

CONTROVERSIA ENTRE CESEL S.A. Y EL INSTITUTO PERUANO DEL DEPORTE – IPD: CONTRATO N° 005-2010-OBRA-IPD PARA “EL SERVICIO DE SUPERVISIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS CIVILES DE LA ZONA “B” QUE COMPRENDE LOS SECTORES ORIENTE Y SUR, DEL PROYECTO DE REHABILITACIÓN, REMODELACIÓN Y EQUIPAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA DEL ESTADIO NACIONAL DE LIMA” PROCESO EXONERADO N° 02-2010-IPD.

ARBITRO ÚNICO

Expediente: I 282-2012

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Lima, 03 de diciembre de 2013

**Dictado por el Dr. ROLANDO EYZAGUIRRE MACCAN
Árbitro Único.**

JORGE HIDALGO SOLÓRZANO, Secretario del proceso Arbitral.

I. PARTES.

DEMANDANTE: CESEL S.A. en adelante: CESEL o EL DEMANDANTE o EL CONTRATISTA.

DEMANDADO: INSTITUTO PERUANO DEL DEPORTE – IPD en adelante: IPD o EL DEMANDADO o LA ENTIDAD.

II. ANTECEDENTES DEL PROCESO ARBITRAL.

II.1. SEDE DEL PROCESO ARBITRAL

Quedo establecido como lugar del arbitraje la ciudad de Lima y como sede del proceso Arbitral, las oficinas ubicadas en Calle Miguel Dasso 144, oficina 3-B, San Isidro, provincia y departamento de Lima.

II.2. NORMATIVA APLICABLE

Son aplicables al proceso las reglas establecidas en el acta de instalación, la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, (en adelante la Ley), aprobada mediante el Decreto Legislativo 1017 y su Reglamento (en adelante el Reglamento), aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, el Código Civil y el Decreto Legislativo 1071.

III. VISTOS DEL PROCESO ARBITRAL

III.1. INSTALACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL

1. Con fecha 20 de agosto de 2012, se instaló el proceso arbitral con el Árbitro Único, para resolver la controversia entre CESEL S.A. y el Instituto Peruano del Deporte – IPD, en relación al Contrato N° 005-2010-OBRA-IPD para “el Servicio de Supervisión de la ejecución de las obras civiles de la Zona “B” que comprende los sectores Oriente y Sur del proyecto de Rehabilitación, Remodelación y Equipamiento de la Infraestructura del Estadio Nacional de Lima” PROCESO EXONERADO N° 02-2010-IPD.



En esta Audiencia, el Árbitro Único declaró haber sido designado conforme a ley y reiteró no tener ninguna incompatibilidad para el cumplimiento del cargo, ni vínculo alguno con las partes.

En el mismo acto, se establecieron las reglas aplicables al presente arbitraje, el monto del primer anticipo de honorarios del Árbitro Único y la Secretaría Arbitral y de los gastos administrativos y, finalmente, se declaró abierto el proceso arbitral.

2. Instalado el proceso arbitral, se otorgó a CESEL el plazo de 15 días hábiles para que presentara su demanda.

III.2. ANTECEDENTES

1. Con fecha 11 de setiembre de 2012, CESEL dentro del plazo establecido presentó su demanda, siendo admitida mediante Resolución N° 1 y se corrió traslado de la misma al IPD por el plazo de 15 días útiles.

2. Mediante escrito presentado el 12 de octubre de 2012, dentro del plazo establecido, el IPD dedujo excepción de caducidad respecto de las pretensiones b), c) y d) de la demanda y contestó la demanda.

3. Mediante Resolución N° 2, se corrió traslado de la excepción formulada por el plazo de 15 días útiles y se tuvo por contestada la demanda.

4. Con fecha 7 de noviembre de 2012, CESEL absolvió el traslado de la excepción; por lo que, mediante Resolución N° 3 se citó a las partes a la audiencia de saneamiento, conciliación, fijación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios, para el 18 de diciembre de 2012.

5. En la fecha señalada se llevó a cabo la audiencia mencionada, con la asistencia de los representantes de las partes, no llegándose a ningún acuerdo conciliatorio, declarándose saneado el proceso y se establecieron los siguientes puntos controvertidos:



EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

- En relación a los literales b), c) y d) de la pretensión principal de la demanda, determinar si las mismas han caducado.

PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

- Determinar si corresponde o no que se deje sin efecto la Resolución N° 847-2011-P/IPD de fecha 03.11.2011, que aprueba el presupuesto deductivo no vinculante N° 1 del Servicio de Supervisión de la ejecución de las obras civiles de la Zona "B" que comprende los sectores Oriente y Sur del proyecto de Rehabilitación, Remodelación y Equipamiento de la Infraestructura del Estadio Nacional de Lima, de fecha 23.02.2010, por la suma de S/. 321,479.02 nuevos soles.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

- En caso que el árbitro declare que los literales b), c) y d) no han caducado:
- Determinar si corresponde o no que se apruebe la liquidación final de los servicios de Supervisión de la ejecución de las obras civiles de la Zona "B" que comprende los sectores Oriente y Sur del proyecto de Rehabilitación, Remodelación y Equipamiento de la Infraestructura del Estadio Nacional de Lima, de fecha 23.02.2010, por la suma de S/. 321,479.02 nuevos soles.
- Determinar si corresponde o no que el IPD pague a favor de CESEL S.A. el importe ascendente a la suma de S/. 321,479.02 nuevos soles.
- Determinar si corresponde o no se otorgue a CESEL S.A. una indemnización ascendente a la suma de S/. 321,479.02 nuevos soles, por los perjuicios que se le habría ocasionado por la falta de pago de su liquidación final.

PRETENSION ACCESORIA

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:

- Determinar si como consecuencia de declararse fundada las pretensiones principales de CESEL S.A., si corresponde disponer el pago de los intereses actualizados a la fecha que sean efectivamente cancelado, el IGV y las costas del proceso.



6. En la audiencia mencionada, se admitió los medios probatorios presentados por las partes.

7. Mediante Resolución N° 4, se declaró concluida la etapa probatoria y se concedió a las partes el plazo de 5 días útiles para presentar sus alegatos.

8. Dentro del plazo establecido, las partes cumplieron con presentar sus alegatos por escrito, por lo que mediante Resolución N° 5, se citó a las partes a la audiencia de informes orales para el 23 de mayo de 2013.

9. En la fecha señalada se llevó a cabo la audiencia, con la presencia de los representantes de las partes, en la que el Árbitro en atención a lo señalado por las partes en relación a un supuesto de doble pago, concedió a éstas de forma excepcional el plazo de 3 días útiles para presentar la documentación adicional que consideraran pertinente.

10. Dentro del plazo concedido, CESEL presentó la documentación ofrecida, con la finalidad de acreditar que no hubo doble pago en el contrato materia de autos. Mediante Resolución N° 6, se corrió traslado de los documentos presentados al IPD por el plazo de 5 días útiles. Por escrito presentado el 14 de junio de 2013, el IPD solicitó que se le concediera un plazo adicional para la revisión de la documentación presentada, concediéndose el plazo adicional de 10 días útiles con Resolución N° 7.

11. Por escrito de fecha 2 de julio de 2013, el IPD absolvió el traslado conferido y presentó documentos adicionales, por lo que mediante Resolución N° 8 se corrió traslado de los documentos presentados a CESEL, por el plazo de 10 días útiles.

12. Con fecha 19 de julio de 2013, CESEL absolvió el traslado del escrito y de la documentación presentada por el IPD.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'G' followed by a large, sweeping '2'.

13. Por Resolución N° 9, notificada a CESEL el 14 de agosto de 2013 y al IPD el 15 de agosto de 2013, se informó a las partes que el laudo sería emitido en el plazo de 45 días útiles de notificada la mencionada resolución.

14. Mediante Resolución N° 10, notificada a las partes el 11 de octubre de 2013, se amplió el plazo para emitir el laudo, por 30 días útiles adicionales.

III.3. DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR CESEL

1. CESEL con fecha 11 de setiembre de 2012, presentó su demanda, solicitando como pretensiones principales las siguientes:

- Se deje sin efecto la Resolución N° 847-2011-P/IPD de fecha 03.11.2011, que aprueba el presupuesto deductivo no vinculante N° 1 del Servicio de Supervisión de la ejecución de las obras civiles de la Zona "B" que comprende los sectores Oriente y Sur del proyecto de Rehabilitación, Remodelación y Equipamiento de la Infraestructura del Estadio Nacional de Lima, de fecha 23.02.2010, por la suma de S/. 321,479.02 nuevos soles.
- Se apruebe la liquidación final de los servicios de Supervisión de la ejecución de las obras civiles de la Zona "B" que comprende los sectores Oriente y Sur del proyecto de Rehabilitación, Remodelación y Equipamiento de la Infraestructura del Estadio Nacional de Lima, de fecha 23.02.2010, por la suma de S/. 321,479.02 nuevos soles.
- Disponer que el IPD pague a favor de CESEL S.A. el importe ascendente a la suma de S/. 321,479.02 nuevos soles.
- Se le otorgue una indemnización ascendente a la suma de S/. 321,479.02 nuevos soles, por los perjuicios que se le habría ocasionado por la falta de pago de su liquidación final.



2. CESEL señala que con fecha 23.02.2010, celebró con el IPD el contrato Servicio de Supervisión de la ejecución de las obras civiles de la Zona "B" que comprende los sectores Oriente y Sur del proyecto de Rehabilitación, Remodelación y Equipamiento de la Infraestructura del Estadio Nacional de Lima, por la suma de S/. 321,479.02 nuevos soles, en adelante el contrato.

3. Mediante carta N° ED.2002.101200.87.10, del 18.05.2010, CESEL solicitó la ampliación de plazo N° 1, por 19 días calendario y la prestación adicional N° 01, ascendente a la suma de S/. 57,850.17 nuevos soles.

4. Mediante carta 285-2010-GP-PHP/IPD, el IPD les hace llegar la Resolución 247-2010-P/IPD, que aprueba lo solicitado por CESEL y cuyo porcentaje de incidencia en el contrato es de 5.76%.

5. Mediante carta N° ED.2002.101200.140.10, del 14.06.2010, CESEL solicitó la ampliación de plazo N° 2, por 21 días calendario y la prestación adicional N° 02, ascendente a la suma de S/. 63,939.66 nuevos soles.

6. Mediante carta 351-2010-GP-PHP/IPD, el IPD les hace llegar la Resolución 281-2010-P/IPD, que aprueba lo solicitado por CESEL y cuyo porcentaje de incidencia en el contrato es de 12.12%.

En Relación a las Pretensiones Principales

1. En relación al presupuesto deductivo no vinculante N° 1, CESEL señala que mediante Resolución N° 847-2011-P/IPD se aprobó el presupuesto deductivo N° 01, ascendente a la suma de S/. 221,285.98 nuevos soles por la menor prestación del contrato.

2. Mediante Carta N° 907-2011-PHP/IPD, del 11.11.2011, el IPD les remitió el informe 185-2011-GP/LLM del coordinador de la obra de la zona B, que señaló "... que resulta procedente deducir el menor trabajo que corresponde a la deducción de los trabajos de supervisión por los deductivos no vinculantes



Nº 01, 02, más aun considerando que estos deductivos han culminado en nuevos contratos de ejecución de obra y de supervisión”.

3. En relación a lo establecido en la carta mencionada, CESEL señala que el CONTRATO conforme a las bases es de suma alzada, de acuerdo a la definición establecida en el artículo 40º del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

4. Conforme a ello CESEL señala que el monto contractual no se debe modificar, debido a que la prestación se encuentra definida antes de su inicio.

5. CESEL hace referencia a las opiniones de la Dirección Técnica Normativa de la OSCE Nº 064-2009/DTN y la Nº 021-2011/DTN, señalando que el IPD no debió aprobar el presupuesto deductivo No vinculante Nº 01, (en adelante el presupuesto deductivo) ya que se trataba de un contrato regido por el sistema a suma alzada, cuyos montos y magnitudes estuvieron totalmente definidas durante el transcurso del contrato, por lo que el precio pactado debió mantenerse invariable.

6. En caso que no sea aceptado los argumentos mencionados, CESEL señala que el IPD aplicó indebidamente el presupuesto deductivo vinculante Nº 01 del contrato, conforme a lo siguiente:

a) Presupuesto Deductivo: “instalaciones eléctricas zona b”. Señala que no corresponde aplicar el deductivo, pues si bien se dedujeron actividades que debieron realizar determinados profesionales, éstos también tenían a su cargo la realización de otras actividades en simultáneo que exigían su permanencia durante la prestación del servicio. Se ha demostrado a través de informes mensuales la real permanencia de dichos profesionales y que superan la cantidad de hombres mes de dicha participación.

b) Presupuesto Deductivo: Centro Comercial. Los informes mensuales demuestran que los servicios exigía la permanencia de sus especialistas debido



a que realizaban varias actividades en simultáneo. No solamente debían supervisar las partidas involucradas en parte de la obra denominada centro comercial, sino también debían supervisar todas las partidas de la misma naturaleza.

c) Presupuesto Deductivo: "Partidas de la Especialidad de Arquitectura del contrato principal que no ejecutara CONSORCIO NACIONAL". CESEL señala que la partida de arquitectura deducida asciende a la suma de S/. 605,014.83, respecto del importe total de esta partida que equivale a S/. 11 "111,576.48. En la partida descrita se aprecia que los deductivos de obra de arquitectura son reducidos respecto a los montos totales de obra de la especialidad de Arquitectura, lo que determina que la participación del personal especialista en estos casos no corresponde ninguna deducción por cuanto la magnitud del saldo por valorizar obligaba la permanencia absoluta del especialista.

Los Informes Mensuales demuestran que si bien se dedujeron actividades que debían realizar determinados profesionales, éstos también tenían a su cargo la realización de otras actividades en simultáneo que correspondían a la misma especialidad y que en consecuencia, exigían su permanencia durante la prestación del servicio. Asimismo, señala CESEL que la participación del especialista en Arquitectura superó el periodo de participación previsto en su estructura de costos, por lo que no corresponde se apliquen estas deducciones.

d) Presupuesto Deductivo: "Partidas del contrato principal que no ejecutara CONSORCIO NACIONAL" en su calidad de contratista ejecutor de la obra. CESEL señala que la partida de arquitectura deducida asciende a la suma de S/. 728,368.98, respecto del importe total de esta partida que equivale a S/. 11'111,576.48; la partida de instalaciones sanitarias deducida asciende a la suma de S/. 202,221.70, respecto del importe total de esta partida que equivale a S/. 1 '148,083.40 y la partida de instalaciones eléctricas deducida asciende a la suma de S/. 3,986.40, respecto del importe total de esta partida que equivale a S/. 3'392,463.24.



7. En las partidas descritas se aprecia que los deductivos de obra son reducidos respecto a los montos totales de obra, en cada caso, lo que determina que la participación del personal especialista en estos casos no corresponde ninguna deducción por cuanto la magnitud del saldo por valorizar obligaba la permanencia absoluta de los especialistas.

8. Los Informes Mensuales demuestran que si bien se dedujeron actividades que debían realizar determinados profesionales, éstos también tenían a su cargo la realización de otras actividades en simultáneo, que exigían su permanencia durante la prestación del servicio, como se puede apreciar en el cronograma de obra y que la participación de los especialistas en Arquitectura e Instalaciones Sanitarias superó el periodo de participación previsto en nuestra estructura de costos.

9. En cuanto a las partidas que se dedujeron y que dieron origen a nuevos contratos de Supervisión, es preciso señalar que CESEL, empresa con la que suscribieron, debió asignar a dichos contratos a otros profesionales, distintos de los que trabajaban en EL CONTRATO, lo que pone de manifiesto en este extremo que tampoco era posible que ellos mismos realicen otras actividades como parte de los nuevos contratos. No se debió aplicar deductivos a los servicios de Supervisión, puesto que las partidas eliminadas no implicaban una reducción de los costos del servicio.

Respecto de la aprobación de la Liquidación Final de EL CONTRATO con un saldo a favor de CESEL ascendente a la suma de S/. 321,479.02.

1. CESEL solicita se disponga la aprobación de la Liquidación Final de EL CONTRATO con un saldo a su favor CESEL ascendente a la suma de S/.321,479.02.

Respecto del pago del IPD a favor de CESEL de la suma de S/. 321,479.02.



1. CESEL solicita que como consecuencia de la pretensión desarrollada precedentemente, solicitan el pago del saldo a favor que arroja la Liquidación Final de EL CONTRATO que asciende al importe total de S/.321,479.02 proveniente de los servicios prestados por CESEL y que a su vez fueron aprobados, en su oportunidad tanto por el IPD como por la Contraloría General de la República.

2. Añade CESEL que resulta relevante señalar que el artículo 1954° del Código Civil, no permite que una parte se enriquezca indebidamente a expensas de otro, ya que se estaría vulnerando un principio del derecho que tiene por finalidad velar por la correcta aplicación de las normas jurídicas. Los servicios fueron prestados debido a las autorizaciones de las autoridades pertinentes, por lo que realizado el servicio no resulta correcto desconocer dichas autorizaciones, ya que se estaría incurriendo en un supuesto enriquecimiento indebido y abuso del derecho.

3. El saldo a favor que arroja la Liquidación Final de EL CONTRATO genera un desequilibrio económico, debido a que su parte ha tenido que invertir más de lo que ha recibido como contraprestación, es decir más de lo que se había proyectado desde un inicio para cumplir con la prestación del servicio.

4. La Contraloría General de la República, ha sustentado la Resolución de Contraloría N° 308-2011-CG que estima parte el recurso de apelación contra la resolución N° 0040-2011-CG/GCE del monto solicitado para la Prestación Adicional N° 03 de CESEL en el artículo 191° del Reglamento, por lo que al haber quedado demostrado que los servicios prestados por su parte fueron aprobados por las entidades competentes y recibidos completos y a plena satisfacción del IPD, solicitan se disponga el pago del saldo a favor que arroja la Liquidación Final de EL CONTRATO que asciende a la suma de S/. 321,479.02 nuevos soles.

Respecto de la Indemnización correspondiente a la falta de pago.



1. CESEL señala que la pretensión referida a la indemnización por el perjuicio que se les habría ocasionado por no haberles pagado el IPD, el saldo favorable que arroja la Liquidación Final de EL CONTRATO, constituye la figura jurídica denominada daño emergente que nuestra legislación civil recoge, de manera contractual en el artículo 1321° del Código Civil.

2. El daño emergente está conceptuado como la pérdida pecuniaria que ocasiona al acreedor la inejecución de la obligación por parte del deudor, quiere decir, que el daño emergente, en el caso de relaciones contractuales, está constituido por el perjuicio que se les ha ocasionado por no haberles pagado el IPD el saldo a favor que arroja la Liquidación Final de EL CONTRATO ascendente a S/. 321,479.02, monto que debieron destinar para pagar a su personal y que no pudieron utilizarlo para invertirlo en otros servicios propios del giro del negocio que desarrolla la empresa.

Respecto a las Pretensiones Accesorias

1. CESEL solicita el pago de Intereses de acuerdo a ley, desde el undécimo día hábil siguiente de la aprobación de la correcta Liquidación Final de EL CONTRATO ascienden hasta el 11.09.2012 a S/. 1,843.82 (mil ochocientos cuarenta y tres con 82/100 nuevos soles) y que deberán actualizarse hasta la fecha en que sean efectivamente cancelados.

2. CESEL solicita además el pago de los costos arbitrales, de conformidad con el artículo 70° del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje.

III.4. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA REALIZADA POR EL IPD

1. IPD deduce excepción de caducidad de las pretensiones b), c) y d) de la demanda, y contesta la demanda, contradiciendo la en todos sus extremos y solicitando que la misma sea declarada IMPROCEDENTE O INFUNDADA en todos sus extremos.



Excepción de Caducidad respecto de las pretensiones b), c) y d) de la Demanda

1. EL IPD señala que deduce la excepción de caducidad, respecto a las siguientes pretensiones:

- b) Aprobar la liquidación final del contrato con un saldo a favor de CESEL ascendente a la suma de S/. 321,479.02 nuevos soles.
- c) Disponer que el IPD pague a favor de CESEL el importe ascendente a S/. 321,479.02.
- d) Otorgar indemnización ascendente a S/. 321,479.02. por el perjuicio que se nos ha ocasionado por la falta de pago del saldo a favor que arroja la liquidación final del contrato.

2. El IPD expresa que CESEL ha señalado que el 01.06.12 por Carta N° 178-2012-GP-PHP/IPD recibió la Resolución N° 325-2012-P/IPD, mediante la cual el IPD aprobó la Liquidación Final del contrato, fijándose como costo total de los servicios de la supervisión la suma de S/. 1'198,784.99 y un saldo a favor de CESEL ascendente a S/. 195,403.21. Posteriormente, en fecha 06.06.12 CESEL presentó ante la Entidad su Carta ED.2002.47.12 manifestando su desacuerdo con la liquidación practicada por el IPD.

3. En respuesta, el IPD notificó en fecha 11.06.12 la Carta N° 182-2012-GP-PHP/IPD con la cual la Gerencia del Estadio Nacional se ratificó en la liquidación del Contrato determinada así en la Resolución N° 325-2012-P/IPD.

No obstante en fecha 06.07.12, CESEL presentó ante el IPD la Carta ED.2002.57.12 mediante la cual solicitó el inicio de arbitraje como consecuencia de su desacuerdo con la Resolución N° 325-2012-P/IPD, con lo cual se generó una controversia respecto de la liquidación del contrato.

4. Las partes acordaron en la cláusula Décima Cuarta del Contrato que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato será resuelta mediante arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. En ese sentido, señala el IPD que la normatividad es precisa al referirse al procedimiento de liquidación de los contratos de



consultoría de obra (supervisión de obra), pues en el Artículo 179° del Reglamento se ha dispuesto que en el caso que el contratista -consultor- no acoja las observaciones formuladas por la Entidad, deberá manifestarlo por escrito. En tal supuesto, dentro de los cinco (5) días siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje, según corresponda, en la forma establecida en los artículos 214° y/o 215° del Reglamento.

5. EL DEMANDADO indica que, CESEL al no estar conforme con la liquidación practicada por la Entidad procedió de manera extemporánea a solicitar el inicio del arbitraje en fecha 06.07.12, esto es, luego de 25 días, pues su última comunicación mediante la cual expresó su disconformidad respecto de la liquidación data del 11.06.12, por tanto, el derecho de recurrir a una vía para la solución de las controversias del demandante se ejercitó fuera del plazo de caducidad establecido en el art. 179° del Reglamento, superando en exceso el plazo otorgado por dicha norma.

6. Asimismo, IPD manifiesta que CESEL no cuestionó la validez, legalidad o existencia de Resolución N° 325-2012-P/IPD dentro del plazo que establece el artículo antes acotado, quedando por tanto CONSENTIDA la resolución que resolvió aprobar la Liquidación del Contrato fijándose como costo total de los servicios de supervisión la suma de S/. 1 '197,784.99 y un saldo a favor del consultor ascendente a S/. 195,403.21.

Sobre la Contestación a la Demanda

Antecedentes

1. El IPD celebró con el CONSORCIO NACIONAL (integrado por DHMONT S.A.C. Contratistas Generales y el Consorcio DHMONT & CG & M S.A.C.) en fecha 17.02.10 suscribieron el Contrato N° 004-2010-OBRA-IPD-DHMONT cuyo objeto es la "Ejecución de las Obras Civiles de la Zona 'B' que comprende los Sectores Oriente y Sur, del proyecto de Rehabilitación, Remodelación y



Equipamiento de la Infraestructura del Estadio Nacional" por la suma de SI. 30'773,762.96 incluido el IGV con precios al mes de diciembre de 2009, por el sistema de suma alzada, siendo el plazo de ejecución de la obra de 300 días.

2. Con fecha 23.02.10 el IPD suscribió con la empresa CESEL S.A. el Contrato N° 005-2010-OBRAS-IPD (en adelante el Contrato) para la supervisión de la obra que ejecutara el CONSORCIO NACIONAL, por un monto de SI. 1'004,766.00 incluido el IGV y un plazo de 330 días, fijándose la fecha de inicio de los servicios el 23.03.10, y como fecha de término de ejecución contractual el 15.02.11.

3. A raíz de las solicitudes de ampliaciones de plazo N° 01, 02, 06, 08, 09 y 10 otorgadas al ejecutor de la obra (CONSORCIO NACIONAL) también se aprobó a favor del CESEL 6 ampliaciones de plazo, modificándose la fecha de los servicios de supervisión de CESEL del 15.02.11 al 03.08.11; asimismo, se aprobaron 6 adicionales de servicios, el deductivo vinculante N° 01 ascendente a la suma S/. 219,842.80, incluido el IGV que representa el 21.88% de incidencia en el monto contractual original.

4. Con la Carta N° EC.2002.101200.029.12 de fecha 08.05.12, CESEL presentó su liquidación de parte, determinando como monto de inversión S/.1'420,479.02 incluido el IGV y un saldo a favor de S/. 321,479.02, al cual adjuntó el Informe N° CSL-101200-ILCS-001-12 del 15.05.12 referido a la liquidación del Contrato.

5. En el segundo párrafo del ítem 5.0 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES del mencionado Informe, EL DEMANDANTE renunció expresamente a la prestación adicional N° 06 por la suma de S/. 7,978.14 aprobada por Resolución N° 237-2012-P/IPD, a fin de evitar realizar los trámites ante Contraloría General de la república, para la aprobación previa al pago.

6. Considerando las precisiones anteriores, el IPD procedió a realizar la liquidación final del contrato de supervisión y emitió la Resolución N° 325-



2012-P/IPD de fecha 01.06.12 mediante la cual se resolvió aprobar la liquidación del Contrato fijándose como costo total de los servicios de la supervisión la suma de S/. 1'198,784.99 y un saldo a favor de CESEL ascendente a S/. 195,403.21. Por tanto, el IPD notificó a CESEL dicha resolución con fecha 01.06.12 y a través de la Carta N° 178-2012-GP-PHP/IPD.

7. Con fecha 06.06.12 CESEL presentó ante la Entidad la Carta ED.2002.47.12 manifestando su desacuerdo con la liquidación practicada por el IPD, en respuesta, el IPD notificó la Carta N° 182-2012-GP-PHP/IPD en fecha 11.06.12 mediante la cual la Gerencia del Estadio Nacional se ratificó en la liquidación del Contrato determinada así en la Resolución N° 325-2012-P/IPD.

8. Con fecha 06.07.12, CESEL presentó ante el IPD la Carta ED.2002.57.12 mediante la cual solicitó el inicio de arbitraje como consecuencia de su desacuerdo con la Resolución N° 325-2012-P/IPD, con lo cual se generó una controversia respecto de la liquidación del contrato.

Sobre la Primera Pretensión Principal

1. El IPD notificó a CESEL la Carta N° 888-2011-GP-PHP/IPD mediante la cual se remitió la Resolución N° 847-2011-P/IPD que aprobó el Presupuesto Deductivo N° 01 ascendente a la suma de S/. 221,285.98 que representó el 22.19% del monto del Contrato de Supervisión, por la menor prestación de los servicios de supervisión debido a la no ejecución de las partidas relacionadas a Instalaciones Eléctricas y Centro Comercial, aplicándose dicho deductivo, por la suma de S/. 28,059.75 al contrato principal, el cual se reduce a S/. 976,706.25 y la suma de S/. 193,226.23 al monto de la Prestación Adicional N° 03 la cual se reduce a S/. 0.00 por los fundamentos expuesto en la citada Resolución N° 847-2011-P/IPD.

2. La Resolución materia de controversia fue notificada al demandante el día 04.11.11 mediante la Carta N° 888-2011-GP-PHP/IPD. Luego de más de 8 meses, CESEL la cuestiona cuando en ningún momento dejaron sentado su



disconformidad, por lo que IPD considera que es un acto administrativo plenamente consentido.

3. El IPD señala que CESEL no ha considerado como parte de sus argumentos que la mencionada Resolución modificada de oficio por la Resolución N° 237-2012-P/IPD del 17.04.12 remitida a CESEL mediante la Carta N° 150-2012-GP-PHP/IPD mediante la cual el IPD resolvió en el Artículo 1° dejar sin efecto el Artículo 1° de la resolución N° 847-2011-P/IPD, en consecuencia aprobó el Presupuesto Deductivo No Vinculante N° 01 ascendente a S/. 219,842.80 incluido IGV que representa el 21.88 % de incidencia en el monto contractual original. Asimismo, se dispuso el pago de la Prestación Adicional N° 03 por la suma autorizada por la Contraloría General de la República, en consecuencia, modificándose el monto autorizado por Resolución N° 299-2011-P/IPD.

4. El IPD añade que, al igual que la Resolución N° 847-2011-P/IPD, CESEL no cuestionó ni observó la Resolución N° 237-2012-P/IPD, quedando ambas consentidas.

5. En relación, a los argumentos expuestos en el escrito de demanda (página 6 y 7) sobre el sistema de contratación por el cual se rigió el Contrato y sus implicancias respecto de los adicionales y deductivos, IPD puntualiza que tales argumentos no resultarían aplicables al caso concreto, pues la normatividad ha establecido de manera excepcional supuestos de hecho para que la Entidad pueda ordenar y pagar prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones, los que se encuentran establecidos en el artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante LCE) y el artículo 174 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante RLCE).

6. Conforme a los dispositivos citados, el IPD, aprobó 6 prestaciones adicionales, como a continuación se detalla:

- i) Prestación Adicional N° 1, S/. 57,850.17; Resolución N° 247-2010-P/IPD del 03.06.10;
- ii) Prestación Adicional N° 2 S/. 3,939.66, Resolución N° 281-2010-P/IPD del 25.06.10;



- iii) Prestación Adicional N° 3 S/. 128,773.60, Resolución de Contraloría N° 308-2011-CG;
- iv) Prestación Adicional N° 4, S/. 106,375.13, Resolución N° 304-2012-P/IPD del 17.04.11;
- v) Prestación Adicional N° 5 S/. 58,506.32, Resolución N° 304-2012-P/IPD del 21.05.12; y,
- vi) Prestación Adicional N° 6, S/. 7,978.14, Resolución N° 304-2012-P/IPD del 21.05.12.

7. El IPD señala que el alcance y el monto del Contrato se modificaron hasta en 6 oportunidades incluso con intervención y resolución de la Contraloría General de la República, por tanto lo afirmado por CESEL respecto de que los contratos a suma alzada no se modifican resulta ser inexacto.

8. En relación a las opiniones de la OSCE, el IPD invoca la Opinión N° 064-2009/DTN al precisar que cuando en un contrato de obra a suma alzada se verifiquen modificaciones o variaciones en el proyecto de la obra, PODRÁ VARIARSE EL PRECIO, DEBIENDO DEDUCIRSE DEL PAGO EL MONTO CORRESPONDIENTE A LAS PARTIDAS NO EJECUTADAS, sin que corresponda efectuar pago alguno por estas. Lo señalado tiene sustento en las conclusiones arribadas en la mencionada Opinión, citada también por el demandante.

9. En relación a los fundamentos de la Opinión N° 021-2011/DTN de fecha 17.02.2011, cuando precisa que, la potestad que tiene la Entidad para ordenar la ejecución de prestaciones adicionales, establece en sus conclusiones que i) Independientemente del sistema de contratación empleado, la Entidad podrá ordenar la ejecución de prestaciones adicionales o la reducción de prestaciones cuando ello sea necesario para alcanzar la finalidad del contrato. ii) Cuando en un contrato de obra asuma alzada las obras se ejecuten con sujeción al proyecto de la obra, la Entidad no podrá variar el precio, aun cuando se hayan ejecutado mayores o menores metrados. iii) Cuando en un contrato de obra asuma alzada se verifiquen modificaciones o variaciones en el proyecto de la obra, podrá variarse el precio, debiendo deducirse del pago el monto



correspondiente a la(s) partida(s) no ejecutadas, sin que corresponda efectuar pago alguno por estas. iv) En caso de ordenarse la reducción de prestaciones, el monto correspondiente a estas no puede superar el quince (15%) del monto del contrato.

10. El IPD señala, que conforme a lo señalado, la Entidad podrá ordenar al contratista la ejecución de prestaciones adicionales de obra, u ordenarle la reducción de prestaciones, cuando considere que ello resulta necesario para alcanzar la finalidad del contrato.

11. En la mencionada opinión, se señala que las obras que se ejecutan bajo el sistema a suma alzada implican, como regla general, la invariabilidad del precio ofertado por el postor en su propuesta, por lo que, en estos contratos, la Entidad solo podrá aprobar la ejecución de prestaciones adicionales si los planos o especificaciones técnicas fueron modificados durante la ejecución contractual, con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato, por lo que se puede concluir que todo contrato aún bajo el sistema de contratación a suma alzada puede ser objeto de modificación, siempre y cuando se cumplan con determinados requisitos y se siga el procedimiento de ley.

12. EL DEMANDADO afirma que el argumento central de CESEL para considerar que no se debió aprobar el Deductivo Vinculante N° 1, está constituido por el hecho que, según el contratista, se dedujeron actividades que debían realizar determinados profesionales, quienes a su vez tenían a su cargo la realización de otras actividades en simultáneo que exigían su permanencia durante la prestación del servicio. Asimismo, refiere que EL DEMANDANTE alegó que la Estructura de Costos del Contrato –documento que para el IPD no fue puesto en conocimiento de la Entidad de manera formal- estableció el período de participación de los profesionales asignados en diferentes frentes de la obra, sin embargo supuestamente, según CESEL la permanencia de dichos profesionales así como la cantidad de hombres mes de dicha participación, habría superado largamente lo establecido en su estructura de costos, de acuerdo a los informes de marzo, agosto y octubre del año 2010.



13. Sobre dichos puntos, el IPD considera que el documento subtulado Estructura de Costos de Servicios de Supervisión, no cuenta con ningún sello ni señal de conformidad por parte de CESEL y menos del Ministerio, la cantidad de personal que debía permanecer mensualmente en obra fue de 56.5, conforme al cuadro presentado en su contestación de demanda.

14. Advierte el IPD que, según los Informes presentados por CESEL y elaborados en su momento por el mismo demandante- no se demuestra un exceso de participación de su personal, por el contrario se podría concluir que en comparación con la estructura de costos de la supervisión, no se habría superado ni el 40% de lo primigeniamente proyectado.

15. EL DEMANDADO recalca que el deductivo en discusión tuvo como fuente de origen la aprobación de 4 deductivos no vinculante en las obras civiles a cargo de CONSORCIO NACIONAL, ejecutor de la obra:

- (i) El Deductivo No Vinculante N° 01 por concepto de "Instalaciones Eléctricas de la Zona B" aprobado por Resolución N° 220-2011-P/IPD de 25 de marzo de 2011 por la suma de S/. 3'174,815.99 y 10.32% respecto del contrato principal.
- (ii) El Deductivo No Vinculante N° 02 por concepto de "Centro Comercial Sur" aprobado por Resolución N° 275-2011-P/IPD de 13 de abril de 2011 por la suma de S/. 2'015,029.32 y 6.55% respecto del contrato principal.
- (iii) El Deductivo No Vinculante N° 03 por concepto de "Partidas No Ejecutadas en Arquitectura" aprobado por Resolución N° 546-2011-P/IPD de 27 de julio de 2011 por la suma de S/. 606, 014.83 y 1.97% respecto del contrato principal.
- (iv) Deductivo No Vinculante N° 04 por concepto de "Varios" aprobado por Resolución N° 576-2011-P/IPD de 27 de julio de 2011 por la suma de S/. 934,577.10 y 3.04% respecto del contrato principal.



16. Dichos presupuestos deductivos no vinculantes representaron un menor trabajo de supervisión, incluso respecto de los deductivos no vinculantes 01 y 02 se suscribieron otros contratos de ejecución de obra y de supervisión (con el mismo demandante CESEL).

17. En relación a los deductivos no vinculantes 03 "Partidas no ejecutadas en Arquitectura" y 04 "Varios" no se celebraron otros contratos, se estimó que por considerarse menor trabajo de supervisión se suplía con el mayor trabajo que representó supervisar los adicionales de obra.

18. En relación al cálculo de los deductivos y conforme al Informe N° 185-2011-GP/LLM-IPD del 10 de octubre de 2011, el Coordinador de Obra precisó que dicho cálculo debió realizarse sobre la base de la aplicación de menor concurso de profesionales, de acuerdo a la estructura de costos de la propuesta, sin embargo dicha estructura no existió oficialmente, por lo que se procedió a calcular en base a los mismos porcentajes aprobados para el ejecutor de obra CONSORCIO NACIONAL, es decir se aplicó el 10.32% y 6.55% respecto de los deductivos no vinculantes N° 01 y 02.

19. En estricta observancia de lo dispuesto por el artículo 174° del RLCE se determinó que el presupuesto deductivo también incluyó prestaciones adicionales aprobadas 01, 02 y 03 aprobadas hasta ese momento, conforme al cuadro presentado en su contestación de demanda.

20. IPD señala que conforme a lo dicho por el Coordinador de Obra en el citado Informe, el deductivo debía aplicarse a los saldos por valorizar, por ello el porcentaje deducido respecto del contrato original fue de 2.79% del contrato principal y 19.39% de la prestación adicional N° 03, haciendo un total de 22.19%, lo cual equivale a S/. 221,285.98 incluido el IGV. Como consecuencia de ello, el contrato principal quedo reducido de S/.1'004,766.00 con IGV a SI. 976,796.25 con IGV, por lo que se procedió a emitir la Resolución N° 847-2011-P/IPD, aprobando el Presupuesto Deductivo N° 01 por la suma de S/.



221,285.98 incluido IGV y la prestación adicional N° 3 por S/.193,226.235. Con lo cual, el Contrato Principal quedó reducido a S/.976,706.25 incluido IGV y la prestación adicional N° 3 a S/.0.00.

21. El IPD señala que la Resolución N° 847-2011-P/IPD fue válidamente notificada al demandante CESEL mediante la Carta N° 888-2011-GP-PHP/IPD en fecha 04.11.11, sin ningún cuestionamiento posterior, lo cual lleva al DEMANDADO a concluir que CESEL consintió plenamente y por tanto, sus efectos son eficaces.

22. En relación a la Prestación Adicional N° 3, señalan que al momento de emisión de la Resolución N° 847-2011-P/IPD, la autorización para el pago por la Contraloría General de la República se encontraba en apelación. Posteriormente, mediante Resolución de Contraloría N° 308-2011-CG del 27 de octubre de 2011, la Contraloría se pronunció respecto del recurso de apelación planteado por el IPD sobre la solicitud de autorización previa al pago de la prestación adicional N° 03 por S/. 193,226.23, declarando fundada en parte el recurso y autorizó al pago de la Prestación Adicional N° 03 hasta por el monto de S/. 128,773.60 indicando además que no autoriza el monto ascendente a S/. 64,452.63 relacionado a la falta de sustento de los gastos de liquidación y de los servicios de supervisión del 26 de febrero al 17 de marzo de 2011.

23. En atención a la Resolución de Contraloría, la Entidad procedió a descontar la suma de S/. 64,452.63 de las prestaciones adicionales pendientes de tramitar; y por tanto emitió la Resolución N° 237-2012-P/IPD a fin de modificar el artículo 1° de la Resolución N° 847-2011-P/IPD y aprobó el Presupuesto Deductivo No Vinculante N° 01 ascendente a S/. 219,842.80 incluido IGV que representa el 21.88% de la incidencia en el monto contractual original.



24. El IPD señala que la Resolución N° 237-2012-P/IPD tampoco fue materia de observación o discrepancia por parte de CESEL ni sometida a arbitraje, por tanto se puede concluir que ha quedado plenamente consentida.

Sobre la Segunda Pretensión Principal

1. El IPD señala que en caso de no declararse fundada la excepción de caducidad, debe considerarse que CESEL con la Carta N° EC.2002.101200.029.12 de fecha 08.05.12 presentó su liquidación de parte, determinando como monto de inversión S/. 1'420,479.02 incluido el IGV, al cual adjunto el Informe N° CSL-101200-ILCS-001-12 del 15.05.12 referida a la liquidación del Contrato.

2. En el Informe mencionado en el segundo párrafo del ítem 5.0 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES el demandante renunció expresamente a la prestación adicional N° 06 por la suma de S/. 7,978.14 aprobada por Resolución N° 237-2012-P/IPD a fin de evitar realizar los trámites ante Contraloría General de la república, para la aprobación previa al pago.

3. Asimismo, en el acápite de 2.0 ANTECEDENTES en los literales j) y k) del indicado Informe, CESEL citó expresamente la Resolución N° 237-2012-P/IPD del 17 de abril de 2012 haciendo referencia solo a la aprobación del reconocimiento de las prestaciones adicionales N° 04 y N° 06 por las sumas de S/. 106,375.12 y S/. 58,506.21, respectivamente. Por ello, CESEL no consideró lo resuelto en el artículo N° 1 de la Resolución N° 237-2012-P/IPD, referido a modificar el artículo 1° de la Resolución N° 847-2011-P/IPD y aprobó el Presupuesto Deductivo No Vinculante N° 01 ascendente a S/. 219,842.80 incluido IGV que representa el 21.88% de la incidencia en el monto contractual original.

4. El IPD nota que tal omisión también se advierte del Resumen de Liquidación presentado por CESEL, pues no consideró el presupuesto



deductivo N° 01, es por ello que su liquidación arroja un monto superior al de la liquidación practicada por el IPD, lo que fue determinado mediante el Memorando N° 516-2012-GP-PHP/IPD y el Informe N° 024-2012-GP/LLM-IPD del Coordinador de Zonas Oriente y Sur del Proyecto de Modernización del Estadio Nacional.

5. Considerando las precisiones anteriores, el IPD procedió a realizar la liquidación final del contrato de supervisión y emitió la Resolución N° 325-2012-P/IPD de fecha 01.06.12 mediante la cual se resolvió aprobar la liquidación del Contrato fijándose como costo total de los servicios de la supervisión la suma de S/. 1'198,784.99 y un saldo a favor de CESEL ascendente a S/. 195,403.21, lo que fue debidamente notificada a CESEL, la misma que ha quedado plenamente consentida pues el demandante sometió a arbitraje la supuesta controversia fuera del plazo de caducidad establecido en el artículo 179° del RLCE.

Sobre la Tercera Pretensión Principal

1. El IPD se remite a sus argumentos de defensa expuestos en los numerales 2.15 al 2.19 del escrito de contestación, pues la liquidación practicada por la Entidad y la emisión de la Resolución N° 325-2012-P/IPD ha sido emitida en estricta sujeción a la normatividad vigente en materia de contrataciones, como tal tiene plenos efectos.

Sobre la Cuarta Pretensión Principal

1. El IPD resalta que no se advierte, más allá de la exposición del concepto de daño emergente y un símil del monto que supuestamente arroja su liquidación final del contrato con el monto que la Entidad tendría que resarcir.

2. Para EL DEMANDADO, el supuesto monto que la Entidad debió pagar a su personal y dejar de invertir en otros servicios propios del giro de la empresa, es una situación que escapa de su responsabilidad pues entienden que como



reconocida empresa supervisora y de trayectoria reconocida tiene el suficiente capital para afrontar situaciones como sus obligaciones laborales con sus trabajadores e inversiones en otros servicios.

3. En el supuesto caso que exista el supuesto daño, no sólo basta declararlo sino también es un deber probarlo pues de lo contrario CESEL estaría buscando amparar un derecho sobre la base de hechos no probados, conforme a lo establecido en el artículo 1331 del Código Civil respecto de la prueba de daños.

Sobre la Primera Pretensión Accesorio

1. El IPD se remite a los argumentos expuestos en su defensa, en el sentido, que no corresponden amparar la liquidación final del contrato de supervisión con el saldo a favor de CESEL y por tanto los intereses que pretende el demandante tampoco no resultan amparables.

Sobre la Segunda Pretensión Accesorio

1. Respecto del IGV que reclama CESEL, el IPD destaca que no encuentran en el escrito de demanda fundamento alguno sobre cuál es el supuesto de hecho o el concepto en particular para aplicar un impuesto, por lo que no merece mayor comentario.

2. En cuanto a los costos del proceso dejan a criterio del Señor Arbitro disponer lo conveniente al amparo de lo establecido en el artículo 70° del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje.

III. 5. ABSOLUCION DE LA EXCEPCION DE CADUCIDAD

1. Con fecha 7 de noviembre de 2012, CESEL absolvió el traslado de la excepción de caducidad, sosteniendo que lo establecido por el IPD no es correcto, pues el artículo 52° de la LCE, aprobado mediante Decreto Legislativo 1071, señala que ante una controversia las partes deben solicitar el



inicio de la conciliación o arbitraje en cualquier momento a la fecha de culminación del contrato.

2. El artículo 42º de la LCE, establece que tratándose de contratos de ejecución o consultoría, el contrato culmina con la liquidación y el pago correspondiente.

3. CESEL señala en atención a los dispositivos mencionados, que i) el contrato aún no ha culminado, debido a que la liquidación no ha quedado consentida, porque fue observada en su oportunidad, dentro de los 5 días señalados en el numeral 1) del artículo 179º del Reglamento de la LCE, ni se ha realizado el pago correspondiente por los servicios prestados y ii) Como no se ha culminado el contrato, queda claro que CESEL solicitó el procedimiento de solución de controversias dentro del plazo establecido en la Ley.

4. Señala asimismo, que el artículo 52º de la LCE, señala un plazo de caducidad, debiendo tomarse en cuenta que el artículo 2004º del Código Civil, dispone que dichos plazos los fija la Ley, sin admitir pacto en contrario, por lo que se deberá aplicar lo dispuesto en el artículo 52º de la LCE y no lo dispuesto en el artículo 179º del Reglamento de la LCE, por lo que corresponde el empleo de dicho término.

III.6. AUDIENCIAS REALIZADAS

1. Con fecha 18 de diciembre de 2012, se realizó la audiencia de saneamiento, conciliación y determinación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios.

2. Con fecha 23 de mayo de 2013, se llevó a cabo la audiencia de informes orales.

III.7. CONCLUSIÓN DE ETAPA PROBATORIA



1. Mediante Resolución N° 4 de fecha 7 de marzo de 2013, se declaró concluida la etapa probatoria y se concedió a las partes el plazo de cinco (05) días para que presenten sus alegatos por escrito, conforme a lo establecido en el acta de instalación.

III. 8. ALEGATOS

1. Las partes presentaron dentro del plazo dispuesto sus respectivos alegatos escritos. Seguidamente, el Árbitro Único las citó a una Audiencia de Informes Orales.

III.9. PLAZO PARA LAUDAR

1. Mediante Resolución N° 9, notificada a CESEL el 14 de agosto de 2013 y al IPD el 15 de agosto de 2013, se informó a las partes que el laudo sería emitido en el plazo de 45 días útiles de notificada la mencionada resolución. El plazo mencionado tomando como referencia la notificación a CESEL venció el 22 de octubre de 2013.

2. Mediante Resolución N° 10, notificada a las partes el 11 de octubre de 2013, se amplió el plazo para emitir el laudo, por 30 días útiles adicionales, por lo que el plazo para emitir el laudo vence el 3 de diciembre de 2013, por lo que el laudo ha sido emitido dentro de los plazos establecidos.

3. Conforme al punto 38 del Acta de Instalación de Árbitro Único, luego de su expedición, el Árbitro Único tiene un plazo de dos (2) días hábiles para remitir el laudo a la Secretaría respectiva, y ésta deberá notificarla a las partes dentro de los cinco (5) días siguientes de recibido.

III.10. COSTOS DEL ARBITRAJE

1. Conforme a lo establecido en el numeral 50 del acta de instalación, se fijan los honorarios definitivos del proceso arbitral en la suma de S/. 6,200.00 nuevos soles netos para el árbitro único y S/. 3,100.00 nuevos soles para el



secretario arbitral, monto que las partes han cumplido con cancelar conforme a las reglas establecidas en el acta de instalación.

IV. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

A continuación corresponde emitir el pronunciamiento del Árbitro Único respecto a las pretensiones formuladas en el presente proceso arbitral, evaluando cada uno de los puntos controvertidos fijados en la Audiencia Determinación de Puntos Controvertidos.

DECLARACIÓN PREVIA

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que este Proceso Arbitral se constituyó de conformidad con las reglas establecidas en el Acta de Instalación, (ii) que en momento alguno se recusó al Árbitro Único o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Arbitraje; (iii) que CESEL presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos; (iv) que el IPD fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa; (v) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos; y, (vi) que, el árbitro ha procedido a laudar dentro de los plazos legales y acordados con las partes durante el proceso arbitral.

En consecuencia, habiéndose cumplido con los presupuestos procesales y no existiendo vicio alguno que afecte la validez del proceso, el cual se ha desarrollado cumpliendo todas sus etapas, el Árbitro Único emite el Laudo correspondiente conforme a los siguientes términos:

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, en el presente caso la cuestión sometida a arbitraje y que debe resolverse mediante el presente Laudo está determinada en los



puntos controvertidos fijados por el Árbitro Único, en base a las pretensiones promovidas por la parte demandante, aceptados por las partes conforme consta en dicha Acta.

El Árbitro Único para resolver los puntos controvertidos, podrá modificar el orden de ellos, unirlos o tratarlos por separado, de acuerdo a la finalidad que es la de fijar la verdad material y declararla conforme a los hechos producidos.

También, el Árbitro Único declara haber revisado todos y cada uno de los medios probatorios presentados por las partes, analizándolos y adjudicándoles el mérito que les corresponde aun cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o el valor probatorio asignado. Asimismo, deja constancia que al realizar el análisis del presente laudo está teniendo en cuenta, todos y cada uno de los escritos presentados por las partes a lo largo del presente proceso, analizándolos y adjudicándoles el mérito que les corresponde aun cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o de sus argumentos,

Por tanto, el Árbitro Único advierte a las partes que la valoración de los argumentos y las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.

En lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Árbitro Único deja expresa constancia que en el presente proceso arbitral se ha actuado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43° de la Ley de Arbitraje, en el que se señala que:

“El Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios”.



Por todas estas razones, valorando en forma conjunta y razonada todos los medios probatorios; expresando sólo en la presente resolución las valoraciones esenciales y determinantes que la sustentan, corresponde efectuar el análisis de cada uno de los extremos de la controversia y pronunciarse sobre los mismos.

CONSIDERANDOS

IV.1 PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

“EN RELACIÓN A LOS LITERALES B), C) Y D) DE LA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA, DETERMINAR SI LAS MISMAS HAN CADUCADO.”

De conformidad con lo señalado en el Acta de la Audiencia de Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 18 de diciembre de 2012, la Excepción de Caducidad en relación a los literales b), c) y d) de la pretensión principal de la Demanda, formulada por el IPD en el presente proceso será resuelta con el laudo.

Lo primero que debe tomarse en cuenta, es que al ser la caducidad una figura jurídica que opera, sea de oficio o a pedido de parte, por el transcurso del tiempo, no resulta relevante para el análisis respectivo el incumplimiento o no de determinadas obligaciones, cuestiones que tienen que ver más bien con los temas sustantivos que se discuten en el presente arbitraje. La caducidad es una herramienta jurídica de carácter procedimental y adjetiva, cuyo ejercicio prevé nuestro ordenamiento de manera legal y legítima.

La caducidad no puede atribuirse por analogía, toda vez que es una institución que extingue derechos. Es claro que esta institución restringe derechos y justamente por esos efectos gravosos que tiene sobre el accionante, no puede ni presumirse ni aplicarse por analogía.



Respecto a la oportunidad que tienen las partes para iniciar un arbitraje, el Árbitro Único debe señalar que, de una parte, el artículo 52° de la LCE establece que:

“Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad...” (el subrayado es nuestro).

Conforme a esta disposición legal, concordada con el artículo 42° de la misma LCE, que define la culminación del contrato en los siguientes términos: “*el contrato culmina con la liquidación y pago correspondiente*”, CESEL entiende que ha cumplido con iniciar este arbitraje antes de que haya culminado el Contrato celebrado con IPD, por lo que no cabe alegar por parte de la Entidad la existencia de una supuesta caducidad, derivada de una norma de menor jerarquía como es el artículo 179 del Reglamento, el cual señala que:

“En caso de que la Entidad no acoja las observaciones formuladas por el contratista, deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los cinco (5) días siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje según corresponda, en la forma establecida en los artículos 214° y/o 215°”.

Sobre este particular, este Árbitro Único identifica que el citado artículo 52° de la Ley expresamente autoriza a que las partes puedan iniciar un proceso arbitral respecto de cualquier controversia que surja desde la suscripción del contrato, hasta el momento anterior a la culminación del contrato, disponiendo también de manera expresa que este plazo es de caducidad.

Es más, el artículo citado de la LCE en momento alguno remite al Reglamento la determinación de plazos de caducidad diferentes, lo que se condice perfectamente con lo dispuesto en el artículo 2004° del Código Civil, el cual

expresamente establece que: “Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto en contrario”.

Esto correctamente tiene que ser así porque, como bien explica RUBIO¹: *“Desde que las acciones están reguladas por norma de rango de ley, hay que entender que los plazos de caducidad, también deben ser fijados por normas del mismo rango, no inferiores”*.

Siendo de vital importancia mantener una seguridad jurídica de alto nivel respecto a la vigencia de los derechos que facultan a las partes a accionar ante las autoridades correspondientes, el principio de legalidad establecido con respecto a los plazos de caducidad en el artículo anteriormente citado, busca justamente evitar un uso indebido de las normas de menor rango, como es el caso de los reglamentos.

Dicha disposición del Código Civil resulta de plena aplicación en el presente caso, ya que el Artículo IX del Título Preliminar del Código Civil establece que sus disposiciones se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza. A criterio de este Árbitro Único, esto indica claramente que el Código Civil puede ser aplicado de forma supletoria a las normas de contratación pública. Así, en concordancia con lo expuesto, el artículo 142° del Reglamento establece que es de aplicación supletoria a la regulación del contrato, las normas del Código Civil.

De lo expuesto, resulta claro que las disposiciones del Código Civil son aplicables de forma supletoria a las normas de contratación estatal, de ahí que aquéllas que disponen que los plazos de caducidad sólo pueden establecerse por ley, resultan de aplicación en el presente caso.

¹ Marcial Rubio Correa: “Prescripción y Caducidad: La Extinción de Acciones y Derechos en el Código Civil. Vol. VII. PUC Fondo Editorial. Lima, 1989. Página 73.



Consecuentemente, no es posible establecer un plazo de caducidad dentro de cualquier norma de carácter especial sin que ésta cumpla con el requisito de reserva legal. En consecuencia, tampoco puede resultar de aplicación el plazo señalado en el artículo 179° del Reglamento, puesto que éste no tiene correlato ni sustento en alguna norma de rango de ley, sino que más bien acorta el plazo general de caducidad establecido en el artículo 52° de la LCE, correspondiendo entonces exclusivamente la aplicación de este último plazo.

IPD pretende que prevalezca el plazo de caducidad más corto que establece el Reglamento sobre el que establece la Ley.

El único plazo de caducidad para recurrir al arbitraje es el establecido en el artículo 52° de la LCE; es decir, está determinado exclusivamente por el momento de culminación del contrato.

No existe en la Ley ninguna otra disposición que permita no aplicar dicha norma por la existencia de plazos de caducidad más cortos y no existe tampoco (ni podría existir legalmente) una disposición de “reenvío” al Reglamento para que esta norma los establezca.

Por los motivos expuestos, es tarea del Árbitro Único examinar si la solicitud de arbitraje del CESEL se realizó dentro del plazo de caducidad establecido en la LCE, es decir, si se realizó antes de culminado el contrato.

Para ello, el Árbitro Único reitera que el contrato materia de controversia es un contrato de supervisión, por lo que resulta de aplicación el segundo párrafo del artículo 42° de la LCE, el cual establece que *“Tratándose de contratos de ejecución o consultoría de obras, el contrato culmina con la liquidación y pago correspondiente [...]”*.

En el presente caso, conforme consta en autos, no se ha cumplido con ambos requisitos como son conjuntivamente que la liquidación haya sido pagada.



En tal sentido, el Tribunal Arbitral debe señalar que la solicitud de arbitraje interpuesta por CESEL, ha sido formulada antes de la culminación del contrato, por lo que debe desestimarse la excepción interpuesta por el IPD.

Por tales consideraciones, el Árbitro Único tiene la convicción que la Excepción de Caducidad deducida por el IPD debe ser declarada INFUNDADA.

IV.2 SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

“DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE SE DEJE SIN EFECTO LA RESOLUCIÓN N° 847-2011-P/IPD DE FECHA 03.11.2011, QUE APRUEBA EL PRESUPUESTO DEDUCTIVO NO VINCULANTE N° 01 DEL CONTRATO N° 005-2010- OBRAS-IPD PARA EL “SERVICIO DE SUPERVISIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS CIVILES DE LA ZONA B, QUE COMPRENDE LOS SECTORES ORIENTE Y SUR, DEL PROYECTO DE REHABILITACIÓN, REMODELACIÓN Y EQUIPAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA DEL ESTADIO NACIONAL DE LIMA, DE FECHA 27.02.2010”.

Esta primera materia de pronunciamiento corresponde a la:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

“a) Dejar sin efecto la Resolución 847-2011-P/IPD de fecha 03.11.2011, que aprueba el Presupuesto Deductivo No Vinculante N° 1 de los Servicios de Supervisión de la Ejecución de las Obras Civiles de la Zona “B” que comprende los sectores oriente y sur del proyecto de Rehabilitación, Remodelación y Equipamiento de la Infraestructura del Estadio Nacional de Lima, de fecha 23.02.2010”.

De los actuados, el Árbitro Único verifica que la discrepancia entre las partes, materia del presente arbitraje, se centra en la Liquidación del Contrato. En efecto, cada parte ha formulado su liquidación dentro de las formalidades y conforme al procedimiento previsto en la Ley y el Reglamento, empero discrepan en cuanto al resultado de dicha liquidación.



Así, mientras que la Liquidación del Contrato de Supervisión de Obras N° 005-2010-OBRAS-IPD presentada por CESEL da un saldo a favor de la Supervisión por la suma de **S/. 321, 479.02 incluido el IGV**, en cambio, la Liquidación observada y aprobada por el IPD mediante Resolución N° 163-2012-P/IPD da como resultado el reconocimiento de un saldo a favor de CESEL por **S/.195, 403.21 incluido el IGV** (que se desagregan en S/.103,463.64 por concepto de valorizaciones no pagadas y S/. 91,919.57 por devolución de retenciones).

Conforme se señala en la Resolución N° 325-2012-P/IPD de fecha 01 de junio del 2012 que aprobó administrativamente la Liquidación del IPD, así como se explica en la Carta N° 182-2012-GP-PHP/IPD de fecha 11 de junio del 20012, mediante la cual la Gerencia de Proyecto de Modernización responde al desacuerdo expresado por CESEL con la Liquidación Final elaborada por la Entidad, la diferencia de saldos responde a lo siguiente:

“...la diferencia principal entre el monto obtenido por ustedes y el monto de la entidad se origina en el hecho que ustedes no han considerado, en su Liquidación, el Deductivo N° 01 a los servicios de supervisión ascendente a S/. 219, 942.80, aprobada y comunicada mediante Resolución N° 237-2012-P/IPD del 17 de abril de 2012, que rectificó el deductivo N° 01 por S/ 221,285.98, aprobado mediante Resolución N° 847-2011-P/IPD del 03.Nov.2011.

Existe una segunda diferencia y es en la determinación de los montos retenidos el cual, de acuerdo a vuestro cálculo asciende a S/. 92,462.68, y según el reporte de Tesorería del IPD asciende a S/.91,919.57”

El Árbitro Único aprecia que, CESEL comparte la misma opinión en el sentido que la discrepancia de las partes en sus liquidaciones radica en los dos extremos mencionados, la aplicación del Deductivo No Vinculante N°01 y de los montos retenidos.

Así, de acuerdo con el escrito N° 3 –alegato-, CESEL destaca que el acto administrativo materia de la controversia es la Resolución N° 325-2012-P/IPD de fecha 01.06.2012 mediante la cual el IPD aprueba la Liquidación Final del Contrato de Servicios de Supervisión. Nota que el séptimo considerando del acto administrativo cuestionado señala que “... CESEL S.A. no ha considerado



el Deductivo No Vinculante N° 01...". También cita la Carta N° 182-2012-GP-PHP/IPD de fecha 11.06.2012, en la que a propósito del desacuerdo manifestado por CESEL, el IPD explica en que puntos se origina la diferencia entre los montos obtenidos por las partes en sus liquidaciones. De esta manera que para CESEL queda claro que el tema materia de controversia es el acto administrativo que contiene la Liquidación Final de los Servicios de Consultoría aprobada por el IPD y que no se encuentra consentido toda vez que fue objetado por CESEL mediante Carta ED.2002.47.12 de fecha 06.06.2012. Todo ello, EL DEMANDANTE lo considera corroborado por el mismo IPD a través de la comunicación Carta N° 182-2012-GP-PHP/IPD de fecha 11.06.2012.

De esta manera, la solución de la presente controversia se centra en determinar la procedencia o no de la aplicación del referido Presupuesto Deductivo No Vinculante N° 01 que fuera aprobado por el IPD mediante la Resolución N° 847-2011-GP-PHP/IPD de fecha 03 de noviembre de 2011, originalmente por un monto ascendente a la suma de S/. 221,285.98 incluido IGV; y, que fuera modificado mediante Resolución N° 237-2012-P/IPD de fecha 17 de abril del 2012, a un monto ascendente a la suma de S/. 219,842.80 incluido IGV.

De acuerdo con el décimo cuarto considerando de la Resolución N° 237-2012-P/IPD la modificación del Deductivo No Vinculante N° se fundamenta en lo siguiente:

"Que de la revisión de la Resolución N° 847-2011-P/IPD, por la cual se aprobó el Presupuesto Deductivo No Vinculante N° 01 a los servicios de supervisión por S/.221,285.98 incluido IGV, la Oficina de Asesoría Jurídica cursó a la citada Gerencia los Memorándums N°s 203-2011-GP/LLM-IPD y 008-2012-GP/LLM-IPD del Coordinador-Zona "B", alegando para tal efecto que "la Reducción N° 01 (Deductivo No Vinculante N° 01) debió aplicarse, en forma integral, al contrato original y no a la PASS N° 03, por cuanto dicha reducción responde la menor ejecución de metrados a supervisar y que conlleva al propósito de alcanzar la finalidad de la contratación. Caso contrario, impediría el correcto cómputo del porcentaje de incidencia acumulada en los términos señalados en el Artículo 191° del Reglamento de la Ley de



Contrataciones del Estado, aprobado por D.S. N° 184-2008-EF, y el incumplimiento de lo dispuesto por la Resolución de Contraloría N° 308-2011-CG (...)”.

Que, en tal sentido, mediante Memorando N° 363-2012-GP-PHP/IPD, de fecha 04.04.2012, la Gerencia acompañó el Informe N° 014-2012-GP/LLM-IPD del Coordinador Zona “B”, en el cual dicho profesional anota que el Deductivo No Vinculante N° 01 aplicado íntegramente al contrato de supervisión asciende a S/.219,842.80 incluido el IGV, la suma representa el 21.88% de incidencia en el monto contractual original, siendo en consecuencia, su monto actualizado S/.784,923.20, incluido el IGV...”

Tal como se aprecia en los argumentos afirmados por CESEL en sus escritos postulatorios, así como en sus alegatos, EL DEMANDANTE cuestiona la procedencia de dicho deductivo, fundado en dos extremos:

- No corresponde aplicar deductivos a Contratos bajo el Sistema Suma Alzada, por cuanto en dichos contratos las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación están totalmente definidas y se mantienen durante el transcurso del contrato, motivo por el cual el precio pactado tiene que mantenerse invariable.
- Si bien en la etapa contractual se dedujeron actividades que debían realizar determinados profesionales, éstos también tenían a su cargo la realización de otras actividades en simultáneo que exigían su permanencia durante la prestación del servicio, como se puede apreciar en el cronograma de obra. De manera que, la real permanencia de los diferentes profesionales superó ampliamente la cantidad de Hombres Mes que se estableció en el período de participación de dichos profesionales. Además, para descartar doble pago resalta que para los nuevos contratos de Supervisión originados por la supresión de las partidas materia deductivos, se asignó a dichos contratos a otros profesionales, distintos de los que trabajaban en el Contrato 005-2010-OBRAS-IPD.

Antes de analizar ambos extremos, el Árbitro Único estima atinado advertir que la aplicación de Deductivos o Reducciones responde a la existencia de



prerrogativas de la Administración en la ejecución de los contratos, que la doctrina reconoce como el “*Ius Variandi*” o *modificación unilateral del contrato*, y normativamente está consagrada en la Ley de Contrataciones del Estado (LCE) y su Reglamento:

“LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO –DECRETO LEGISLATIVO N° 1017-

Artículo 41.-Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones
Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, 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. (...)

Alternativamente, la Entidad podrá resolver el contrato, mediante comunicación escrita al contratista.

La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no podrá ser sometida a arbitraje. Tampoco podrán ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República.

(...)”.

“REGLAMENTO DE LA LCE –DECRETO SUPREMO N° 184-2008-EF-

Artículo 174º.- Adicionales y Reducciones

Para alcanzar la finalidad del contrato y mediante resolución previa, el Titular de la Entidad podrá disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, para lo cual deberá contar con la asignación presupuestal necesaria. (...)

Igualmente, podrá disponerse la reducción de las prestaciones hasta el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original. (...)

Para un sector de la doctrina administrativa, se suscitan dudas si esta prerrogativa es materia arbitrable o no.

Así, para SANZ RUBIALES² esta potestad administrativa de modificar unilateralmente el contrato, fundada en razones de interés general, “*conlle*

² IÑIGO SANZ RUBIALES: “ALGUNOS PROBLEMAS DE LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN DERECHO PERUANO”. En “DERECHO ADMINISTRATIVO”. Jurista Editores. Lima. 2004. Página 655 a 658.



a la vez, la obligación del contratista de soportar la intervención administrativa y de cumplir sus prescripciones". Dicho autor advierte que:

"... estos privilegios o prerrogativas se caracterizan por una falta de precisión normativa a nivel legislativo. En concreto, plantea fuertes dudas el régimen jurídico del ius variandi. Debe presumirse que se ejercer mediante actos administrativos, dado que la orden constituye un paradigmático acto declarativo de voluntad y restrictivo de derechos e intereses (...) Debe suponerse, también, que la orden es ejecutiva desde que se dicta y notifica al destinatario, en ese caso el contratista (de acuerdo con lo que dispone el artículo 16.1 de la Ley 27444 del Procedimiento Administrativo General).

Ahora bien, si las controversias sobre el uso de esta prerrogativa se dilucidan por la vía de la conciliación y/o arbitraje ... ¿se puede, mediante el simple recurso a la vía arbitral, dejar en suspenso dicha decisión? ¿pueden los árbitros suspender la ejecución de la orden? ¿pueden anularla?

Como se ve, se podría estar poniendo en manos del contratista y de los árbitros la ejecutividad de las decisiones adoptadas por la Administración; (...) ¿Eso significa que no existe la decisión ejecutoria?

(...)

Además, el control arbitral únicamente cabría en una situación de igualdad de partes, en la que no se ejerzan potestades públicas por ninguno de los intervinientes en el acuerdo, porque la Administración no puede someter el ejercicio de sus potestades públicas a un poder que no es público ni jurisdiccional (es decir, que no es la jurisdicción contencioso-administrativa, ya sea judicial o administrativa ni la constitucional).

(...)

En definitiva, la Administración, para someterse al arbitraje administrativo, debe actuar en una materia donde no ejerza potestades (que son, per se, indisponibles). En sentido estricto, incluso el ejercicio de poderes discrecionales tampoco puede ser calificado como de libre disposición, porque la Administración no disfruta de autonomía de la voluntad: en todo caso, está vinculada positivamente a la Ley. Por lo tanto, la Administración no podría someterse al arbitraje si ejerce potestades públicas (aunque sean en vía contractual).

(...)

En definitiva, no parece factible que la Administración, tampoco cuando contrata, se someta al arbitraje de terceros, si ejerce potestades públicas. Y en esto la Ley peruana incurre en una clara contradicción, cuando admite, por una parte, las prerrogativas administrativas y por otra, el arbitraje obligatorio.

(...)

Por eso se plantean serios problemas, ¿qué pasa cuando – durante la ejecución del contrato–, la Entidad contratante ejerce el ius variandi y el contratista se opone, planteando la correspondiente controversia? ¿deberá determinarse por un árbitro? ¿puede un árbitro determinar la legalidad o ilegalidad del ejercicio de una determinada potestad administrativa unilateral y otorgada por Ley, como es la del ius variandi?”.

El Árbitro Único no comparte este criterio doctrinal, ya que considera que en el marco de la legislación peruana, el cuestionamiento del ejercicio del ius variandi adoptado por una Entidad contratante, es materia arbitrable.

En efecto, siguiendo a CASTILLO FREYRE y SABROSO MINAYA³ cabe recordar que la arbitrabilidad puede definirse bajo dos criterios, uno positivo y otro negativo. En virtud del primero, se habilita a las partes a someter a arbitraje las materias sobre las que las partes tienen la autoridad de disponer libremente. Bajo el segundo, se dispone prohibiciones expresas para recurrir a la vía del arbitraje en caso de una controversia.

Así, el criterio positivo postula un sistema abierto e inclusivo, mientras que el criterio negativo es de naturaleza cerrada y excluyente.

Tal como señalan dichos autores, la LCE no especifica ni enumera cuáles son los derechos contractuales de libre disposición en el marco de la contratación pública.

La LCE adopta ambos criterios. Por un lado, el positivo contenido en el segundo párrafo del artículo 52 del referido dispositivo legal, en el que se contempla una enumeración de las materias arbitrables en los aspectos puntuales de “*controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato*”.

³ MARIO CASTILLO FREYRE-RITA SABROSO MINAYA: “EL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA”. Palestra. Lima. 2009. Página 44.



De otro lado, también la LCE prevé el criterio negativo al excluir como materia arbitrable en el citado artículo 41º: *“La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales”* y *“las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República”*.

Como se puede apreciar, la LCE no ha contemplado en la exclusión bajo comentario, a la decisión de la Entidad de disponer la reducción hasta un 25% de bienes o servicios. Por ende, al ser una exclusión cerrada que restringe derechos, no cabe la aplicación extensiva ni mucho menos analógica a supuestos diferentes. En ese sentido, las controversias sobre aplicación de deductivos no se encuentran dentro de la valla no arbitrable.

Algunas líneas argumentativas han sostenido que el ejercicio del ius variandi no puede ser materia arbitrable por dos razones: primero, por el hecho de que los recursos involucrados en un adicional o en un deductivo constituyen fondos públicos; segundo, el ejercicio de esa potestad o prerrogativa involucra el ejercicio de facultades de “ius imperium” del Estado.

En cuanto al primer fundamento, su aplicación llevaría al absurdo por cuanto al involucrar fondos públicos todas las materias de la contratación administrativa serían indisponibles y no podrían someterse a arbitraje. Por ello, compartimos la apreciación de ARRARTE y PANIAGUA⁴ en el sentido que *“En efecto, si asumimos que los fondos que solventan las obras públicas son del Estado, es claro que no sólo aquello que excede al 10% del valor de la obra tendrá la calidad de fondo público, sino que esto ocurre desde el primer centavo comprometido con la obra, sin que por ello podamos afirmar que estemos frente a un bien indisponible”*.

⁴ ANA MARÍA ARRARTE ARISNABARRETA y CARLOS PANIAGUA GUEVARA: “APUNTES SOBRE EL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO Y LA MATERIA ARBITRABLE RESPECTO DE ADICIONALES DE OBRA”. En Revista Peruana de ARBITRAJE. Magna Ediciones. Lima. 2007. Página 137.



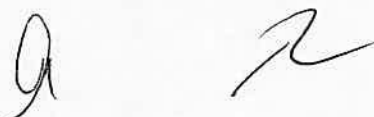
Respecto del segundo, debe tenerse en cuenta que los privilegios y poderes del Estado –una de cuyas manifestaciones es el principio-potestad del ius variandi o facultad de variación unilateral del contrato- que consagra el régimen exorbitante del derecho administrativo está sujeto a los límites y garantías que la Constitución y la Ley otorgan a los co-contratantes frente a la actividad contractual estatal, como son la razonabilidad, la proporcionalidad, la prohibición del ejercicio abusivo del derecho, el restablecimiento del equilibrio contractual, así como el pago de las indemnizaciones y compensaciones que correspondan⁵.

Así, HUAPAYA TAPIA⁶ señala que *“...esta modificación unilateral debe encontrarse debidamente fundamentada y/o justificada, ya que el hecho de que se permita tal potestad, ello no quiere decir que la misma se deba ejecutar sin ningún motivo o impulso que la determine, en aras de evitar la arbitrariedad y discrecionalidad en desmedro no solo del contratista sino de la seguridad jurídica y otorgar predictibilidad en las relaciones contractuales que todo Estado Democrático de Derecho lo requiera. Por tanto, de acuerdo, al principio de legalidad resulta fundamental que la norma que la autorice y/o la “cláusula exorbitante” que la contiene desarrolle los procedimientos o la metodología a seguir a efectos de restablecer el equilibrio económico contractual o en todo caso compensar e indemnizar al co-contratante de ser el caso. (...) se puede apreciar que el ejercicio de esta potestad obedece a un criterio razonable y ponderable, los cuales deben fundamentarse, propiciando con ello los límites a la invocación a dicho poder”*.

No se trata de un poder o situación de “ius imperium”, sino de una opción legislativa que se aparta de consagrar una situación exorbitante en favor del Estado. La LCE al optar por hacer arbitrable los aspectos puntuales de *“controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación,*

⁵ MARIO LINARES hace un recuento de las principales limitaciones a la “potestas variandi” que reconoce la doctrina. Ver: “EL CONTRATO ESTATAL”. Grijley. Lima . 2002. Página 161.

⁶ RAMÓN HUAPAYA TAPIA: “POTESTADES Y PRERROGATIVAS EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN EL DERECHO PERUANO: BASES PARA SU CARACTERIZACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO”. En “Aportes para un Estado Eficiente. V Congreso Nacional de Derecho Administrativo”. Palestra. Lima. 2012. Página 547 y siguientes.



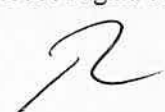

resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato” ha configurado una modulación de la institución del contrato administrativo que rompe el privilegio que en doctrina se conoce, en términos de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ⁷ como la “decisión unilateral y ejecutoria, previa al conocimiento judicial, que imponía al contratista del Estado el deber de su cumplimiento inmediato con la carga de impugnación contencioso-administrativa si estaba disconforme con su legalidad”. En efecto, en virtud del artículo 52° se prescinde de la técnica del recurso contencioso-administrativo en su aplicación al contrato administrativo. De manera que las decisiones de la Entidad sobre, el perfeccionamiento del contrato (inexistencia), sobre su eficacia, sobre su validez (nulidad), su interpretación y su ejecución (realización de prestaciones, calificación de situaciones de incumplimiento, aplicación de penalidades, prórroga del contrato, recepción, responsabilidades, etc.) deben resolverse mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo entre las partes.

Así, si bien las decisiones de la Entidad en esas materias se plasman en Resoluciones, éstas están “contractualizadas” y configuran actos contractuales cuya impugnación no se ejerce mediante los recursos previstos en la Ley del Procedimiento Administrativo –Ley 27444-, sino por los indicados mecanismos de conciliación o arbitraje.

Por todo lo anterior, el Árbitro Único tiene la convicción racional que la decisión del IPD de aplicar el Presupuesto Deductivo No Vinculante N° 01, ascendente a la suma de S/. 219,842.80 incluido IGV, aprobado mediante la Resolución N° 237-2012-P/IPD (que dejó sin efecto la Resolución N° 847-2011-GP-PHP/IPD), puede someterse a arbitraje. Así, su revisión en sede arbitral versará sobre si el mismo es aplicable o no a la Liquidación del Contrato.

Procedencia de la aplicación de deductivos a contratos bajo el Sistema Suma Alzada

⁷ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ: “CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO” Tomo I. Sexta Edición. Civitas. Madrid. 1993. Página 663.



Como se mencionó, CESEL considera que el Presupuesto Deductivo No Vinculante N° 01 no puede ser aplicado al Contrato, habida cuenta que a las Bases de la Exoneración de Proceso N° 02-2010-IPD, el Sistema de Contratación es a Suma Alzada.

El Árbitro Único no comparte la posición del DEMANDANTE, conforme a los argumentos que se exponen a continuación.

De acuerdo al artículo 40° del Reglamento, se define el Sistema de Contratación a Suma Alzada, como aquél en el que las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos y especificaciones técnicas respectivas, de manera que el postro formula su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución.

El “Sistema A Suma Alzada” es un mecanismo de determinación del precio del Contrato. Al respecto, PODETTI⁸ explica que *“en el sistema de ajuste alzado o suma global o cerrada se define el precio como inmodificable. En consecuencia, ambas partes han establecido sus obligaciones de modo definitivo, con las aspiración de que ni el objeto ni el precio ni las condiciones externas en que ellos se pactaron, cambien hasta el momento de la finalización de los trabajos, entrega de la obra y liquidación final de cuentas. Como señalan con precisión Carol y Sansoni, el sistema de ajuste alzado <requiere que a una invariabilidad de obra se corresponda una invariabilidad de precio>. (...) Sin embargo, habida cuenta que es muy difícil que nada cambie durante la ejecución de una obra, en realidad el sistema de ajuste alzado significa que ambas partes han pactado una equivalencia entre las obligaciones que cada una de ellas ha asumido en relación con la otra”*.

En esa línea, es de destacar que el Código Civil ha flexibilizado el principio de invariabilidad del precio en el sistema de ajuste alzado, atendiendo a mantener

⁸ HUMBERTO PODETTI: “CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN”. Astrea. Buenos Aires. 2004. Página 251.



la equivalencia de las prestaciones de cada una de las partes. Esa flexibilización se ha consagrado en el artículo 1776°:

“El obligado a hacer una obra por ajuste alzado tiene derecho a compensación por las variaciones convenidas por escrito con el comitente, siempre que signifiquen mayor trabajo o aumento en el costo de la obra. El comitente, a su vez, tiene derecho al ajuste compensatorio en caso de que dichas variaciones signifiquen menor trabajo o disminución en el costo de la obra”.

Al comentar este artículo, TOVAR GIL y FERRERO DÍAZ⁹ explican que “en esta modalidad de contrato, las partes convienen en establecer una equivalencia entre el valor de la obra terminada (el íntegro del trabajo del contratista concretamente convenido y especificado) y el precio (retribución) pactado. Por lo tanto, el contratista no puede cobrar ninguna cantidad adicional por todo lo que ejecute con el propósito de terminar la obra, sin excepción, según los alcances contratados de la obra. Todos los costos incurridos por el contratista son de su exclusiva cuenta y riesgo”. Si bien en este sistema el precio se postula inalterable, tal como advierten las autoras citadas, la retribución del contratista puede sufrir ajustes para arriba o para abajo, ya que “...la introducción de variaciones en la obra puede traer como consecuencia ajustes en la retribución, ya sea que estos ajustes signifiquen un pago a favor del contratista, si las variaciones enarecerán la ejecución de la obra, o un ahorro del comitente, si las variaciones abaratarán su ejecución”.

En ese sentido, comentan tales autoras, el citado artículo 1776° del Código Civil “hace referencia a variaciones en la obra <que signifiquen menor trabajo o disminución en el costo de la obra>. Nuevamente siguiendo la lógica, el artículo recoge el derecho del comitente de obtener una rebaja en la retribución por la obra, proporcional al ahorro que la variación acordada le significará al contratista”.

Pero la aplicación de adicionales y deductivos en los contratos a Sistema A Suma Alzada no sólo es reconocida por la doctrina y regulada por el Código

⁹ MARÍA DEL CARMEN TOVAR GIL y VERÓNICA FERRERO DÍAZ. En “CÓDIGO CIVIL. COMENTADO”. Gaceta Jurídica. Tomo IX. Lima. 2007. Página 223.

Civil, sino que también ha sido aceptada por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE.

Así, en la Opinión N° 021-2011/DTN de fecha 17 de febrero de 2011, OSCE absuelve una consulta sobre la posibilidad de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales o la reducción de prestaciones en una obra ejecutada a suma alzada, en los siguientes términos:

“2.1.2. (...)

De ello se desprende que, en una obra contratada a suma alzada, el precio pactado solo podría ser modificado si durante la ejecución contractual la Entidad, con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato, decide modificar los planos o especificaciones técnicas.

Por tanto, las obras ejecutadas bajo el sistema a suma alzada implican, como regla general, la invariabilidad del precio pactado, por lo que el contratista se obliga a realizar el íntegro de las prestaciones necesarias para la ejecución de la obra por el precio ofertado en su propuesta.

2.2 “De las consideraciones anteriores, ¿es posible que en una modalidad de contrata a suma alzada, en la que la Entidad formuló y aprobó el expediente técnico, de origen a adicionales o deductivos?

(...)

Ahora bien, como se ha señalado en el punto 2.1.2 de la presente opinión, las obras que se ejecuten bajo el sistema a suma alzada implican, como regla general, la invariabilidad del precio ofertado por el postor en su propuesta, por lo que, en estos contratos, la Entidad solo podrá aprobar la ejecución de prestaciones adicionales, si los planos o especificaciones técnicas fueron modificados durante la ejecución contractual, con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato.

En tal sentido, en las obras ejecutadas bajo el sistema a suma alzada la Entidad solo podrá ordenar la ejecución de prestaciones adicionales o la reducción de prestaciones, cuando ello sea necesario debido a la modificación de los planos o especificaciones técnicas, y no debido a la mayor o menor ejecución de metrados, pues en estos supuestos el costo debe ser asumido por el contratista o la Entidad, según se trate de mayores o menores metrados, dado el sistema de contratación elegido”.

El Árbitro Único comparte la posición del OSCE, en el sentido que en los contratos ejecutados bajo el sistema a suma alzada es factible la aplicación de deductivos o reducciones de prestaciones.



Procedencia de la aplicación de deductivos por reducción de la cantidad de actividades previstas para la prestación del servicio de Supervisión

Como segundo extremo para cuestionar la aplicación del Presupuesto Deductivo No Vinculante N° 01, también se señaló que CESEL considera que si bien en la etapa contractual se dedujeron actividades que debían realizar determinados profesionales, éstos también tenían a su cargo la realización de otras actividades en simultáneo que exigían su permanencia durante la prestación del servicio, como se puede apreciar en el cronograma de obra. De manera que, la real permanencia de los diferentes profesionales superó ampliamente la cantidad de Hombres Mes que se estableció en el período de participación de dichos profesionales.

Sobre este argumento, el Árbitro Único entiende que el mismo resulta irrelevante, por cuanto el fundamento de la aplicación de un deductivo o reducción de la prestación está directamente relacionada con la supresión de las actividades de supervisión originalmente previstas, las que estuvieron vinculadas a las actividades del contrato de obra que fueron materia de sus respectivos deductivos.

La aplicación del Presupuesto Deductivo No Vinculante N° 01 está habilitada por la modificación o variación (eliminación) de actividades que conllevaron un menor trabajo de supervisión en los términos originalmente previsto en el Contrato N° 005-2010-OBRAS-IPD.

En ese sentido, al reducirse las prestaciones del contrato de supervisión, corresponde la aplicación del deductivo del pago por el monto correspondiente a las partidas no ejecutadas.

En la eventualidad que, como sostiene CESEL, varios profesionales tuvieron que permanecer en la Supervisión (ya que realizarían varias actividades en simultáneo), dicho hecho no invalida la aplicación del deductivo en cuestión.



En efecto, si se produjo un incremento en la participación de los especialistas en hombres-mes realmente utilizados que superó ampliamente la prevista en la estructura de costo, para la ejecución de las partidas que originalmente determinaron el servicio contratado, ese mayor costo está a cargo del contratista, en la medida que se trate de las actividades originalmente previstas, ya que de tratarse de otras actividades, el Supervisor tendría derecho a adicionales.

El Árbitro Único ha verificado que conforme a la Resolución N° 847-2011-GP-PHP/IPD y su modificatoria la Resolución N° 237-2012-P/IPD que aprobaron el Presupuesto Deductivo No Vinculante N° 01, así como al Informe N° 185-2011-GP/LLM-IPD del Coordinador de la Zona "B" del Proyecto Modernización del Estadio Nacional, dicho Deductivo responde a un menor trabajo de Supervisión como consecuencia de la reducción de los trabajos del Contrato de Obra, generados por la aprobación de los presupuestos deductivos no vinculantes N° 01 (Instalaciones Eléctricas de la Zona B) y 02 (Centro Comercial) de la ejecución de las obras civiles de la Zona B correspondiente a los sectores oriente y sur.

No obstante que para CESEL en el Contrato N° 005-2010-OBRAS-IPD se presentó menores trabajos, resulta pertinente ponderar que no se vio perjudicada puesto que los deductivos aplicados generaron nuevos contratos de ejecución de obra y de supervisión.

En decir, CESEL ejecutó nuevas partidas de supervisión correspondiente a otros contratos de obra vinculados. Así, como señala el IPD de los deductivos no vinculantes 01 y 02 se suscribieron otros contratos de ejecución de obra y de supervisión. En el caso de los deductivos no vinculantes 03 y 04 no se celebraron otros contratos, pues se estimó que por considerarse menor trabajo de supervisión se suplía con el mayor trabajo que representó supervisar los adicionales de obra.



En ese marco de ejecución contractual, considerando la reducción de los trabajos de supervisión por eliminación de partidas, que conllevaron una variación sobre el objeto del servicio de supervisión, y ponderando que CESEL se vio compensado por nuevos contratos de supervisión como consecuencia de la variación, el Árbitro Único tiene la convicción racional que el IPD tenía fundamentos para realizar un Deductivo en el Contrato N° 005-2010-OBRA-IPD.

Cálculo del Deductivo

Ahora bien, el hecho que exista fundamentos para realizar un Deductivo no significa que éste no pueda dejarse sin efecto. Ciertamente la pretensión de la Demanda importa que el Árbitro Único analice la procedencia del Deductivo aplicado en la Liquidación del Contrato, lo que importa verificar dos niveles, el fundamento que lo sustenta y el cálculo del mismo.

El primer nivel fue analizado en el acápite anterior, en este segundo corresponde verificar el monto del deductivo que es procedente aplicar.

A este efecto, cabe recordar que el marco de la Contratación del Estado establece un límite máximo de 25% para el ejercicio de la facultad de la Entidad de disponer reducciones de servicios, tal como lo establece el artículo 41° de la LCE y el artículo 174° del Reglamento.

En el presente caso el IPD no ha trasgredido dicho límite, en la medida que conforme lo dispone la Resolución N° 237-2012-P/IPD, se ha aprobado el Deductivo No Vinculante N° 01 por la suma de S/.219, 842.80 incluido el IGV, siendo la incidencia del mismo en el monto contractual original del 21.88%.

El Árbitro Único advierte que no resulta razonable ni proporcionado aplicar el porcentaje del total de los Deductivos de Obras No Vinculantes al monto del Contrato de Supervisión incluyendo las prestaciones adicionales aprobadas.



Así, según consta en el Informe N° 185-2011-GP/LLM-IPD, el cálculo del deductivo se basa en los mismos porcentajes de los deductivos de obra no vinculantes 01 y 02 que ascienden a 10.32% y 6,55% respectivamente, lo que da un total de 16.86%, que el IPD lo aplica al monto total del Contrato incluyendo las Prestaciones Adicionales.

El Árbitro Único considera que debe aplicarse la reducción proporcional de la obra, ascendente a 16.86% al monto total del Contrato Original de Supervisión, esto es, a S/. 844, 341.18 sin incluir IGV, lo que da un deductivo que corresponde aplicar a la Liquidación de S/.142,355.92 sin incluir IGV.

Es de resaltar, que ese criterio de aplicación concuerda con el tenor del artículo 174° del Reglamento clara y puntualmente menciona el concepto de “monto del contrato original”, no hace referencia al “monto del contrato actualizado o vigente”.

Como sabemos, el Anexo Único del Reglamento que contiene definiciones, establece que se el “Contrato Original” es el contrato suscrito como consecuencia del otorgamiento de la Buena Pro en las condiciones establecidas en las Bases y la oferta ganadora. Mientras que por “Contrato actualizado o vigente” se entiende al contrato original afectado por las variaciones realizadas por los reajustes, prestaciones adicionales, reducción de prestaciones, o por ampliación o reducción de plazo.

En consecuencia, por los fundamentos expuestos la primera pretensión de la Demanda debe declararse FUNDADA EN PARTE , por tanto procedente dejar sin efecto parcialmente la aplicación del Presupuesto Deductivo No Vinculante N° 01, por el monto de S/. 219,842.80 incluido IGV, correspondiendo aplicar un Presupuesto Deductivo No Vinculante N° 01 por la suma de S/.142,355.92 sin incluir IGV, que corresponde al 16.86% del Monto del Contrato Original.

IV.3 TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:



“EN CASO QUE EL ÁRBITRO DECLARE QUE LOS LITERALES B), C) Y D) NO HAN CADUCADO:

- DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE SE APRUEBE LA LIQUIDACIÓN FINAL DE LOS SERVICIOS DE SUPERVISIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS CIVILES DE LA ZONA “B” QUE COMPRENDE LOS SECTORES ORIENTE Y SUR DEL PROYECTO DE REHABILITACIÓN, REMODELACIÓN Y EQUIPAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA DEL ESTADIO NACIONAL DE LIMA, DE FECHA 23.02.2010, POR LA SUMA DE S/. 321,479.02 NUEVOS SOLES”.**

Esta tercera materia de pronunciamiento corresponde a la:

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

“b) Aprobar la Liquidación Final de EL CONTRATO con un saldo a favor de CESEL ascendente a la suma de S/321,479.02”.

Como se manifestó en el punto controvertido anterior, la diferencia de saldos en las liquidaciones finales de cada parte, se debe a la aplicación del Presupuesto Deductivo No Vinculante N° 01 que fuera aprobado por el IPD mediante la Resolución N° N° 847-2011-GP-PHP/IPD, que modificada por la Resolución N° 237-2012-P/IPD conlleva una Reducción N° 01 por (-S/. 219,842.80 incluido IGV).

En la medida que el Árbitro Único ha encontrado procedente la aplicación de un Deductivo No Vinculante N° 01, pero por un monto menor ascendente a (-S/. 142,355.92 sin incluir IGV), la Liquidación Final del Contrato de Supervisión N° 012-2009-IPD-LIMA genera el reconocimiento de un saldo a favor de CESEL ascendente a la suma de **S/.153,499.03 incluido el IGV**, conforme se detalla a continuación:

DESCRIPCIÓN	TOTAL	TASA IGV	IGV	SUBTOTAL
Liq. CESEL	321,479.02	18%	49,039.17	272,439.85
DEDUCTIVO 01	-169,402.62	19%	-27,047.62	-142,355.92
SALDO DE VALORIZACIONES NO PAGADAS (SIN IGV)				130,083.93
IGV (18%)				23,415.10

SALDO DE VALORIZACIONES NO PAGADAS (INCLUIDO IGV) 153,499.03

Por tanto, la segunda pretensión principal se debe declarar FUNDADA EN PARTE, consecuentemente declarar que la Liquidación Final del Contrato de Supervisión N° 005-2010-OBRAS-IPD (PROCESO EXONERADO N° 02-2010-IPD) genera el reconocimiento de un saldo a favor de CESEL ascendente a la suma de S/.153,499.03 incluido el IGV, al que deberá añadirse el monto correspondiente a la Devolución de Retenciones.

“EN CASO QUE EL ÁRBITRO DECLARE QUE LOS LITERALES B), C) Y D) NO HAN CADUCADO:

- DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL IPD PAGUE A FAVOR DE CESEL S.A. EL IMPORTE ASCENDENTE A LA SUMA DE S/. 321,479.02 NUEVOS SOLES.***

También, esta tercera materia de pronunciamiento corresponde a la:

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

“c) Disponer que el IPD pague a favor de CESEL el importe ascendente a S/.321,479.02”.

En la medida que presente pretensión está subordinada a la anterior, al haberse declarado Fundada en Parte la pretensión anterior, la tercera pretensión en su calidad de subordinada sigue la suerte de ésta.

Consecuentemente, al disponerse que la la Liquidación Final del Contrato de Supervisión N° 005-2010-OBRAS-IPD (PROCESO EXONERADO N° 02-2010-IPD) genera el reconocimiento de un saldo a favor de CESEL ascendente a la suma de S/.153,499.03 incluido el IGV, al que deberá añadirse el monto correspondiente a la Devolución de Retenciones, corresponde declarar FUNDADA EN PARTE esta pretensión, y por tanto disponer que el IPD pague a favor de CESEL el importe ascendente a S/.153,499.03 incluido el IGV, al que deberá añadirse el monto correspondiente a la Devolución de Retenciones.



“EN CASO QUE EL ÁRBITRO DECLARE QUE LOS LITERALES B), C) Y D) NO HAN CADUCADO:

- DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO SE OTORGUE A CESEL S.A. UNA INDEMNIZACIÓN ASCENDENTE A LA SUMA DE S/. 321,479.02 NUEVOS SOLES, POR LOS PERJUICIOS QUE SE LE HABRÍA OCASIONADO POR LA FALTA DE PAGO DE SU LIQUIDACIÓN FINAL”.**

Por último, esta terceraa materia de pronunciamiento corresponde además a la:

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

“d) Otorgar indemnización ascendente a S/. 321,479.02 por el perjuicio que se le ha ocasionado por la falta de pago del saldo a favor que arroja la Liquidación Final de EL CONTRATO”.

En este extremo el Árbitro Único advierte que esta pretensión busca la reparación del incumplimiento de una obligación dineraria. Como tal está sujeta a lo estipulado en el Artículo 1324° del Código Civil, en virtud del cual el incumplimiento de las obligaciones dinerarias sólo puede generar el pago de intereses, salvo que se haya hecho reserva del daño ulterior.

En este orden de ideas, el resarcimiento por el incumplimiento de obligaciones de dar sumas de dinero está limitada al pago del interés legal, salvo que se haya pactado previamente la reparación del daño ulterior.

En el presente caso, habida cuenta que no existe pactado el daño ulterior, CESEL no puede reclamar un daño mayor a la liquidación de los intereses correspondientes. Sin perjuicio, del hecho que en autos El Demandante no ha demostrado la existencia de tal daño mayor.

Asimismo, CESEL ha invocado como fundamento de su pretensión indemnizatoria un supuesto de enriquecimiento sin causa y de abuso del derecho, a tenor de lo previsto en el artículo 1954° del Código Civil.

Sobre este punto, independientemente de la discusión que se presenta conceptualmente si la materia referida al enriquecimiento sin causa es o no arbitrable, el Árbitro Único advierte que la doctrina es unánime en el sentido



que la acción por enriquecimiento sin causa es **“residual”**, esto es, uno de sus presupuestos es la **“ausencia de toda otra acción”**.

En este extremo, cabe tener advertir que el enriquecimiento sin causa se encuentra regulado en el artículo 1954° del Código Civil que establece. **“aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo”**.

Como explica MOSSET ITURRASPE **“el empobrecido, titular de la actio in rem verso, debe carecer de otra acción dirigida a restablecer el equilibrio estático de los patrimonios, nacida de la ley, contrato, acto ilícito, gestión de negocios, voluntad unilateral o ejercicio abusivo de un derecho”**¹⁰.

En Doctrina, este carácter se conoce como “subsidiaridad”, que como señala COMPAGNUCCI DE CASO, **“afirmar la subsidiariedad de la acción significa que si existe otra vía para reclamar por el empobrecimiento sin razones, se impide ejercer la actio de in rem verso. Es decir, esta pretensión específica no puede venir a suplir a otra acción que esté prescripta, o haber sido rechazada la demanda con una sentencia pasada en cosa juzgada, o bien se encuentre en la imposibilidad de probar la otra acción, etcétera. Por lo tanto, habiendo otra acción –pendiente o fracasada- no es posible promover la derivada del enriquecimiento sin causa”**¹¹.

El Código Civil recoge este requisito en el artículo 1955°, al establecer expresamente que: **“La 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”**.

¹⁰ JORGE MOSSET ITURRASPE: “Contratos”. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires. 1998. Página 516.

¹¹ RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO: “Manual de Obligaciones”. Astrea. Buenos Aires. 1997. Página 78.



Este requisito de admisibilidad tiene por objeto evitar un “fraude a la ley”. Como advierte, MOSSET ITURRASPE **“admitir que se reclame por esta vía aquello que la ley niega por los caminos normales, sería acoger el fraude a la ley”**.

En el presente caso, como se ha señalado al analizar la cuarta pretensión, CESEL tiene la vía de la responsabilidad contractual de IPD por incumplimiento de una obligación de naturaleza dineraria, como remedio legal para **“restablecer el equilibrio estático de los patrimonios”** y mitigar la incidencia económica de la falta de pago del saldo a su favor que arroja la Liquidación Final del Liquidación Final del Contrato de Supervisión N° 005-2010-OBRAS-IPD (PROCESO EXONERADO N° 02-2010-IPD).

En consecuencia, para el Árbitro Único no puede admitirse una pretensión por enriquecimiento sin causa, cuando el Demandante tiene otras acciones que la ley le franquea para hacer valer su pretensión indemnizatoria.

Atendiendo a todas las consideraciones anteriores, el Árbitro Único tiene la convicción que esta pretensión se debe declarar INFUNDADA.

IV.4 CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:

“DETERMINAR SI COMO CONSECUENCIA DE DECLARARSE FUNDADA LAS PRETENSIONES PRINCIPALES DE CESEL S.A., SI CORRESPONDE DISPONER EL PAGO DE LOS INTERESES ACTUALIZADOS A LA FECHA QUE SEAN EFECTIVAMENTE CANCELADO, EL IGV Y LAS COSTAS DEL PROCESO”.

La cuarta materia de pronunciamiento corresponde a las:

PRETENSIONES ACCESORIAS

“1.2.1 . Disponer el pago de los interese de acuerdo a ley, que calculados hasta el 11.09.2012, ascienden a S/. 1,843.82 (mil ochocientos cuarenta y tres con 82/100 nuevos soles) y que deberán actualizarse hasta la fecha en que sean efectivamente cancelados”

1.2.2 El IGV correspondiente y las costas y costos del proceso”.



Conforme al artículo 48° de la LCE, en caso en atraso en el pago por parte de la Entidad salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes.

En la media que en el presente caso el saldo de la Liquidación del contrato ha sido determinado mediante el Laudo, resulta de aplicación a la pretensión de intereses lo dispuesto por el artículo 1334° del Código Civil, por ende, tratándose de una obligación de dar suma de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda.

Tratándose éste de un procedimiento arbitral, la demanda de CESEL fue notificada a IPD el 14 de junio de 2012, y siendo expreso el mandato del artículo 1334° del Código Civil en el sentido que los intereses moratorios corren a partir de la notificación de la demanda, a IPD le corresponde pagar los intereses a partir de dicha fecha hasta el pago correspondiente.

En tal sentido, corresponde ordenar el pago de intereses legales a partir de 18 de septiembre de 2012 sobre los montos de pago reconocidos en el presente Laudo, hasta la fecha real de pago.

IV.5 COSTOS Y COSTAS DEL PROCESO:

El artículo 73° del Decreto Legislativo N° 1071, norma que regula el arbitraje, establece que los ***“costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el Tribunal Arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso”***.

El Arbitro Único considera que ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta que debían defender sus pretensiones en vía arbitral, y que, además, se debe considerar el buen comportamiento



procesal de las partes y la incertidumbre que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los gastos o costos que sufrió; esto es, que cada parte asume los gastos, costos y costas que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios de los árbitros, del secretario arbitral, su defensa, entre otros.

Por las consideraciones antes expuestas, este el Árbitro Único **LAUDA EN DERECHO:**

PRIMERO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la primera pretensión de la Demanda, por tanto PROCEDENTE dejar sin efecto en parte la aplicación del Presupuesto Deductivo No Vinculante N° 01, por el monto de S/. 219,842.80 incluido IGV, correspondiendo aplicar un Presupuesto Deductivo No Vinculante N° 01 por la suma de S/.142,355.92 sin incluir IGV, que corresponde al 16.86% del Monto del Contrato Original.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la segunda pretensión de la Demanda, consecuentemente declarar que la Liquidación Final del Contrato de Supervisión N° 005-2010-OBRA-IPD (PROCESO EXONERADO N° 02-2010-IPD) genera el reconocimiento de un saldo a favor de CESEL ascendente a la suma de S/.153,499.03 incluido el IGV, al que deberá añadirse el monto correspondiente a la Devolución de Retenciones.

TERCERO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la tercera pretensión de la Demanda, y por tanto disponer que el IPD pague a favor de CESEL el importe ascendente a S/.153,499.03 incluido el IGV, al que deberá añadirse el monto correspondiente a la Devolución de Retenciones.

CUARTO: Declarar **INFUNDADA** la cuarta pretensión de la Demanda.

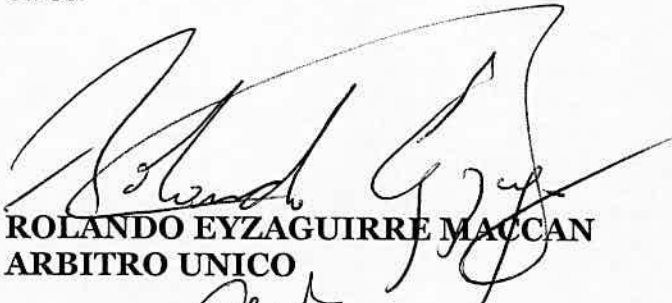
QUINTO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la pretensión accesorio, en consecuencia, corresponde ordenar que el IPD pague a CESEL los intereses



legales a partir de 18 de septiembre de 2012 sobre los montos de pago reconocidos en el presente Laudo, hasta la fecha real de pago.

SEXTO: FÍJENSE los honorarios del Árbitro Único en la suma de 6,200.00 (Seis Mil Doscientos con 00/100 Nuevos Soles) netos y los honorarios del secretario arbitral en la suma neta de S/. 3,100.00 (Tres Mil con 00/100 Nuevos Soles), (Mil Quinientos con 00/100 Nuevos Soles), conforme a lo establecido en el acta de instalación.

SETIMO: DISPÓNGASE que cada parte asuma directamente los gastos o costos que sufrió; esto es, que cada parte asume los gastos, costos y costas que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios de los árbitros, del secretario arbitral, su defensa legal, entre otros.



ROLANDO EYZAGUIRRE MACCÁN
ARBITRO UNICO



Jorge Hidalgo Solórzano
SECRETARIO