

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CASO ARBITRAL SEGUIDO POR SARLO INDUSTRIAS SAC CONTRA INSTITUTO
PERUANO DEL DEPORTE

Laudo de Derecho expedido por el Tribunal Arbitral conformado por el Dr. RICHARD MARTIN TIRADO, en su calidad de presidente, el Dr. RAÚL SALAZAR RIVERA y el Dr. FRANCISCO VALDÉZ HUARCAYA (en adelante, el Tribunal Arbitral) en la controversia surgida entre SARLO INDUSTRIAS SAC (en adelante, EL DEMANDANTE o EL CONTRATISTA) e INSTITUTO PERUANO DEL DEPORTE (en adelante, LA DEMANDADA o LA ENTIDAD) respecto del Contrato de "SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE PISTA ATLÉTICA CON SUPERFICIE SINTÉTICA Y OBRAS COMPLEMENTARIAS DEL ESTADIO MIGUEL GRAU DEL COMPLEJO DEPORTIVO YAHUAR HUACA DEL CALLAO"

Resolución N° 25

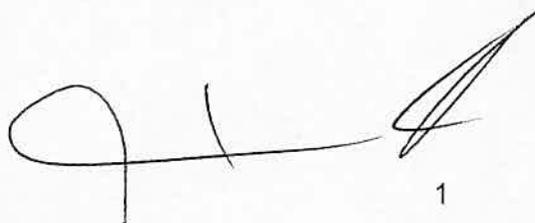
Lima, 04 de abril de 2013

I. ANTECEDENTES.-

1.1. DESARROLLO DEL PROCESO ARBITRAL.-

1.1.1 Con fecha 13 de enero de 2012, se realizó la Audiencia de Instalación de Tribunal Arbitral, conformado por los doctores RICHARD MARTIN TIRADO, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, RAÚL SALAZAR RIVERA y FRANCISCO VALDÉZ HUARCAYA, en su calidad de árbitros.

Asimismo, el Tribunal Arbitral en el numeral 19) del Acta de la indicada Audiencia señaló que las partes deberán cancelar el primer anticipo de los costos arbitrales conforme a lo establecidos en el numeral 41 de la indicada Acta. Ocurrido ello, el Tribunal Arbitral declarará abierto el presente arbitraje y otorgará a EL DEMANDANTE un plazo de quince (15) días hábiles, para la presentación de su demanda, debiendo ofrecer los medios probatorios que respalden las pretensiones planteadas.



1

1.1.2 Mediante Resolución N° 01 de fecha 06 de febrero de 2012, el Tribunal Arbitral resolvió tener por cancelado por parte de EL DEMANDANTE, el pago de los honorarios arbitrales y secretariales correspondiente a su cargo. Asimismo, resolvió otorgar a LA DEMANDADA un plazo adicional de diez (10) días hábiles para que cumpla con pagar los honorarios arbitrales y secretariales correspondientes a su cargo.

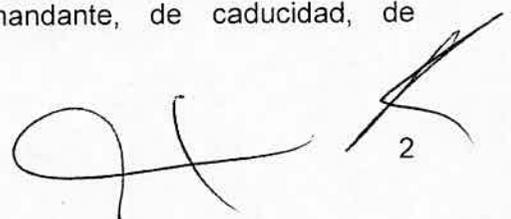
Finalmente, el Tribunal Arbitral indicó a las partes intervinientes, que al no haberse cumplido con lo dispuesto en el numeral 19) del Acta de Instalación, no se admitirá a trámite la demanda arbitral, hasta que se haya verificado el pago de los honorarios arbitrales y secretariales por parte de LA DEMANDADA.

1.1.3 Con Resolución N° 02 de fecha 15 de febrero de 2012, el Tribunal Arbitral resolvió tener por cumplido por parte de LA DEMANDADA, el pago de los honorarios arbitrales y secretariales correspondiente a su cargo. Asimismo, resolvió declarar abierto el proceso arbitral y admitió a trámite el escrito de demanda arbitral presentado por EL DEMANDANTE, en consecuencia, corrió traslado de la demanda arbitral a LA DEMANDADA para que en un plazo de quince (15) días hábiles de notificado, cumpla con contestarla y, de considerarlo conveniente, formule reconvencción, de conformidad con lo establecido en el numeral 20) del Acta de Instalación.

1.1.4 Mediante escrito N° 02 de fecha de presentación 27 de febrero de 2012, LA DEMANDADA interpuso tacha contra el contrato de mutuo de fecha 23 de julio de 2010 por causal de falsedad.

1.1.5 Con Resolución N° 04 de fecha 01 de marzo de 2012, el Tribunal Arbitral resolvió correr traslado del escrito de tacha a EL DEMANDANTE a fin de que, en un plazo no mayor de siete (07) días hábiles, cumpla con manifestar lo conveniente a su derecho.

1.1.6 Mediante escrito N° 02 de fecha de presentación 08 de marzo de 2012, LA DEMANDADA contesto la demanda arbitral, asimismo, formuló excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante, de caducidad, de



2

incompetencia, de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda y oposición al arbitraje.

1.1.7 Con Resolución N° 05 de fecha 12 de marzo de 2012, el Tribunal Arbitral resolvió poner en conocimiento de EL DEMANDANTE, la oposición al arbitraje y las excepciones deducidas a fin que, en un plazo de quince (15) días hábiles, cumpla con manifestar lo conveniente a su derecho. Asimismo, admitió a trámite la contestación de la demanda arbitral presentada por LA DEMANDADA en los términos que se expresan, teniéndose por ofrecidos los medios probatorios que se señalan y a los autos los anexos que se acompañan.

1.1.8 Mediante escrito N° 03 de fecha de presentación 14 de marzo de 2012, EL DEMANDANTE absolvió el traslado conferido respecto a la Tacha deducida por LA DEMANDADA.

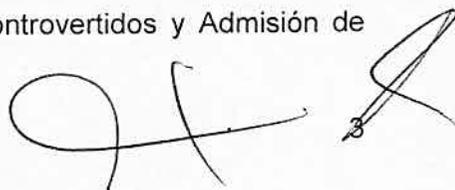
1.1.9 Con Resolución N° 06 de fecha 19 de marzo de 2012, el Tribunal Arbitral resolvió tener por absuelto el traslado conferido mediante Resolución N° 04 por EL DEMANDANTE mediante escrito de fecha 14 de marzo de 2012. Asimismo, se resolvió el pronunciamiento de la tacha hasta el Laudo Arbitral o en un momento anterior.

1.1.10 Mediante escrito N° 04 de fecha de presentación 02 de abril de 2012, EL DEMANDANTE absolvió el traslado conferido en relación a las excepciones y oposición deducida por LA DEMANDADA.

1.1.11 Con Resolución N° 07 de fecha 04 de abril de 2012, el Tribunal Arbitral resolvió tener por absuelto el traslado conferido mediante Resolución N° 05 por EL DEMANDANTE mediante el escrito N° 04 de fecha 02 de abril de 2012.

1.1.12 Mediante Resolución N° 08 de fecha 19 de abril de 2012, el Tribunal Arbitral resolvió citar a las partes intervinientes, para el día 02 de mayo de 2012 a las 10:00a.m. en la sede del Tribunal Arbitral, a fin que se lleve a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos.

1.1.13 El día 02 de mayo de 2012, se llevó a cabo el Acta de la Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de



Medios Probatorios, mediante el cual se fijó los siguientes puntos controvertidos:

- *“Determinar si procede o no, reconocer a favor de la empresa SARLO INDUSTRIAS SAC la existencia de enriquecimiento indebido por la suma de S/. 109,911.90 Nuevos Soles incluido IGV, por ejecución de trabajos en el Estadio Miguel Grau – C.D. Yahuar Huaca y se ordene el pago más sus respectivos intereses”.*
- *“Determinar si procede o no, ordenar a la Entidad que cumpla con pagar la suma de S/. 133,423.85 Nuevos Soles, por concepto de resarcimiento de daños y perjuicios incluido intereses legales, por la demora de la entidad al no aprobar y pagar los importes pretendidos en la pretensión 1, demora en los pagos de valorizaciones, y otros”*
- *“Determinar si procede o no, ordenar a la entidad que cumpla con reembolsar el importe de S/. 23,251.87 Nuevos Soles cifra que incluye IGV, descontado de las valorizaciones.”*
- *“Determinar a quién corresponde el pago de las costas y costos del presente proceso arbitral.”*

1.1.14 En el Acta de la indicada Audiencia, el Tribunal Arbitral decidió reservarse su pronunciamiento de las excepciones y oposición al momento de emitir el laudo arbitral de derecho. Asimismo, otorgó un plazo de diez (10) días hábiles tanto a EL DEMANDANTE como a LA DEMANDADA a efectos que remitan en un sobre lacrado el pliego interrogatorio, a fin que la Ing. Ana Consuelo Cisneros Ibane rinda su testimonial.

1.1.15 Con fecha 16 de mayo de 2012, las partes cumplieron con remitir en sobre lacrado el pliego interrogatorio, a fin que la Ing. Ana Consuelo Cisneros Ibane rinda su testimonial.

- 1.1.16 Mediante Resolución N° 11 de fecha 13 de junio de 2012, el Tribunal Arbitral resolvió citar a las partes intervinientes, a la Ing. Ana Consuelo Cisneros Ibane a la Audiencia Testimonial para el día 04 de julio de 2012 a las 16:00 horas.
- 1.1.17 Con Resolución N° 14 de fecha 11 de julio de 2012, el Tribunal Arbitral resolvió reprogramar la Audiencia Testimonial para el día 19 de julio de 2012 a las 16:00 horas en la sede del Tribunal Arbitral.
- 1.1.18 El 19 de julio de 2012, se llevó a cabo la Audiencia Testimonial.
- 1.1.19 Mediante Resolución N° 16 de fecha 20 de agosto de 2012, el Tribunal Arbitral resolvió fijar nuevos anticipos de honorarios arbitrales y secretariales.
- 1.1.20 Con Resolución N° 20 de fecha 27 de noviembre de 2012, el Tribunal Arbitral resolvió declarar concluida la etapa de actuación de medios probatorios, en consecuencia, concedió a las partes, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 32) del Acta de Instalación, un plazo de cinco (05) días de notificada la indicada resolución, para que presenten sus alegatos escritos y, de solicitarlo alguna de las partes, las citará a una Audiencia de Informes Orales.
- 1.1.21 Con fecha 04 de diciembre de 2012, las partes intervinientes, presentaron su escrito de alegatos, conforme lo establecido en la Resolución N° 20.
- 1.1.22 Con fecha 07 de diciembre de 2012, el Tribunal Arbitral expidió la Resolución N° 21, mediante el cual resolvió citar a las partes intervinientes a la Audiencia de Informes Orales para el día 02 de enero de 2012 a las 10:00 a.m., en la sede del Tribunal Arbitral.
- 1.1.23 Mediante escrito N° 12 de fecha de presentación 26 de diciembre de 2012, LA DEMANDADA solicitó la reprogramación de la Audiencia de Informes Orales.
- 1.1.24 Con fecha 27 de diciembre de 2012, el Tribunal Arbitral expidió la Resolución N° 22, mediante el cual resolvió reprogramar la Audiencia de Informes Orales para el día 09 de enero de 2012 a las 09:00 a.m., en la sede del Tribunal Arbitral.



5

1.1.25 Con fecha 09 de enero de 2013, el Tribunal Arbitral llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, mediante la cual se otorgó a los representantes de las partes el uso de la palabra, a fin que expresen sus alegatos.

1.1.26 El 25 de enero de 2013, el Tribunal Arbitral expidió la Resolución N° 23, mediante la cual se resolvió señalar que el expediente se encuentra expedito para laudar, el mismo que será de un plazo de treinta (30) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la notificación de la indicada resolución, pudiendo por única vez prorrogar dicho plazo por un término de treinta (30) días hábiles adicionales de considerarlo necesario, a su sola discreción.

1.2. ANTECEDENTES DE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL.-

1.2.1. Con fecha 09 de Marzo de 2010 LA DEMANDADA y EL DEMANDANTE suscribieron el Contrato de Obra N° 007-2010-IPD-SARLO IND. SAC, para la ejecución de la Obra denominada: "Suministro e Instalación de Pista Atlética con Superficie Sintética y Obras Complementarias del Estadio Miguel Grau del Complejo Deportivo Yahuar Huaca del Callao, referente a la cláusula CUARTA FORMA DE PAGO, en vista que EL DEMANDANTE ha cumplido al 100% con las metas referidas al contrato.

1.2.2. Con fecha 27 de julio de 2010, mediante Carta S/N, EL DEMANDANTE solicitó a LA DEMANDADA, con atención a la Supervisión, la Recepción del Servicio y ACTA DE CONFORMIDAD de la Obra: Suministro e Instalación de Pista Atlética con Superficie Sintética y Obras Complementarias del Estadio Miguel Grau del Complejo Deportivo Yahuar Huaca del Callao, referente a la cláusula CUARTA FORMA DE PAGO, en vista que EL DEMANDANTE ha cumplido al 100% con las metas referidas al contrato.

1.2.3. Con fecha 15 de agosto de 2010, mediante Informe N° 010-2010-A.C.C.I.-IPD, LA DEMANDADA manifestó lo siguiente: "que está ligado estrechamente con la preservación de la pista sintética, y con su vida útil ya que existe entre la pista sintética y la zona de la ubicación de los suplentes un área de tierra que por arrastre llevarán polvo y tierra a la pista sintética, así como también causan



6

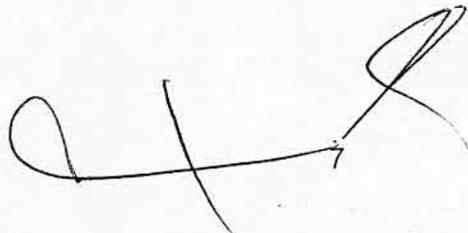
menoscabo al impacto paisajista inmediato de la zona toda vez que también en esta zona se ubican los periodistas”

- 1.2.4.** Con fecha 7 de octubre de 2010, mediante Informe N° 390-2010-OI-UO/IPD-2010, el Jefe de la Unidad de Obra comunica a la Jefatura de Infraestructura del IPD, que respecto a los Adicionales y Deductivo para la Obra, presentado y sustentado por la Supervisora del Servicio; al respecto, se dispuso su revisión y análisis, encargándose al Bach. Ing. Wilfredo Herrera Sánchez (sic), cuyos resultados se expuso en el Informe No. 037-WGHS-UO/IPD-2010. *“Precisa que con el pronunciamiento favorable de la Supervisora, con el crédito presupuestal aprobado mediante Memorándum No. 1276-2010-OPP/IPD, considerando que el monto de Adicional menos el deductivo asciende a S/. 86,659.20 incluido es equivalente al 6.74 % menor al 25% establecido en el artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado y al artículo 174° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, técnicamente es procedente aprobar” los siguientes montos por concepto de :*

<i>Adicional:</i>	<i>S/. 109,911.90 incluido IGV</i>
<i>Deductivo:</i>	<i>S/. 23,252.70 incluido IGV</i>
<i>Adicional Neto a cancelar:</i>	<i>S/. 86,659.20 incluido IGV</i>

Solicita gestionar para su aprobación mediante Resolución, con una ampliación de plazo de tres (03) días calendarios, sin reconocimiento de mayores gastos generales.”

- 1.2.5.** Con fecha 27 de abril de 2011, mediante Carta N° 005-2011-SG/IPD, LA DEMANDADA comunico a EL DEMANDANTE que respecto a la Carta S/N de fecha 23.03.2011, en el que EL DEMANDANTE solicito el pago de la suma de S/. 109,917.03 Nuevos Soles, por trabajos realizados en el Estadio Miguel Grau del Complejo Deportivo Yahuarhuaca del Callao. *“Precisa que al haber concluido la ejecución de la obra sin que previamente a su ejecución se haya tramitado su aprobación, no es posible atender administrativamente el pedido debiendo, en todo caso, hacer valer su derecho en la vía que legalmente corresponde.”*



1.3. PRETENSIONES.-

1.3.1. DE LA DEMANDA Y LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

A. Primera pretensión principal.-

"Se reconozca que existe un enriquecimiento indebido por la Suma de S/. 109,911.90 (Ciento nueve mil novecientos once y 90/100 Nuevos Soles) incl. IGV, por ejecución de trabajos en el Estadio Miguel Grau – C.D. Yahuar Huaca del Callao, y se ORDENE el pago y se ordene el pago más sus respectivos intereses".

B. Segunda Pretensión Principal.-

"Que, el Tribunal Arbitral ORDENE a LA ENTIDAD que cumpla con pagar con la inmediatez del caso, la suma de S/. 133,423.85 por concepto de Resarcimiento de Daños y Perjuicios incluye intereses legales; por demora de LA ENTIDAD al no aprobar y pagar los importes pretendidos en la pretensión 1, demora en los pagos de valorizaciones, y otros".

C. Tercera Pretensión Principal.-

"Que el Tribunal Arbitral ORDENE a LA ENTIDAD que cumpla con reembolsar el importe de S/. 23,251.87 cifra que incluye IGV, descontado de las Valorizaciones."

D. Cuarta Pretensión Principal.-

"Que, el Tribunal Arbitral ordene a LA ENTIDAD el pago de los gastos de conciliación y arbitraje."

II. DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS.-

2.1. DE LA DEMANDA Y DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

- 2.1.1. *"Determinar si procede o no, reconocer a favor de la empresa SARLO INDUSTRIAS SAC la existencia de enriquecimiento indebido por la suma de S/. 109,911.90 Nuevos Soles incluido IGV, por ejecución de trabajos en el Estadio Miguel Grau – C.D. Yahuar Huaca y se ORDENE el pago respectivo más su sus intereses, con la inmediatez del caso".*
- 2.1.2. *"Determinar si procede o no, ordenar a la Entidad que cumpla con pagar la suma de S/. 133,423.85 Nuevos Soles, por concepto de resarcimiento de daños y perjuicios incluido intereses legales, por la demora de la entidad al no aprobar y pagar los importes pretendidos en la pretensión 1, demora en los pagos de valorizaciones, y otros".*
- 2.1.3. *"Determinar si procede o no, ordenar a la entidad que cumpla con reembolsar el importe de S/. 23,251.87 Nuevos Soles cifra que incluye IGV, descontado de las valorizaciones."*

2.2. COSTOS Y COSTAS DEL PROCESO.-

- 2.2.1. *"Determinar a quién corresponde el pago de las costas y costos del presente proceso arbitral".*

III. PARTE CONSIDERATIVA.-

3.1. NORMA APLICABLE.-

Al haberse suscrito el Contrato de "SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE PISTA ATLÉTICA CON SUPERFICIE SINTÉTICA Y OBRAS COMPLEMENTARIAS DEL ESTADIO MIGUEL GRAU DEL COMPLEJO DEPORTIVO YAHUAR HUACA DEL CALLAO", la interpretación y cualquier controversia referida a la ejecución del mismo se regula por el Decreto Legislativo N° 1017 que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante la Ley y el Reglamento).



9

3.2. DECLARACIÓN.-

El Tribunal Arbitral deja establecido que, una vez fijados los puntos controvertidos, se reserva el derecho a analizarlos en el orden que considere más conveniente. Asimismo, el Tribunal Arbitral deja indicado que, en el caso de llegar a la conclusión de que a los efectos de resolver la presente controversia, careciese de objeto pronunciarse sobre alguno de los puntos controvertidos previamente establecidos, porque guardan vinculación con los puntos controvertidos resueltos, podrá omitir pronunciamiento sobre aquellos expresando las razones de dicha omisión. Asimismo, el Tribunal Arbitral deja constancia de que las premisas señaladas como puntos controvertidos son meramente referenciales, por lo que el Colegiado podrá omitir, ajustar o interpretar dichas premisas a la luz de las respuestas dadas a otros puntos, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo. Respecto a la determinación de los puntos controvertidos y las reglas establecidas por el Tribunal las partes expresaron su conformidad.

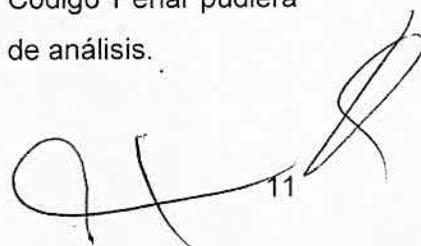
3.3. ANÁLISIS DE LA TACHA A MEDIOS PROBATORIOS.-

3.3.1. LA DEMANDADA formula tacha contra el medio probatorio del contrato de mutuo suscrito a favor de EL DEMANDANTE, mediante el cual sustenta el cuarto concepto indemnizatorio de la Pretensión N° 2 del escrito de demanda.

3.3.2. En primer lugar, este Tribunal debe precisar que LA DEMANDADA cuestiona la veracidad de dicho contrato, aduciendo la falsedad del mismo, esto es que el documento haya sido falsificado de alguna manera.

3.3.3. En segundo lugar, es conveniente diferenciar que lo solicitado por LA DEMANDADA no es la determinación del citado contrato como un "falso mutuo", según lo estipula el artículo 1655° del Código Civil, cuyo efecto inmediato es la consideración de éste como Contrato de Compra Venta; vale decir, la modificación de la naturaleza del contrato, más no de la existencia o no de las prestaciones, o cualquier otro efecto relacionado con la falsedad en el sentido del párrafo anterior.

- 3.3.4. Adicionalmente, el presente Tribunal recuerda que no es competente en el análisis y seguimiento de una acción penal, como la que parece plantear LA DEMANDADA, ni cuenta con los medios idóneos que le competen al Ministerio Público en una acción relativa a la falsedad de documentos.
- 3.3.5. Sin perjuicio de lo anterior, y de manera referencial, se recuerda que el artículo 427° del Código Penal señala que comete falsificación de documentos, *“el que hace, en todo o en parte, un documento falso o adultera uno verdadero que pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho, con el propósito de utilizar el documento (...)”*.
- 3.3.6. Luego de una revisión completa del citado contrato, no se evidencia que el mismo contenga adulteraciones ni que éste sea falso, en el extremo que tenga la cualidad distinta a la de un contrato, cuya forma goza de la libertad de las partes, según los estipula el artículo 143° del Código Civil.
- 3.3.7. A mayor abundamiento, sólo si existiera una referencia documental respecto a un Contrato de Mutuo, cualidades y características intrínsecas al documento, más no a su contenido, las cuales fueran distintas al documento que obra en el presente expediente, sí podría hablarse de un documento denominado “contrato de mutuo” falso. Un ejemplo de ello sería, por ejemplo, la falsificación de una carta fianza, la cual goza de características intrínsecas al documento, tales como formato según la entidad emisora, papel, diseño del documento, numeración, entre otras; y en caso, un privado hiciera un documento, tratando de imitar tales características, efectivamente sería un documento falso.
- 3.3.8. Por el contrario en el caso del contrato de mutuo, no se cumple el escenario antes citado, sin perjuicio de cualquier otra posible característica del contrato antes citado, que podría considerarse presuntamente irregular, más no falsa, tal como lo sugiere LA DEMANDADA.
- 3.3.9. Asimismo, dado que el presente Tribunal Arbitral no es competente en la interposición de acciones penales, ni en la instrucción de un procedimiento penal, no le compete determinar que otra infracción al Código Penal pudiera haberse generado a través del Contrato de Mutuo objeto de análisis.


11

3.3.10. En consecuencia, se declara INFUNDADA la Tacha al Medio Probatorio Contrato de Mutuo entre los socios y la empresa.

3.4. ANÁLISIS DE LAS EXCEPCIONES Y OPOSICIONES.-

3.4.1. DE LAS EXCEPCIONES DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR, DE CADUCIDAD, DE INCOMPETENCIA Y OSCURIDAD O AMBIGÜEDAD EN EL MODO DE PROPONER LA DEMANDA Y DE LA OPOSICION AL ARBITRAJE.-

- A. Las excepciones de falta de legitimidad para obrar, de caducidad, de incompetencia y la oposición planteadas por LA DEMANDADA representan defensas cuyos principales argumentos señalan que el contrato habría culminado, que habría operado la caducidad para que la demandante haga valer sus derechos ya mediante la conciliación o bien mediante el arbitraje y, que hay pretensiones que contienen materias no arbitrables como ocurriría con el enriquecimiento sin causa.
- B. Cabe indicar que el artículo 52° de la LCE precisa que los mecanismos de solución de controversias pueden iniciarse antes de la fecha de culminación del contrato, luego de lo cual opera la caducidad, siendo que "la culminación del contrato" - según lo tiene previsto el artículo 42° de la LCE-, en el caso de ejecución de obras, se produce con la liquidación y el pago y no con la simple recepción de conformidad de la obra -sin perjuicio de los efectos que pudiera generar la recepción- y en el caso de contratos de bienes y servicios, culminan con la conformidad de recepción de la última prestación y, el pago correspondiente.
- C. En este caso sometido a arbitraje, a pesar que se han ejecutado todas las prestaciones por parte de EL DEMANDANTE, aún falta el elemento esencial que genera la culminación de la relación contractual, el cual consiste en el pago del saldo reclamado por EL DEMANDANTE.
- D. En este sentido, el contrato suscrito entre EL DEMANDANTE y LA DEMANDADA no ha culminado, por lo que no son subsistentes los argumentos

respecto de que ya no existe relación contractual ni que ya transcurrió el plazo máximo para la solicitud de la conciliación o del arbitraje previsto en el artículo 52° de la LCE.

- E. Por otro lado, el hecho que la conciliación sea un mecanismo para la solución de controversias no lo convierte en una vía excluyente del arbitraje, conforme se deduce la propia cláusula décima del contrato suscrito; en todo caso, debió pactarse el carácter alternativo y excluyente entre ambos mecanismos.
- F. Por lo expuesto, las excepciones de falta de legitimidad para obrar, de caducidad y de incompetencia - en el extremo que señala que el contrato ya culminó-, así como la oposición - en el extremo que señala que la conciliación iniciada por EL DEMANDANTE estuvo fuera del plazo de caducidad-, interpuestas por LA DEMANDADA, resultan INFUNDADAS.
- G. Ahora bien, la excepción de incompetencia contra las pretensiones N° 1 y 2 de la demanda, también sostiene que las pretensiones del demandante se orientan a un reconocimiento de adicionales que - según el dicho de LA DEMANDADA- surgieron de manera irregular, para lo cual dispone de la vía judicial donde hacer valer sus derechos, precisando que en todo caso, el enriquecimiento sin causa es una fuente de obligaciones al margen del contrato y al no tener origen contractual, no existe convenio arbitral que incluya el enriquecimiento sin causa como materia arbitrable. Similar argumento, es el empleado en uno de los extremos de oposición al arbitraje.
- H. Al respecto, como informa CASTILLO FREYRE¹, existen diversas teorías que intentan explicar lo que implica el enriquecimiento sin causa: (i) Aquellas que lo consideran como un fuente de obligaciones afín a la gestión de negocios o la responsabilidad extracontractual; (ii) Aquellas que lo conciben como una fuente de obligaciones propia e independiente y; (iii) Aquellas que señalan que no es una fuente autónoma de obligaciones sino un principio que informa el ordenamiento jurídico en general. Agrega el referido autor que la posición que sostiene que el enriquecimiento sin causa no puede presentarse en el

¹ CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA: "Arbitraje: El arbitraje en la contratación pública". Biblioteca de arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Vol. 7. Lima, 2009. pp. 72 a 81.

escenario contractual "fue una posición bastante difundida en la doctrina antigua", sin embargo, otra corriente doctrinaria considera que "... el enriquecimiento sin causa se funda en un principio de equidad que informa el Derecho en general, podríamos afirmar que dicha figura puede generarse tanto dentro como fuera del contrato". Asimismo, siendo el enriquecimiento sin causa uno de contenido patrimonial y per se materia arbitrable, corresponderá analizar si en el convenio arbitral se ha excluido o no el enriquecimiento sin causa como materia arbitrable, concluyendo que "... si las controversias sobre enriquecimiento sin causa surgen después de la celebración del Contrato y, en tanto, el enriquecimiento sin causa no se ha excluido, si estariamos frente a una materia arbitrable", en la línea de lo expresado por Ana María ARRARTE y Carlos PANIAGUA.

- I. Estando a lo expuesto, este Tribunal Arbitral considera que el enriquecimiento sin causa es un principio del Derecho que puede aplicarse tanto con motivo de una ejecución contractual como fuera del contrato.
- J. Por otro lado, conviene tener en cuenta el convenio arbitral del presente contrato, contenido en la cláusula décimo sétima:

"... Solución de controversias

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144º, 170º, 175º y 177º del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52º de la Ley..."

- 
- K. En atención al convenio arbitral del contrato, se contempla expresamente que en cuánto al ámbito de aplicación de las materias arbitrables, se incluyen "las controversias" sin prohibición expresa alguna para que pueda someterse a arbitraje el enriquecimiento sin causa, aunado al hecho que no existe ley aplicable al caso que indique que el enriquecimiento sin causa no es una materia arbitrable, por lo cual el Tribunal Arbitral se declara competente para resolver conflictos presentados durante la ejecución contractual incluido los referidos al enriquecimiento sin causa, aunado al hecho que, el artículo 52º de la LCE es claro en indicar que todas las controversias que pudieran surgir

 14 

como consecuencia de un contrato con el Estado, son susceptibles de resolverse mediante conciliación y/o arbitraje.

- L. Por tanto y en razón a lo expuesto, el Tribunal Arbitral, determina que el extremo referido al enriquecimiento sin causa contenido tanto en las excepciones de incompetencia contra las pretensiones N° 1 y 2 de la demanda y en la oposición, interpuestas por LA DEMANDADA, resultan INFUNDADAS.
- M. Adicionalmente, la excepción de incompetencia expresa que la pretensión N° 4 no es arbitrable, porque será definida conforme a lo establecido en el artículo 69° y siguientes del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje. Al respecto, el Tribunal Arbitral, se pronunciará conforme al Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje.
- N. Finalmente, en lo relativo a la ambigüedad y/u oscuridad en la interposición de la demanda, este Tribunal debe destacar que el escrito de demanda se encuentra, no sólo adecuadamente organizado, numerado y estructurado, sino que identifica claramente las pretensiones, petitorio, antecedentes y sus fundamentos, independientemente de la veracidad o no de éstos.
- O. Por todo lo expuesto, resultan INFUNDADAS las excepciones y la oposición planteadas por LA DEMANDADA, con la salvedad hecha en relación a la excepción contra la pretensión N° 4.

3.5. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS.-

3.5.1. ANALISIS DEL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO.-

A. Introducción.-

El presente punto controvertido consiste en:

“Determinar si procede o no, reconocer a favor de la empresa SARLO INDUSTRIAS SAC la existencia de enriquecimiento indebido por la suma de S/. 109,911.90 Nuevos Soles incluido IGV, por ejecución de trabajos en

el Estadio Miguel Grau – C.D. Yahuar Huaca del Callao, y se ordene el pago respectivo más sus intereses”

B. Hechos Relevantes.-

Con fecha 09 de Marzo de 2010 LA DEMANDADA y EL DEMANDANTE suscribieron el Contrato N° 007-2010-IPD-SARLO IND. SAC, para el “Suministro e Instalación de Pista Atlética con Superficie Sintética y Obras Complementarias del Estadio Miguel Grau del Complejo Deportivo Yahuar Huaca del Callao. El objeto de la convocatoria alude a la provisión de bienes conllevando también trabajos de instalación.

Con fecha 30 de junio de 2010, en el Asiento N° 106 del Supervisor, se indicó que el Presidente del IPD solicitó la realización de servicios complementarios para el cumplimiento de la finalidad del contrato, denominados adicionales.

Con fecha 05 de julio de 2010, la Supervisión, mediante la Carta N° 034-2010/A.C.C.I.-CONSULTOR anexó el Informe a favor de la aprobación del Adicional N° 02 por tratarse de hechos fortuitos o fuerza mayor.

Con fecha 27 de julio de 2010, mediante Carta S/N, EL DEMANDANTE solicitó a LA DEMANDADA con atención a la Supervisión, la Recepción del Servicio y Acta de Conformidad del “Suministro e Instalación de Pista Atlética con Superficie Sintética y Obras Complementarias del Estadio Miguel Grau del Complejo Deportivo Yahuar Huaca del Callao”, referente a la cláusula CUARTA FORMA DE PAGO, en vista que cumplió al 100% con las metas referidas del contrato.

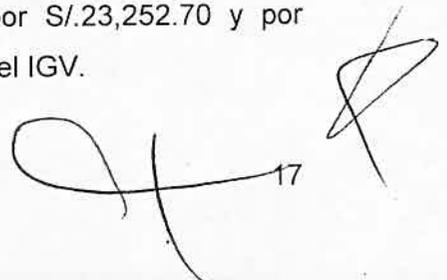
Con fecha 06 de agosto de 2010, se emitió el Informe N° 298-2010-OI-UO/IPD, mediante el cual el Jefe de la Unidad de Obra del IPD solicitó al Jefe de Infraestructura del IPD el otorgamiento del Adicional N° 01 y 02, siendo que mediante el Memorando N° 1276-2010-OPP/IPD de 10 de agosto de 2010 se señaló que tales requerimientos están previstos en el Presupuesto Institucional 2010.

Con fecha 10 de agosto de 2010, la Unidad de Obras, emitió el Oficio N° 226-2010-OI/IPD para que la Supervisión levante las observaciones encontradas en la Carta N° 03-2010/A.C.C.I.-CONSULTOR.

Con fecha 17 de agosto de 2010, mediante la Carta N° 037-2010/A.C.C.I.-CONSULTOR, la supervisión hizo llegar el informe con el levantamiento de las observaciones del Deductivo N° 01 y el Adicional N° 02, entre otros, adjuntando el Informe del Adicional N° 02, cotizaciones de proveedores, acta de pactación de precios y el plano que identificaba el deductivo que no se ejecutaría y; mediante el Informe N° 010-2010-A.C.C.I.-IPD de 15 de agosto de 2010, anexo a dicha carta, la supervisión manifestó que el referido adicional: *“... está ligado estrechamente con la preservación de la pista sintética, y con su vida útil ya que existe entre la pista sintética y la zona de la ubicación de los suplentes un área de tierra que por arrastre llevaran polvo y tierra a la pista sintética, así como también causan menoscabo al impacto paisajista inmediato de la zona toda vez que también en esta zona se ubican los periodistas”*.

Con fecha 16 de setiembre de 2010 se expidió el Informe N° 037-WGHS-UO/IPD-2010 expedido por la Unidad de Obras del IPD, conforme al cual, se señaló entre otros que *“... han surgido trabajos adicionales no considerados contractualmente y otros deductivos que ya no serán necesarios de ejecutar ...”*, agregó que, no considerarán el Adicional N° 01; pero sí considerarán el Adicional N° 02 conforme a los siguientes montos: (i) Costo Directo: S/.80,346.13, (ii) Gastos Generales (8%): S/.6,427.69; (iii) Utilidad (7%): S/.5,624.23; (iv) Subtotal: S/.92,398.05; (v) Aplicación del factor de relación: 0.99962; (vi) Subtotal aplicado el factor de relación: S/.92,362.94; (vii) IGV (19%): S/.17,548.96; (viii) Total del Adicional N° 2: S/.109,911.90 incluido el IGV. Excluyeron otros trabajos considerados no indispensables. Opinaron aprobar el Deductivo N° 01 por S/.23,252.70 incluido el IGV.

Con fecha 20 de setiembre de 2010, la Supervisión emitió su Carta N° 042-2010/A.C.C.I.-CONSULTOR señalando adjuntar la corrección del “Informe Final del Servicio” así como lo indicado en el Oficio N° 253-2010-OI-UO/IPD y correspondiente a la ejecución del servicio del mes de agosto. También indicó adjuntar el Deductivo N° 01 y el Adicional N° 02 por S/.23,252.70 y por S/.109,917.03 respectivamente, ambos montos incluían el IGV.



17

Con fecha 28 de setiembre de 2010 mediante la Carta N° 049-2010/A.C.C.I.-CONSULTOR la Supervisión hizo llegar el Informe que aprobó la solicitud del pago de cancelación del saldo de servicio que SARLO presentó con fecha 28.09.2010, calculando la Valorización N° 03 al 15 de agosto de 2010 y descontado el Deductivo N° 01 y el monto acumulado cancelado, aprobando como monto a pagar la suma de S/.362,247.00 incluido el IGV.

Mediante el documento "Conformidad de Servicios de N° 004-2010-SARLO IND.SAC" el Jefe de la unidad de Obras del IPD otorgó la conformidad técnica del servicio.

Con fecha 5 de octubre de 2010, mediante Informe N° 390-2010-OI-UO/IPD-2010, el Jefe de la Unidad de Obra comunicó a la Jefatura de Infraestructura del IPD, que respecto a los Adicionales y Deductivo para el servicio presentado y sustentado por la Supervisión se dispuso su revisión y análisis, encargándose al "Bach. Ing. Wilfredo Herrera Sánchez (sic)", cuyos resultados se expusieron en el Informe No. 037-WGHS-UO/IPD-2010, indicando que "... con el pronunciamiento favorable de la Supervisora, con el crédito presupuestal aprobado mediante Memorándum No. 1276-2010-OPP/IPD, considerando que el monto de Adicional menos el deductivo asciende a S/. 86,659.20 incluido es equivalente al 6.74 % menor al 25% establecido en el artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado y al artículo 174 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado ... técnicamente es procedente aprobar los siguientes montos por concepto de: (i) Adicional: S/. 109,911.90 incluido IGV; (ii) Deductivo: S/. 23,252.70 incluido IGV; (iii) Adicional Neto a cancelar: S/. 86,659.20 incluido IGV". Asimismo, solicitó "... gestionar para su aprobación mediante Resolución, con una ampliación de plazo de tres (03) días calendarios, sin reconocimiento de mayores gastos generales."

Mediante el Informe N° 450-2010-OI-UO/IPD de 19 de octubre de 2010 y en atención a la Carta N° 049-2010/A.C.C.I.-CONSULTOR de la Supervisión, el Jefe de la unidad de Obras del IPD opinó dar por concluido el servicio y consideró que el saldo del monto contractual es de S/.385,000.00 sin embargo, estima oportuno descontar un deductivo de S/.23,252.70 como una "medida cautelatoria" hasta la aprobación de la resolución que está en trámite, arrojando

un saldo aprobado por S/.362,247.30, sin pronunciarse respecto del pago del adicional N° 2.

Con fecha 5 de noviembre de 2010, SARLO solicitó el pago del monto de S/.362,247.30 ya aprobado y precisó que a esa fecha seguía pendiente el trámite de regularización y cancelación del adicional.

Con fecha 17 de diciembre de 2012 SARLO ingresó su carta al IPD solicitando la aprobación del adicional del grass por S/.109,917.03.

Con fecha 23 de marzo de 2011, SARLO reiteró que aún sigue pendiente el trámite de regularización y cancelación de S/.109,917.03 del adicional.

Con fecha 27 de abril de 2011, mediante Carta N° 005-2011-SG/IPD, LA DEMANDADAS comunicó a EL DEMANDANTE que respecto a la Carta S/N de fecha 23.03.2011: *"... al haberse concluido la ejecución de la obra sin que previamente a su ejecución se haya tramitado su aprobación, no es posible atender administrativamente el pedido debiendo, en todo caso, hacer valer su derecho en la vía que legalmente corresponde."*

C. Posición del Tribunal Arbitral.-

1) Al resolver las excepciones propuestas por LA DEMANDADA, este Tribunal Arbitral considera que el enriquecimiento sin causa puede también producirse con motivo de la ejecución contractual, siendo un principio que se sustenta en la equidad y que tiene por objeto producir una obligación en quien se enriquece y un derecho en quien se empobrece, siendo que en el caso de los contratos, es perfectamente posible amparar un reclamo por enriquecimiento sin causa para mantener el equilibrio contractual, con las precisiones que a continuación se expresan.

2) Precisiones en torno al enriquecimiento indebido en las contrataciones estatales.

a) *Precisiones de Derecho Común (Código Civil)*



19



i. Limitaciones explícitas del Enriquecimiento indebido.-

El enriquecimiento indebido o enriquecimiento sin causa se encuentra regulado en los artículos 1954° y 1955° de la Sección Cuarta del Libro VII (Fuentes de las Obligaciones) del Código Civil (CC).

El primero de ellos indica claramente que *"Aquél que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo"*; lo cual se configura como una obligación legal, que no necesariamente requiere encontrarse dentro una relación contractual; lo cual es confirmado explícitamente por el artículo 2098° cuando precisa que *"[L]as obligaciones que nacen por mandato de la ley, la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa y el pago indebido, se rigen por la ley del lugar en el cual se llevó o debió llevarse a cabo el hecho originario de la obligación."*

En tanto que el segundo, aclara que se trata de una acción residual o supletoria cuando afirma que: *"[L]a acción a que se refiere el artículo 1954 no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización."*

Aparte de estos artículos antes citados, el CC (Norma Sustantiva²) no hace mayor referencia a la acción de enriquecimiento indebido, a pesar que resulta necesaria una mayor precisión dado que la regla general (cláusula normativa general o CNG) expresada en el artículo 1954° puede prestarse para ejercicios abusivos de

² Sin perjuicio de ello, el Código Procesal Civil (Norma Procesal) hace mención al enriquecimiento indebido en el siguiente artículo:

Artículo 24°.- Competencia facultativa:

Además del Juez del domicilio del demandado, también es competente, a elección del demandante:

(...)

6. El Juez del lugar en que se realizó o debió realizarse el hecho generador de la obligación, tratándose de prestaciones derivadas de la gestión de negocios, enriquecimiento indebido, promesa unilateral o pago indebido; y

(...)"

derechos, máxime si justamente lo que quiere es evitar situaciones injustas o inequitativas³.

En particular, PALACIOS MARTINEZ permite recordar que las CNG *"presentan una técnica de técnica de legislación, que se concreta en una remisión legal al juez a criterios sociales o metajurídicos nominados para resolver una cuestión concreta planteada"*⁴; y en el presente caso, es competencia de este Tribunal Arbitral acudir a los criterios, interpretación y razonamiento correspondiente para su aplicación a este caso concreto.

En este caso, de modo referencial, un sector de la doctrina civil⁵ identificó hasta cinco requisitos del enriquecimiento sin causa (curiosamente similares a los de la responsabilidad civil): 1) el enriquecimiento, 2) el daño (o empobrecimiento), 3) la relación de causalidad, 4) la ausencia de justa causa, 5) la subsidiariedad (o carácter residual).

Finalmente, los artículos 1954º y 1955º no precisan expresamente:

- Si el enriquecimiento puede incluir una naturaleza no patrimonial; para lo cual, antes de acudir a la doctrina, es preciso realizar una concordancia normativa. Sin perjuicio de ello, conviene precisar que la doctrina civil⁶ no es pacífica sobre la inclusión de enriquecimientos no patrimoniales, o de aquellos que no sean tan tangibles como bienes o sumas de dinero.
- Ni si el daño debe entenderse en una acepción amplia (incluyendo conceptos tales como lucro cesante) o bien

³ PALACIOS MARTINEZ, Eric. En: AA.VV. Código Civil Peruano Comentado: Tomo VI – Obligaciones. Editorial Gaceta Jurídica. p 811)

⁴ *Ibidem*. Del mismo, existe una amplia crítica sobre la distinción entre el "enriquecimiento injusto" y el "enriquecimiento sin causa", por cuanto la primera puede resultar subjetiva y demasiado amplia. Ella distinciones terminológicas puede llegar a ser contradictorias con términos tales como "enriquecimiento ilegítimo", "enriquecimiento indebido", entre otros, dentro del mundo de las tipologías de enriquecimientos frente a la norma general.

⁵ PALACIOS MARTINEZ, Eric. En: AA.VV. Código Civil Peruano Comentado: Tomo VI – Obligaciones. Editorial Gaceta Jurídica. p 813)

⁶ PALACIOS MARTINEZ, Eric. Op. Cit. P. 813.

 21 

solamente los daños patrimoniales directos e inmediatos o bien ya no constituye un requisito.

ii. Enriquecimiento Indebido o sin causa: Similitudes y Diferencias con el Pago Indebido.-

Al respecto, conviene recordar que el Capítulo Séptimo de la del Título II (El Pago) de la Sección Segunda (Efectos de las Obligaciones) del Libro VI (Las obligaciones) del CC hace referencia al "Pago Indebido"; no obstante, dado que la sumilla no tiene rango de Ley, sino su contenido, éste revela que se aplica a cualquier prestación de dar, ya sea un bien o una cantidad en pago (suma de dinero).

Si bien, el pago es una contraprestación como consecuencia del cumplimiento de la prestación ("Efecto de una obligación"), los artículos 1267° y siguientes de Código Civil hacen mención a que dicho pago⁷ en caso de ser indebido puede devolverse a solicitud de quién lo efectuó; empero, existen supuestos que exoneran al receptor de la obligación de devolución.

Uno de los criterios básicos para una obligación de devolución es la buena fe del receptor o aceptante del pago (CC-1268°) o mala fe de éste⁸ (CC-1269°), entre otros.

Si bien el pago indebido es considerado como una institución jurídica distinta del enriquecimiento sin causa (CC-2098°), el vínculo

En puridad, pago sólo es "la exacta y puntual ejecución de la prestación debida", por lo que todo o que sea distinta a ésta, ya sea por exceso o defecto u otra alteración, no puede ser considerado un "pago" en el marco de una relación obligatoria existente, sino un "pago de lo no debido", tal como lo indica FERRERO COSTA (En: Código Civil Peruano Comentado: Tomo VI – Obligaciones. Editorial Gaceta Jurídica. p 612)

En otros términos, si la prestación ejecutada (PEJ) es superior al pago previsto o esperado (P°) entonces existirá una situación de pago indebido o, en términos más adecuados, de prestación excesiva (PEX): $PEX = PEJ - P^{\circ}$. Obviamente, la cuantía no necesariamente es el único criterio determinante, aunque sí el más común.

⁸ Conviene señalar que la doctrina denomina "Pago indebido de buena fe" o "Pago indebido de mala fe" lo cual podría hacer suponer que quien ostenta la buena o mala fe es el pagador o ejecutor de la prestación no debida. No obstante, debe aclararse que para el caso del Pago Indebido, estas distinciones de conducta y voluntad recaen en el receptor.

entre ambas instituciones es muy fuerte; dicho de otro modo, la línea divisoria entre ambos puede ser gris.

En efecto, más allá de las diferencias entre contraprestación y prestación, el contenido de ambos se asemeja, en el extremo que implican la entrega de una cosa o suma de dinero que no es debida, y que su no devolución y la inexistencia de causales de exoneración de la obligación de devolución, permiten la existencia de la acción de enriquecimiento sin causa.

A mayor abundamiento, el artículo 1271° del CC hace referencia al concepto de enriquecimiento del receptor respecto de los frutos o intereses del bien o cantidad de dinero.

Este paralelismo entre "Pago indebido" y "Enriquecimiento sin causa", amparado en el artículo 2098° de CC antes expuesto, permite que se apliquen algunas disposiciones de la primera sobre la segunda, habida cuenta que es necesario la aplicación de principios y disposiciones sustantivas que complementen las limitaciones de los artículos 1954° y 1955° del CC, tales como los requisitos, características, supuestos o efectos directos.

Inclusive, FERRERO COSTA⁹ considera que su ubicación actual no es la correcta (Libro de las Obligaciones), sino que debió ubicarse en el Libro VII de las Fuentes de las Obligaciones, en una sección después de la Gestión de Negocios pero antes del Enriquecimiento sin causa, en concordancia con lo previsto en el Código Italiano de 1942, lo cual reforzaría la idea que el vínculo y similitud entre ambas instituciones-acciones es en realidad más fuerte.

Sin perjuicio de lo anterior, no debe olvidarse que el artículo 1955° otorga al enriquecimiento sin causa un carácter residual, cuando las demás acciones prevista en la Ley ya no sean posibles. No

⁹ FERRERO COSTA, Raúl. En: AAVV. Código Civil Peruano Comentado: Tomo VI – Obligaciones. Editorial Gaceta Jurídica. p 612)

obstante, dicha supletoriedad se precisará posteriormente, en particular para el caso de las contrataciones estatales, por cuanto puede ser óbice para casos de ejercicio abusivo de un derecho, prohibido por el artículo II del Título Preliminar del CC.¹⁰.

iii. ¿Son necesarios los requisitos de *animus solvendi* o pre-existencia de una obligación para el enriquecimiento Sin causa?

A diferencia del "Pago de lo no debido" el cual claramente representa la intención de honrar una obligación propia, como consecuencia de una prestación originaria, el enriquecimiento indebido, por su propio nombre no expresa tal limitación, ni la poca normativa expresa sugiere que dicha limitación sea aplicable. Dicho razonamiento también resulta aplicable para el presunto requisito de preexistencia de una obligación.

Empero, esta ausencia de limitaciones podría sugerir que la acción por enriquecimiento sin causa es un tipo de acción por pago indebido, la cual no precisa cumplir con todos los requisitos de esta última, y ello podría concordar con la idea que la acción en cuestión tiene una naturaleza residual.

Del mismo modo, una interpretación literal sugeriría que una prestación sin causa (que genera un enriquecimiento sin causa) se distingue del pago indebido, por cuanto este último sí requiere una causa, aunque, generada por error.

Esta situación puede generar un importante debate por cuanto el Pago Indebido requeriría de una "causa aparente" (o causa por error), la cual no necesariamente se genera dentro de una relación contractual (lo cual puede llevar a casos de subrogación) y encontrarse en una situación de enriquecimiento sin causa en caso

¹⁰ "La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso."

la acción de restitución por Pago Indebido no cumpla los requisitos para ejercerse.

A mayor abundamiento, FERRERO COSTA, afirma que *"la doctrina y las legislaciones más modernas consideran al pago indebido como un caso particular de la figura general del enriquecimiento sin causa (así en el BGB alemán y en el Código suizo de las Obligaciones)"*.¹¹

Por lo expuesto, a fin de concordar estos criterios, podría afirmarse que existe el "enriquecimiento sin causa en sentido amplio" (cómo género o figura general) y el "enriquecimiento sin causa residual" (cómo especie de acción que puede aplicarse cuando las demás acciones ya no sean posibles).

iv. ¿Es necesario que exista error para la procedencia de una acción por enriquecimiento indebido?

Uno de los principales requisitos y características del "Pago Indebido" es la presencia de un error de hecho o de Derecho que origina la entrega del citado bien o cantidad de pago.

Al respecto, debe recordarse que el error es un vicio de la voluntad según el artículo 201° del Título VIII del Libro II del Acto Jurídico, generando anulación del acto jurídico, si es que fuere esencial y conocible por la otra parte.

En consecuencia, la acción por Pago Indebido no podría aplicarse en los casos de dolo, violencia o intimidación (CC-210° y siguientes), siendo aplicables otras acciones como la acción de nulidad de acto jurídico.

FERRERO COSTA, Raúl. En: AAVV. Código Civil Peruano Comentado: Tomo VI – Obligaciones. Editorial Gaceta Jurídica. p 613)

Cómo es lógico, en caso la acción de nulidad de acto jurídico no pudiera aplicarse, en teoría sería aplicable la acción de enriquecimiento indebido. Dicho de otro modo, ésta sería aplicable en el caso que la prestación se hubiera ejecutado con dolo (por ejemplo, el engaño) por la parte receptora. Y efectivamente, un sector la doctrina civil¹² suele aparejar el "enriquecimiento indebido" con una presunción de dolo, a fin de definir distancias con el "Pago Indebido"

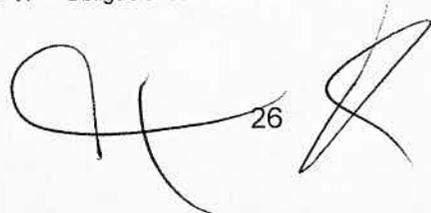
Si bien dicha situación parece clara, ¿qué ocurriría si el deudor ejecutara la prestación en cuestión a sabiendas, con dolo o con mala fe, que no le corresponde, con la finalidad de recuperar la prestación con los frutos e intereses? Teóricamente podría usar la acción de enriquecimiento sin causa, sin embargo, parece necesaria la aplicación de alguna limitación a este derecho, por cuanto dicho supuesto se aproxima a una situación de ejercicio abusivo de un derecho.

- v. ¿Son aplicables los criterios de buena fe y mala fe al enriquecimiento sin causa?

En el caso del "Pago Indebido" la buena fe y la mala fe juegan un papel primordial, máxime si éstas no se relacionan con el objeto mismo de la prestación, sino con el *animus* de quien ejecuta el pago.

Así: ¿Qué ocurriría si un contratista ejecuta una prestación que incluye bienes (y servicios) por ejemplo en el marco de un contrato de obra realiza una prestación más allá de lo solicitado o previsto, por error o de buena fe, pero que LA DEMANDADA lo recibe también de buena fe?

¹² BELTRÁN PACHECO, Jorge. En: AA.VV. Código Civil Peruano Comentado: Tomo VI – Obligaciones. Editorial Gaceta Jurídica. p 626)



26

Los artículos 1268° al 1272° del CC, hacen referencia a la buena o mala fe del receptor, pero no del "pagador"; aunque ello no disminuye la importancia de este criterio, que puede generar inclusive la exoneración de la restitución.

En relación al artículo 1268°, aplicándola al caso del enriquecimiento indebido, requeriría la existencia de tres sujetos: el pagador (en adelante, "el ejecutor"), el verdadero deudor y el receptor. Si se cumple el requisito que el receptor ya no exija la prestación al verdadero deudor, éste quedará exento de la devolución al pagador, y éste último sólo podrá repetir contra el verdadero deudor. La situación de enriquecimiento indebido persistiría, pero esta vez entre el verdadero deudor y el ejecutor. Dicho supuesto escaparía del principal supuesto de enriquecimiento indebido planteado en el presente proceso arbitral, el cual es entre el ejecutor (contratista) y el receptor (Entidad contratante).

De otro lado, el caso de la Mala Fe del Receptor consignado en el artículo 1269° sólo requiere la existencia de dos sujetos, el ejecutor y el receptor. En este caso, este último sí responde por:

- La restitución de la prestación indebida;
- Los intereses de los capitales o los frutos de los bienes de ésta;
- La pérdida o deterioro del bien por cualquier causa y;
- Los perjuicios irrogados a quien lo entregó, hasta que lo recobre.

En el mundo de las contrataciones estatales, dicho supuesto podría darse si el contratista considera que debe ejecutar una prestación en particular (por ejemplo un adicional aún no aprobado), al considerarlo éste necesario, pero sin acordarlo aún con LA DEMANDADA a fin de que nazca la obligación contractual, y que luego LA DEMANDADA a sabiendas que tal prestación no era una obligación contractual, la recibe.



Handwritten signature and the number 27.

Nótese que debe diferenciarse la aceptación de la mera ejecución-recepción y el acto de recepción, sobre todo en las ejecuciones de obra. En efecto, el contratista puede ejecutar una prestación adicional sin que se dé oficialmente el acto final de recepción de la obra, incluso, en la práctica, sin que haya ocurrido un visto bueno por parte del Supervisor de Obra. Estas precisiones especiales se realizarán cuando se analice la normativa de contrataciones en las siguientes secciones.

Sea como fuere, se aplica un régimen de protección al ejecutor en caso de mala fe del receptor, tal vez demasiado exagerado por tener que responder por el deterioro, pérdida o perjuicios debido a cualquier causa, esto es, causa imputable al deudor (ejecutor), imputable al acreedor (receptor) o ninguna de las partes (caso fortuito o fuerza mayor).

En el mismo sentido se encuentra BELTRÁN PACHECO¹³ pues considera lo antes dicho como una situación abusiva, sobre todo en los casos atribuibles al propio deudor.

En lo que concierne a los artículos 1270° y 1272° también implicarían la presencia de tres sujetos, así como un segundo acto: ejecutor, receptor y un tercero adquirente de mala fe. Dicho supuesto, tampoco corresponde al caso del presente proceso arbitral, por lo que no será analizado.

Ahora, en relación al artículo 1271°, éste sólo hace mención a la restitución de intereses y frutos en caso el receptor haya actuado de buena fe. En otros términos, los intereses y frutos a los cuáles se refiere responden por el tiempo que tal bien dinerario o cantidad de dinero estuvo en poder del receptor de manera indebida, y no pudieron ser aprovechados por el ejecutor. Asimismo, un sector de

¹³ En: AAVV. Código Civil Peruano Comentado: Tomo VI – Obligaciones. Editorial Gaceta Jurídica. p 620)

la doctrina civil¹⁴ considera que de todos modos debe restituirse el bien y no sólo los intereses y frutos de éste.

- vi. ¿Cuán residual es la acción por enriquecimiento sin causa y su vinculación con el principio de buena y mala fe?

En cuanto al carácter residual, diversos autores inciden que en caso las demás acciones previstas en el Código Civil no funcionen, al no cumplirse los requisitos previstos, "*siempre cabría recurrir al enriquecimiento sin causa ex artículo 1954º (...)*"¹⁵, tal como podría ocurrir, entre otros, en el caso del pago al acreedor aparente o el pago indebido recibido de buena fe como excepción al deber restitutorio, sin embargo, ello no puede generar a su vez una situación de ejercicio abusivo del derecho.

Una clara limitación a criterio del presente Tribunal, es que el ejecutor de prestación (y posterior accionante) no puede haber obrado de mala fe, ni en el aspecto sustantivo del enriquecimiento indebido ni en su aspecto procesal, pues ello implicaría un ejercicio abusivo del Derecho. En ese mismo sentido, tampoco resulta aplicable en caso hubiera incurrido en Dolo, Violencia o Intimidación, mediante una interpretación y aplicación sistemática del Código Civil.

Del mismo modo, una manifestación de la mala fe, o al menos de un interés lucrativo a expensas del receptor, es la inclusión de conceptos a ser reconocidos, distintos de bienes o sumas de dinero efectivamente valorizables, tales como utilidades o gastos presuntos, por cuanto permiten un enriquecimiento a favor del contratista sin una real transferencia de esta riqueza de LA DEMANDADA a éste.

¹⁴ BELTRÁN PACHECO, Jorge. En: AA.VV. Código Civil Peruano Comentado: Tomo VI – Obligaciones. Editorial Gaceta Jurídica. p 625)

¹⁵ PALACIOS MARTINEZ, Eric. En: AA.VV. Código Civil Peruano Comentado: Tomo VI – Obligaciones. Editorial Gaceta Jurídica. p 451)

b) **Precisiones de Derecho Administrativo Especial (Contrataciones Estatales).**-

i. Aspectos generales del Enriquecimiento sin causa en contrataciones estatales.-

A pesar de la poca utilidad práctica que ha tenido la acción por enriquecimiento sin causa en el derecho civil peruano, desde hace muchos años ya se había notado una cierta utilidad en el derecho administrativo, cuando "(...) autores especializados toman al enriquecimiento sin causa como una modalidad de imputación de responsabilidad por daños (GARCIA DE ENTERRIA), cuando, por ejemplo dentro de la fenomenología de la contratación administrativa, se trata de no perjudicar a un contratista que ha ejecutado, de buena fe, alguna prestación a favor del Estado apoyada en un contrato nulo".¹⁶

Conviene destacar tres elementos: 1) La vinculación entre enriquecimiento sin causa y responsabilidad por daños, 2) la buena fe como requisito de procedencia y 3) la ausencia una causa válida o vigente (Ej. Contrato válido y eficaz).

ii. Una manifestación de posible Enriquecimiento sin Causa en las contrataciones estatales: Los adicionales de obra "sin causa".-

La obra adicional se encuentra definida en el numeral 40º del Anexo Único – Anexo de definiciones, del Reglamento de la Ley de Contrataciones el Estado (en adelante RLCE) que lo define como: "Aquella [obra] no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista en la obra principal".

¹⁶ PALACIOS MARTINEZ, Eric. En: AA.VV. Código Civil Peruano Comentado: Tomo VI – Obligaciones. Editorial Gaceta Jurídica. p 451). p. 810

El artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, LCE) indica que *“la Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios hasta por el veinticinco por ciento (25%) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, podrá reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje”* y *“para lo cual deberán contar con la asignación presupuestal necesaria”* conforme al artículos 174° y 207° del Reglamento de la LCE, en adelante, RLCE.

En consecuencia, y de manera preliminar, puede afirmarse que la orden y el pago antes indicado no constituye una obligación (“podrá”) sino una facultad de LA DEMANDADA. Y, además de existir un límite cuantitativo, existe un requisito cualitativo: el carácter indispensable de este adicional de obra (prestaciones adicionales de obra) para alcanzar la finalidad del Contrato. Este primer párrafo correspondería a una suerte de “adicional de obra de oficio”.

En cualquier caso, la única causa válida para el reconocimiento de este adicional, en caso no supere el límite y así lo disponga LA DEMANDADA, es que sea esencial, necesario o indispensable para finalizar satisfactoriamente la obra objeto del contrato.

Asimismo, *contrariu* sensu, en caso que las obras adicionales en cuestión no sean indispensables para la citada finalidad, LA DEMANDADA no podrá ordenar ni pagar su ejecución.

En el primer problema generado por esta interpretación, es que puede ser restrictiva de derechos: ¿Qué ocurre cuando un contratista realiza una obra adicional sin la orden ni el pago (como consecuencia de la orden) que a su juicio es indispensable, pero que a juicio de LA DEMANDADA no lo es?

¿Qué ocurre si el contratista toma esa decisión por error? ¿Y si no? ¿Y si toma dicha decisión con dolo, intimidación o violencia? ¿Y si LA

DEMANDADA recibe dicha prestación por error, dolo, culpa o intimidación? ¿Y si concurre dolo en la ejecución (a sabiendas que no le corresponde, con la finalidad de obtener frutos, intereses e indemnización por imposibilidad de restitución) y dolo en la recepción (a sabiendas que no le corresponde, y en la creencia que no se encuentra obligado a la restitución)?

iii. El carácter indispensable de los adicionales de obra.-

¿Quién decide qué es indispensable y qué no? Si bien la dinámica de "diálogo" en los contratos de obra, se ejercita directamente entre el Supervisor y el Residente de Obra, quienes exponen y reportan los sucesos *in situ*, son las partes quienes tienen la decisión final respecto del carácter indispensable o no de una prestación adicional.

No obstante, el artículo no impide que sea LA DEMANDADA quien ordene (que no es lo mismo que una solicitud del contratista) y pague directamente por el adicional que ésta considera indispensable.

Cabe señalar que es común en las contrataciones estatales, que las partes tengan divergencias sobre qué es lo indispensable para alcanzar la finalidad antes aludida; sin embargo, en principio, ello no necesariamente afectará la ruta crítica, con lo cual el tiempo para decidir sobre dicho carácter es breve.

De otro lado, usualmente conforme lo permite la LCE, son los contratistas quienes solicitan los adicionales de obra, usualmente aparejado con solicitudes de ampliación de plazo; o bien, se solicitan adicionales al momento de la Liquidación.

Cabe recordar que el artículo 41º de la LCE aclara el procedimiento que debe seguirse en el caso que sea indispensable la realización de obras adicionales por situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato o por errores en el expediente técnico, en los

casos que éstas obras adicionales superen el 15% del monto contractual.

En este sentido el adicional debe tener el carácter de indispensable y ser menor al 15% del monto contractual y que puede darse por causa de error en el expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato.

Estas disposiciones, por sí mismas, si bien hace referencia a que si LA DEMANDADA considera que una obra adicional es indispensable, ésta debe ejecutarse por el contratista aunque éste no lo considere así, en calidad de orden; no aclaran cuál es el procedimiento cuando el contratista considera que un adicional es pertinente, pero LA DEMANDADA no lo considera de este modo.

En realidad, ambas se tratan de controversias amparables por el artículo 41° de la LCE, la cual sólo excluye a los adicionales cuando éstos superen el 15% del total de la obra.

iv. El requisito de disponibilidad presupuestal para la procedencia de una adicional de obra.-

A diferencia de las contrataciones entre privados, en las contrataciones estatales, una de las partes es una Entidad pública cuyos recursos se encuentran condicionados a la disponibilidad presupuestaria.

Este requisito no sólo es esencial durante en todo el régimen de las contrataciones estatales, sino que cobra mayor importancia cuando, a través de adicionales de obra, deban realizarse desembolsos por encima de lo inicialmente presupuestado y previsto en el expediente técnico.

El artículo 207° del RLCE sólo hace mención que puede autorizarse u ordenarse la ejecución de adicionales con una autorización del

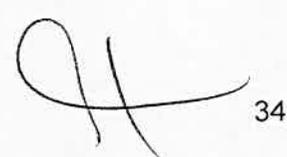
supervisor en casos excepcionales; no obstante, el pago sí requiere una resolución (acto administrativo), en caso contrario, éste no podrá efectuarse.

v. El enriquecimiento indebido y las prestaciones adicionales.-

Ya se ha expresado que si un adicional no cuenta con la resolución de pago por parte de LA DEMANDADA, tal pago no podrá efectuarse, sin embargo, si las prestaciones adicionales se ejecutaron con motivo de la ejecución del contrato corresponderá analizar si resulta aplicable o no el instituto del enriquecimiento indebido en perjuicio del ejecutor y si corresponde que el Tribunal ordene el pago.

3) El presunto enriquecimiento indebido aducido por EL DEMANDANTE.-

- i. En primer lugar, conviene precisar que LA DEMANDADA reconoce que la ejecución del adicional denominado "Muro de ladrillo, cruce de tubería y grass sintético" ha sido efectivamente ejecutado.
- ii. En segundo lugar, LA DEMANDADA reitera que dicho adicional no ha sido formalmente aprobado a través de procedimiento previsto en el artículo 41º del LCE, vale decir, a través de una resolución o acto administrativo emitido por LA DEMANDADA.
- iii. No obstante, la documentación obrante en autos permite deducir que en EL DEMADANTE ha existido una intención de realizar dicho adicional, en concordancia con algunas manifestaciones tanto por parte del supervisor como del presidente de LA DEMANDADA de modo verbal. Si bien es cierto que ello no sustituye el procedimiento regular, sí permite eliminar el escenario en el cual el contratista haya realizado estas obras adicionales de *motu proprio* o con un nivel precario de coordinación o de manera totalmente unilateral. Además, al interior de LA DEMANDADA se estuvo tramitando la aprobación del referido adicional e incluso expresaron la intención del pago, sólo que consideraron tener un impedimento consistente en aprobar el adicional N° 2 vía regularización.



- iv. De otro lado, debe recordarse que la Recepción en conformidad de la obra no implica la aprobación automática de la Liquidación de EL DEMANDANTE, por cuanto ésta posee un procedimiento de formulación y de observaciones previsto en el artículo 269° de la LCE; por lo cual, no es posible afirmar que la sola recepción en conformidad, implica la aprobación del pago de las actividades adicionales que pudieran haberse realizado; sino, el cumplimiento de lo mínimamente previsto en el Contrato.
- v. Asimismo, LA DEMANDADA no sustenta los motivos por los cuales este presunto enriquecimiento, aducido por EL DEMANDANTE, no debe ser desembolsado a favor de éste; independientemente de la norma de contrataciones; habida cuenta que se trata de una institución que un claro antecedente en el derecho común, aplicado en este caso, a las contrataciones estatales y a la responsabilidad por daños de la Administración.
- vi. Estando a lo expuesto, LA DEMANDADA, no ha podido desvirtuar los fundamentos jurídicos que sustentan el enriquecimiento indebido invocado por EL DEMANDANTE y aplicado en este caso.
- vii. También cabe precisar que en el presente caso, resulta razonable afirmar que ha existido buena fe de parte de EL DEMANDANTE, y no arbitrariedad; máxime si ha existido posiciones a favor del adicional de obra por órganos o funcionarios de LA DEMANDADA.

D. Conclusión del Tribunal Arbitral.-

En conclusión, el presente Tribunal determina que corresponde declarar que procede reconocer a favor de EL DEMANDANTE la existencia de enriquecimiento indebido por la suma de S/.102,354.20 (CIENTO DOS MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO CON 20/100 NUEVOS SOLES) incluido el IGV vinculada a la ejecución del Trabajo Adicional N° 02, en el

Estadio Miguel Grau – C.D. Yahuar Huaca, aplicando el IGV vigente a la fecha que es del 18%, conforme al siguiente detalle¹⁷:

Costo Directo	S/.80,346.13
Gastos Generales	S/.6,427.69
Sub total	S/.86,773.82
F.R. (0.99962)	S/.86,740.85
IGV (18%)	S/.15,613.35
Total	S/.102,354.20

Se precisa que no resulta reconocible el concepto de utilidad estimada dentro del cálculo del adicional en cuestión por la vía del enriquecimiento indebido, dado que sostener lo contrario implicaría un enriquecimiento a favor del contratista, por la parte de la utilidad que no corresponde al instituto del enriquecimiento indebido.

3.5.2. ANALISIS DEL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO.-

A. Introducción.-

El presente punto controvertido consiste en:

“Determinar si procede o no, ordenar a la Entidad que cumpla con pagar la suma de S/. 133,423.85 Nuevos Soles, por concepto de resarcimiento de daños y perjuicios incluido intereses legales, por la demora de la entidad al no aprobar y pagar los importes pretendidos en la pretensión 1, demora en los pagos de valorizaciones, y otros”.

B. Posición del Tribunal Arbitral.-

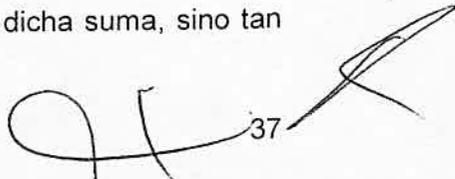
1) En lo relativo a la garantía de fiel cumplimiento:

¹⁷ Los montos se sustentan en el Informe N° 037-WGHS-UO/IPD-2010 de 16 de setiembre de 2010, expedido por la Unidad de Obras del IPD.

- a. Este Tribunal considera que dado que el contrato se encuentra vigente, era deber del contratista mantener la vigencia legal de las cartas fianzas.
- b. Empero, dado que se ha excedido el plazo del contrato y que las garantías se han mantenido, corresponde a LA DEMANDADA la devolución de éstas, más la compensación por los mayores costos de las renovaciones que fueran posteriores a la fecha de término del contrato pactada por las partes, considerando las ampliaciones de plazo aprobadas por Resolución de LA DEMANDADA.
- c. Dicho de otro modo, sólo se contará como plazo para el reconocimiento del costo de renovación de Cartas Fianzas, desde el 22 de junio de 2010, hasta la fecha efectiva de liberación de las mismas o de su devolución o la fecha de liquidación del contrato, en caso fuere aplicable.
- d. Dado que los gastos de renovación de la carta fianza ascienden a 56.33 diarios y el plazo en exceso aducido por EL DEMANDANTE es de 101 días, corresponde un total de S/. 5,689.33 (CINCO MIL SEISCIENTES OCHENTA Y NUEVA CON 33/100 NUEVOS SOLES).

2) De las utilidades dejadas de percibir.-

- 
- a. Al respecto, EL DEMANDANTE solicita el reconocimiento de las utilidades dejadas de percibir, limitándose a acreditar dicho derecho indemnizatorio con el simple cálculo de contrataciones similares a la presente, sin ningún otro sustento adicional, de que éstas efectivamente se habrían realizado, o que ya se contaban con adjudicaciones de Buena Pro que se hayan visto estorbadas por la presente controversia materia de este proceso arbitral.
 - b. En efecto, sólo pueden indemnizarse daños, aquellos gastos que desembolsó efectivamente, sin considerar ni utilidades, ni impuestos ni otros importes análogos, no habiendo sustentado dicha suma, sino tan

 37

sólo realizando un cálculo aritmético basado en las propuesta económica inicial de este contrato.

- c. En tal sentido, no corresponde reconocer a favor de EL DEMANDANTE ni las utilidades dejadas de percibir ni los gastos generales por gastos de oficina, salvo aquellos que se demuestren como efectivamente desembolsados.
- d. No obstante, estos últimos no tienen la naturaleza de utilidades dejadas de percibir. Y cabe señalar que estos importes no pueden ser los mismos a los que EL DEMANDANTE invoca a través de la acción por enriquecimiento indebido.

3) Del préstamo solicitado por EL DEMANDANTE.-

- a. En este extremo, el contratista no explica claramente la relación causal entre el daño (más no el préstamo en sí mismo) y la conducta antijurídica de LA DEMANDADA, expresada por el enriquecimiento indebido de ésta o, en su defecto, en la no aprobación del adicional de obra.
- b. Sin perjuicio de lo anterior, en caso que dicho importe haya servido para el financiamiento de la obra adicional, sólo corresponde el reconocimiento de los intereses de la parte del préstamo utilizada para la adquisición de los bienes y demás desembolsos en materiales directos para la realización del citado adicional; en concordancia con lo ya estipulado en la parte considerativa del presente laudo.
- c. Así mismo, conviene aclarar que no es posible una "doble indemnización" a favor de EL DEMANDANTE, en el extremo que se reconozca el valor adquisición de los bienes (materiales) y sumas entregadas a LA DEMANDADA contratante y el importe para el financiamiento de dicho desembolsos, por cuanto ambos importes representan el mismo bien o suma a ser devuelta (o su equivalente en suma de dinero) desde un enfoque financiero de fuentes de fondos y

uso de fondos, a excepción de los intereses generados por el citado préstamo.

- d. En consecuencia, serán reconocibles solamente S/. 29,407.55 (VEINTINUEVE MIL CUATROCIENTOS SIETE CON 55/100 NUEVOS SOLES), conforme al siguiente detalle:

	TOTAL	RECONOCIBLE
	S/.	
Capital (soles a 2.69)	139,611.00	80,346.13
Capital (dólares)	51,900	29,868
Tasa de interés pactada	25%	25%
Factor Interés total Diario (simple/365 días)	0.000684932	0.000684932
Fecha de préstamo del capital	23/07/2010	23/07/2010
Fecha de la demanda	02/02/2012	02/02/2012
Días transcurridos	560	560
	\$	
Interés total previsto (dólares)	19,907	11,456
A cambio de dólar	2.69	2.567
	S/.	
Interés total (soles)	53,549.42	S/. 29,407.55

4) De la demora en el pago de las valorizaciones.-

- a. En cuanto a la demora en el pago de las valorizaciones, debe precisarse que los intereses legales, según lo prevé el artículo 1244º del Código Civil, son los que estipule el Banco Central de Reserva (BCRP) denominándola "Tasa de Interés Legal"¹⁸, en cuyo caso corresponden, de acuerdo con los Informes de Reporte Semanal (Nota Semanal) así como la "Guía Metodológica de la Nota Semanal" (documentos emitidos por el BCRP), a la Tasa de Interés Pasiva en Moneda Nacional (TIPMN) y no a la TAMN según aduce EL DEMANDANTE.
- b. Debe recordarse que la Tasa Activa corresponde a operaciones activas realizadas por el prestador de dichos fondos, vale decir, operaciones de inversión, de crédito o de préstamo a terceros, la cual no refleja la

¹⁸ Circular N° 006-2003-BCRP

situación pasiva antes descrita. Dicho de otro modo, el costo (mínimo) del dinero en el tiempo, a criterio del Banco Central de Reserva se sustenta en la TIPMN, la cual responde a operaciones pasivas, esto es la simple compensación por pérdida de valor del dinero en el tiempo.

- c. En consecuencia, sólo proceden los intereses por la demora en las valorizaciones en cuestión calculados mediante el factor diario proveniente de la TIPMN, de acuerdo con la siguiente liquidación, por un total de S/. 2,454.88 (DOS MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO CON 88/100 NUEVOS SOLES):

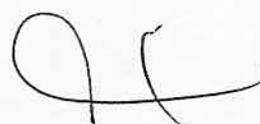
	S/.
Monto de Valorización no pagada a tiempo	362,247.30
Tasa de Interés legal (TIPMN al 31/12/2010)	1.81%
Factor Diario Promedio (compuesto/360 días/sbs)	0.000050
Nº días de demora	136
Factor total (factor diario x días)	0.006776801
	S/.
Valorización por factor	2,454.88
	S/.
Interés a pagar	2,454.88

5) Liquidación total por indemnización por daños y perjuicios.-

Por renovación de cartas fianzas	S/. 5,689.33
Por utilidades dejadas de percibir	S/. 0
Por intereses de mutuo	S/. 29,407.55
Por demora en las valorizaciones	S/. 2,454.88
Total indemnización	S/. 37,551.76

C. Conclusión del Tribunal Arbitral.-

En conclusión, el presente Tribunal determina que corresponde declarar que procede ordenar a LA DEMANDADA que cumpla con reembolsar la suma de S/. 37,551.76 (TREINTA Y SIETE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y UNO CON 76/100 NUEVOS SOLES) relativo a los gastos efectivamente desembolsados por EL DEMANDANTE, los intereses de la parte del préstamo destinada a la adquisición de bienes y materiales directos relacionados con el adicional Nº 02, así como los intereses por la demora en las valorizaciones a

 40 

una factor diario calculado a partir de la Tasa de Interés Pasiva en Moneda Nacional (TIPMN), y que no proceden las utilidades dejadas de percibir, ni se debe considerar aquellos montos que ya se hayan satisfecho en la acción por enriquecimiento indebido.

3.5.3. ANALISIS DEL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO.-

A. Introducción.-

El presente punto controvertido consiste en:

"Determinar si procede o no, ordenar a la entidad que cumpla con reembolsar el importe de S/. 23,251.87 Nuevos Soles cifra que incluye IGV, descontado de las valorizaciones."

B. Posición del Tribunal Arbitral.-

1) Del monto descontado de las valorizaciones.-

- a. EL DEMANDANTE introduce dentro de una pretensión de indemnización por daños y perjuicios, lo relativo a los mayores metrados por parte de LA DEMANDADA, de manera independiente a la primera pretensión de enriquecimiento indebido.
- b. Sin perjuicio de lo anterior, la suma alegada proviene de una retención como producto de deductivo de obra aplicado por LA DEMANDADA.
- c. Por lo tanto, no se ha probado la existencia de una conducta antijurídica por parte de LA DEMANDADA, sólo la existencia de una controversia en virtud de la retención del deductivo aplicado, la cual no se ha pretendido discutir como contraprestación no pagada de la relación contractual, sino por la vía de la indemnización.
- d. Cabe señalar que no es resulta razonable sostener que esta pretensión se encuentra tácitamente incluida en aquella de enriquecimiento

 41 

indebido, por cuanto su contenido no ha sido incluido en la pretensión principal y en tanto las demás pretensiones representan solicitudes indemnizatorias o restitutorias independientes y/o diferenciables.

- e. No puede interpretarse extensivamente que, a pesar de no haberlo solicitado EL DEMANDANTE, esta pretensión puede resolverse mediante el razonamiento de una acción por enriquecimiento indebido, en particular, dada la interpretación restrictiva que dicha acción debe tener.
- f. Así mismo debe considerarse que no se ha agotado la subsidiariedad de esta acción, por cuanto, EL DEMANDANTE no pretende resolver la presente controversia (deductivo de valorizaciones) a través de una pretensión principal como contraprestación durante la ejecución de un contrato de obra, sino por la vía de reembolso sin aportar mayores elementos.

C. Conclusión del Tribunal Arbitral.-

En conclusión, el presente Tribunal determina que corresponde declarar que no procede ordenar a LA DEMANDADA que cumpla con reembolsar el importe de S/. 23,251.87 Nuevos Soles cifra que incluye IGV, descontado de las valorizaciones.

3.6. PAGO DE COSTAS Y COSTOS DEL ARBITRAJE.-

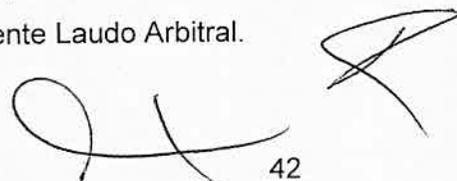
Este Tribunal Arbitral determina que los pagos de los costos y costas del presente proceso arbitral, serán asumidos por ambas partes en cuotas iguales.

IV.

PARTE RESOLUTIVA.-

Que, en virtud de los considerandos precedentes, el Tribunal Arbitral resuelve:

PRIMERO.- Declarar INFUNDADA la tacha interpuesta por LA DEMANDADA, de acuerdo con los considerandos expuestos en el presente Laudo Arbitral.



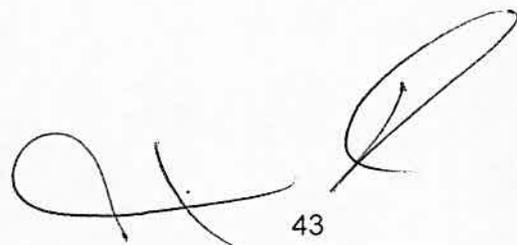
SEGUNDO.- Declarar INFUNDADAS las excepciones y oposición al arbitraje deducida por LA DEMANDADA, de acuerdo con los considerandos expuestos en el presente Laudo Arbitral.

TERCERO.- Declarar FUNDADA EN PARTE la primera pretensión principal del demandante; en consecuencia, SI corresponde reconocer a favor de EL DEMANDANTE la existencia de enriquecimiento indebido por la suma de S/.102,354.20 (CIENTO DOS MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO CON 20/100 NUEVOS SOLES) incluido el IGV, vinculada a la ejecución del Trabajo Adicional N° 02, en el Estadio Miguel Grau – C.D. Yahuar Huaca, aplicando el IGV vigente a la fecha que es del 18%, correspondiendo que LA DEMANDADA proceda al pago del referido monto a favor de EL DEMANDANTE.

CUARTO.- Declarar FUNDADA EN PARTE la segunda pretensión principal del demandante; en consecuencia, SI corresponde ordenar a LA DEMANDADA que cumpla con reembolsar la suma de S/. 37,551.76 (TREINTA Y SIETE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y UNO CON 76/100 NUEVOS SOLES) relativo a los gastos efectivamente desembolsados por EL DEMANDANTE, los intereses de la parte del préstamo destinada a la adquisición de bienes y materiales directos relacionados con el adicional de obra, así como los intereses por la demora en las valorizaciones a una factor diario calculado a partir de la Tasa de Interés Pasiva en Moneda Nacional (TIPMN), y NO corresponde reconocer las utilidades dejadas de percibir, ni se debe considerar aquellos conceptos que ya se hayan satisfecho en la acción por enriquecimiento indebido.

QUINTO.- Declarar IMPROCEDENTE la Tercera pretensión principal DEL DEMANDANTE; en consecuencia, NO corresponde que el Tribunal Arbitral ORDENE a LA ENTIDAD que cumpla con reembolsar el importe de S/.23,251.87 cifra que incluye IGV, descontado de las Valorizaciones.

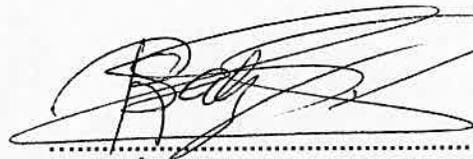
SEXTO.- Declarar que las costas y costos del proceso serán asumidos por las partes en cuotas iguales.



43



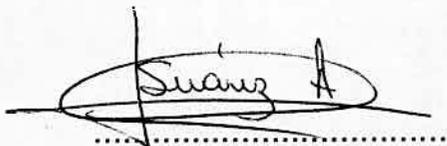
.....
RICHARD MARTIN TIRADO
Presidente del Tribunal Arbitral



.....
RAÚL SALAZAR RIVERA
Miembro del Tribunal Arbitral



.....
FRANCISCO VALDEZ HUARCAYA
Miembro del Tribunal Arbitral



.....
Lorena Suárez Alvarado
Secretaria Arbitral