

VOTO SINGULAR DEL ÁRBITRO
DR. LUIS ALFREDO LEÓN SEGURA

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 2022



En Trujillo, a los 19 días del mes de agosto del dos mil veintidós, el doctor Luis Alfredo León Segura, emite su Voto Singular, conforme a los fundamentos que se exponen a continuación:

I. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA
CUESTIONES PRELIMINARES

1. Antes de resolver la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:
 - i. Que, el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes;
 - ii. Que, en momento alguno se reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral;
 - iii. Que, tanto los escritos de demanda y contestación fueron interpuestos dentro de los plazos dispuestos;
 - iv. Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar todas sus alegaciones y exponerlas frente al Tribunal;
 - v. Que, el Tribunal Arbitral deja constancia que al emitir el presente laudo ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos, los cuales han sido revisados y merituados, y que su no mención expresa no significa de ningún modo que no haya sido considerado ni invalida el análisis o consideraciones que se han tenido al momento de laudar; y,
 - vi. Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro del plazo establecido en el Acta de Instalación.



ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral otorgue el reconocimiento, aprobación y emisión del acto resolutorio 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 N°

Handwritten blue signature.

Handwritten blue checkmark.

Handwritten blue symbol resembling a stylized 'S' or 'J'.

2378609”, conforme al presupuesto aprobado mediante la Resolución de Gerencia de Infraestructura Pública N° 20-2018-MPCH/GIP de fecha 23 de febrero de 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 N° 350-2015-EF

2. En el caso materia de análisis, tenemos que con fecha 21 de diciembre de 2017, el Contratista y la Entidad suscribieron el Contrato N° 0066-2017-MPCH-GM, bajo la modalidad de Concurso Oferta, cuyo objeto consistía en la elaboración del 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”, por un monto contractual ascendente a S/ 205,989.90 (Doscientos cinco mil novecientos ochenta y nueve con 90/100 Soles).
3. Al respecto, es importante señalar que la décimo cuarta disposición transitoria final del RLCE, define al concurso oferta como aquella modalidad de ejecución contractual mediante el cual postor debe ofertar la elaboración del expediente técnico y la ejecución de la obra, precisando que dicha modalidad sólo podrá aplicarse en la ejecución de obras que se convoquen bajo el sistema a suma alzada.
4. En esa medida, cuando una Entidad determina la conveniencia de ejecutar una obra bajo la modalidad de concurso oferta, en tanto la información del expediente técnico no se encontraba disponible al momento de la presentación de propuestas –dado que su elaboración constituía una prestación del contratista al momento de ejecutar el contrato–, la propuesta del postor (tanto la técnica como la económica) debe formularse en función al alcance y costo de la totalidad de las prestaciones establecidas en las Bases, y demás condiciones aplicables de conformidad con la normativa que regula el objeto de la convocatoria.
5. Adicionalmente, es necesario señalar que el primer párrafo, del numeral 1, del artículo 14 del RLCE establece que en el caso de obras convocadas bajo el sistema de contratación a suma alzada: “(...) El postor formula su oferta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución, para cumplir con el requerimiento”.



A

6. Así, al presentar sus propuestas, el postor se obligaba a ejecutar el íntegro de los trabajos necesarios para la ejecución de las prestaciones requeridas por la Entidad, en el plazo y por el monto ofertados en sus propuestas técnica y económica, respectivamente, las que forman parte del contrato; a su vez, la Entidad se obliga a pagar al Contratista el monto o precio ofertado en su propuesta económica. De ello se desprende, como regla general, la invariabilidad del precio pactado en las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada.
7. En esa medida, en las obras contratadas bajo la modalidad de concurso oferta –en tanto se ejecutan bajo el sistema a suma alzada–, el contratista debe elaborar el expediente técnico de obra y ejecutar la obra, de conformidad con el monto contratado.
8. Aunado a lo expuesto, corresponde señalar que lo relativo a la modificación contractual, se encuentra recogido en el artículo 34 de la LCE. Dicha norma establece 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.

(...)

34.3 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. (...)

9. En esa misma línea, los artículos 175 y 176 del RLCE, establecen lo siguiente sobre los adicionales de obra:

“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”.

“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.

(...)

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”.

10. De las normas precitadas, se desprende que una Entidad podía modificar un contrato –y con ello su precio–, entre otros supuestos, al ordenar al Contratista la ejecución de prestaciones adicionales, siempre que estas resultaran necesarias para alcanzar la finalidad de dicho contrato.
11. En este orden de ideas, para ejecutar una prestación adicional, sea para la elaboración del expediente técnico o para la ejecución de la obra, o para la ejecución de ambas por un solo contratista en un mismo contrato como en la modalidad de concurso oferta, debía haberse aprobado, previamente, la prestación adicional correspondiente.
12. Así, cuando una Entidad requería modificar las características técnicas y/o las condiciones originales de ejecución de la obra durante la elaboración del expediente técnico de obra, era necesario que, previamente, se hubiese aprobado la prestación adicional correspondiente, para que, en virtud a ella, el Contratista incorpore en dicho expediente las nuevas características y/o condiciones de la obra requeridas por la Entidad, las cuales podían implicar el incremento del presupuesto de la obra con relación al monto contratado



para la ejecución de dicha prestación, el mismo que debía ser aprobado por la Entidad de forma previa a su ejecución.

13. Cabe precisar que cuando el incremento del presupuesto de obra hubiese superado el quince por ciento (15%) del monto correspondiente a la ejecución de dicha prestación, correspondía comunicarlo a la Contraloría General de la República, ya que al involucrar una mayor erogación de fondos públicos, surgía la necesidad de efectuar el control correspondiente para poder autorizar su ejecución y pago.
14. Bajo este marco normativo descrito, tenemos que en el caso materia de análisis, mediante la Resolución de Gerencia de Infraestructura Pública 20-2018-MPCH/GIP del 23 de febrero de 2018, la Entidad aprobó el expediente técnico de la obra por un valor presupuestal de S/ 435,753.79; conforme al siguiente detalle:

ARTICULO PRIMERO: Aprobar el Expediente Técnico denominado: "REHABILITACION DE LA CALLE GARCILASO DE LA VEGA DESDE LA PROLONGACION 7 DE ENERO HASTA OVALO URETA DEL DISTRITO DE CHICLAYO, PROVINCIA DE CHICLAYO - LAMBAYEQUE"; con Código del Proyecto N°2378609, con un presupuesto total que asciende a S/. 435,753.79 (CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y TRES CON 79/100 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, cuyo presupuesto es la siguiente:

- COSTO DIRECTO.....	S/.	275,995.23
- GASTOS GENERALES (8%).....	S/.	35,603.38
- UTILIDAD (7%).....	S/.	27,599.52
- SUB TOTAL.....	S/.	339,198.13
- IGV (18%).....	S/.	61,055.66
- PRESUPUESTO DE OBRAS CIVILES.....	S/.	400,253.79
- EXPEDIENTE TECNICO.....	S/.	15,000.00
- SUPERVISION.....	S/.	20,500.00

TOTAL COSTO DEL PROYECTO..... S/. 435,753.79

ARTICULO SEGUNDO: Encargar a la Sub Gerencia de Obras Públicas y Convenios, el cumplimiento de ejecución programado bajo la modalidad de CONCURSO OFERTA, siendo la contratista "CONSORCIO GARCILASO", representada por el Sr. Nestor Ruben Iparraguirre Ríos, responsable de la ejecución de la obra, según Contrato N°0066-2017-MPCH/GM de fecha 21 de diciembre del 2017.



[Handwritten signature]

[Handwritten mark]

[Handwritten mark]

Laudo de Derecho

Expediente Nro. 007-2019/CA-ARBITRARE
Caso Arbitral: CONSORCIO GARCILAZO Y
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CHICLAYO
Tribunal Arbitral
Marco Antonio Martínez Zamora
Luis Alfredo León Segura
Carlos Aguilar Enríquez

15. Se advierte además que el Contratista en su Carta 010-2018/CONSORCIO GARCILAZO de fecha 03 de abril de 2018, notificada a la Entidad el 04 de abril de 2018, indicó que al haberse aprobado el expediente técnico mediante la Resolución de Gerencia de Infraestructura Pública 20-2018-MPCH/GIP en S/ 435,753.79, se produjo una variación del monto contractual en S/ 209,263.89, por lo que solicitó que esta variación del monto contractual se realice mediante una adenda al Contrato en dicho monto.
16. Conviene traer a colación en este punto que mediante la Carta 017-2018/CG/-RL de fecha 17 de septiembre de 2018, notificada al Supervisor el 21 de septiembre de 2018, el Consorcio le comunicó que no podía realizar a liquidación del contrato ya que la Entidad no emitía la resolución de adenda; sin embargo, mediante Carta 001-2019-CG/RL de fecha 04 de junio de 2019, notificada a la Entidad el 17 de julio de 2019 presentó su liquidación de obra, y mediante su primera pretensión solicita que la misma sea aprobada sea aprobada conforme al presupuesto aprobado mediante la Resolución de Gerencia de Infraestructura Pública N° 20-2018-MPCH/GIP, por el costo total de S/ 400,253.79, aduciendo que quedó consentida al no haberla observado la Entidad dentro del plazo señalado en el artículo 179° del RLCE.
17. El artículo 179 del RLCE, establece el procedimiento de liquidación de obra, señalando que:



“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.

La liquidación queda consentida o aprobada, según corresponda, cuando, practicada por una de las partes, no es observada por la otra dentro del plazo establecido.

Cuando una de las partes observe la liquidación presentada por la otra, ésta debe pronunciarse dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se considera aprobada o consentida, según corresponda, la liquidación con las observaciones formuladas.

En el caso que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquella debe manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, la parte que no acoge las observaciones debe solicitar, dentro del plazo previsto en la Ley, el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje, vencido el plazo se considera consentida o aprobada, según corresponda, la liquidación con las observaciones formuladas.

(...)”.

(Subrayado agregado).

18. 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; sin embargo, ésta fue presentada el 17 de julio de 2019,



[Handwritten signature]

[Handwritten mark]

[Handwritten signature]

19. Si bien se aprecia de los medios probatorios obrantes en el expediente que la Entidad, efectivamente, no se pronunció respecto de la liquidación presentada por el Contratista dentro del plazo establecido en el artículo 179 del RLCE; no puede soslayarse que, como se ha mencionado previamente, la liquidación fue presentada habiendo excedido el plazo establecido para dichos efectos, con lo cual en principio dicha parte no ha cumplido con el procedimiento establecido en dicha norma.
20. Asimismo, es menester indicar que la Resolución de Gerencia de Infraestructura Pública N° 20-2018-MPCH/GIP únicamente aprobó el expediente técnico en la suma de S/ 435,753.79, pero de ningún modo la puede entenderse que con ello se produjo la modificación del monto contractual como erróneamente indica el Contratista en su Carta N° 010-2018/CONSORCIO GARCILAZO, ya que para ello se requería seguir el procedimiento de adicional de prestaciones y contar con la aprobación correspondiente por parte del Titular de la Entidad o de la Contraloría de la República, de ser el caso; aspectos que no han sido alegados ni acreditados por el Contratista.
21. A su vez, es necesario traer a colación lo establecido en el artículo 45 de la LCE, cuyo tenor es el 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 institucional, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos excepcionales para recurrir al arbitraje Ad Hoc. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

Las partes pueden recurrir a la Junta de Resolución de Disputas en las contrataciones de obras, de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el reglamento, siendo sus decisiones vinculantes. El reglamento puede establecer otros medios de solución de controversias.



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”.

22. Estando a lo dispuesto en la norma precitada, este Tribunal Arbitral advierte que la primera pretensión de la demanda en todo caso podría ser ventilada en la vía judicial, mas no en la arbitral, por lo que la misma debe ser declarada improcedente.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene 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 N° 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 N° 506-2019-MPCH/SGOPyC.

23. El Contratista solicita el reconocimiento y cancelación del saldo de la Valorización N° 01 por la suma de S/ 194,263.89, ya que del Informe N° 506-2019-MPCH/SGOPyC se evidenciaría que el Supervisor emitió su conformidad a la misma y al encontrarse consentido dentro de la liquidación de obra presentada.



[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

24. Debemos precisar que las valorizaciones son la cuantificación económica de un avance físico en la ejecución de la obra, realizada en un período determinado, tienen el carácter de pagos a cuenta y son elaboradas el último día de cada período previsto en la sección específica de las bases, por el inspector o supervisor, según corresponda y el contratista. Si el inspector o supervisor no se presenta para la valorización conjunta con el contratista, este la efectúa.

25. Al respecto, la cláusula cuarta del contrato refiere lo siguiente respecto a las valorizaciones:

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.

26. En concordancia con dicha cláusula, en el numeral 2.7 de las Condiciones especiales de procedimiento de selección, contenidas en las Bases Integradas, se precisa lo siguiente:

2.7. VALORIZACIONES

El periodo de valorización será en período 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 con 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.

27. Como puede advertirse, las partes establecieron que las valorizaciones serían por periodos mensuales y que, para efectos de su pago, la Entidad tenía que contar con la valorización



[Handwritten signature]

[Handwritten mark]

[Handwritten signature]

del periodo correspondiente, debidamente aprobada por el supervisor, debiéndose adjuntar a ésta el comprobante de pago respectivo.

28. Ahora bien, 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 emitido la Adenda correspondiente al Contrato que indique el reconocimiento del mayor monto a pagar al Contratista, como se puede apreciar a continuación:

G.- MONTO A PAGAR AL CONTRATISTA	
EFFECTIVO (VN - F)	339,198.13
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.

[Firma] "Anexo X"



29. Lo mencionado, evidencia que 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.

30. Conviene señalar además que la valorización final presentada por el Contratista no puede ser aprobada al haber sido presentada como parte de su liquidación, ya que se ha determinado –al analizar el primer punto controvertido- que la liquidación fue presentada fuera del plazo establecido en el artículo 179 del RLCE y que la Resolución de Gerencia de Infraestructura Pública 20-2018-MPCH/GIP no modificó el monto del contrato suscrito el 21 de diciembre de 2017.
31. En todo caso, cualquier mayor prestación ejecutada por parte del Contratista en beneficio de la Entidad, puede realizarlo mediante la figura del enriquecimiento sin causa u otra de naturaleza similar, mas no en la vía arbitral de acuerdo a lo establecido en el numeral 45.1 del artículo 45 del RLCE.
32. En este orden de ideas, corresponde declarar improcedente la segunda pretensión de la demanda.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

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 soles), del BBVA CONTINENTAL.

33. En vista que la tercera pretensión está referida a la devolución de garantía de fiel cumplimiento, resulta oportuno señalar que a través de la carta fianza, el fiador garantiza el cumplimiento de una obligación ajena frente al acreedor; en esa medida, si el deudor incumple sus obligaciones, el fiador asume la obligación de pago. Así en el marco de las contrataciones del Estado, la carta fianza garantiza el cumplimiento de una obligación ajena que tiene su origen en la relación deudor- acreedor o proveedor – Estado.



34. En esa misma línea, conviene citar la Resolución Nº 587-2012-TC-S2, en la que el Tribunal de Contrataciones señala claramente que, la Carta Fianza es:

«Es una operación eminentemente formal y se rige por el principio de literalidad, por el cual la forma como se obliga la entidad emisora se encuentra expresamente establecida en el propio documento del que fluye su obligación, por ello, el tenor literal del documento es decisivo para determinar el contenido y la extensión del derecho que emerge de dicho título. De tal modo, resulta evidente entonces que el contenido de la carta fianza debe indicar –expresa, manifiestamente y sin lugar a duda- la obligación garantizada, ello en salvaguarda del interés de la Entidad, detrás del cual se encuentra indudablemente el interés público plasmado en la contratación a realizarse.»

35. Indicado lo anterior, este Tribunal Arbitral debe señalar que el artículo 33 de la LCE refiere lo siguiente respecto a las garantías:

“Artículo 33°.- Garantías

Las garantías que deben otorgar los postores, adjudicatarios y/o contratistas, según corresponda, son las de fiel cumplimiento del contrato y por los adelantos. Sus modalidades, montos, condiciones y excepciones son regulados en el reglamento. [...]”.

36. Por su parte, el RLCE establece las siguientes disposiciones respecto a las garantías:

“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. La garantía de fiel cumplimiento se ejecuta, en su totalidad, cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral se declare procedente la decisión de resolver el contrato. En estos supuestos, el monto de la garantía corresponde íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado.

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 a 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”.



[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

Laudo de Derecho

Expediente Nro. 007-2019/CA-ARBITRARE
Caso Arbitral: CONSORCIO GARCILASO Y
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CHICLAYO
Tribunal Arbitral
Marco Antonio Martínez Zamora
Luis Alfredo León Segura
Carlos Aguilar Enríquez

37. En el caso materia de análisis, se advierte que mediante la Carta Notarial N° 03-2019/CG/RL, notificada a la Entidad el 30 de octubre de 2019, con asunto "Apercibimiento de Resolución de Contrato por incumplimiento de Obligación "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", el Contratista requirió a la Entidad a fin de que emita el acto administrativo que tenga por aprobada la liquidación de obra, y la devolución de la garantía de fiel cumplimiento, en el plazo señalado en el artículo 136 del RLCE, caso contrario iniciaría el arbitraje. Asimismo, se verifica que mediante la Carta Notarial N° 04-2019/CG/RL, notificada a la Entidad el 28 de noviembre de 2019, el Contratista le comunicó la resolución del contrato.
38. El Contratista solicita la devolución de la garantía de fiel cumplimiento ascendente al monto de S/ 20,598.99, la misma que habría sido ejecutada por la Entidad pese a haber sido notificada con la resolución del contrato el 28 de noviembre de 2019.
39. Al respecto, la Entidad ha manifestado en su contestación de demanda que el Contratista, al no haber 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 de 2019, activó el procedimiento de ejecución de garantías previsto en el art. 131 del RLCE.
40. En el caso materia de análisis, ya se ha determinado que la liquidación del contrato presentada por el Contratista, fue realizada luego de haber vencido el plazo establecido en la normativa de contrataciones del Estado para dichos efectos, y que dicha liquidación no correspondía ser aprobada ya que la Resolución de Gerencia de Infraestructura Pública N° 20-2018-MPCH/GIP no modificó el monto contractual, sino únicamente aprobó el expediente técnico en la suma de S/ 435,753.79, con lo cual carecía de fundamento la resolución contractual efectuada por el Contratista.
41. Atendiendo a ello, no se verifica que se haya configurado alguno de los supuestos establecidos en el artículo 131 del RLCE que habiliten al Contratista a dejar de renovar la carta fianza de fiel cumplimiento, aspecto que es precisamente alegado por la Entidad, respecto del cual el Contratista no ha desvirtuado a lo largo del presente arbitraje.



[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

42. En ese sentido, corresponde declarar INFUNDADA la tercera pretensión de la demanda.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CHICLAYO, el reembolso de todos las costas y costos arbitrales, comprendiendo dentro de éstos los gastos de representación, asesoría y patrocinio que se ha incurrido.

43. De acuerdo a lo establecido en el artículo 70º del Decreto Legislativo que norma el Arbitraje aprobado por el Decreto Legislativo Nº 1071, 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.
44. Por lo tanto, en cuanto a la determinación de los “costos del arbitraje” (entendido este como lo define el Art. 70º de la LA), a este Tribunal Arbitral le corresponde establecer quién debe asumirlas.
45. 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 Árbitro Único 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.
46. Asimismo, este Árbitro Único fija como honorarios arbitrales y de la Secretaría Arbitral definitivos, la suma de S/ 17,762.20 (Diecisiete mil setecientos sesenta y dos y 20/100 Soles), habiendo sido cancelados dichos montos en su totalidad.



II. DECISIÓN:

Por las consideraciones expuestas y conforme a Derecho, el Árbitro que suscribe el presente voto singular, resuelve declarar:

PRIMERO: Declarar **IMPROCEDENTE** la primera pretensión de la demanda, referida al reconocimiento, aprobación y emisión del acto resolutorio de la Liquidación de la Obra, conforme al presupuesto aprobado mediante la Resolución de Gerencia de Infraestructura Pública N° 20-2018-MPCH/GIP del 23 de febrero de 2018, por el costo total de S/ 400,253.79.

SEGUNDO: Declarar **IMPROCEDENTE** la segunda pretensión de la demanda, referida al reconocimiento y cancelación del saldo de la valorización N° 01 de la Obra, por el monto de S/ 194,263.89.

TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la tercera pretensión de la demanda, referida a que se 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 soles), del BBVA CONTINENTAL.

CUARTO: Sobre la cuarta pretensión de la demanda, **FIJAR** como honorarios arbitrales y de la Secretaría Arbitral definitivos, la suma de S/ 17,762.20 (Diecisiete mil setecientos sesenta y dos y 20/100 Soles), y disponer que cada parte asuma directamente los costos en que incurrió como consecuencia del presente arbitraje.

NOTIFÍQUESE para su cumplimiento, sin perjuicio del derecho de las partes a solicitar su interpretación, corrección de error material o numérico, integración o exclusión, y/o de interponer recurso de anulación si lo consideran pertinente.


LUIS ALFREDO LEÓN SEGURA
Árbitro

