

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

PARTES DEL ARBITRAJE

Demandante: CONSORCIO GARCILASO (en adelante "EL CONSORCIO", "EL CONTRATISTA" o "EL DEMANDANTE")

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

TRIBUNAL ARBITRAL

Abog. Marco Antonio Martínez Zamora (presidente del Tribunal Arbitral)
Abog. Luis Alfredo León Segura (Árbitro)
Abog. Carlos Aguilar Enríquez (Árbitro)

TIPO DE ARBITRAJE

Institucional, Nacional y de Derecho

ENTIDAD ADMINISTRADORA DEL ARBITRAJE

Centro de Arbitraje "ARBITRARE"



SEDE DEL ARBITRAJE

Sede del Centro de Arbitraje de Arbitrare Soluciones Legales y Arbitrales S.A.C
Av. América Oeste N°1565 Of.601 – Urbanización COVICORTI - Trujillo

TRUJILLO, AGOSTO DE 2022

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Resolución N°22

Trujillo, 19 de agosto de 2022

I. ANTECEDENTES

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

1.1. Con fecha 24 de diciembre de 2019 el Consorcio Garcilaso y la Municipalidad Provincial de Chiclayo suscribieron el Contrato Nro. 0066-2017-MPCH/GM, correspondiente a la Adjudicación Simplificada Nro. 59-2017-MPCH/CS suscrito para la elaboración de expediente técnico y ejecución de la obra "Rehabilitación de la Calle Garcilaso de la Vega desde la Prolongación 7 de enero hasta el óvalo Ureta del distrito de Chiclayo, Provincia de Chiclayo - Lambayeque" (en adelante el Contrato).

1.2. En la cláusula DÉCIMO NOVENA del Contrato, se estableció:

"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 180 del Reglamento de la Ley de Contrataciones de 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".



- 1.3. El 24 de diciembre del 2019, EL DEMANDANTE, presentó al Centro de Arbitraje "ARBITRARE" la solicitud de arbitraje, la cual mediante Carta N°299-2019/CA-ARBITRARE, con fecha 02 de enero del 2019, fue notificada a la Municipalidad Provincial de Chiclayo.
- 1.4. Mediante cartas Nro. 299-2019-CA/ARBITRARE con fecha 30 de diciembre del 2019 y Nro. 301-2019-CA/ARBITRARE con fecha 31 de diciembre del 2019, el Centro de Arbitraje notificó a las partes la designación realizada por el Consorcio como árbitro al abogado Carlos Aguilar Enríquez, quien aceptó dicha designación el 30 de diciembre de 2019
- 1.5. Asimismo, mediante cartas Nro. 31-2020-CA/ARBITRARE y Nro. 32-2020-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 23 de enero de 2020.
- 1.6. Mediante carta Nro. 55-2020-CA/ARBITRARE de fecha 31 de enero del 2020, el Centro de Arbitraje notificó al abogado Marco Antonio Martínez Zamora la designación como presidente del Tribunal Arbitral por parte de los árbitros designados Luis Alfredo León Segura y Carlos Manuel Aguilar Enríquez, quien aceptó dicha designación el 04 de febrero del 2020.
- 1.7. Mediante Disposición Secretarial Nro. 09-2020, de fecha 05 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.

2. Constitución del Tribunal y Reglas del Proceso Arbitral

- 2.1. Con 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 estableció las reglas del proceso.
- 2.2. 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 secretaria 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.

- 2.3. 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°350-2015EF, modificado por el Decreto Supremo N°056-2017-EF y el Decreto Legislativo N°1071 (en adelante Ley de Arbitraje).
- 2.4. Dicha Resolución fue notificada a las partes mediante Cartas N°264 -2020-CA/ARBITRARE con fecha 03 de agosto del 2020 al Consorcio, y con Carta N°263-2020-CA/ARBITRARE con fecha 03 de agosto del 2020 a la ENTIDAD.

II. DEL PROCESO ARBITRAL

3. Sobre la demanda presentada por el Contratista

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

3.1. PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

El reconocimiento, aprobación y emisión del acto resolutivo de la Liquidación de la Obra: Rehabilitación de la Calle Garcilaso de la Vega desde la Prolongación 07 de enero hasta el Óvalo Ureta del distrito de Chiclayo, provincia de Chiclayo, departamento de Lambayeque con SNIP Nro. 2378609, conforme al presupuesto aprobado mediante la Resolución de Gerencia de Infraestructura Pública Nro. 20-2018-MPCH/GIP de fecha 23 de febrero del 2018 por el costo total de S/ 400,253.79 (Cuatrocientos mil doscientos cincuenta y tres con 79/100 soles), al haber quedado consentida conforme al plazo señalado en el artículo 179 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo Nro. 350-2015-EF

3.2. SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

El reconocimiento y cancelación del saldo de la valorización N°01 de la Obra: *Rehabilitación de la Calle Garcilaso de la Vega desde la Prolongación 07 de enero hasta el Óvalo Ureta del distrito de Chiclayo, provincia de Chiclayo, departamento de Lambayeque con SNIP Nro. 2378609, por el monto S/ 194,263.89 (Ciento noventa y cuatro mil doscientos sesenta y tres con 89/100 soles)*, al contar con la conformidad del Supervisor de la Obra, como se evidencia en el Informe Nro. 506-2019-MPCH/SGOPYC, ofrecido por el **PROCURADOR PÚBLICO DE LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CHICLAYO** Abog. Raúl T. Porturas Quijano,



A long, horizontal handwritten signature in blue ink, starting from the left margin and extending towards the right, ending in a loop.

en el escrito cursando a la Secretaría Arbitral, recibida el 09 de enero del 2020 y comunicado a nuestra representada, a través de la Carta Nro. 07-2020-CA/ARBITRARE y al encontrarse consentido dentro de la liquidación de la obra: Rehabilitación de la Calle Garcilaso de la Vega desde la Prolongación 07 de enero hasta el Óvalo Ureta del distrito de Chiclayo, provincia de Chiclayo, departamento de Lambayeque con SNIP Nro. 2378609

3.3. TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, el Tribunal Arbitral ordene la devolución de la Garantía de Fiel Cumplimiento ascendente al monto de S/ 20,598.99 (Veinte mil quinientos noventa y ocho con 99/100), ejecutada de manera arbitraria y de pleno conocimiento de la inexistencia de obligaciones contractuales entre las partes, al haber resuelto el **CONSORCIO GARCILASO** está por incumplimiento contractual, reglamentario y normativo, la misma que tuvo conocimiento a la entidad financiera **BBVA CONTINENTAL**.

Habiéndose constituido el Tribunal Arbitral y conforme a lo dispuesto en el artículo 47 del Decreto Legislativo 1071 "Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje" y con la finalidad de garantizar la eficacia del laudo, peticionan se admita a trámite en modo de medida cautelar temporal, que tiene por finalidad que se reestablezca el status quo la suma de S/ 20,598.99 (Veinte mil quinientos noventa y ocho con 99/100), 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 disponga del Tribunal Arbitral lo correspondiente a la garantía de fiel cumplimiento ejecutada arbitrariamente, en el modo y forma que el Tribunal Arbitral disponga.

3.4. CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Solicita 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



4. Sobre sus pretensiones, la parte demandante sustenta sus pretensiones en los siguientes fundamentos:

4.1. **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 y la aptitud que poseen los actos jurídicos para producir consecuencias de toda clase que conforme a su naturaleza deben producir, dando nacimiento, modificando, extinguiendo, interpretando, o consolidando la situación jurídica de los administrados.

- 4.2. 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 180 del Reglamento de la LCE.
- 4.3. **Respecto a la segunda pretensión**, argumenta que resulta en un imposible jurídico no dar cumplimiento a las obligaciones contractuales y económicas, debidamente aprobadas y notificadas por intermedio de la Resolución de Gerencia de Infraestructura Pública Nro. 20-2018-MPCH/GIP, contando estas con la conformidad de los trabajos realizados por parte de la supervisión contratada por la Entidad y responsable de velar por los intereses del Estado, como se evidencia en el Informe Nro. 409-2018-MPCH/SGOPYC de fecha 17 de mayo de 2018 y remitido a la Gerencia de Infraestructura Pública y al encontrarse consentida la liquidación de obra conforme a Ley.
- 4.4. **Respecto a la tercera 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/ 20,598.99 (Veinte mil quinientos noventa y ocho con 99/100 soles).

Ello 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 de Reglamento de la Ley de Contrataciones y tener conocimiento 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 (apercebimiento), 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).

- 4.5. 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.



5. ADMISIÓN A TRÁMITE DE LA DEMANDA

- 5.1. Mediante Resolución Nro. 04 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. 398-2020-CA/ARBITRARE y Nro. 397-2021-CA/ARBITRARE con fecha 02 de octubre del 2020.
- 5.2. 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 2020, 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.

6. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

- 6.1. 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.
- 6.2. Mediante Resolución Nro. 6 de fecha 05 de noviembre del 2020, se resuelve tener por contestada la demanda y admitir a trámite la Excepción de Caducidad y la Excepción de Incompetencia. Dicha Resolución fue notificada a las partes, mediante cartas Nro. 464-2020-CA/ARBITRARE y Nro. 465-2020-CA/ARBITRARE con fecha 6 de noviembre del 2020
- 6.3. En resumen, la Entidad fundamenta su excepción de incompetencia, caducidad y la contestación de la demanda, bajo los siguientes argumentos:
- 6.4. **Respecto a la excepción de incompetencia**, sostiene que el Tribunal es incompetente de conocer la causa, pues el objeto del conflicto versa sobre enriquecimiento sin causa, materia que no es arbitrable. Justifica el enriquecimiento puesto que el Contratista tenía conocimiento de la falta de aprobación presupuestal y, aún así, prosiguió con los trabajos de obra, generando una obligación nueva, no contemplada en el contrato primigenio. Además, refiere que consta que estas ejecuciones de prestaciones no tienen sustento en contrato válido alguno, más aún si el Contratista lo reconoce en distintas ocasiones a través de sus cartas a la Entidad, en las que se solicita la modificación del Contrato.



- 6.5. **Respecto a la excepción de caducidad**, la misma que recae únicamente sobre la primera pretensión principal. La Entidad manifiesta que el plazo de caducidad ya se había iniciado por parte del Consorcio a través de la Carta Nro. 002-2019/CG/RL de fecha 25 de septiembre del 2019. Sostienen que el demandante debió hacer efectivo su derecho de iniciar el procedimiento de conciliación o arbitraje dentro del plazo de caducidad que señala el Reglamento, a partir del día 30 de septiembre del 2019, por lo tanto, se habría producido la caducidad al haber presentado su solicitud de arbitraje el día 24 de diciembre del 2019.
- 6.6. **Respecto a la contestación de la demanda**, sostiene que, el derecho para ejercitar la primera 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. Asimismo:
- a) Refiere 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.
 - b) Por otro lado, sostiene que respecto de la carta fianza de fiel cumplimiento, el contratista ha presentado un 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.

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 legamente 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.

- c) 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.



7. DECISIÓN SOBRE LAS EXCEPCIONES DEDUCIDAS POR LA PARTE DEMANDADA

- 7.1. Deducidas las excepciones por la parte demandante, se corrió traslado de ellas a la Contratista, la que presentó su escrito de absolución mediante escrito presentado el 04 de diciembre de 2020.
- 7.2. Mediante Resolución N°07 de fecha 03 de marzo del 2021, el Tribunal Arbitral declaró infundadas las excepciones de incompetencia y caducidad contra la primera pretensión, ambas presentadas por la Entidad, por los motivos que se sustentan en dicha decisión.
- 7.3. Contra dicha decisión la Entidad interpuso, con fecha 16 de marzo de 2021 recurso de reconsideración, el mismo que fue absuelto por su contraparte el 29 de marzo de 2021. Mediante Resolución N°10 del 1 de julio del mismo año, se declaró infundado el mencionado recurso de reconsideración.

8. DETERMINACIÓN DE LA MATERIA A RESOLVER Y ADMISIÓN DE MEDIOS DE PRUEBA

- 8.1. Mediante Resolución N°12 de fecha 15 de septiembre del 2021 se cita a las partes a la audiencia de fijación de Puntos Controvertidos, Admisión de Medios Probatorios e Ilustración de Hechos para el día miércoles 06 de octubre del 2021 a las 06:00 pm. Esta misma resolución se notificó mediante cartas Nro. 931-2021-CA/ARBITRARE y Nro. 930-2021-CA/ARBITRARE a las partes el día 24 de septiembre del 2021.
- 8.2. Posteriormente, el día 06 de octubre tiene lugar la Audiencia programada; sin embargo, la misma tuvo que ser reprogramada, por lo que se expidió el Acta de Suspensión de Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios e Ilustración de Hechos de fecha 06 de octubre del 2021, la cual fue debidamente notificada a ambas partes por Cartas Nro. 967-2021-CA/ARBITRARE y Nro. 966-2021-CA/ARBITRARE el día 06 de octubre del 2021.
- 8.3. Con fecha 12 de octubre del 2021, mediante la Resolución Nro. 13 se resuelve citar a las partes a la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios e Ilustración de Hechos para el día 27 de octubre del 2021, la cual fue notificada a ambas partes mediante cartas Nro. 980-2021-CA/ARBITRARE y Nro. 979-2021-CA/ARBITRARE el día 12 de octubre del 2021.
- 8.4. El 27 de octubre tiene lugar la audiencia programada, contándose con la participación de ambas partes, suscribiéndose el Acta de Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios



e Ilustración de Hechos de fecha 27 de octubre del 2021, debidamente notificada a ambas partes por Cartas Nro. 1039-2021-CA/ARBITRARE y Nro. 1040-2021-CA/ARBITRARE el día 27 de octubre del 2021.

- 8.5. En el Acta de referencia, se establecen los puntos controvertidos, en los siguientes términos:

*“Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral otorgue el reconocimiento, aprobación y emisión del acto resolutivo de la Liquidación de la Obra “Rehabilitación de la Calle Garcilaso de la Vega desde la Prolongación 07 de enero hasta el Óvalo Ureta del Distrito de Chiclayo, Provincia de Chiclayo, Departamento de Lambayeque” con SNIP Nro. 2378609, conforme al presupuesto aprobado mediante la Resolución de la Gerencia de Infraestructura Pública Nro. 20-2018-MPCH/GIP de fecha 23 de febrero del 2018, por el costo total de S/ 400,253.79 (Cuatrocientos mil doscientos cincuenta y tres con 79/100 soles), al haber quedado consentida conforme al plazo señalado en el artículo 179 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo Nro. 350-2015-EF **(PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA).**”*

*Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene el reconocimiento y cancelación de la valorización Nro. 01 de la Obra: “Rehabilitación de la Calle Garcilaso de la Vega desde la Prolongación 07 de enero hasta el Óvalo Ureta del Distrito de Chiclayo, Provincia de Chiclayo, Departamento de Lambayeque” con SNIP Nro. 2378609, por el monto ascendente de S/ 194,263.89 (Ciento noventa y cuatro mil doscientos sesenta y tres con 89/100 soles). **(SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA).**”*

*Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene la devolución de la Garantía de Fiel Cumplimiento ascendente al monto de S/ 20,598.99 (Veinte mil quinientos noventa y ocho con 99/100) **(TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA).**”*

*Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la Municipalidad Provincial de Chiclayo, el reembolso de todas las costas y costos arbitrales, comprendidos dentro de estos los gastos de representación, asesoría y patrocinio que se ha incurrido **(CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA).**”*

- 8.6. Asimismo, se admitieron los siguientes medios de prueba:

DE LA DEMANDA ARBITRAL

Por parte de la demandante Consorcio Garcilaso:



A. DOCUMENTALES

1. Copia simple del "Contrato de Consorcio – Colaboración Temporal "Consortio Garcilaso", entre Grupo de Empresas Constructoras Industriales y Afines S.R.L., C&E Daromimah S.A.C. y Juan Francisco Loyola Morales".
2. Copia simple del "Contrato N°0066-2017-MPCH-GM para la "Elaboración de Expediente Técnico y Ejecución de la Obra: Rehabilitación de la Calle Garcilaso de la Vega desde la Prolongación 07 de enero hasta el Ovalo Ureta del Distrito de Chiclayo, Provincial de Chiclayo, Departamento de Lambayeque con SNIP N° 2378609".
3. Copia simple de la "Resolución de Gerencia de Infraestructura Pública N°20-2018-MPCH/GIP".
4. Copia simple de la "Carta N°41-2018-MPCH-GIP.
5. Copia simple del "Acta de Entrega de Terreno – Inicio de Obra: Rehabilitación de la Calle Garcilaso de la Vega desde la Prolongación 07 de enero hasta el Ovalo Ureta del Distrito de Chiclayo, Provincial de Chiclayo, Departamento de Lambayeque.
6. Copia simple de la "Carta N°010-2018/CONSORCIO GARCILASO.
7. Copia simple de la "Carta N°02-2018-NCVR/SUP" de fecha 24 de abril de 2018.
8. Copia simple de la "Carta N°010-2018/CG/.RL".
9. Copia simple "Informe N°001-2018-NCVR/SUP.CHICLAYO".
10. Copia simple de la "Carta N°0013-2018/CG/-RL".
11. Copia simple del "Acta de Recepción de la Obra: Rehabilitación de la Calle Garcilaso de la Vega desde la Prolongación 07 de enero hasta el Ovalo Ureta del Distrito de Chiclayo, Provincial de Chiclayo, Departamento de Lambayeque con SNIP N°2378609".
12. Copia simple de la "Carta N°017-2018/CG/-RL.
13. Copia simple de la Carta Notarial de fecha 17 de octubre de 2018.
14. Copia simple de la "Carta N°001-2019-/CG/RL".
15. Copia simple de la "Carta N°002-2019/CG/RL".
16. Copia simple de la Carta N°03-2019/CG/RL".
17. Copia simple de la Carta N°04-2019/CG/RL.
18. Copia simple de la "Carta N°01-2020-/CG/RL".
19. Copia simple del estado de cuenta de la Entidad Financiera BBVA CONTINENTAL.

B. EXHIBICIONALES

1. Los comprobantes de pago a favor de CONSORCIO GARCILASO con relación a la obra: Rehabilitación de la Calle Garcilaso de la Vega desde la Prolongación 07 de enero hasta el Ovalo Ureta del Distrito de Chiclayo, Provincial de Chiclayo, Departamento de Lambayeque con SNIP N°2378609,
2. La solicitud de ejecución de la garantía de fiel cumplimiento a la Entidad Financiera BBVA CONTINENTAL.
3. La liquidación técnico – financiera de la obra: Rehabilitación de la Calle Garcilaso de la Vega desde la Prolongación 07 de enero hasta el Ovalo Ureta del Distrito de Chiclayo, Provincial de Chiclayo, Departamento de Lambayeque con SNIP N°2378609, obrante en su



custodia.

1. DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Por la parte demandada, MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CHICLAYO:

1. Las bases integradas del procedimiento de selección.
2. La denuncia penal recibida el 09 de diciembre de 2019 ante la Mesa de partes de la Fiscalía Especializada en delitos de corrupción de funcionarios.
3. Los medios probatorios presentados por el demandante que corren como anexos VII, XI, XIV, XVI de la demanda, por el principio de comunidad de la prueba.
4. El peritaje técnico presentado, que obra en el expediente.

- 8.7. Por otro lado, mediante escrito signado "Presento medios de prueba" ingresado por la Municipalidad Provincial de Chiclayo de fecha 27 de octubre del 2021, la Entidad solicita la incorporación de la Resolución de Gerencia Municipal Nro. 09-2020-MPCH/GM de fecha 20 de enero del 2020; lo que fue admitido mediante Resolución Nro. 14 de fecha 6 de diciembre del 2021.

9. SOBRE LOS ALEGATOS ESCRITOS PRESENTADOS

- 9.1. Mediante la Resolución N°14, 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.
- 9.2. Mediante Resolución N°15, de fecha 06 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. 22-2022-CA/ARBITRARE y Nro. 23-2021-CA/ARBITRARE.
- 9.3. Luego, mediante Resolución Nro. 16 de fecha 24 de enero del 2022, y Resolución Nro. 17 de fecha 21 de febrero del 2022, y a mérito del escrito de reprogramación presentado por la Entidad el 21 de enero del 2022, resolvió fijar a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el día 17 de marzo del 2022. Esta última resolución se notificó debidamente mediante cartas N°15-2022-CA/ARBITRARE y N°16-2021-CA/ARBITRARE.



10. CIERRE DE INSTRUCCIÓN Y PLAZO PARA LAUDAR

- 10.1. Por último, mediante Resolución N°20 se fijó el plazo para laudar en 30 días hábiles, los que vencen el día 27 de julio de 2022, sin perjuicio de la

potestad del Tribunal Arbitral de ampliar dicho plazo por un período adicional.

- 10.2. Mediante Resolución N°21 del 19 de julio de 2022, se amplió el plazo para laudar en quince días hábiles adicionales, con fecha de vencimiento al 19 de agosto de 2022, sin contar los cinco (5) días hábiles adicionales con los que se cuenta para su notificación.
- 10.3. En la fecha, dentro del plazo establecido, se procede a emitir el presente Laudo Arbitral, en los términos que se exponen a continuación.

CONSIDERANDO:

III. CUESTIONES PRELIMINARES Y NORMA APLICABLE

11. Antes de resolver la materia controvertida, corresponde al Tribunal Arbitral confirmar que:
 - i) El Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo con el 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.

12. NORMA APLICABLE

12.1. De acuerdo con la fecha de convocatoria¹ 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).

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.

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

IV. ANÁLISIS

13. En el presente caso, el Tribunal Arbitral advierte que los temas controvertidos, se encuentran directamente relacionados con la emisión de la Resolución de la Gerencia de Infraestructura Pública Nro. 20-2018-MPCH/GIP de fecha 23 de febrero del 2018, sus posibles efectos, así como la existencia o no del saldo a favor que dicha parte reclama como parte de su liquidación.

Vinculado a este tema, se encuentra también lo concerniente al consentimiento o no de la liquidación de obra, siendo que esta – según se

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.



A large blue signature is written on the right side of the page, extending from the middle section down towards the bottom.

establece en el primer petitorio de su demanda, se vincula de modo directo a los efectos de dicha resolución.

14. Así las cosas, un primer análisis deberá recaer en la validez o no de la Resolución de Gerencia de Infraestructura Pública N°20-2018-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 del reconocimiento de un saldo de la Valorización N°1, por un monto total de S/194,263.89. Cabe señalar que, de acuerdo a los términos de su demanda, el Contratista no niega que se le haya efectuado un pago por dicha valorización, pero establece que se trata de un pago parcial limitando únicamente a la suma de S/205,989.90, que corresponde al monto con el cual se suscribió el Contrato.

15. Analizados los dos temas antes señalados, corresponderá determinar si la liquidación se encuentra o no consentida, así como sus efectos, debiendo tenerse en cuenta que en su petitorio expresamente se la vincula con al "(...) presupuesto aprobado mediante la Resolución de la Gerencia de Infraestructura Pública Nro. 20-2018-MPCH/GIP de fecha 23 de febrero del 2018, por el costo total de S/ 400,253.79".

Finalmente, los dos últimos temas a tratar corresponden a determinar si corresponde o no la devolución de la garantía de fiel cumplimiento, así como la distribución de las costas y costos arbitrales.

Sobre la validez o no de la Resolución de Gerencia de Infraestructura Pública N°20-2018-MPCH/GIP y sus alcances

16. En el presente caso, tenemos el Contrato N°066-2017-MPCH-GM suscrito como consecuencia de la Adjudicación Simplificada Nro. 59-2017-MPCH/CS suscrito para la elaboración de expediente técnico y ejecución de la obra **"Rehabilitación de la Calle Garcilaso de la Vega desde la Prolongación 7 de enero hasta el óvalo Ureta del 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/205,989.90 (Doscientos cinco mil novecientos ochenta y nueve y 90/100 soles) incluidos



ambos componentes, es decir, tanto el costo de elaboración del expediente técnico, como la ejecución de la obra propiamente dicha.

17. Sin embargo, es el caso que, elaborado el expediente técnico por parte del Contratista, este arrojó una suma de S/ 400,253.79 (Cuatrocientos mil doscientos cincuenta y tres con 79/100 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°20-2018-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 94.31% al monto establecido en el Contrato.

18. Hasta este punto los hechos del caso. En cuanto a los temas en controversia, queda pendiente dilucidar los efectos de dicha resolución y si, conforme a ella podía modificarse el monto del Contrato, para lo cual debe analizarse 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.

19. Recordemos 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.

20. 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 opiniones², 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)

21. 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."

22. 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.

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

24. 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.



² Por ejemplo, las Opiniones N°107-2012/DTN y N°130-2018/DTN.

¿Elo 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.

25. 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)

26. 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.
27. 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.

Incluso el Titular de la Entidad en forma previa a la aprobación del adicional, debe verificar que cuenta con disponibilidad presupuestal, de modo tal que, de no darse tal disponibilidad, aún cuando cuente con toda la voluntad para su aprobación, estará impedido de hacerlo.

28. De modo concordante, 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.

(...)"

29. 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.

30. 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 94.31%, 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.

31. 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% e incluso 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)

32. 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.
33. Sin embargo, debe tenerse en cuenta también, el párrafo 176.5 del mismo artículo 176° cuando establece que:

"176.5. Las prestaciones adicionales de obra y los mayores metrados que no provengan de una variación del expediente técnico, en contratos a precios unitarios, en conjunto, no pueden superar el cincuenta por ciento (50%) del monto del contrato original. En caso que superen este límite, se procede a la resolución del contrato, no siendo aplicable el artículo 138; para continuar con la ejecución de la obra debe convocarse a un nuevo procedimiento por el saldo de



obra por ejecutar, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran corresponder al proyectista."

34. En cualquier escenario, queda claro que la competencia directa de la Entidad para incrementar el monto de un contrato de obra queda restringida al 15% del monto inicialmente pactado.
35. En el caso que nos ocupa, lo que se evidencia es que la Gerencia de Infraestructura Pública, con la citada Resolución de Gerencia de Infraestructura Pública N°20-2018-MPCH/GIP, lo que hace es aprobar el expediente técnico en el cual el componente de las obras civiles se incrementaba a la suma de S/400,253.79, que correspondía a una cifra que en más de 94% superaba el monto del Contrato³, suscrito en un plazo de ejecución de la obra de cincuenta días calendario (descontando los quince días para la elaboración del expediente) y un monto total contractual de S/ 205,989.90, como se aprecia de su artículo primero.
36. Dicho todo lo anterior, tenemos que en el caso que nos ocupa, la Resolución de Gerencia de Infraestructura Pública N°20-2018-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.

Tampoco 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, conforme ya se ha explicado.

37. 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, dentro de los límites máximos establecidos en la normativa aplicable.

38. De la información que obra en autos, no se advierte que se hubiera procedido a tal modificación contractual, ni mucho menos observado las formalidades

³ Sin perjuicio del monto de S/15,000 previsto por elaboración del expediente técnico y S/20,500 como retribución al Supervisor.



y límites necesarios para ello, como tampoco se advierte que haya contado con la disponibilidad presupuestal correspondiente.

39. 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°20-2018-MPCH/GIP no es una resolución que apruebe un adicional de obra, ni mucho menos ha seguido el procedimiento antes descrito para ello, el que además no hubiera sido posible, dada la magnitud de la variación del monto previsto.
40. 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, dentro de los límites ya mencionados.

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 evidencie la aprobación de un monto adicional.

41. Peor aún, en el presente caso, ni siquiera se hubiera podido contar con la aprobación de la Contraloría General de la República, pues siendo el incremento establecido en el expediente técnico del 94%, rebasaba el propio límite de competencia de dicha institución, que sólo puede aprobar adicionales de hasta el 50% del contrato original.
42. Como consecuencia de todo lo anterior, no existe sustento alguno, para pretender sostener la modificación del Contrato, de un monto de 205,989.90, a otro de S/ 400,253.79.

43. 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 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"*.

44. 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 Estado⁴.

45. Para resumir todo lo analizado 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 sostenerse 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, ni mucho menos que fuera posible, teniendo en cuenta que el incremento era mayor al 50% del monto contractual.

Sobre la existencia o no de una liquidación consentida, sus efectos y sus eventuales límites

46. En el presente caso, se encuentra acreditado que el 24 de julio de 2018 se levantó el Acta de Recepción de Obra, mediante la cual el Comité de Recepción de Obra dio por concluida la misma. En ese sentido, el plazo máximo para presentar la liquidación por parte del Contratista venció el 24 de septiembre de 2018. Con dicho vencimiento, correspondía a la Entidad efectuar la liquidación contractual en el mismo plazo de sesenta (60) días calendario⁵, con cargo a trasladar los costos de su elaboración a su contraparte.

⁴ 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.

⁵ Es decir hasta el 23 de noviembre de 2018.



Sin embargo, vencido el plazo de una y otra parte, ninguna de ellas cumplió con dicha obligación.

47. No fue sino hasta el 17 de julio de 2019 que el Contratista presentó su liquidación del Contrato. Sobre esta liquidación, la Entidad no emitió pronunciamiento alguno, dentro del plazo correspondiente.
48. Sobre el tema, el artículo 179° del Reglamento, relativo a la liquidación del Contrato de Obra, establece en sus dos primeros párrafos lo siguiente:

“Artículo 179.- Liquidación del Contrato de Obra

El contratista debe presentar la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo máximo de sesenta (60) días de recibida, la Entidad debe pronunciarse con cálculos detallados, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificar al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

En caso el contratista no presente la liquidación en el plazo previsto, es responsabilidad de la Entidad elaborar la liquidación en idéntico plazo, siendo los gastos a cargo del contratista. La Entidad notifica la liquidación al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

(...)”

49. La existencia de una obligación sucesiva para sea una parte o la otra la que efectúe la liquidación del contrato, obedece a una lógica simple: Ningún contrato puede quedar sin liquidar. Ello por cuanto, el procedimiento de liquidación corresponde al cierre económico de lo ejecutado y, además, entre otros efectos, implica el cierre del expediente de contratación.

De ello puede deducirse que, si ni una parte ni la otra cumplen con su obligación de liquidar el contrato, ello no las libera de su obligación, sino que por el contrario, esta se mantiene, de modo tal que – aún con carácter extemporáneo, cualquiera puede dar inicio a dicho trámite.



50. Sobre el tema, la Opinión 169-2018/DTN en su acápite 2.1.4 se refería a la liquidación del Contrato como:

“Realizadas las precisiones anteriores, es importante señalar que la liquidación de un contrato de obra podía definirse⁶ como un proceso de cálculo técnico, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tenía por finalidad determinar, principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico, que podía ser a favor o en contra del contratista o de la Entidad.

*Así, la liquidación de un contrato de obra debía contener todos los conceptos que formaban parte del **costo total de la obra**, tales como las valorizaciones, los reajustes, mayores gastos generales, la utilidad y los impuestos que afectaban la prestación; adicionalmente, también podían incorporarse otros conceptos autorizados por la anterior normativa de contrataciones del Estado como las penalidades aplicables al contratista, los adelantos otorgados y sus amortizaciones, entre otros conceptos que se incluían al cumplirse determinados supuestos y que debían ser tomados en cuenta para la determinación del saldo económico a favor de una de las partes.*

En esa medida, la liquidación de un contrato de obra incluía dos tipos de conceptos: (i) aquellos que formaban parte del costo de la obra y (ii) aquellos cuya inclusión era autorizada por la anterior normativa de contrataciones del Estado.”

51. En ese sentido, no resulta sostenible afirmar que una obra quede sin liquidar por la inacción inicial de una o ambas partes, pues ello nos llevaría al absurdo de sostener que el simple incumplimiento de sus obligaciones implicaría a su vez la liberación de ellas. Es más, incluso en contratos resueltos cabe efectuar la respectiva liquidación que, en ellos casos, será conceptualmente una liquidación de cuentas.

52. Este tema se encuentra extensamente desarrollado en la Opinión N°190-2017/DTN de la Dirección Técnica Normativa, que en su acápite 2.2. desarrolla lo siguiente:

⁶ SALINAS SEMINARIO, Miguel. *Costos, Presupuestos, Valorizaciones y Liquidaciones de Obra*, Lima: Instituto de la Construcción y Gerencia (ICG), 2003, 2ª edición, pág. 44.



2.2 “(...) en el supuesto que se haya omitido y/o prescrito los plazos establecidos para la elaboración de la liquidación de obra, tanto por la Entidad como por el Contratista, ¿Cuál es el procedimiento legal para salvaguardar la realización de la misma?” (sic).

2.2.1 Sobre el particular, debe indicarse que el procedimiento de liquidación del contrato puede definirse como un proceso de cálculo técnico, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables, que tiene por finalidad determinar, principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico que pueda existir a favor o en contra de alguna de las partes⁷.

En relación con ello, la anterior normativa de contrataciones del Estado establecía el procedimiento de liquidación del contrato de obra, señalando una serie de plazos para que el contratista o la Entidad cumplieran con presentar la liquidación final o, de haber sido el caso, formularan sus observaciones o apreciaciones a la otra parte.

Así, tal como se indicó al absolver la consulta anterior, el artículo 211 del anterior Reglamento señalaba que el contratista debía presentar la liquidación dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra, el que resultara mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra.

Por su parte, el referido artículo disponía que si el contratista no presentaba la liquidación en el plazo indicado en el párrafo precedente, su elaboración era responsabilidad exclusiva de la Entidad en idéntico plazo, siendo los gastos de cargo del contratista.

De esta manera, el procedimiento regulado en el artículo 211 del anterior Reglamento, junto con los plazos previstos para sus distintas actuaciones, se iniciaba cuando alguna de las partes presentaba la liquidación del contrato; no obstante, podía darse el caso que tanto el contratista como la Entidad no cumplieran con presentar la liquidación de obra dentro de los plazos contemplados por la anterior normativa de contrataciones del Estado.

Al respecto, la citada normativa no establecía el procedimiento a seguir en el supuesto que los plazos del contratista y la Entidad para presentar la liquidación de obra se encontraran vencidos; no obstante, resulta necesario viabilizar el procedimiento de liquidación aun en estos casos.

⁷ SALINAS SEMINARIO, Miguel. *Costos, Presupuestos, Valorizaciones y Liquidaciones de Obra*, Lima: Instituto de la Construcción y Gerencia (ICG), 2003, 2ª edición, pág. 44.



Blue signature

Blue signature

En ese contexto, este Organismo Técnico Especializado en anteriores oportunidades ha señalado que el procedimiento de liquidación del contrato de obra se activaba cuando alguna de las partes presentaba la liquidación correspondiente, aun cuando lo hubiera hecho fuera del plazo previsto⁸.

En consecuencia, el procedimiento de liquidación podía aplicarse cuando el contratista o la Entidad presentaran la liquidación del contrato, incluso de forma extemporánea; no obstante, debe tenerse en cuenta que la presentación extemporánea de la liquidación por parte del contratista sólo podía activar el procedimiento establecido en el artículo 211 del anterior Reglamento, si dicha presentación se realizaba luego de transcurrido el plazo que tenía la Entidad para presentar la liquidación, sino fuera así, la liquidación efectuada por el contratista se entendía por no presentada, puesto que la Entidad aún tenía vigente y expedita la posibilidad de elaborarla⁹.

53. A mayor claridad, la segunda conclusión de dicha Opinión N°190-2017/DTN de la Dirección Técnica Normativa, estableció lo siguiente:

“El procedimiento de liquidación podía aplicarse cuando el contratista o la Entidad presentaran la liquidación del contrato, incluso de forma extemporánea; no obstante, debe tenerse en cuenta que la presentación extemporánea de la liquidación por parte del contratista sólo podía activar el procedimiento establecido en el artículo 211 del anterior Reglamento, si dicha presentación se realizaba luego de transcurrido el plazo que tenía la Entidad para presentar la liquidación, sino fuera así, la liquidación efectuada por el contratista se entendía por no presentada, puesto que la Entidad aún tenía vigente y expedita la posibilidad de elaborarla.”

54. De todo lo anterior, queda claro debía liquidarse el Contrato. Del mismo modo, vencido el plazo de ambas partes para que presenten la liquidación, cualquiera de las partes podía hacer, como efectivamente lo hizo el Contratista con fecha 17 de julio de 2019.

Como igualmente se advierte que la Entidad no observó dicha liquidación dentro del plazo correspondiente, queda igualmente claro que esta quedó consentida.

⁸ Este criterio ha sido asumido en las Opiniones N° 087-2008/DOP y N° 042-2006/GNP.

⁹ De conformidad con lo señalado en el numeral 2.1.4 de la Opinión N° 087-2008/DOP.



55. Ahora bien, cabe hacernos la siguiente pregunta: ¿El consentimiento de una liquidación implica el carácter irreversible de los cálculos ahí establecidos incluso si estos carecen de sustento legal?

La respuesta definitivamente es negativa, tal como veremos a continuación.

56. En efecto, el consentimiento de una liquidación no puede implicar el reconocimiento de rubros que carezcan e incluso contradigan un expreso mandato legal. Si nos referimos al presente caso, no puede validar un adicional que no ha sido aprobado conforme a los procedimientos y requisitos expresamente contemplados en la Ley.

En tal sentido, el consentimiento de una liquidación únicamente implica la imposibilidad de revisar los cálculos, pero no así la validación de rubros que carezcan de sustento legal.

57. Sobre este tema, la Opinión N°056-2021/DTN, en su segunda conclusión, señala expresamente que:

“3.2. La liquidación de obra sólo podía incluir conceptos que formaban parte del costo de la obra y otros que eran autorizados expresamente por la anterior normativa de contrataciones del Estado.”

58. De esta manera, queda claro que una liquidación de Contrato no podría incluir dentro de sus alcances rubros que carezcan de un sustento en el marco de dicho Contrato, habiendo quedado claramente dilucidado que, en el caso que nos ocupa, no se aprobó ningún adicional que hubiera implicado un incremento respecto del monto original pactado entre las partes.

En consecuencia, no se puede convalidar la pretensión contenida en dicha liquidación, por la cual se pretendería sumar al monto contractual, el mayor monto pretendido por el Contratista que corresponde al contemplado en el expediente técnico elaborado por dicha misma parte.

59. Lo contrario nos llevaría a un absurdo insostenible: Esto que, que mediante el consentimiento de la liquidación se pudiese sustituir cualquier requisito de aprobación previo o incluso, incorporar rubros que carece de todo sustento legal.

60. En tal sentido, el consentimiento de la liquidación debe entenderse únicamente al monto estrictamente autorizado, es decir al monto pactado en el Contrato, que corresponde a la suma de S/205,989.90 (Doscientos cinco mil novecientos ochenta y nueve y 90/100 soles).



61. Dicho monto corresponde exactamente a la suma ya abonada por la Municipalidad al Contratista conforme la primera de las nombradas lo ha acreditado mediante la exhibición cumplida con su escrito del 13 de septiembre de 2021, en la que adjunta los siguientes documentos:

- Constancia de transferencia a favor del Consorcio Garcilaso, efectuado por la Entidad con fecha 17 de julio de 2018 por un monto de S/197,750.30
- Constancia de pago de detracción en la cuenta del Consorcio Garcilaso, efectuado por la Entidad con fecha 18 de julio de 2018 por un monto de S/8,239.60.

Ambos montos en conjunto dan el total pactado en el Contrato, es decir exactamente la suma de S/205,989.90

62. Con todo lo anterior, queda claro que el consentimiento de la liquidación no da lugar al pago de monto adicional alguno a favor del Contratista, sino únicamente el monto ya previamente abonado entre el 17 y 18 de julio de 2018, correspondiendo que sea la Entidad la que emita la resolución de liquidación de Contrato, por la mencionada suma de S/205,989.90.

Sobre la Valorización N°01

63. Llegados a este punto, cabe analizar la denominada Valorización N°1 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/ 194,263.89, que igualmente corresponde al monto que reclama como saldo a favor de su liquidación.

64. 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.

65. 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).

66. Sin embargo, tal como ya se ha visto en el acápite 66, la Entidad ya abonó al Contratista el íntegro del monto pactado en el Contrato entre el 17 y el 18 de julio de 2018. La suma que reclama bajo la denominada Valorización N°1 por un total de S/ 194,263.89, no es otra que la diferencia entre el monto pactado y la mayor suma comprendida en el expediente técnico elaborado por el propio Consorcio Garcilaso.

Si sumamos los mencionados S/ 194,263.89 con los S/205,989.90 nos dan exactamente los S/400,253.79 establecidos en el mencionado expediente técnico.

67. Como ya hemos analizado, la simple aprobación del expediente técnico no autoriza per se la ejecución del adicional, sino que para ello existe un trámite y requisitos específicos que, en el presente caso no han sido cumplidos, máxime si el mayor monto resultante desborda excesivamente los límites legales de cualquier potencial adicional en caso incluso hubiese existido la voluntad del Titular de la Entidad o los recursos, para proceder a su ejecución.

68. Más aún, el demandante alude a una potencial aprobación del Supervisor respecto de los trabajos que se reclaman como monto en exceso. Para ello, se aprecia que mediante Carta N°010-2018/CG/-RL de fecha 03 de mayo de 2018, el Consorcio alcanzó a la Supervisión la Valorización Final del 01 al 31 de



marzo de 2018 y del 01 al 19 de abril de dicho año. Así también obra en autos el Informe N°01-2018-FSC/RESIDENTE DE OBRA del 07 de mayo de 2018, emitido por el Supervisor y dirigido al Sub Gerente de Obras Públicas y Convenios de la Entidad, por el cual se remite la Valorización Final, en el cual se establece como monto a pagar a favor del Contratista, la suma de S/ 400,253.79.

No obstante, respecto a dicho monto el Supervisor precisó que si bien el presupuesto del expediente técnico había sido aprobado mediante Resolución de Gerencia de Infraestructura Pública N°20-2018-MPCH/GIP, la Entidad no había aprobado la documentación correspondiente que hubiese implicado el reconocimiento del mayor monto a pagar al Contratista, como se puede apreciar a continuación:

G.- MONTO A PAGAR AL CONTRATISTA	
EFFECTIVO (VN - F)	539,198.13
I.G.V. 18% (VN)	61,055.66
TOTAL A PAGAR	400,253.79 (*)

[*] Cabe indicar, que el Presupuesto del Expediente Técnico fue aprobado mediante Resolución de Gerencia de Infraestructura Pública N° 20-2018-MPCH/GIP de fecha 23 de febrero del 2018, sin embargo la Entidad no ha emitido la Adenda Correspondiente al Contrato, indicando el reconocimiento del mayor monto a pagar al contratista. Por cuanto se recomienda a la Entidad tomar las medidas correspondientes. Salvo mejor parecer.

(S) M "Anexo X"

69. Es decir, el propio Supervisor observó el monto de la valorización final que el Contratista pretende que se le reconozca, es decir, para este colegiado, no existe una aprobación de dicha valorización por dicho funcionario, siendo pertinente indicar que el aludido Informe N°506-2019-MPCH/SGOPyC por parte del contratista, y que acreditaría su conformidad, no obra como medio probatorio en el expediente. Asimismo, en dicho informe ni en ningún otro documento ofrecido, se encuentra acreditado que el Contratista haya cumplido con adjuntar a su valorización el comprobante de pago respectivo.

Sin embargo, aún si hubiera existido dicha aprobación, tal como hemos visto no correspondía a dicho Supervisor modificar el Contrato ni incrementar su monto por encima de lo expresamente contemplado entre las partes.

70. Sin perjuicio de todo lo antes señalado, es importante reiterar que 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°20-2018-MPCH/GIP de febrero de 2018; la cual, sin embargo, como ya se ha analizado, no era mérito suficiente para justificar un monto superior al establecido expresamente en el Contrato.



71. 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)



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

"Declarar **FUNDADA EN PARTE** la primera pretensión principal de la demanda y, por su efecto, disponer el reconocimiento de la liquidación de la obra: Rehabilitación de la Calle Garcilaso de la Vega desde la Prolongación 07 de enero hasta el Óvalo Ureta del distrito de Chiclayo, provincia de Chiclayo, departamento de Lambayeque con SNIP Nro. 2378609, únicamente por el monto de S/205,989.90 establecido en el contrato suscrito entre las partes, correspondiendo a la Entidad emitir la

resolución respectiva, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral.

Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión principal de la demanda arbitral y, por su efecto, disponer que no corresponde ordenar el reconocimiento y cancelación de la valorización Nro. 01 de la obra materia del presente caso por la suma de S/ 194,263.89 (Ciento noventa y cuatro mil doscientos sesenta y tres con 89/100 soles)."

Sobre la devolución de la garantía de fiel cumplimiento

73. Un tema distinto a los dos analizados, corresponde a la pertinencia o no de la devolución de la garantía de fiel cumplimiento. Al respecto, tal como hemos visto, se ha determinado que el Contratista ha presentado su liquidación de Contrato y que, del análisis efectuado por el Tribunal Arbitral, el monto a aprobar coincide con el monto pactado y que además ya ha sido previamente pagado entre el 17 y 18 de julio de 2018.

Asimismo, se advierte que no existe pretensión dentro del presente arbitraje, que implique el reconocimiento en sede contractual, de cualquier suma a favor de la Entidad.

74. En tal sentido, contándose con la liquidación del Contrato y sin que existe deuda ni de una parte ni de otra, cabe analizar si corresponde o no la devolución de su monto a favor del Contratista.

75. Al respecto, cabe recordar 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, sin que pierda dicha condición de garantía.



76. 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).



77. 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.
78. De los hechos del caso, se aprecia que el Contratista no renovó la carta fianza pues consideró que ya no le correspondía hacerlo, de modo tal que la garantía continúa teniendo tal condición, pero como depósito retenido por la Entidad.
79. En todo caso, como efecto del presente Laudo Arbitral, queda claro que no existe saldo a favor ni de una parte ni de la otra, motivo por el cual la Entidad deberá proceder con restituir el monto correspondiente a la garantía de fiel cumplimiento del Contrato. En consecuencia, esta pretensión debe ser resuelta del siguiente modo:

*“Declarar **FUNDADA** la tercera pretensión principal de la demanda y, por su efecto, determínese que corresponde a la Entidad la devolución de la Garantía de Fiel Cumplimiento ascendente al monto de S/ 20,598.99 (Veinte mil quinientos noventa y ocho con 99/100)”*

COSTOS Y COSTAS ARBITRALES

80. 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 cuarta pretensión principal de su demanda.
81. Sobre el tema, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70° del Decreto Legislativo que norma el Arbitraje aprobado por el Decreto Legislativo N°1071¹⁰, el Tribunal fijará en el laudo los costos del arbitraje, comprendiendo

¹⁰ **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.



–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.

82. 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.
83. Considerando que ambas tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, los resultados mixtos respecto de las pretensiones planteadas 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 cada parte asuma directamente los costos en que incurrió como consecuencia del presente arbitraje.
84. Asimismo, este Tribunal Arbitral fija como honorarios arbitrales definitivos, los siguientes:
- S/12,961.96 como honorario total de los miembros del Tribunal Arbitral, incluido impuestos
 - S/4,800.24 gastos administrativos incluido el Impuesto General a las Ventas (IGV)

Total: S/17,762.20

85. Durante el proceso arbitral, el 100% de estos gastos fueron asumidos por el Contratista, por lo que cabe reintegrarle el 50% de los mismos, suma que asciende al total de **S/8,881.10**.

OTRAS CONSIDERACIONES

86. 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.
87. 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 de los mismos.



88. LAUDO

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

PRIMERO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la primera pretensión principal de la demanda y, por su efecto, disponer el reconocimiento de la liquidación de la obra: Rehabilitación de la Calle Garcilaso de la Vega desde la Prolongación 07 de enero hasta el Óvalo Ureta del distrito de Chiclayo, provincia de Chiclayo, departamento de Lambayeque con SNIP Nro. 2378609, únicamente por el monto de S/205,989.90 establecido en el contrato suscrito entre las partes, correspondiendo a la Entidad emitir la resolución respectiva, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión principal de la demanda arbitral y, por su efecto, disponer que no corresponde ordenar el reconocimiento y cancelación de la valorización Nro. 01 de la obra materia del presente caso por la suma de S/ 194,263.89 (Ciento noventa y cuatro mil doscientos sesenta y tres con 89/100 soles)."

TERCERO: Declarar **FUNDADA** la tercera pretensión principal de la demanda y, por su efecto, determínese que corresponde a la Entidad la devolución de la Garantía de Fiel Cumplimiento ascendente al monto de S/ 20,598.99 (Veinte mil quinientos noventa y ocho con 99/100)"

CUARTO: Sobre la cuarta pretensión de la demanda desestimar el pedido de condena de costos y costas procesales solicitado por el Contratista y, por su efecto, **FIJAR** como honorarios arbitrales y de la secretaría arbitral definitivos la suma de S/17,762.20 y disponer que cada parte asuma directamente los costos en que incurrió como consecuencia del presente arbitraje en sus respectivas defensas.

En consecuencia, teniendo en cuenta que durante el proceso arbitral el Contratista asumió el 100% de los honorarios del Tribunal y la Secretaría Arbitral, la Municipalidad Provincial de Chiclayo, deberá restituir al Contratista la suma total de S/8,881.10.

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.

SEXTO: 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



CARLOS AGUILAR ENRIQUEZ
Árbitro



MARÍA ALEJANDRA PAZ HOYLE
Secretaria Arbitral