El peritaje técnico ofrecido por la municipalidad mediante escrito de fecha 04 de febrero del 2021.
- Los medios probatorios presentados mediante escrito de fecha 28 de septiembre del 2021, que adjunta la Carta Nro. 012-2018/IO/MPCH-DVF sin fecha; Resolución Nro. 06 de fecha 31 de mayo del 2019, en el expediente judicial Nro. 6984-2018-73-1706-JR-PE-04; Y, la sentencia recaída en la Resolución Nro. 05 de fecha 29 de abril del 2019 del Exp. 6984-2018-73-1706-JR-PE-04.

ARBITRARE Secretaría General CENTRO DE ARBITRAJE

II.5. SOBRE LOS ALEGATOS ESCRITOS PRESENTADOS

30. A través de la Resolución Nro. 15, de fecha 06 de diciembre del 2021, el Tribunal Arbitral otorga el plazo de cinco días hábiles a las partes para que presenten sus alegatos escritos y de considerarlo soliciten informe oral. Y mediante Resolución Nro. 16, de fecha 05 de enero del 2022, se dispuso agregar al expediente los escritos de alegatos presentados por las partes;

y fija Audiencia de Informes Orales para el día 25 de enero del 2022. Esta resolución se notificó debidamente mediante cartas Nro. 14-2022-CA/ARBITRARE y Nro. 15-2021-CA/ARBITRARE.

31. Luego, mediante Resolución Nro. 17 de fecha 21 de febrero del 2022, y a mérito del escrito de reprogramación presentado por la Entidad, resolvió fijar a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el día 17 de marzo del 2022. Esta resolución se notificó debidamente mediante cartas Nro. 113-2022-CA/ARBITRARE y Nro. 114-2021-CA/ARBITRARE.

II.6. CIERRE DE INSTRUCCIÓN Y PLAZO PARA LAUDAR

32. Mediante Resolución Nro. 19 de fecha 05 de abril del 2022 se resuelve cerrar la instrucción del proceso arbitral y otorgar el plazo de 30 días hábiles para LAUDAR, con la posibilidad de prorrogarlo por quince días adicionales, de modo tal que el plazo para la emisión del Laudo, corresponde al 10 de junio de 2022.

33. En la fecha, dentro del plazo establecido, se procede a emitir el presente Laudo Arbitral.

II.7. GASTOS ARBITRALES

34. Cabe tener en cuenta que, en la resolución Nro. 01, se establecieron los gastos arbitrales del proceso ascendentes a S/. 25,975.00 (Veinticinco mil novecientos setenta y cinco y 00/100 soles), para el tribunal arbitral y S/. 14,768.00 (Catorce mil setecientos sesenta y ocho y 00/100 soles) por gastos administrativos del Centro. Mediante Resolución Nro. 02, se resuelve tener por cancelados los gastos arbitrales de cargo del CONSORCIO MIGUEL Y ELIAS.

35. Mediante Resolución Nro. 03, se deja constancia que la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CHICLAYO no ha cancelado los gastos que le corresponden, habilitándose al Consorcio a asumir el pago por subrogación. Por lo cual, mediante Razón Secretarial Nro. 06 de fecha 14 de diciembre de 2020, se informó el pago por subrogación efectuado por el CONSORCIO MIGUEL Y ELÍAS.

CONSIDERANDO:

III. CUESTIONES PRELIMINARES

36. Antes de resolver la materia controvertida, corresponde al Tribunal Arbitral confirmar que:

i) El Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo al convenio arbitral celebrado por las partes y a la normativa de las Contrataciones del Estado;
ii) El CONTRATISTA presentó su escrito de demanda dentro del plazo dispuesto;
iii) La ENTIDAD fue debidamente emplazado con la demanda y, en efecto, presentó su escrito de contestación a la demanda;
iv) Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios;
v) Las partes tuvieron oportunidad de informar oralmente ante el Tribunal Arbitral en la audiencia convocada con tal fin;
vi) El análisis del presente caso y las conclusiones a las que arribe el Tribunal Arbitral, serán efectuadas de conformidad con la documentación aportada por las partes, así como de la información que de modo indubitable se desprende de los actuados que obran en el expediente del caso, habiéndose tenido en cuenta en su integridad, aún en caso de no ser expresamente mencionada en el análisis;
vii) Los hechos a los que se refiere el análisis el caso son los establecidos en los Vistos, en concordancia con la información que obra en el expediente del proceso, así como los que se mencionan en los demás acápites del presente Laudo Arbitral;
viii) El Tribunal Arbitral, conforme lo establecido en el Artículo 139 numeral 1 de la Constitución Política del Perú, ejerce función jurisdiccional y, por lo tanto, no se encuentra subordinado a ningún órgano administrativo o de cualquier otra índole, ejerciendo sus funciones con absoluta independencia, en el marco de las competencias que son propias a su naturaleza;
ix) En el análisis de las pretensiones, el Tribunal Arbitral se ha reservado el derecho de seguir el orden que estima más conveniente para la solución de las controversias contenidas en los puntos controvertidos del presente caso arbitral;
x) El Tribunal Arbitral procede a emitir el Laudo dentro del plazo que corresponde a las reglas de este proceso.

ARBITRARE Secretaría General CENTRO DE ARBITRAJE

IV. NORMA APLICABLE

37. De acuerdo a la fecha de convocatoria[1] del procedimiento de selección del cual deriva el CONTRATO objeto de análisis en el presente caso arbitral, la norma aplicable es la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por la Ley N°30225, modificada por el Decreto Legislativo N°1341 (en adelante, LEY), y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N°350-2015-EF, modificado por Decreto Supremo N°056-2017-EF (en adelante, el REGLAMENTO).

[1] El 28 de noviembre de 2018 se publicó la convocatoria del procedimiento de Adjudicación Simplificada N°026-2018-GRP/SERVICIOS DE CONSULTORÍA DE OBRA – Primera Convocatoria, del cual derivó el CONTRATO.

38. Ambos cuerpos normativos (Decreto Legislativo N°1341 y el Decreto Supremo N°056-2017-EF) son las aplicables para todos los contratos suscritos como consecuencia de los procedimientos de selección convocados entre el 03 de abril de 2017 y el 29 de enero de 2019 inclusive, como en el presente caso.

39. Asimismo, resulta aplicable el Decreto Legislativo N°1071, Ley de Arbitraje vigente.

V. ANÁLISIS

40. En el presente caso, el Tribunal Arbitral advierte que los temas controvertidos, se encuentran directamente relacionados con la emisión de la Resolución de Gerencia de Infraestructura Pública N° 006-2018-MPCH/GIP de fecha 25 de enero de 2018, así como sus posibles efectos, así como la existencia o no del saldo a favor que dicha parte reclama como parte de su liquidación, siendo que este último punto, se encontraría también impactado por los efectos de la disposición de la Municipalidad precitada.

41. Así las cosas, un primer análisis deberá recaer en la validez o no de la Resolución de Gerencia de Infraestructura Pública N° 006-2018-MPCH/GIP y, de ser el caso, el alcance de sus efectos, todo ello en el marco de la normativa aplicable al presente caso, que vienen a ser la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en ambos casos, en su versión vigente a la fecha de convocatoria del procedimiento de selección del que deriva el Contrato bajo análisis, tal como ya se ha explicado en el apartado IV del presente documento.

    Un segundo punto, será el relacionado con la pertinencia o no de la Valorización N°2 reclamada por el Contratista, así como de la liquidación de obra y su saldo a favor que dicha parte invoca. El último tema a tratar será, finalmente, el que corresponde a la distribución de las costas y costos arbitrales.

Sobre la validez o no de la Resolución de Gerencia de Infraestructura Pública N° 006-2018-MPCH/GIP y sus alcances

42. En el presente caso, tenemos el Contrato N°065-2017-MPCH-GM suscrito como consecuencia de la Adjudicación Simplificada n°55-2017-MPCH-GM, convocada por la Municipalidad Provincial de Chiclayo para la *«Elaboración de Expediente Técnico y Ejecución de Obra: Rehabilitación de la avenida MIGUEL GRAU desde la avenida Evitamiento hasta la calle ELÍAS AGUIRRE – distrito de CHICLAYO – provincia de CHICLAYO – LAMBAYEQUE»*, bajo la modalidad contractual de Concurso Oferta; es

decir, que correspondía al Contratista elaborar tanto el expediente técnico como, luego de ello, ejecutar la obra.

El monto total pactado entre las partes, ascendía a la suma de S/2´018,763.20 (Dos millones dieciocho mil setecientos sesenta y tres y 20/100 soles) incluidos ambos componentes, es decir, tanto el costo de elaboración del expediente técnico, como la ejecución de la obra propiamente dicha.

43. Sin embargo, es el caso que, elaborado el expediente técnico por parte del Contratista, este arrojó una suma de S/2´860,316.89 (Dos millones ochocientos sesenta mil trescientos dieciséis y 89/10 soles)), suma por la cual fue finalmente aprobado el expediente técnico de la obra, por parte de la Resolución de Gerencia de Infraestructura Pública N° 006-2018-MPCH/GIP.

Cabe resaltar que, aplicando una regla de tres simple, podemos deducir que el monto por el cual el expediente técnico fue aprobado, era superior en un 41.69% al monto establecido en el Contrato.

44. Hasta este punto los hechos. Queda pendiente entonces dilucidar los efectos de dicha resolución y si, conforme a ella podía modificarse el monto del Contrato, debiendo analizar para tales efectos, un amplio conjunto de elementos que involucran la naturaleza del vínculo contractual entre las partes, las características del concurso oferta como modalidad de ejecución, así como las características previstas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, para incrementar –válidamente, el monto de un contrato, así como sus límites.

ARBITRARE
Secretaría General
CENTRO DE ARBITRAJE

De todo lo anterior, podremos deducir si, en efecto, por el mérito, extensión y alcances de la Resolución de Gerencia de Infraestructura Pública N° 006-2018-MPCH/GIP y sus posibles efectos.

45. Al respecto, debemos recordar que el Contrato administrativo, como se denomina al que se suscribe entre un proveedor privado y una entidad pública sujeta al régimen de contrataciones del Estado, se encuentra regido – en primer término, por la Constitución Política, la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, así como de forma supletoria, por las demás normas del Derecho Público y, en último término, por las disposiciones del Derecho Privado, principalmente, por el Código Civil.

46. Ello no es obstáculo, sin embargo, para que lo concerniente a las relaciones entre contratista y entidad en el marco de la ejecución contractual propiamente dicha, se pueda pasar directamente de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, a la legislación civil, como bien lo establece la Opinión 001-2020/DTN, en cuanto señala en los tres últimos párrafos de su numeral 2.1.4 lo siguiente:

> *"Efectuadas las precisiones precedentes, corresponde indicar que el Código Civil, en su Artículo IX del Título Preliminar, establece que "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"; por consiguiente, debe reconocerse la aplicación supletoria del Código Civil a los contratos celebrados por las Entidades con sus proveedores en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, en los aspectos que resulten compatibles.*
>
> *Por ello, en concordancia con el criterio desarrollado en diversas opiniones[2], **ante la ausencia de regulación de algún hecho o situación en la normativa de contrataciones del Estado que se ocupa de la ejecución contractual, será necesario recurrir, supletoriamente, a las disposiciones del Código Civil que resulten compatibles**, y no a las disposiciones de la Ley N° 27444, pues, como se ha indicado, estas resultarían incompatibles con la lógica contractual.*
>
> *Cabe precisar que la aplicación supletoria de las disposiciones compatibles del Código Civil a las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que regulan la ejecución contractual, no afecta ni excluye -cuando corresponda- la aplicación de las disposiciones de la Ley N° 27444 a las actuaciones internas que permiten a las Entidades manifestar su voluntad en el marco de una relación contractual bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado."*
>
> *(El subrayado es original)*

47. En todo caso, basta tener en cuenta la definición de "Contrato" establecida en el Anexo del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en cuanto a ello se refiere como:

> ***"Contrato:** Es el acuerdo para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica dentro de los alcances de la Ley y del presente Reglamento."*

48. Dicho lo anterior, tenemos que los contratos administrativos, como todos los contratos, son susceptibles de modificaciones, entre las cuales cabe destacar los cambios en su plazo y en su monto. Para los primeros, tenemos la figura de la ampliación de plazo y, para los segundos, que es lo que nos concierne, tenemos la institución de los adicionales que, en el caso específico, corresponden a los adicionales de obra.

[2] Por ejemplo, las Opiniones Nº 107-2012/DTN y Nº 130-2018/DTN.

49. Un adicional de obra, implica que deberán efectuarse mayores trabajos que, obviamente, implicarán un mayor costo, el cual deberá ser reconocido al respectivo contratista.

50. En el caso que nos ocupa, tratándose de un Concurso Oferta, en el cual es el mismo contratista el que elabora el expediente técnico y ejecuta la obra, puede darse el caso que al elaborar la primera de sus prestaciones (el mencionado expediente técnico), pueda concluirse en la necesidad de establecer mayores prestaciones que, eventualmente, puedan derivar en un incremento de prestaciones y, con ello, de su propio monto contractual.

    ¿Ello implica la aprobación automática de un adicional de obra o, en todo caso, la exigibilidad per se de ejecutar los trabajos por un monto mayor a lo originalmente contratado?: Como veremos a continuación, la relación no es directa ni automática.

51. El artículo 34° de la Ley de Contrataciones del Estado, que regula las modificaciones al contrato, establece en sus acápites 34.1. 34.2 y 34.3 lo siguiente:

> **"Artículo 34. Modificaciones al contrato**
>
> *34.1 El contrato puede modificarse en los supuestos contemplados en la Ley y el reglamento, por orden de la Entidad o a solicitud del contratista, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente. En este último caso la modificación debe ser aprobada por la Entidad. Dichas modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad.*
>
> *34.2 Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes, servicios y consultorías hasta por el veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.*
>
> *34.3 Tratándose de obras, las prestaciones adicionales pueden ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados. Para tal efecto, los pagos correspondientes son aprobados por el Titular de la Entidad.*

> *En el supuesto que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato o por causas no previsibles en el expediente de obra y que no son responsabilidad del contratista, mayores a las establecidas en el párrafo precedente y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad puede decidir autorizarlas. Para ello se requiere contar con la autorización del Titular de la Entidad, debiendo para la ejecución y el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuentan con los recursos necesarios. En el caso de adicionales con carácter de emergencia dicha autorización se emite previa al pago. La Contraloría General de la República cuenta con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento. Dicha situación debe ponerse en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. Alternativamente, la Entidad puede resolver el contrato, mediante comunicación escrita al contratista.*
>
> *(...)"*
>
> (Los subrayados son nuestros)

52. Adviértase del texto citado, que el adicional no corresponde a una figura irrestricta - sino que, por el contrario, se encuentra claramente vinculado a dos límites máximos, uno a cargo o de competencia de la propia Entidad (15% respecto del contrato original para el caso de obras) y otro, del 50% en el cual el ente finalmente competente será la Contraloría General de la República.

    Más aún, la aprobación del mayor presupuesto, para el primer tramo, no corresponde a un funcionario cualquiera de la propia institución, sino que recae en el propio Titular de la Entidad.

53. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 175° del Reglamento, cuando en sus párrafos 175.1, 175.2, 175.5 y 175.6, establece lo siguiente:

> ***"Artículo 175.- Prestaciones adicionales de obras menores o iguales al quince por ciento (15%)***
>
> *175.1. Solo procede la ejecución de prestaciones adicionales de obra cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestario o previsión presupuestal, según las reglas previstas en*

la normatividad del Sistema Nacional de Presupuesto Público y con la resolución del Titular de la Entidad o del servidor del siguiente nivel de decisión a quien se hubiera delegado esta atribución y en los casos en que sus montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, no excedan el quince por ciento (15%) del monto del contrato original.

175.2. La necesidad de ejecutar una prestación adicional de obra debe ser anotada en el cuaderno de obra, sea por el contratista, a través de su residente, o por el inspector o supervisor, según corresponda. En un plazo máximo de cinco (5) días contados a partir del día siguiente de realizada la anotación, el inspector o supervisor, según corresponda, debe comunicar a la Entidad la anotación realizada, adjuntando un informe técnico que sustente su posición respecto a la necesidad de ejecutar la prestación adicional. Además, se requiere el detalle o sustento de la deficiencia del expediente técnico o del riesgo que haya generado la necesidad de ejecutar la prestación adicional.

(...)

175.5. Concluida la elaboración del expediente técnico, el inspector o supervisor lo eleva a la Entidad. En caso que el expediente técnico lo elabore la Entidad o un consultor externo, el inspector o supervisor cuenta con un plazo de cinco (5) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción del expediente técnico, para remitir a la Entidad el informe en el que se pronuncie sobre la viabilidad de la solución técnica planteada en el expediente técnico. En ambos casos, de existir partidas cuyos precios unitarios no están previstas en el presupuesto de obra, se adjunta al expediente técnico el documento del precio unitario pactado con el contratista ejecutor de la obra.

(...)"

54. Como se puede apreciar, la sola aprobación del expediente técnico no implica per se la aprobación de un adicional de obra, sino que debe seguirse un procedimiento que implique no sólo contar con un expediente definitivo sino que, además, cumpla una serie de pasos adicionales, entre ellos, la verificación del presupuesto adicional para su ejecución, así como la resolución que específicamente disponga la ejecución de dicho adicional, sobre la base de la mayor necesidad detectada en el respectivo expediente técnico.

Todo ello, en tanto no se requiera que dicho adicional supere el máximo del 15% respecto del contrato original de la obra.

55. Para el caso que nos ocupa tenemos, sin embargo, que el expediente técnico, una vez elaborado por el propio contratista, implicaba un incremento en el valor de la obra del 41.69%, monto que es largamente superior al máximo establecido en la Ley, como competencia exclusiva del Titular de la Entidad. En esa línea, debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 176° del mismo Reglamento.

56. El artículo 176° del Reglamento, establece el procedimiento de aprobación de un adicional, para los casos en los cuales el monto requerido supere el 15% pero no alcance el 50%, tal como ha ocurrido en el caso que nos ocupa. Al respecto, su párrafo 176.1, establece lo siguiente:

> ***"Artículo 176.- Prestaciones adicionales de obras mayores al quince por ciento (15%)***
>
> *176.1. Las prestaciones adicionales de obras cuyos montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original, luego de ser aprobadas por el Titular de la Entidad, requieren previamente, para su ejecución y pago, la autorización expresa de la Contraloría General de la República. La determinación del referido porcentaje incluye los montos acumulados de los mayores metrados que no provengan de una variación del expediente técnico, en contratos a precios unitarios.*
>
> *En el caso de adicionales con carácter de emergencia la autorización de la Contraloría General de la República se emite previa al pago."*
>
> (El subrayado es nuestro)

ARBITRARE
Secretaría General
CENTRO DE ARBITRAJE

57. Nótese que, en tales casos, se requiere además de la aprobación del Titular de la Entidad, la aprobación de la Contraloría General de la República. Expresamente se señala que dicha autorización es necesaria, de modo previo, tanto para la ejecución como para el propio pago, del respectivo adicional.

58. En el caso que nos ocupa, lo que se evidencia es que la Gerencia de Infraestructura Pública, primero mediante el informe que remite con su Carta 008-2018-MPCH/GIP del 15.01.2018 y, posteriormente, con la citada Resolución de Gerencia de Infraestructura Pública N°006-2018-MPCH/GIP, lo que hace es aprobar el expediente técnico por la suma de S/ 2´860.316.89, que correspondía a una cifra que en más de 40% superaba el monto del Contrato, suscrito en un plazo de ejecución de la obra de cincuenta días calendario (descontando los quince día para la

elaboración del expediente) y un monto total contractual de S/ 2´018,763.20, como se aprecia a continuación:

SE RESUELVE

ARTICULO PRIMERO: Aprobar el Expediente Técnico denominado: "REHABILITACION DE LA AVENIDA MIGUEL GRAU DESDE LA AVENIDA EVITAMIENTO HASTA LA CALLE ELIAS AGUIRRE, DISTRITO DE CHICLAYO, PROVINCIA DE CHICLAYO - LAMBAYEQUE", con Código del Proyecto N°2378598, con un presupuesto total que asciende a S/.2´860,316.89 (DOS MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA MIL TRESCIENTOS DIECISEIS CON 89/100 SOLES, incluido IGV, según Ficha Proyecto, Memoria Descriptiva, Especificaciones Técnicas, Estudio de Impacto Ambiental, Diseño de Pavimento, Presupuesto, Fórmula Polinómica, Desconsolidado de Presupuesto, Desagregado de Gastos Generales, Gastos de Supervisión, Análisis de Precios Unitarios, Planilla de Metrados, Precios y Cantidades de Insumos Requeridos, Cronograma de Desembolso y Adquisición de Materiales, Cronograma de Actividades, Estudio de Mecánica de Suelos y Planos, que forman parte de la presente Resolución y del proyecto.

ARTICULO SEGUNDO: Encargar a la Sub Gerencia de Obras Públicas y Convenios, el cumplimiento a lo programado bajo la modalidad de CONCURSO OFERTA, ejecutada por la Empresa consorciada "CONSORCIO MIGUEL Y ELIAS", representada por el Sr. NESTOR RUBEN IPARRAGUIRRE RIOS, según Contrato N°00 65-2017-MPCH/CS

ARBITRARE Secretaría General CENTRO DE ARBITRAJE

59. Dicho todo lo anterior, tenemos que en el caso que nos ocupa, la Resolución de Gerencia de Infraestructura Pública N°006-2018-MPCH/GIP lo único que hace es aprobar el expediente definitivo de la obra contratada, sin que ello implique de modo directo, la ejecución de un monto adicional al establecido en el Contrato que nos ocupa. No podía hacerlo, pues no era función de dicha Gerencia de Infraestructura por el sólo mérito de tener por válido y conforme el expediente técnico elaborado por el Contratista, aprobar su ejecución por un monto mayor al establecido en el Contrato suscrito entre ambas partes.

60. De no haberse tratado de un Concurso Oferta, es decir, si tanto el contratista de cada etapa (elaboración del expediente técnico y ejecución de la obra) como la adjudicación de cada actividad hubiesen sido distintos, queda claro que la Entidad hubiera debido convocar la ejecución de la obra sobre la base del nuevo presupuesto, pero previa disponibilidad de contar con los recursos necesarios para ello. Sin embargo, al tratarse de un solo contrato, el cambio de presupuesto debió seguir las formalidades de toda modificación contractual, en este caso en el componente monto.

Sin embargo, de la información que obra en autos, no se advierte que se hubiera procedido a tal modificación contractual, ni mucho menos observado las formalidades y límites necesarios para ello.

61. Tampoco se aprecia que exista delegación del Titular de la Entidad que autorice a dicha Gerencia de Infraestructura a aprobar adicionales de obra. De hecho, la Resolución de Gerencia de Infraestructura Pública N°006-2018-MPCH/GIP no es una resolución que apruebe un adicional de obra, ni mucho menos ha seguido el procedimiento antes descrito para ello.

    En todo caso, la aprobación de dicho expediente pudo haber dado origen al procedimiento administrativo que derive en la aprobación de un adicional de obra. Sin embargo, no obra en el expediente del presente caso, ningún documento que implique el seguimiento de dicho procedimiento, ni mucho menos, la aprobación de adicional alguno.

62. Más aún, tratándose de un incremento mayor al 15% en el valor contratado de la obra, no se aprecia tampoco que se haya efectuado el trámite, ni mucho menos la aprobación ante la Contraloría General de la República.

    Incluso la garantía de fiel cumplimiento se mantuvo siempre en el 10% del contrato original, no evidenciándose tampoco por este lado ningún pacto o acuerdo que evidencia la aprobación de un monto adicional.

63. Inclusive, de la propia documentación aportada por el Contratista, se advierte que en ningún momento la Entidad aprobó un presupuesto adicional distinto al pactado en el Contrato, tal como se advierte de las Cartas N°009-2018/Consorcio Miguel Elías del 27 de marzo de 2018, la N°0014-2018 del 15 de mayo de 2018, la carta s7n de fecha 17 de octubre de 2018, así como el propio apercibimiento notarial del 30 de noviembre de 2019 y la propia resolución del Contrato; siendo que en todos los mencionados documentos, entre otros, se alega la falta de aprobación del incremento del monto del Contrato.

    Todo ello sin perjuicio que, tal como hemos visto, dicho incremento incluso superaría la propia competencia autónoma de la Entidad, al superar el 15% del contrato original.

64. Como consecuencia de lo anterior, no existe sustento alguno, para pretender sostener la modificación del Contrato, de un monto de 2´860,316.89, a otro de S/ 2´018,763.20.

65. Cabe tener en cuenta, en este tema, la Opinión N°104-2014/DTN que, en su conclusión establece que: "*Considerando que una prestación adicional de obra debe aprobarse de manera previa a su ejecución, no sería*

ARBITRARE Secretaría General CENTRO DE ARBITRAJE

procedente pagar, en calidad de prestación adicional, los trabajos adicionales que se encuentren fuera del alcance del contrato original que no hubiesen contado con la autorización previa del Titular de la Entidad para su ejecución."

Del mismo modo, la Opinión N°073-2017/DTN, en su primera conclusión establecía que: *"De conformidad con lo dispuesto por la anterior normativa de contrataciones del Estado, no resultaba procedente la aprobación de prestaciones adicionales de obra con posterioridad a su ejecución parcial o total; toda vez que, el artículo 207 del anterior Reglamento establecía que, de forma previa a su ejecución y pago, debía verificarse la disponibilidad presupuestal y emitirse la correspondiente resolución del Titular de la Entidad".*

66. Ello no implica que no exista un medio para reclamar un mayor monto por parte del Contratista, pero tratándose de un tema ejecutado al margen del Contrato, su solución deberá atenderse en una vía no arbitral y en la vía pertinente, teniendo en cuenta lo establecido en el tercer párrafo del artículo 45.1 del artículo 45° de la Ley de Contrataciones del Estado[3].

67. Para resumir hasta este punto, si bien resulta válida la aprobación del expediente técnico de la obra (que era uno de los dos componentes de las obligaciones contractuales del Contratista), no puede sostener que con dicha aprobación se le haya autorizado a ejecutar un monto mayor al previamente pactado con la Entidad, pues ello debió corresponder a una segunda etapa (y hasta tercera si se advierte la necesidad de aprobación de la Contraloría General de la República), que de los autos no se aprecia se haya realizado.

ARBITRARE Secretaría General CENTRO DE ARBITRAJE

---

[3] *45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.*

(...)

La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación, ni arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas. Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente Ley o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo.

68. Ello nos lleva al tema de la Valorización N°2, que es reclamada por el Contratista como parte de la presente controversia arbitral, cuanto dicha parte sostiene que se encontraría pendiente de pago una suma total ascendente a S/ 1´159,411.04. Al respecto, la Cláusula Cuarta del Contrato suscrito entre las partes, estableció lo siguiente:

CLÁUSULA CUARTA: DEL PAGO
LA ENTIDAD se obliga a pagar la contraprestación a EL CONTRATISTA en soles, en periodos de valorización mensual, conforme a lo previsto en la sección específica de las bases. Asimismo, LA ENTIDAD o EL CONTRATISTA, según corresponda, se obligan a pagar el monto correspondiente al saldo de la liquidación del contrato de obra, en el plazo de Quince (15) días calendario, computados desde el día siguiente del consentimiento de la liquidación.

69. En concordancia con ello, el numeral 2.7 de las Bases Integradas, establecieron lo siguiente respecto a las valorizaciones:

"2.7. ***VALORIZACIONES***

El periodo de valorización será en periodo mensual.

Importante

Cuando el periodo de valorización establecido por la Entidad sea el mensual, el plazo del pago de la valorización se regirá por lo dispuesto en el sexto párrafo del artículo 166 del Reglamento. En cambio, si la Entidad prevé un periodo de valorización distinto al mensual, se debe establecer los plazos y procedimiento aplicables para la valorización, teniendo en consideración lo dispuesto en el quinto párrafo del referido artículo, así como el plazo para el pago de las valorizaciones.

De acuerdo a los párrafos quinto y sexto del artículo 166 del Reglamento, para efectos del pago de las valorizaciones, la Entidad debe contar con la valorización del periodo correspondiente, debidamente aprobada por el inspector o supervisor, según corresponda; a la que se debe adjuntar el comprobante de pago respectivo".

(El subrayado es nuestro).

70. Como se puede apreciar, las bases integradas indican que, para efectos del pago de las valorizaciones, la Entidad no solo debe contar con la valorización del periodo correspondiente, debidamente aprobada por el inspector o supervisor, sino que además se debe adjuntar a ésta el comprobante de pago respectivo.

71. Cabe preguntarnos si, en el presente caso, existen los elementos necesarios para ordenar el pago solicitado por el Contratista respecto de la valorización N°2. Nótese que, en este punto, no se encuentra en

discusión el derecho del Contratista de percibir la contraprestación que le corresponde como efecto de la labor desempeñada en obra, la que habría dado lugar a la posición de la inspección de la obra de la culminación de los trabajos contratados, así como la conformación del Comité de Recepción de Obra; sino únicamente la cuantificación del monto reclamado por el Contratista, así como la exigibilidad del pago, en el entendido de los requisitos establecidos en el Contrato y en las Bases (que son parte del contrato), para proceder con el mismo.

72. Al respecto, el Contratista fundamenta su segunda pretensión en la Carta N°012-2018/IO/MPCH-DVF del 18 de junio de 2018, por la cual el inspector de obra alcanzó la valorización N°02 por un monto aprobado de S/ 1´159,411.04. Sin embargo, señala también que la Entidad mediante la Carta N°295-2018-MPCH/SGOPyC del 21 de agosto de 2018, requirió el cambio de factura de acuerdo a la suma indicada por el inspector en la valorización N°02, lo que daría motivo a la Carta N°002-2019/CMYE/El del 13 de febrero de 2019, en la cual el actual demandante alcanzó una factura con un monto ascendente a S/ 671,743.09, que el Consorcio considera en esta etapa como erróneo.

    Sobre el tema, la parte demandante considera que devendría en un imposible jurídico no dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales económicas, restando únicamente la remisión por parte del Contratista, de una nueva factura por el monto indicado originalmente por el inspector, para su pago.

73. En el presente caso, el Contratista si bien ha ofrecido en calidad de medio probatorio, la Carta N°012-2018/IO/MPCH-DVF del 18 de junio de 2018, mediante la cual el inspector de obra informa que la valorización N°2 corresponde al periodo del 31 de enero de 2018 al 10 de abril de dicho año, con un avance de 57.47% y por el monto de S/ 1´159,411.04, cierto es también que no obra en autos documento alguno que acredite la remisión del comprobante de pago respectivo, para que proceda el pago de la valorización, por el monto que reclama.

74. Del mismo modo, fue el propio Contratista el que reconoce que remitió un comprobante de pago por la suma de S/ 671,743.09 y, si bien invoca la existencia de error, no señala sin embargo los motivos en los que sustentaría la existencia de dicha situación. Debe tenerse en cuenta, en este punto, que quien alega la existencia de error, debe probarlo, tema que no ha sido sustentado en el presente expediente arbitral.

75. Sin perjuicio de todo lo antes señalado, lo más importante a tener en cuenta es que el Contratista pretende el pago del monto que es objeto de su segunda pretensión, sobre la base de lo establecido en la Resolución de Gerencia de Infraestructura Pública N°006-2018-MPCH/GIP de fecha 25 de enero de 2018; la que sin embargo, como ya se ha analizado, no era

mérito suficiente para justificar un monto superior al establecido expresamente en el Contrato.

Más aún, es el propio inspector el que refiere en la Carta N°012-2018/IO/MPCH-DVF que: *"se reitera que el CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N°065-2017-MPCH-GM; corresponde al monto de S/. 2´018,763.20 (Dos millones Dieciocho Mil setecientos Sesenta y Tres con 20/100Soles) siento este el monto contractual y no el alcanzando en el Expediente Técnico y que a la fecha la entidad no ha comunicado a esta Inspección las adendas respectivas"*.

76. Se reitera que, todo lo anterior no implica que no se le reconozca al Contratista lo ejecutado como parte de los trabajos que debieron ser comprendidos como parte de la Valorización N°2, sino que tales trabajos deben ser entendidos, dentro del ámbito del Contrato, dentro de los límites del Contrato original, habida cuenta que no ha sido aprobado -durante su vigencia, la modificación formal de su monto.

77. En cuanto a la liquidación de la obra, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

a) Es cierto que la obra fue considerada como apta para el inicio del procedimiento de recepción de obra y, en función a ello, se conformó el Comité respectivo.

b) Es cierto también que no se advierte que dicho Comité no cumplió en su oportunidad con sus funciones, más aún si sufrió modificaciones en cuanto a su conformación, de modo tal que -entre otras imputaciones, ello llevó al apercibimiento y posterior resolución de Contrato dispuesta por el Contratista mediante las Cartas Notariales N°03-2019/CMYE/RL del 25 de octubre de 2019 y N°04-2019/CMYE/RL del 27 de noviembre de 2019, no habiendo evidencia que la Entidad hubiera procedido a impugnar en sede arbitral dicha resolución, la que por ende, habría quedado consentida.

c) Al haberse producido la resolución del Contrato, se advierte que el Contratista presenta su liquidación de cuentas, la que fue observada por la Entidad mediante Carta 047-2020-MPCH-GIP/SGOPC del 28 de enero de 2020, en base al informe 0015-2020-MPCH/SGOPC/DSyLO-JEMC, señalando que no se ha adjuntado la adenda al contrato por el monto contratado de S/ 2´018,763.20 y que no se ha adjuntado el acta de recepción.

d) El segundo punto deviene en un imposible jurídico, pues resuelto el Contrato queda claro que no existiría acta de recepción definitiva, por lo cual la liquidación del Contrato devendría, en estricto, en una liquidación de cuentas. En cuanto al primer aspecto, tal como hemos visto, no resultaría posible adjuntar la adenda al Contrato, puesto que

dicho contrato nunca fue modificado conforme a los parámetros y requisitos legales necesarios para generar dicho efecto.

78. Debe recordarse que la liquidación del contrato de obra -o en este caso la liquidación de sus cuentas; viene a ser el "*cálculo técnico efectuado, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene como finalidad determinar el costo total del contrato y su saldo económico.*".

79. En esa medida, la liquidación de un contrato de obra debe contener todas las valorizaciones, los reajustes, los mayores gastos generales, la utilidad y los impuestos que afectan la prestación, conceptos que siempre forman parte del costo total de la obra. Adicionalmente, también puede contener cualquier otro concepto que incida en el resultado económico del Contrato.

80. Sobre el tema, en el caso que nos ocupa, existe evidencia que la Entidad no se encontró conforme con la propuesta de liquidación de su contraparte, al no existir mayor sustento respecto del monto que se considera como valor total de la obra, teniendo en cuenta que no se ha aprobado una modificación del Contrato.

    Ello consta de lo manifestado por la Entidad mediante su Carta N°047-2020-MPCH-GIP/SGOPC del 28 de enero de 2020 (ocho días luego de presentada la propuesta de liquidación del Contratista), aludiendo que no habría sido adjuntada la adenda al contrato por el monto contratado de S/ 2´018,763.20 y que no se ha adjuntado el acta de recepción, lo que infiere que no ha operado tampoco el consentimiento de la liquidación del Contratista, conforme a lo establecido en el tercer párrafo del artículo 179° del RLCE.

81. Incluso si hubiera operado tal consentimiento, ello no justificaría el reconocimiento de montos que no cuenten con un estricto sustento legal; en este caso, una liquidación del Contrato efectuada sobre la base del monto establecido en el Contrato, es decir la suma de S/ 2´018,763.20, que no ha habido decisión formal que hubiera implicado un aumento de su monto. Nótese que, por el contrario, en la liquidación de Contrato alegada por el Contratista, se establece un monto contractual ascendente a la suma de S/2'731,036.49.

    En efecto, el Contratista pretende que se apruebe y pague el monto de su liquidación presentada mediante la Carta 01-2020/CMYE/RL del 20 de enero de 2020, en virtud de lo dispuesto en la Resolución de Gerencia de Infraestructura Pública N°006-2018-MPCH/GIP de fecha 25 de enero de 2018, por el costo total de S/ 1´582,909.29; no obstante, el Contratista no ha ofrecido como medio probatorio la liquidación del contrato de obra donde se pueda apreciar el cálculo realizado que consigne el monto de

ARBITRARE Secretaría General CENTRO DE ARBITRAJE

obra a su favor, sino sólo la carta por la cual lo notifica ésta a la Entidad; ni los documentos que acrediten cuáles habrían sido los conceptos que habrían sido considerados en la liquidación presentada por el Contratista y el sustento de los mismos, máxime si el Contrato vigente, corresponde a un monto significativamente menor.

82. Todo lo anterior, es sin perjuicio del derecho del Contratista de reclamar, en la vía pertinente y debidamente sustentada, cualquier eventual mayor prestación que hubiera efectuado a favor de la Entidad, vía el enriquecimiento sin causa, materia que no corresponde a la presente Sede Arbitral, de conformidad con lo establecido en el tercer párrafo del acápite 45.1 del artículo 45° de la Ley de Contrataciones del Estado, en cuanto establece lo siguiente:

> ***"Artículo 45. Medios de solución de controversias de la ejecución contractual***
>
> *45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.*
>
> *(...)*
>
> *La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación, ni arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas. Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente Ley o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo."*
>
> (El subrayado es nuestro)

83. De este modo, las tres primeras pretensiones del presente caso arbitral; deben ser resueltas del siguiente modo:

> *"Declarar* ***FUNDADA*** *la primera pretensión principal de la demanda, que corresponde al primer punto controvertido del presente proceso arbitral y, por su efecto, declarar la validez del y eficacia*

de la Resolución de Gerencia de Infraestructura Pública N°006-2018-MPCH/GIP de fecha 25 de enero de 2018, que aprueba el expediente técnico correspondiente a la ejecución de la obra: Rehabilitación de la Avenida Miguel Grau desde la Avenida Evitamiento hasta la Calle Elías Aguirre del Distrito de Chiclayo – Provincia de Chiclayo – Departamento de Lambayeque con SNIP N°2378598.

*Declarar **IMPROCEDENTE** la segunda pretensión principal de la demanda, que corresponde al segundo punto controvertido del presente proceso arbitral y, por su efecto, determínese que no corresponde ordenar el reconocimiento y cancelación de la valorización N°02 de la Obra por un monto de S/ 1´159,411.04; sin perjuicio que, en liquidación del contrato, se establezca su monto teniendo en cuenta el monto establecido en el Contrato suscrito por ambas partes.*

*Declarar **IMPROCEDENTE** la tercera pretensión principal de la demanda, que corresponde al tercer punto controvertido del presente proceso arbitral y, por su efecto, determínese que no corresponde la emisión del acto resolutivo y la cancelación de la Liquidación por saldo de Obra, por un monto de S/ 1´582,909.29 (Un millón quinientos ochenta y dos mil novecientos nueve con 29/100 soles); sin perjuicio que, en la liquidación del contrato que debe efectuarse luego de la emisión del presente laudo, se establezca su monto teniendo en cuenta el monto establecido en el Contrato suscrito por ambas partes."*

ARBITRARE Secretaría General CENTRO DE ARBITRAJE

Sobre la devolución de la garantía de fiel cumplimiento

84. Un tema distinto a los tres analizados, corresponde a la pertinencia o no de la devolución de la garantía de fiel cumplimiento. Al respecto, el Contratista sostiene que, pese a que procedió a resolver el Contrato, conforme al artículo 136° del RLCE, la Entidad ejecutó la garantía de fiel cumplimiento conforme se acreditaría con la Carta Notarial de fecha de recepción 30 de octubre de 2019 (apercibimiento), en la Carta Notarial de fecha 28 de noviembre de 2019 (resolución contractual) y en la Carta N°01-2020/CG/RL de fecha 02 de enero de 2020 (conocimiento de la Entidad Financiera).

85. Sobre el tema, cabe referir que la garantía de fiel cumplimiento; es un requisito aplicable a todo contrato de obra, que tiene como objeto tutelar a la Entidad del riesgo potencial de la existencia de una resolución de Contrato imputable al Contratista o de un saldo a favor de la parte estatal, como consecuencia de su liquidación. En todo caso, es obligación del Contratista mantener una garantía de fiel cumplimiento vigente o bien hasta la liquidación del Contrato debidamente consentida, o bien cuando como consecuencia de dicha liquidación se determine – tanto para una parte como para la otra, la existencia de un saldo a favor de la parte

privada, aún cuando siga en controversia la determinación de dicho saldo a favor.

Otra causal para la ejecución de dicha garantía es su falta de renovación. En este caso, únicamente para evitar que la garantía quede sin efecto, siendo que en los hechos la garantía de transformará de una garantía sustentada en una carta fianza, a otra sustentada en un depósito, retenido por la Entidad a resultas de la liquidación del Contrato.

86. Así, el numeral 126.1 del artículo 126 y el artículo 131 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establecen lo siguiente:

> *"**Artículo 126.- Garantía de fiel cumplimiento***
>
> *126.1. Como requisito indispensable para perfeccionar el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original. Esta debe mantenerse vigente hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes, servicios en general y consultorías en general, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras."*

> *"**Artículo 131.- Ejecución de garantías***
>
> *Las garantías se ejecutan en los siguientes supuestos:*
>
> *1. Cuando el contratista no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento. Una vez que se cuente con la conformidad de la recepción de la prestación o haya quedado consentida la liquidación, según corresponda, y siempre que no existan deudas a cargo del contratista o de haber saldo a favor, se le devuelve el monto ejecutado sin dar lugar al pago de intereses. Tratándose de las garantías por adelantos, no corresponde devolución alguna por el adelanto pendiente de amortización.*
>
> *2. (...).*
>
> *3. Igualmente, la garantía de fiel cumplimiento se ejecuta cuando transcurridos tres (3) días hábiles de haber sido requerido por la Entidad, el contratista no hubiera cumplido con pagar el saldo a su cargo establecido en el acta de conformidad de la recepción de la prestación cargo del contratista, en el caso de bienes, servicios en general y consultorías en general, o en la liquidación final del contrato, en el caso de consultoría de obras y ejecución de obras.*

Esta ejecución es solicitada por un monto equivalente al citado saldo a cargo del contratista.

(...)".

(Subrayado agregado).

87. Como se aprecia, la garantía de fiel cumplimiento es un requisito indispensable para la suscripción del contrato; así, el postor ganador debía entregarla a la Entidad por una suma equivalente al 10% del monto del contrato original y con una vigencia que abarcara todo el período comprendido para la ejecución de la obra, hasta el consentimiento de la liquidación final. Asimismo, debe estar vigente en tanto no se haya producido una liquidación consentida o, no estándolo, tanto la posición de la Entidad como del Contratista establecen un saldo a favor de este último.

88. De los hechos del caso, que fueron analizados ya al resolverse el pedido cautelar efectuado en este tema, se aprecia que el Contratista no renovó la carta fianza pues consideró que ya no le correspondía hacerlo, por cuanto había resuelto el Contrato por causa imputable a la Entidad.

89. Tal como hemos visto, el sólo acto resolutorio, incluso consentido, no implica en modo alguno la liberación de la parte contratista de renovar la garantía de fiel cumplimiento, puesto que una de sus finalidades viene a ser la de tutelar a la Entidad de un eventual saldo a su propio favor. Tampoco se advierte – como ya se ha analizado, una liquidación válida, pues esta parte de un presupuesto erróneo, que es un valor de la obra que no se condice con los términos del Contrato, máxime si la Entidad no ha aceptado dicho monto y, por el contrario, ha planteado su posición en contrario.

90. Como se aprecia de la propia cuarta pretensión, esta se sustenta en la existencia de una resolución efectuada por el Consorcio por causa imputable a la Entidad. Sin embargo, como hemos visto, el sólo acto resolutorio no liberta al Contratista de no renovar su garantía de fiel cumplimiento.

Cabe precisar, en esta línea, que dicha ejecución no implica una apropiación del monto ejecutado, sino únicamente la variación de la garantía de una modalidad vía carta fianza, a otra vía retención. Dependerá de la liquidación de Contrato que deberá efectuarse como consecuencia del presente Laudo Arbitral si existe un saldo a favor o no del Contratista y si, conforme a ello, correspondería o no devolverle el monto solicitado.

91. En sentido, conforme lo antes señalado, deviene en IMPROCEDENTE este extremo de la demanda del Contratista, conforme a lo siguiente:

> *"Declarar **IMPROCEDENTE** la cuarta pretensión principal de la demanda, que corresponde al cuarto punto controvertido del presente proceso arbitral y, por su efecto, determínese que no corresponde la devolución del monto ejecutado de la garantía de fiel cumplimiento por la suma de S/ 201,876.32, en tanto no se determine los resultados de la liquidación del Contrato que deberá efectuarse como consecuencia del presente Laudo Arbitral, conforme lo establecido en el segundo párrafo del numeral 90 de la parte considerativa del presente Laudo Arbitral."*

VI. COSTOS Y COSTAS ARBITRALES

92. Sin perjuicio de que es obligación de todo Tribunal Arbitral pronunciarse sobre la distribución de los costos y costas procesales, este es igualmente una de las pretensiones del Contratista, establecido en su quinta pretensión principal de su demanda.

93. Sobre el tema, de acuerdo a lo establecido en el artículo 70° del Decreto Legislativo que norma el Arbitraje aprobado por el Decreto Legislativo N°1071[4], el Tribunal fijará en el laudo los costos del arbitraje, comprendiendo –entre otros-, los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral, los honorarios y gastos del secretario, y los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.

94. Por lo tanto, en cuanto a la determinación de los *"costos del arbitraje"* (entendido este como lo define el Art. 70° de la LA), a este Tribunal Arbitral le corresponde establecer quién debe asumirlas.

95. Considerando que ambas tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral y que además, el Tribunal Arbitral considera a efectos de regular el pago de tales conceptos, el buen comportamiento procesal de las partes y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, corresponde disponer que

ARBITRARE
Secretaría General
CENTRO DE ARBITRAJE

[4] **Artículo 70.- Costos**
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.

cada parte asuma directamente los costos en que incurrió como consecuencia del presente arbitraje.

96. Asimismo, este Tribunal Arbitral fija como honorarios arbitrales definitivos, las sumas de S/ 25,975.00 (Veinticinco mil novecientos setenta y cinco y 00/100 soles) para el tribunal arbitral y de S/ 14,768.00 (Catorce mil setecientos sesenta y ocho y 00/100 soles) por gastos administrativos del Centro, habiendo sido cancelados dichos montos en su totalidad.

VII. OTRAS CONSIDERACIONES

97. Si bien durante el proceso arbitral, se han efectuado aseveraciones referidas a investigaciones o procesos penales que involucrarían a personas vinculadas directa o indirectamente con las controversias del presente caso arbitral, es importante precisar que el análisis efectuado se limita únicamente al aspecto contractual, no correspondiéndole emitir pronunciamiento sobre otros aspectos que deberán ventilarse en la vía correspondiente.

98. Por otro lado, se deja expresa mención que al resolver la controversia, se ha tenido en cuenta y evaluado toda la documentación presentada por las partes, aún cuando no se haga mención a los mismos.

ARBITRARE Secretaría General CENTRO DE ARBITRAJE

VIII. LAUDO

Por las razones expuestas, el Tribunal Arbitral, en Derecho y Unanimidad, **LAUDA** en **DERECHO**:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la primera pretensión principal de la demanda, que corresponde al primer punto controvertido del presente proceso arbitral y, por su efecto, declarar la validez del y eficacia de la Resolución de Gerencia de Infraestructura Pública N°006-2018-MPCH/GIP de fecha 25 de enero de 2018, que aprueba el expediente técnico correspondiente a la ejecución de la obra: Rehabilitación de la Avenida Miguel Grau desde la Avenida Evitamiento hasta la Calle Elías Aguirre del Distrito de Chiclayo – Provincia de Chiclayo – Departamento de Lambayeque con SNIP N°2378598.

SEGUNDO: Declarar **IMPROCEDENTE** la segunda pretensión principal de la demanda, que corresponde al segundo punto controvertido del presente proceso arbitral y, por su efecto, determínese que no corresponde ordenar el reconocimiento y cancelación de la valorización N°02 de la Obra por un monto de S/ 1´159,411.04; sin perjuicio que, en liquidación del contrato, se establezca su monto teniendo en cuenta el monto establecido en el Contrato suscrito por ambas partes.

TERCERO: Declarar **IMPROCEDENTE** la tercera pretensión principal de la demanda, que corresponde al tercer punto controvertido del presente proceso arbitral y, por su efecto, determínese que no corresponde la emisión del acto resolutivo y la cancelación de la Liquidación por saldo de Obra, por un monto de S/ 1´582,909.29 (Un millón quinientos ochenta y dos mil novecientos nueve con 29/100 soles); sin perjuicio que, en la liquidación del contrato que debe efectuarse luego de la emisión del presente laudo, se establezca su monto teniendo en cuenta el monto establecido en el Contrato suscrito por ambas partes.

CUARTO: Declarar **IMPROCEDENTE** la cuarta pretensión principal de la demanda, que corresponde al cuarto punto controvertido del presente proceso arbitral y, por su efecto, determínese que no corresponde la devolución del monto ejecutado de la garantía de fiel cumplimiento por la suma de S/ 201,876.32, en tanto no se determine los resultados de la liquidación del Contrato que deberá efectuarse como consecuencia del presente Laudo Arbitral, conforme lo establecido en el segundo párrafo del numeral 90 de la parte considerativa del presente Laudo Arbitral.

QUINTO: Sin perjuicio de lo resuelto en el presente caso arbitral, dejar a salvo el derecho del Contratista de reclamar en la vía pertinente, los eventuales montos que estime que le corresponde, que no han sido incluidos en el contrato suscrito con la Entidad.

ARBITRARE Secretaría General CENTRO DE ARBITRAJE

SEXTO: Sobre la quinta pretensión de la demanda, FIJAR como honorarios arbitrales definitivos, las sumas de S25,975.00 (Veinticinco mil novecientos setenta y cinco y 00/100 soles) para el tribunal arbitral y de S/ 14,768.00 (Catorce mil setecientos sesenta y ocho y 00/100 soles) por gastos administrativos del Centro, y disponer que cada parte asuma directamente los costos en que incurrió como consecuencia del presente arbitraje en sus respectivas defensas.

SÉPTIMO: REGÍSTRESE el presente laudo arbitral en el SEACE, para lo cual se faculta al presidente del Tribunal Arbitral a suscribir la documentación que fuera necesaria para ello.

Notifíquese a las partes.

MARCO ANTONIO MARTÍNEZ ZAMORA
Presidente

LUIS ALFREDO LEÓN SEGURA
Árbitro

CARLOS AGUILAR ENRIQUEZ
Árbitro

MARÍA ALEJANDRA PAZ HOYLE
Secretaria Arbitral