

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

Lima, 02 de Junio de 2015

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Demandante:

Consorcio DH – MONT & CG & M S.A.C.

En adelante el **CONTRATISTA**, el **CONSORCIO** el **DEMANDANTE**.

Demandado:

Ministerio de Educación – Unidad Ejecutoria N° 108.

En adelante la **ENTIDAD**, el **DEMANDADO** o **MINEDU**.

Tribunal Arbitral:

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente

Dr. Álvaro Zúñiga León

Dr. Sesibel Margarita Vela Vega.

Secretaria Arbitral:

Dra. Milagros Chueca Palomino

RESOLUCIÓN N° 45

Lima, 02 de Junio de 2015.-

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 25 de mayo de 2009 se suscribió el Contrato N° 077-2009-ME/SG-OGA-UA-APP vinculado a la Ejecución de la Obra de Remodelación, Rehabilitación y Reforzamiento de la Infraestructura de la Institución

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

Educativa "Pedro A. Labarthe (Emblemática)", ubicada en el distrito de La Victoria, provincia y departamento de Lima, por un plazo de 270 días calendario, entre el Consorcio DH -MONT & CG & M S.A.C (el contratista) y el Ministerio de Educación (la Entidad), el cual en su cláusula 24 señala:

La Cláusula Vigésima Cuarta: Solución de Controversias

"Aplicación del Arbitraje.-

En caso no haya acuerdo para la Conciliación, las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato será resuelta mediante arbitraje conforme a las disposiciones de la LEY y su REGLAMENTO.

El arbitraje será resuelto por un Tribunal Arbitral con formado por (3) árbitros. A falta de acuerdo en la designación de los mismos o del Presidente del Tribunal, o ante la rebeldía de las partes en cumplir con dicha designación, la misma será efectuada por el Consejo Superior de Contrataciones del Estado conforme a las disposiciones administrativas del REGLAMENTO o conforme al Reglamento del Centro de Arbitraje al que se hubiesen sometido las partes.

El Laudo Arbitral emitido es vinculante para las partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva, siendo el laudo inapelable ante el Poder Judicial o ante cualquier instancia administrativa.

El procedimiento de Conciliación y arbitraje se ceñirá a lo prescrito en los artículos 272º al 292º del REGLAMENTO."

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

Como consecuencia de las controversias derivada del contrato, el demandante presentó su solicitud arbitral, en aplicación del convenio arbitral contenido en la citada cláusula Vigésima Cuarta del contrato.

II. DESARROLLO DEL PROCESO

A. Actuación Preliminar del Tribunal Arbitral

1. Con fecha 03 de junio de 2011 a las 11 horas se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral AD HOC en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, donde se reunieron el Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral y los doctores Álvaro Zúñiga León y Jorge Armando Rodríguez Vélez, en su calidad de Árbitros; conjuntamente con Cecilia Cornejo Caballero, Directora de la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, con el propósito de instalar el Tribunal Arbitral que se encargará de resolver la presente controversia.

2. Con fecha 17 de junio de 2011, el Contratista, presenta su escrito de demanda, dentro del plazo señalado en el Acta de Instalación antes referido, en dicho escrito el demandante propuso como sus pretensiones las siguientes:

Primera pretensión principal.- Determinar en forma declarativa que el valor de real de la obra objeto del Contrato N° 077-2009-ME/SG-OGA-UA-APP, vinculado a la Ejecución de la Obra de Remodelación, Rehabilitación y Reforzamiento de la Infraestructura de la Institución Educativa "Pedro A. Labarthe", ubicada en el distrito de La Victoria, Provincia de Lima, Departamento de Lima, asciende al monto de S/.16'102,546.02 (DIECISEIS MILLONES CIENTO DOS MIL

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS Y 53/100 NUEVOS SOLES), conforme se indica en el informe del Equipo Técnico del Centro de Peritaje del Capítulo Departamental - Lima del Colegio de Ingenieros del Perú.

Segunda Pretensión Principal.- Determinar que se pague a favor de mi representada la suma de S/.6'017,911.10 (SEIS MILLONES DIECISIETE MIL NOVECIENTOS ONCE Y 10/100 NUEVOS SOLES), la cual corresponde a la diferencia existente entre los montos del presupuesto de obra realmente ejecutados por el Consorcio DH MONT & CG&M SAC por concepto de mayores obras y actualización de obra a precios de mayo del 2009 y el monto del presupuesto del expediente técnico de licitación contratado (equilibrio económico financiero del contrato); valor dinerario que resulta del mayor gasto efectuado por nuestra parte (CONSORCIO DH MONT & CG&M SAC) a la fecha referida para concluir la obra verificada por el equipo de ingenieros peritos del Centro de Peritaje del Capítulo Departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú.

Primera Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal.- Que el Tribunal, en vía subsidiaria y sólo en caso se RECHACE la pretensión segunda, se ordene pagar al demandante, en vía de ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA la suma señalada en el dictamen pericial ascendente de S/.6'017,911.10 (SEIS MILLONES DIECISIETE MIL NOVECIENTOS ONCE Y 10/100 NUEVOS SOLES).

Cuarta Pretensión Principal.- Que se proceda al pago de intereses, costas y costos con ocasión del presente proceso.

3. Al respecto, mediante Resolución N° 01 el Tribunal Arbitral resuelve admitir a trámite la demanda arbitral presentada por el Contratista en los términos que se expresan, teniéndose por ofrecidos los medios probatorios

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

presentados. Asimismo, resuelve correr traslado al Ministerio de Educación con la demanda arbitral y medios probatorios presentados por el demandante, a fin de que cumpla con contestarla y, de considerarlo pertinente, presente acción reconvencional.

4. Mediante Resolución N° 03, el Tribunal Arbitral resuelve dar trámite al escrito presentado por la entidad el 12 de julio de 2011, mediante el cual resuelve correr traslado al consorcio con la cuestión probatoria en relación a la tacha y del recurso de oposición presentado.

5. El 19 de julio de 2011, el Ministerio de Educación presentó su escrito de contestación de demanda arbitral.

6. Mediante Resolución N° 4 se admitió a trámite la contestación de la demanda arbitral presentada por el Ministerio de Educación, teniendo presente lo expuesto por el demandante así como los medios probatorios ofrecidos. Del mismo modo, cita a las partes a la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios programada para el día 09 de agosto de 2011.

7. De otro lado, mediante Resolución N° 05 se citó nuevamente a las partes a la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios programada para el día 10 de octubre de 2011.

8. El día y hora programada se llevó a cabo la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios con la asistencia de ambas partes, en cuya diligencia se dispuso lo siguiente:

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

**Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega**

AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS




OPOSICIÓN

El Ministerio presentó oposición al arbitraje mediante escritos de fecha 12 y 19 de junio de 2011, siendo que el Tribunal dispuso resolver dicha oposición en un momento posterior de acuerdo a las reglas establecidas en el Arbitraje.

CONCILIACIÓN

El Tribunal Arbitral inició el diálogo entre las partes, a fin de propiciar entre ellas la posibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio, las partes señalaron que por el momento no es posible arribar a ningún acuerdo conciliatorio.

DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

- 
- 
- i) Primer Punto Controvertido.- Determinar si procede o no declarar que el valor de real de la obra objeto del contrato materia de Litis, asciende a la suma de S/. 16'102,546.02 (Dieciséis millones ciento dos mil quinientos cuarenta y seis Y 02/100 NUEVOS SOLES), conforme se indica en el informe del Equipo Técnico de Peritaje del Colegio de Ingenieros del Perú, sede Lima.
 - ii) Segundo punto controvertido.- Determinar si procede o no el pago a favor de la demandante por la suma de S/.6'017,911.10 (Seis millones diecisiete mil novecientos once y 10/100 nuevos soles), monto que corresponde a la diferencia existente entre los montos del presupuesto de obra realmente ejecutado por concepto de
- 

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

mayores obras y actualización de obra a precios de mayo del 2009 y el monto del presupuesto del expediente técnico de licitación contratado; valor dinerario que resulta del mayor gasto efectuado por el demandante a la fecha referida para concluir la obra verificada por el Equipo de Ingenieros Peritos del Centro de Peritaje del Colegio de Ingenieros, sede Lima.

iii) Punto controvertido subsidiario al segundo punto controvertido.- En caso de no proceder el segundo punto controvertido, determinar si procede o no se ordene pagar a favor del demandante la suma de S/.6'017,911.10 (Seis millones diecisiete mil novecientos once y 10/100 nuevos soles), por concepto de enriquecimiento sin causa.

iv) Tercer punto controvertido.- Determinar a quién corresponde asumir el pago de intereses del monto controvertido y las costas y costos del proceso arbitral.

9. Asimismo, en la mencionada Audiencia se tuvieron por ofrecidos los medios de prueba en relación a la tacha y a la pericia interpuesta por la parte demandada, declarando el Tribunal Arbitral que se resolvería en momento posterior; asimismo se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el demandante en su demanda arbitral presentada el 17 de junio de 2011 y escrito de fecha 07 de octubre de 2011.

10. Del mismo modo, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el demandado en los escritos de fecha 12 y 17 de julio de 2011.

11. Posteriormente, mediante carta de fecha 21 de noviembre de 2011, el Tribunal Arbitral solicitó al Centro de Peritaje del Consejo departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú indicar el procedimiento de

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

designación de peritos que fueron nombrados para la realización de la pericia en el contrato materia de Litis.

12. Mediante carta de fecha 30 de noviembre de 2011, el presidente del directorio del Colegio de Ingenieros del Perú presentó copia del acta de acuerdo y entrega respecto de la pericia del consorcio DHMONT & CG & M SAC.

13. Posteriormente mediante resolución N° 06 el Tribunal Arbitral resolvió tener por actuado el medio probatorio consistente en el informe elaborado por el centro de peritaje del Colegio de Ingenieros del Perú del Consejo Departamental de Lima. Asimismo dispuso citar a las partes y a los peritos a la audiencia de debate pericial para el día 12 de enero de 2012, a horas 11:00 a.m.

14. Posteriormente, mediante resolución N° 7 el Tribunal Arbitral resolvió suspender la audiencia de actuación pruebas programada para el jueves 12 de enero de 2012 a horas 11:00 am. Concediendo el plazo de 30 días a la parte demandada para que presente su pericia de parte, bajo a percibimiento de prescindir del medio probatorio propuesto por la demandada. Finalmente en dicha resolución se informó a las partes que mediante resolución posterior se notificará la nueva fecha para la audiencia de actuación de pruebas.

15. Mediante escrito de fecha 24 de enero de 2012, la entidad presentó su escrito de solicitud de acumulación de pretensiones.

16. Al respecto, mediante resolución N° 08 el Tribunal resolvió correr traslado de dicho escrito al consorcio.

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

17. Posteriormente, mediante resolución N° 09 este colegiado resolvió tener por absuelto el traslado por parte del consorcio, otorgando un plazo a la Entidad para la presentación de su demanda y medios probatorios que respalden sus pretensiones y cuantificación de su petitorio.

18. Asimismo, la Entidad presentó con fecha 20 de febrero de 2012, su pericia de parte; al respecto, mediante resolución N° 10 el Tribunal Arbitral resolvió correr traslado la referida pericia al consorcio a fin de que exprese lo conveniente a su derecho.

19. Mediante escrito de fecha 12 de marzo de 2012, el Ministerio presentó su escrito de demanda de nueva pretensión; siendo sus pretensiones las siguientes:

- Que, el TRIBUNAL declare que el costo final de la obra que resulta siendo legalmente vinculante y oponible a las partes, se fija y determina, en concordancia con el sistema y modalidad de contratación establecida en el contrato suscrito por las partes; y,
- Que, se condene al CONSORCIO al pago del íntegro de costas y costos con ocasión del presente proceso arbitral.

20. Mediante resolución N° 11 el Tribunal Arbitral resolvió previamente a tener por presentada la demanda de acumulación cuantifique su pretensión, lo cual fue cumplido por la Entidad, razón por la cual mediante resolución N° 12 el Tribunal resolvió ordenar el pago de honorarios arbitrales.

21. Mediante resolución N° 13 este colegiado determinó correr traslado del escrito de fecha 03 de mayo de 2012, presentado por la entidad mediante el cual dicha parte presenta reconsideración.

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

**Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega**

22. Posteriormente, mediante resolución N° 14 este Colegiado resolvió declarar fundada la reconsideración formulada por la demandada, ordenando que se cancelen los honorarios de acuerdo a lo establecido en dicha resolución; asimismo, se dispuso establecer reglas complementarias, dejando sin efecto lo resuelto en la resolución N° 12 referido a los pagos.

23. Mediante resolución N° 15 el Tribunal Arbitral resolvió citar a las partes a la audiencia de pruebas sobre el debate pericial para el 18 de julio de 2012.

24. Luego mediante resolución N° 16 el Colegiado resolvió reprogramar por única vez la audiencia de pruebas referente al debate pericial para el 09 de agosto de 2012, a 11:00 am.

25. El día y hora programada se realizó la audiencia de pruebas y debate pericial con la asistencia de las partes así como los peritos de ambas partes.

26. Mediante resolución N° 17 el Colegiado resolvió otorgar a las partes un plazo excepcional de 10 días hábiles para que cumplan con pagar los honorarios arbitrales bajo apercibimiento de suspender el proceso arbitral.

27. Luego con fecha 20 de agosto de 2012, el colegiado resolvió mediante resolución N° 18 otorgar a la parte demandada un plazo para que cumplan con pagar los honorarios de los miembros del tribunal arbitral y secretaría.

28. Mediante Resolución N° 19 el Tribunal Arbitral resuelve tener presente los escritos presentados el 20 de agosto de 2012, por el Ministerio y el Consorcio, poniendo a conocimiento de las partes los referidos escritos.

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

29. Posteriormente, mediante resolución N° 20 el Tribunal Arbitral resolvió corregir el error material incurrido en relación a la denominación de una de las partes; asimismo se dispuso tener presente el pago de los honorarios arbitrales por la demandante.

30. Mediante resolución N° 21 de fecha 02 de mayo de 2012, el Tribunal Arbitral resolvió admitir a trámite el escrito de demanda de nueva pretensión presentada por el Ministerio de Educación, corriendo traslado al consorcio.

31. Posteriormente, mediante resolución N° 22 el Tribunal Arbitral tuvo por contestada la acumulación de demanda de nuevas pretensiones realizada por el Consorcio teniendo por ofrecidos los medios probatorios que indicó dicha parte, corriendo traslado de la objeción presentada por el Consorcio al Ministerio.

32. Mediante resolución N° 23 el Tribunal dio trámite al escrito presentado por el Ministerio con fecha 10 de octubre de 2012, teniendo por absuelto el trámite, indicándose que se resolvería en momento posterior.

33. Posteriormente mediante resolución N° 24 el Tribunal Arbitral resolvió tener presente los alcances y precisiones efectuadas por la Entidad citar a la audiencia de hechos para el 19 de noviembre de 2012, a medio día. Posteriormente, mediante resoluciones N° 25 y 26 el Colegiado resolvió reprogramar la Audiencia de Hechos para el 04 de diciembre de 2012, a las 12:00 horas y finalmente para el día 10 de enero de 2013, a horas 12:00.

34. El día y hora programada se realizó la audiencia de hechos, con asistencia de ambas partes, audiencia donde las partes pudieron expresar sus posiciones y contestar las preguntas efectuadas por los árbitros.

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

35. Mediante resolución N° 27 el Colegiado resolvió ordenar un pago último de anticipos por honorarios de los miembros del Tribunal Arbitral así como de la secretaría. Posteriormente mediante resolución N° 28 el Colegiado otorgó a las partes un plazo adicional de 20 días a fin de que cumplan con el pago antes referido, el cual se tuvo por cancelado – por ambas partes- mediante resolución N° 29.

36. Mediante resolución N° 30 el tribunal arbitral resolvió declarar infundada la objeción presentada por el consorcio contra el escrito presentado por la entidad denominado demanda de nuevas pretensiones. Teniendo además por contestada la demanda de nuevas pretensiones y por ofrecidos dichos medios probatorios.

37. Mediante resolución N° 31 el Tribunal Arbitral resolvió adicionar a los puntos controvertidos los siguientes puntos controvertidos:

Cuarto punto controvertido.- Determinar si corresponde o no declarar que el costo final de la obra, legalmente vinculante y oponible a las partes, se fija y determina en concordancia con el sistema y modalidad de contratación establecida en el contrato que las partes han celebrado.

Quinto punto controvertido.- Determina si el pago de las costas y costos le corresponde al Consorcio DHMONT & GC&M SAC.

38. Asimismo, en la referida resolución N° 31 el Tribunal Arbitral resolvió declarar el cierre de la etapa probatoria, concediendo a las partes un plazo a fin de que presenten sus alegatos escritos, y citando a las partes la audiencia de Informes Orales para el día 13 de agosto de 2013, a horas 4:00 pm.

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

39. Luego mediante resolución N° 32 el Tribunal Arbitral resolvió tener por cumplidos los alegatos escritos presentados por la parte demandante precisándose que no cumplió con presentar sus alegatos dentro del plazo conferido. Posteriormente, mediante resolución N° 33 el Tribunal Arbitral resolvió suspender la audiencia de informe oral para el día 28 de agosto de 2013.

40. El día y hora programadas se realizó la audiencia de Informes Orales con la participación de ambas partes, en dicha audiencia se emitió la Resolución N° 34 en la que se corrió traslado al Consorcio del pedido efectuado por la Entidad; asimismo se emitió la Resolución N° 35 dando cuenta de la comunicación del árbitro doctor Álvaro Zúñiga, mediante la cual amplía su deber de declaración resolviéndose poner en conocimiento de las partes.

41. Mediante resolución N° 36 el Tribunal Arbitral resolvió denegar el pedido efectuado por la entidad, ordenando a la secretaría arbitral cumpla con entregar copia del DVD de la Audiencia de Informe Oral al momento de notificar el Laudo Arbitral.

42. Por otro lado, mediante Resolución N° 37, el Tribunal Arbitral fijó el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles.

43. Mediante Resolución N° 38, el Tribunal Arbitral resolvió prorrogar el plazo para laudar por diez (10) adicionales conforme a lo dispuesto en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, precisándose que el nuevo plazo empezaría a computarse a partir del vencido del plazo inicial.

44. Mediante Resolución N° 39 se dispuso suspender los actos procesales en atención a la renuncia al cargo de árbitro por parte del doctor Jorge

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

Armando Rodríguez Vélez por cuanto ha incurrido en incompatibilidad a consecuencia de causal sobreviniente; en tal sentido, se dispuso suspender los actos procesales, corriendo traslado a las partes a fin de que expresen lo conveniente a su derecho.

45. Dentro del plazo otorgado mediante Resolución N° 39 las partes cumplieron con expresar lo conveniente a su derecho, razón por la cual, mediante Resolución N° 40 se dispuso correr traslado a las partes con los escritos recíprocamente. Al respecto, mediante escrito de fecha 15 de noviembre de 2013, el Consorcio designa como árbitro sustituto a la abogada Sesibel Margarita Vela Vega.

46. Mediante resolución N° 41 el Tribunal Arbitral resolvió tener por recompuesto el Tribunal Arbitral, incorporando al proceso a la abogada Sesibel Margarita Vela Vega remitiéndole copia de los escritos actuados. Por otro lado, en dicha resolución se otorgó al doctor Jorge Armando Rodríguez Vélez un plazo para que devuelva parte de los honorarios arbitrales, otorgando un plazo de veinte (20) días hábiles a la abogada Sesibel Margarita Vela Vega a efectos que se ponga al corriente de los actuados.

47. Mediante resolución N° 42 el Tribunal Arbitral resolvió levantar la suspensión de los actos procesales y continuar con el proceso, manteniendo suspendido el plazo para la emisión de laudo arbitral, y citando a las partes a Audiencia de Informes Orales el 06 de marzo de 2014, variando la sede del arbitraje.

48. El Tribunal Arbitral resolvió Mediante resolución N° 43 correr traslado del escrito N° 22 presentado por la demandada a su contraparte. El 06 de marzo de 2014, se realizó la Audiencia de Informes Orales con asistencia únicamente de la demandante, dejándose constancia de la inasistencia de la demandada.

49. Mediante resolución N° 43 de fecha 27 de febrero del 2014 el Tribunal Arbitral resolvió correr traslado del escrito presentado por el Ministerio de Educación por el plazo de cinco (05 días).

50. Mediante resolución N° 44 de fecha 1 de junio de 2015 el Tribunal Arbitral resolvió: Tener presente el escrito N° 22 presentado por la parte demandada el 25 de febrero de 2014; tener presente el escrito S/N presentado por la parte demandante el 10 de marzo de 2014, y ponerlo en conocimiento de la parte demandada; declarar improcedente la caducidad aludida por la parte demandada; tener por concluido el plazo otorgado a la Árbitro Sesibel Vela Vega a efectos de que tome conocimiento de los actuados; y levantar la suspensión del plazo para laudar, restando el plazo de seis (06) días hábiles para la emisión del Laudo y su depósito en la sede del arbitraje

III. POSICIONES DE LAS PARTES

3.1. DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

A. POSICION DEL DEMANDANTE

Primer Punto Controvertido

El consorcio señala que la entidad debe pronunciarse expresamente sobre el fondo de la controversia inclusive sobre hechos o situaciones que hayan sido o no pactadas en el contrato y constituyan resultado de la realidad existente y que a consecuencia del mismo no ha sido prevista por norma material de la especialidad, por lo que está en obligación de aplicar las normas supletorias existentes y los principios generales del derecho.

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

Así el consorcio señala que mediante carta de fecha 06 de diciembre de 2006 solicitó a la Oficina de Infraestructura Educativa OINFE del Ministerio que se ocasionaba un perjuicio al no conceder el derecho por el pago por la diferencia existente entre el costo de la obra ejecutada, ello según la contratista en razón de haberse ejecutado obras adicionales y costos a precios reales conforme el peritaje que presenta dicha parte. Ante ello según la contratista la entidad señaló que no es procedente lo planteado como re cálculos de obras por la existencia de mayores obras adicionales y tampoco del perfil que no cuenta con precios reales, razón por la cual solicitan el arbitraje en que se discute en el presente proceso.

Asimismo, señala la Contratista que su representada solicitó el arbitraje para que se determine en forma globalizada el valor real de la obra objeto del Contrato es el importe dinerario al que asciende conforme las conclusiones del equipo de peritos del Colegio de ingenieros del Perú sede Lima, importe que según dicha parte corresponde solamente al contrato, menos las partidas resueltas.

Del mismo modo la Entidad señala que de la valorización de cierre de la Supervisión de obra se aprecia que el presupuesto original del contrato fue S/. 10, 412,344.01, sin embargo del estudio técnico realizado de los rendimientos indicados en las estructuras de los análisis de precios unitarios de las partidas específicas de cada uno de los presupuestos por especialidad del presupuesto original, los cuales a decir de la contratista reflejan los requerimientos técnicos del contrato de obra. Al respecto, la contratista señala que se procedió a efectuar un análisis de precios unitarios a marzo de 2009 y que seguidamente como un factor objetivo de cálculo se tomó en consideración los precios del mercado de los insumos para consideración publicados en las revistas técnicas del mes de marzo de 2009, de lo cual el contratista obtuvo los precios unitarios reales de las partidas, tomando en cuenta a su vez los metrados reales de las partidas, tomando en cuenta a

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

su vez los metrados reales dando lugar a que el presupuesto real de la obra verificada arroje la suma de S/. 16, 430,255.11, lo cual a decir del contratista está pactado menos las partidas resueltas.

Así el Contratista señala que el Tribunal deberá considerar como hecho declarativo que lo que se busca es, sin modificar el contrato, se establezca una verdad real no formal de lo realmente ejecutado, es decir estableciendo una verdad material de las prestaciones que realmente se ejecutaron en razón del contrato.

Segundo Punto Controvertido

El contratista señala que el informe pericial, cuya metodología es científica, imparcial y objetiva, resulta determinante para establecer que durante la ejecución del contrato no existió un equilibrio contractual financiero del contrato de obra materia de litis, en virtud a los mayores metrados de obra nueva que señala la contratista ejecutó en cumplimiento de su prestación a favor de la demandada, dándole un valor tangible a la obra contratada, con el fin de cumplir con el objeto contractual y sentido de la convocatoria.

El contratista señala que se debe tener en cuenta que al igual que ha sucedido en otros colegios emblemáticos los perfiles SNIP de la obra no reflejan los precios reales; sin embargo señala el contratista que pensó que los requerimientos y adiciones posteriores no iban a constituir ningún exceso de carga sobre el valor del contrato pactado. Es decir la contratista señala que el precio de referencia del contrato de obra fue elaborado en base a un perfil no suficientemente estimado, circunstancia que según la contratista es propio de la situación real y existente al momento de la suscripción contractual, donde se aprecia que contempló un precio menor y que en la etapa de ejecución este perfil no reflejó el valor real de las prestaciones ejecutadas.

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

El contratista presenta una pericia elaborada por un equipo de ingenieros del Colegio de Ingenieros del Perú quienes determinaron que el valor real de la obra, luego de la comparación del presupuesto original del expediente técnico, de fecha de marzo del 2009, con el presupuesto real encontrando el valor de la mayor obra ejecutada por el Consorcio constituido por los mayores metrados y obra nueva constatados y verificados en el campo.

El consorcio señala que la pericia se ha realizado observando la objetividad y evaluación de la documentación técnica legal entregada por el Contratista; asimismo señala que se realizó una inspección técnica ocular que da testimonio de las especificaciones técnicas y acabados empleados en la ejecución de las partidas específicas verificadas.

Sobre el análisis técnico de la documentación y la obra, el contratista señala que el peritaje establece que el presupuesto real de la obra ejecutada asciende a S/. 16,430,225.11 del cual se resta el monto del presupuesto de cierre tomando como base el expediente técnico menos las partidas resueltas mediante adenda, que asciende a la suma de S/. 10, 412,344.01 tal como indica el contrato de ejecución de obra se determina (en la pericia) una diferencia del monto de S/. 6, 017, 911.10 el cual se ilustra en el cuadro que obra en el propio informe pericial.

La contratista expresa que el propio equipo técnico señala que habiendo construido la obra se debe establecer que ha tenido que invertir ese mayor monto de S/. 6, 017,911.10.

Así, la contratista señala en cuanto al equilibrio económico y financiero del contrato la cual se encuentra sustentada en los principios de justicia conmutativa y derecho a la intangibilidad del patrimonio privado y la

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

prohibición de enriquecimiento sin causa justa de cada uno de los contratantes.

El contratista señala que las prestaciones económicas que debe efectuar la contratista conllevan a un equilibrio que consiste en la equivalencia de las prestaciones a fin de no desvirtuar la rentabilidad de todo precio.

La contratista señala además que el verdadero valor de la obra verificado en el dictamen pericial no hace más que verificar de manera objetiva la existencia de diferencia entre el precio establecido y aquel que corresponde a las prestaciones ejecutada a precio real, y que permiten un rentabilidad de las mismas, que corresponde a la equivalencia y equilibrio de las prestaciones económicas.

Pretensión subsidiaria a la segunda pretensión principal sobre enriquecimiento indebido.

La contratista señala sobre este punto que ha demostrado una diferencia entre los montos del presupuesto realmente ejecutado y el monto del presupuesto del expediente técnico de licitación; valor que corresponde al mayor valor en las prestaciones ejecutadas por el contratista a fin de concluir la obra. Según la contratista la entidad desestimó la posibilidad que se haga valer ello en la etapa administrativa limitándose a declarar que había vencido el plazo para presentar la liquidación a pesar de que se estaba elaborando un dictamen pericial a valor real.

La contratista señala además que el contrato en su cláusula vigésima establece que cualquier punto no considerado en las cláusulas se ceñirá a la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento; así como establece la supletoriedad de las normas del código civil y ley de presupuesto.

**Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega**

En tal sentido señala el consorcio que la materia controvertida debe desarrollarse sobre un terreno privatístico, tomando en cuenta el enriquecimiento sin causa como comportamiento prestacional al restituir el aumento de patrimonio. Esto lo solicita el contratista en base al artículo 1955 y 1954 del Código Civil que establece que aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo.

Así, el contratista señala que en caso no tener una pretensión satisfactoria la entidad habría obtenido un beneficio en detrimento de las inversiones del consorcio afectado el equilibrio económico financiero del contrato, desarrollando el contratista en sus alegaciones la doctrina correspondiente al enriquecimiento sin causa y estableciendo como monto el dispuesto en la pericia elaborada por el equipo de especialistas del CIP.

B. POSICION DE LA DEMANDADA

Primer y segundo punto controvertido

La Entidad señala que la demandante pretende que mediante su peritaje se declare que el monto real de la obra ascienda a la suma de S/. 16, 102, 546.53 nuevos soles, sin embargo dicha pretensión a decir del demandado contraviene el monto contractual celebrado entre las partes.

Remarca la demandada que su contra parte no ha tenido en cuenta que la naturaleza del contrato no permite amparar pretensiones como las planteadas, en las cuales se verifica que se pretende cambiar el monto contractual pactado previamente, lo cual no resultaría arbitrable.

Pretensión subsidiaria a la segunda pretensión principal sobre enriquecimiento indebido.

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

La entidad señala que la demandada basa su pretensión en la pericial, y al respecto para el demandado, el peritaje aportado resulta ser una instrumental de parte lo cual implica una apreciación o labor unilateral, herramienta única con la que se sostiene lo peticionado por el consorcio demandante.

Indica la entidad que del texto de la demanda se advierte un cuestionamiento sobre el valor real de la obra lo cual debe ser meritado por el tribunal cuando corresponde y bajo la formalidad exigida por el planteamiento de la propia demandada.

3.2. DE LA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES

POSICION DEL DEMANDADO

La demandada solicita al tribunal que declare que el costo final de la obra resulta siendo legalmente vinculante y oponible a las partes y se fija y determina en concordancia con el sistema y modalidad de contratación establecida en el contrato suscrito por las partes.

La entidad indica que el sistema de contratación es a suma alzada por lo que el precio que rige el referido contrato es uno fijo, y los mayores o menores metros de la obra no genera un incremento o reducción del precio pactado en el contrato, en la medida que el referido precio es uno fijo integral, siendo uno de estos aspectos sustanciales que lo diferencia del sistema a precios unitarios donde se valorizan y pagan los metros ejecutados por el contratista.

Asimismo, señala la entidad que lo ejecutado por el contratista no genera legalmente que el costo o precio de la obra se incremente o reduzca en virtud a que el sistema a suma alzada que rige el contrato es uno fijo

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

integral, por lo que una menor cantidad de metrados no genera bajo el sistema de sumaalzada ningún presupuesto deductivo ni tampoco una mayor cantidad de metrados genera un presupuesto adicional.

En tal sentido, precisa la entidad que en atención a los efectos legales que son técnicamente propios e inherentes del sistema de contratación a sumaalzada es que el precio que rige el contrato es uno fijo e integral, careciendo ambas partes de atribución legal para desconocer y/o desvincularse del referido efecto sustancial, por cuanto dicho efecto constituye un efecto legalmente impuesto para dicho sistema de contratación, razón por la cual dicha parte señala que mayores metrados no generan un presupuesto adicional.

La entidad señala que el incremento o reducción del precio corresponde a otro sistema de contratación, es decir, a precios unitarios, sistema que no rige el contrato; razón por la cual señala la entidad que de manera ilícita el consorcio evoca un supuesto enriquecimiento sin causa, a fin de desvincularse de los efectos propios del sistema a sumaalzada y se reconozca de forma indirecta mayores metrados.

La entidad señala que el precio pactado en el contrato es fijo e integral, hecho que conocía la contratista desde la suscripción del contrato solicitando mediante un vía indirecta lo que está impedido de obtener a través del sistema de contratación a sumaalzada.

Asimismo, la entidad señala que bajo la modalidad de contratación de concurso oferta, modalidad contratada, no se puede válidamente configurar el reconocimiento y pago de adicionales, en el supuesto que los mismos se deriven de deficiencias propias del expediente técnico elaborado por el propio consorcio. Esto último señala la entidad debido a que la contratista es responsable de asumir los costos que se derive de los mecanismos o

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

**Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega**

actos constructivos adicionales a través de los cuales se da solución a las deficiencias presentadas en el expediente elaborado por el consorcio, no correspondiendo trasladar dicho costo al Ministerio.

La entidad señala también que el contratista pretende invocar un supuesto enriquecimiento sin causa para que se le paguen los adicionales que declara haber ejecutado, con el propósito de eludir y desvincularse de los efectos de la modalidad concurso oferta.

POSICION DEL DEMANDANTE

Respecto de la pretensión acumulada por la entidad el contratista señala que no constituye una nueva controversia arbitral pues entre las partes ya que dicha pretensión ya es parte de la pretensión efectuada por el consorcio. A decir del consorcio solicitar que se declare que el costo final de la obra resulta siendo legalmente vinculante y oponible a las partes y que se fija y determina en concordancia con el sistema y modalidad de contratación establecida en el contrato suscrito por las partes, no es una cuestión que sea materia controvertida, pues se solicita que se aplique el principio pacta "sunt servanda" que es lo único que tribunal debe decir obviando el principio de independencia; por lo que señala la demandante que no están sometidos a órdenes que menoscaben sus atribuciones.

Asimismo, señala la contratista que el pedido de la entidad no constituye un derecho subjetivo que constituya un interés legítimo susceptible de tutela jurisdiccional, para configurar una pretensión procesal pues a lo más se trata de una declaración que no alcanza el estatus de pretensión.

Por otro lado, el consorcio señala que existieron situaciones reales de mayores metrados que no fueron establecidos en el momento de la ejecución de las obras las cuales no estuvieron debidamente determinadas

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

**Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega**

en el perfil ni los términos de referencia y cuyos precios fueron absolutamente lesivos al equilibrio económico financiero del contrato.

Según el contratista los mayores metrados fueron realmente ejecutados conforme cuantificablemente se encuentran ilustrados en la pericia y son de actualmente aprovechamiento por la entidad contratante. Finalmente la contratista señala que no tiene interés ni considera necesario discutir lo pactado en el contrato ni lo está en la ley sino que su pretensión se encuentra referida a la realidad material de los hechos que se configuraron en la etapa de ejecución contractual, así señala la contratista, la cita de ser un contrato a suma alzada por parte de la entidad, para deshacerse de la igualdad de cargas, es solo una expresión demagógica, lo que contraviene el principio de equidad establecido en la ley de contrataciones del estado, manifestando dicha parte que lo que la entidad quiere obviar es el valor real de lo ejecutado.

IV. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

4.1. EN RELACIÓN A LA OPOSICIÓN AL ARBITRAJE DE LA ENTIDAD

En su escrito de fecha 12 de julio de 2011, la Entidad formuló oposición al arbitraje alegando lo siguiente:

"El Contratista ha disfrazado la figura de adicionales de obra por un pedido de presunta determinación de declaración de real valor de la obra y del pago diferencial, así como la declaración de enriquecimiento sin causa.

Los adicionales de obra se encuentran regidos por el artículo

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

41º de la Ley de Contrataciones con el Estado (Decreto Legislativo N° 1071) norma que en su párrafo sexto y séptimo señala taxativamente que "... los adicionales de obra no son arbitrables (...)".

Mediante escrito presentado el 7 de octubre de 2011, el Consorcio absolvió la oposición al arbitraje formulada por la Entidad alegando que tanto la tacha como la oposición tienen su origen en el dictamen pericial, razón por la cual al absolver la tacha la oposición será también respondida.

Sobre el particular el Consorcio señala que la pericia presentada ha sido elaborada por un Centro Pericial transparente y, elaborado por peritos especialistas e imparciales. En tal sentido, señala el Consorcio que la pericia está dada para respaldar las pretensiones de la demanda, y que la demandada no puede alegar que no se puede presentar una prueba que acredita la cuantía de la pretensión subordinada.

En la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos el Colegiado estableció que la oposición al arbitraje propuesta por la Entidad sería resuelta en un momento posterior. Por ende, corresponde emitir pronunciamiento sobre el particular.

De los argumentos de la Entidad se advierte que la oposición al arbitraje se sustenta en el artículo 41º de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017, el cual regula los supuestos en los que procede disponer la ejecución de prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones. El quinto párrafo de este artículo dispone lo siguiente:

"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

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

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”.

Al respecto, este Colegiado advierte que no es materia de este arbitraje la decisión de la Entidad o de la Contraloría de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, más aun si ninguna de las partes ha señalado la existencia un pedido de adicional de obra. En ese sentido, este colegiado advierte que el Contratista admite que no solicitó la aprobación de un adicional de obra, pues solicita como pretensión se determine el valor real de La Obra, solicitando consecuentemente el pago del referido valor real. En tal sentido, este Colegiado considera que las pretensiones antes referidas no son susceptibles de ser arbitrables.

Ahora bien, respecto de la segunda pretensión, el Colegiado considera que el artículo 41 de la Ley antes citada no hace referencia a la figura del enriquecimiento sin causa por lo que respecto de ella la oposición al arbitraje también deviene en INFUNDADA.

4.2. EN RELACIÓN A LA TACHA INTERPUESTA POR LA ENTIDAD EN CONTRA DE LA PERICIA PRESENTADA POR EL CONTRATISTA


También la Entidad tachó el dictamen pericial elaborado por el Equipo de Ingenieros Peritos del Colegio de Ingenieros del Perú – Capítulo Departamental Lima presentado como prueba de la demanda, señalando que es un documento viciado pues no cuenta con respaldo factico legal.

Así, la entidad señala que:


**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

- El objeto de la pericia tachada consiste en una comparación entre el presupuesto original del expediente técnico (tomando como fecha de referencia el mes de mayo de 2009) con el presupuesto "real" que determina el propio peritaje.
- El objeto de la pericia no se condice con lo establecido en la Ley y reglamento de contrataciones del estado.
- Se enmarca la figura de adicionales de obra donde el máximo permitido es 15% del contrato original con la aprobación del titular de la Entidad.
- Los peritos elaboraron su pericia sin mencionar los días en que realizaron las visitas correspondientes, y mucho menos con que funcionarios del Ministerio realizaron las coordinaciones correspondientes, sin verificarse fotografía alguna.
- Señala también la Entidad como sustento que los peritos hacen referencia a una obra nueva; sin embargo dichos profesionales no advirtieron indicar tal fenómeno en una contratación de obra pública, deberá asistirse principalmente en un presupuesto "nuevo" y por sobre todo en un "expediente técnico nuevo o adicional", lo cual no se ha respetado en todo caso durante la ejecución del contrato suscrito entre las partes.



En relación a la tacha, el contratista señala que el objeto de la pericia se basa en aspectos netamente técnicos y que la metodología es totalmente imparcial, basada en elementos fácticos de carácter neutral, basados en fórmulas y operaciones objetivas.



**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

Al respecto, en el acta de determinación de puntos controvertidos se resolvió resolver la tachada en momento posterior; sin embargo, mediante Resolución N° 06 el Tribunal Arbitral resolvió tener por actuado el medio probatorio consistente en el informe elaborado por el centro de peritaje del Colegio de Ingenieros del Perú del Consejo Departamental de Lima, disponiendo una audiencia de debate pericial.

Estando a ello, este Colegiado considera conveniente resolver el citado incidente. Ahora bien, conforme lo establece la jurisprudencia, la tachada está orientada a cuestionar la eficacia de un medio probatorio basándose ya sea en su falsedad o nulidad; la primera premisa cuestiona la autenticidad de un documento y la segunda supone la existencia de un documento no idóneo para surtir los efectos jurídicos deseados. Teniendo en cuenta lo expuesto, en opinión del Colegiado los argumentos de la Entidad no cuestionan ni la nulidad formal ni postulan la falsedad de la pericia, razón por la cual dicha tachada deviene en improcedente.

Las apreciaciones de la Entidad se dirigen más bien a cuestionar el valor probatorio de dicho dictamen, esto es, la capacidad de crear convicción sobre los aspectos en controversia. Empero, estos aspectos no dan lugar a interponer una cuestión probatoria, sino más bien a, permitiendo la actuación de tal prueba, cuestionar su capacidad de crear convicción dentro del proceso.

Por las consideraciones expuestas, en opinión del Colegiado la cuestión probatoria interpuesta por la Entidad es improcedente.


4.3. PRIMER Y SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega


Primer Punto Controvertido.- *Determinar si procede o no declarar que el valor de real de la obra objeto del contrato materia de Litis, asciende a la suma de S/. 16'102,546.02 (Dieciséis millones ciento dos mil quinientos cuarenta y seis Y 02/100 NUEVOS SOLES), conforme se indica en el informe del Equipo Técnico de Peritaje del Colegio de Ingenieros del Perú, sede Lima.*

Segundo punto controvertido.- *Determinar si procede o no el pago a favor de la demandante por la suma de S/.6'017,911.10 (Seis millones diecisiete mil novecientos once y 10/100 nuevos soles), monto que corresponde a la diferencia existente entre los montos del presupuesto de obra realmente ejecutado por concepto de mayores obras y actualización de obra a precios de mayo del 2009 y el monto del presupuesto del expediente técnico de licitación contratado; valor dinerario que resulta del mayor gasto efectuado por el demandante a la fecha referida para concluir la obra verificada por el Equipo de Ingenieros Peritos del Centro de Peritaje del Colegio de Ingenieros, sede Lima.*



Este Colegiado considera conveniente analizar conjuntamente el primer y segundo punto controvertidos pues advierte que guardan una relación intrínseca, atendiendo a la relación de accesoriedad entre las referidas pretensiones; sin embargo, este colegiado considera conveniente primero hacer referencia a algunos hechos relevantes.

En tal sentido, de lo expresado por el Contratista y por la Entidad, en sus diferentes escritos que obran en autos, se tienen los siguientes hechos relevantes:



**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

Mediante Decreto de Urgencia N° 004-2009 se creó el Programa Nacional de Recuperación de las Instituciones Públicas Educativas Emblemáticas y Centenarias, autorizando al Ministerio de Educación a realizar contrataciones directas para la elaboración de expedientes técnicos, adquisición de bienes, servicios, ejecución de obras, consultorías, y supervisión, necesarias para la rehabilitación, remodelación y equipamiento de las instituciones educativas correspondientes a los colegios emblemáticos y centenarios del país. Dentro de las veinte instituciones educativas consideradas por este Decreto de Urgencia se encuentra la institución educativa "Pedro A. Labarthe", ubicada en el distrito de La Victoria de la ciudad de Lima.

El Contratista fue invitado a presentar su propuesta, siendo dicha invitación registrada en el Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado -SEACE- como Exoneración. Posteriormente, se otorgó la buena pro al Consorcio para la Ejecución de la Obra de Remodelación, Rehabilitación y Reforzamiento de la Infraestructura de la Institución Educativa "Pedro A. Labarthe (Emblemática)".

El 25 de mayo del 2009 el Ministerio de Educación - Unidad Ejecutora 108 (la Entidad) y el Consorcio celebraron el Contrato N° 077-2009-ME/SG-OGA-UA-APP sobre la obligación asumida la Cláusula Cuarta del contrato establece:

"El contratista se obliga por el presente contrato a la Ejecución de la Obra por el monto de su oferta ascendente a la suma de S/.16'102,546.02 (DIECISEIS MILLONES CIENTO DOS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS Y 02/100 NUEVOS SOLES) incluidos los impuestos de Ley."

Ahora bien, el Contratista indica en su escrito de alegatos lo siguiente:

"(...) nos encontramos ante un contrato con prestaciones recíprocas de carácter conmutativo variable, suscrito por adhesión, ante el cual la administración contratante ha mantenido para sí cláusulas exorbitantes a pesar que no se ha sometido a concurso público al encontrarse bajo régimen de exoneraciones, es decir, el contrato ha sido suscrito por ambas partes en un mismo status, no existiendo el régimen de diferenciación que existe entre el contrato administrativo ordinario y un contrato de naturaleza civil y/o comercial" (ver escrito de alegatos.)"

En ese sentido, este colegiado considera conveniente primero hacer la precisión sobre la normativa aplicable, analizando luego si estamos frente a un contrato por adhesión, y finalmente determinar si existe tal cláusula exorbitante.

A. En relación a la normativa aplicable

Así pues el Contrato tiene como origen el Decreto de Urgencia N° 004-2009 que creó el Programa Nacional de Recuperación de las Instituciones Públicas Educativas Emblemáticas y Centenarias, autorizando al Ministerio de Educación a realizar contrataciones directas para la elaboración de expedientes técnicos, adquisición de bienes, servicios, ejecución de obras, consultorías, y supervisión, necesarias para la rehabilitación, remodelación y equipamiento de las instituciones educativas correspondientes a los colegios emblemáticos y centenarios del país.

El artículo 3 del referido Decreto de Urgencia N° 004-2009 señala lo siguiente:

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

**Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega**

"El presente Decreto exonera de la realización del proceso de selección, debiendo observarse la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su reglamento en todo lo correspondiente a la etapa de planeamiento y programación de las adquisiciones y contrataciones, así como la formalización del contrato y ejecución contractual"

Como señala la norma citada, el alcance de la exoneración está establecido en el Decreto de Urgencia y únicamente alcanza al proceso de selección. En tal sentido, en todo lo demás es aplicable la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. Al respecto la propia norma señala lo siguiente:

"debiendo observarse la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su reglamento en todo lo correspondiente a la etapa de planeamiento y programación de las adquisiciones y contrataciones, así como la formalización del contrato y ejecución contractual"

Del mismo modo, este colegiado advierte que el Decreto de Urgencia N° 004-2009 concuerda con la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017, vigente en el momento de la publicación del Decreto de Urgencia y en el momento de celebración del Contrato. Fue una situación de emergencia la razón que motivó la exoneración dispuesta en el Decreto de Urgencia y que además está prevista en la Ley de Contrataciones como causal de exoneración; al respecto la exposición de motivos del decreto señalado indica:

"La situación de la infraestructura de estas instituciones educativas amerita efectuar trabajos de inversión urgente en las instituciones a que se refiere el Anexo adjunto al Decreto de Urgencia que se propone, a fin de proteger la integridad física

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

de los alumnos y docentes; así como asegurar el normal desarrollo de las actividades educativas."

Atendiendo a lo expuesto, la exoneración sólo se refiere al proceso de selección, más no respecto de los otros actos a los que se les sigue aplicando la normatividad de contratación pública. En ese sentido, el artículo 135 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF dispone:

"La exoneración se circunscribe a la omisión del proceso de selección; por lo que los actos preparatorios y contratos que se celebren como consecuencia de aquella, deben cumplir con los respectivos requisitos, condiciones, formalidades, exigencias y garantías que se aplicarían de haberse llevado a cabo el proceso de selección correspondiente."

Por otro lado, este colegiado advierte que el contrato materia de Litis hace referencia a la normatividad de contratación pública por lo tanto este Tribunal considera que la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento son aplicables por cuanto está señalado en el Decreto de Urgencia N° 004-2009; está señalado también en Ley de Contrataciones del Estado; y de acuerdo al contrato suscrito, ambas partes manifiestan su aplicación.

B. En relación al tipo de contrato

En relación a este extremo el artículo 1390° del Código Civil sobre el contrato por adhesión señala:

"El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente

**Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega**

las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar."

Al respecto, el jurista Manuel de la Puente y Lavalle señala lo siguiente:

"El primer elemento que tipifica el contrato por adhesión es que una de las partes fija unilateralmente las estipulaciones contractuales, sin participación de la otra. (...) Por otro lado, en ese contrato la aceptación íntegra de las estipulaciones determina la celebración del mismo, en el sentido que no cabe distinguir entre estipulaciones y oferta, desde que no hay parte del contenido contractual que escape a la fijación unilateral. No sería contrato por adhesión si solo una fracción del contenido contractual fuera prefijada unilateralmente por una de las partes y el resto fuera el resultado de una modelación común de ambas, desde que la esencia de este contrato es que todas sus condiciones sean fijadas unilateralmente"¹.

Al respecto, la sola afirmación del demandante no genera certeza en el hecho de que el contrato suscrito sea un contrato por adhesión en tanto no se ha ofrecido ningún medio probatorio que demuestre fehacientemente que la Entidad haya elaborado todas las estipulaciones del contrato, incluyendo el monto de la contraprestación, sin permitir la intervención del Contratista, tanto es así que existe un oferta formal. Por otro lado no se ha demostrado que la Entidad haya negado la posibilidad de negociación contractual, hecho cuya carga probatoria recae sobre el contratista únicamente; siendo ello así este Colegiado advierte que no se ha probado que en el caso materia de controversia exista un contrato por adhesión *strictu sensu*.

¹ Manuel de la Puente y Lavalle. El Contrato en General. Colección Para Leer el Código Civil, volumen XI; tomo III. Pág. 22 y 23.

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

C. En relación a la cláusula exorbitante


El contratista señala que la cláusula décimo cuarta del contrato resulta exorbitante, alegación que merece el pronunciamiento del Tribunal Arbitral. En tal sentido, la referida cláusula décima cuarta señala:

"Cláusula Décima Cuarta: DE LAS OBRAS ADICIONALES

La procedencia, autorización y ejecución de prestaciones adicionales se ceñirán a lo dispuesto por los artículos 41° de la LEY, 207° y 208° del REGLAMENTO.


Asimismo, se tendrá en cuenta la Directiva N° 012-2008-CG/CATJ/PRO "Autorización previa a la ejecución y al pago de presupuestos adicionales de Obra" aprobada por Resolución de Contraloría N° 369-2007-CG.

Igualmente, se tendrá en cuenta lo dispuesto en la Quinta Disposición Final de la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto que dispone que los adicionales superiores al 10% son aprobados por la Contraloría General."
(ver el contrato)



El Contratista señala que en la etapa de ejecución del contrato tuvo que ejecutar prestaciones no contempladas en los perfiles, constituido por obras nuevas a precio de mercado no pactadas, indicando que la cláusula antes citada es exorbitante porque la normativa aplicable bajo la modalidad de concurso oferta hacía imposible modificar el monto de la propuesta.

En tal sentido, la demandante señala sobre los adicionales no pactados que:



**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

"(...) por la fuerza de la realidad mi representada tuvo que asumir en un corto tiempo; si bien la existencia y realidad de las obras señaladas no pudieron hacerse valer a pie juntillas con lo expresado en la norma legal, lo cierto es que las mismas son reales y verificables".

El jurista Dromi, señala que una cláusula es exorbitante cuando es inusual en el Derecho Privado o que incluida en un contrato de derecho común resultaría ilícita, el jurista señala: *"Para aclarar más el concepto, diremos que por cláusula exorbitante se entiende aquellas que están fuera de la órbita normal del derecho de propiedad, sea porque no es usual convenirlas o porque serían antijurídicas a la luz de las normas privatísticas"*².

Por ende, cabe preguntarse si la cláusula décima cuarta del Contrato, que condiciona la ejecución y el pago de adicionales a la previa autorización de la Entidad, es inusual en el Derecho Privado.

Al respecto, el Código Civil dispone en su artículo 1775° que: *"El contratista no puede introducir variaciones en las características convenidas de la obra sin la aprobación escrita del comitente, siempre que signifiquen mayor trabajo o aumento en el costo de la obra"*. Y, el artículo 1776 dispone que: *"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"*.

Se tiene entonces que el Código Civil contiene dos normas que expresamente indican que el Contratista no puede introducir variaciones en las características de la obra, salvo autorización por escrito del comitente.

² José Roberto Dromi. La Licitación Pública. Editorial Astrea, cuarta reimpresión. Buenos Aires, 1989. Pág. 52.

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

Por ende, si para efectuar variaciones se requiere de autorización escrita del comitente, el comitente estará obligado contractualmente a pagar por tales variaciones siempre que haya mediado su autorización.

De lo expuesto, se observa que en el Derecho Privado es usual que la ejecución de obras adicionales esté condicionada a la previa autorización por escrito del comitente, pues el contratante tiene la potestad de solicitar la ejecución de mayores prestaciones, esto se condice con el hecho de que el contratante es quien paga la contraprestación y aprueba los presupuestos que estima necesarios siempre y cuando sea justificado.

Por ende, siendo una estipulación usual en el Derecho Privado, el Colegiado considera que la cláusula décimo cuarta del Contrato no es exorbitante, siendo totalmente razonable que sea la Entidad, al igual que cualquier comitente privado, quien tenga la potestad de autorizar o no la ejecución de variaciones en la obra de su propiedad, más aun si nos encontramos bajo el régimen de contrataciones del estado.

D. EN RELACIÓN AL SNIP

En adición al análisis precedente, en opinión del Colegiado, los datos considerados en el perfil del SNIP no resultan vinculantes para el Contratista. Pues, es la oferta del Contratista, luego de ser aceptada por la Entidad, la que generó el vínculo obligacional contenido en el Contrato de Obra.

El Contratista, al igual que cualquier postor, contaba con plena libertad para ofertar la contraprestación por la ejecución de la Obra. De este modo, es la oferta y no el perfil del SNIP, la que tiene el poder de vincularlo y de obligarlo a ejecutar la Obra por el monto acordado, luego que la Entidad aceptara dicha oferta. Y ello es así aun cuando el monto ofertado por el

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

**Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega**

Contratista esté por debajo del precio de mercado pues, existe la libertad contractual. Siendo ello así en caso se oferte un monto menor al necesario para ejecutar la obra, ello es responsabilidad exclusiva del ejecutor quien debe tomar en consideración los términos de referencia y demás documentos para lanzar su oferta.

Por ello, el análisis de la pérdida del equilibrio económico financiero debe partir de la contraprestación prevista en el Contrato, pues fue sobre la base de dicha contraprestación que ambas partes (tanto Contratista como Entidad) determinaron que ejecutar la Obra era rentable para ellas.

De otro lado, el Colegiado tiene en cuenta que lo que argumenta el Contratista como pérdida del equilibrio económico financiero no tiene que ver con la supuesta deficiencia o precio menor previsto en el perfil del SNIP, sino con el valor de la mayor obra ejecutada por el Consorcio, constituida por mayores metrados; es decir, que el desequilibrio que alega el Contratista sería por la ejecución de mayores obras ejecutadas luego de celebrado el Contrato y que, obviamente, no pudieron ser previstas en el perfil del SNIP ni en el momento en que el Contrato fue celebrado.

Por tales razones, el Colegiado considera que ni el perfil del SNIP ni mucho menos el Contrato celebrado han afectado el equilibrio económico financiero de las prestaciones a cargo del Contratista, en la medida que los eventos que el Contratista invoca ocurrieron con posterioridad.

E. En relación al precio real de la Obra

Las dos primeras pretensiones de la demanda lo que en realidad solicitan al Tribunal es que, modificando el Contrato, se ordene pagar a favor del Contratista un monto mayor al previsto por las partes, atendiendo al valor real de la obra.

En relación a ello, el jurista nacional Alfredo Bullard señala lo siguiente:

"Es un principio universalmente aceptado el que los contratos son obligatorios entre las partes según los términos en ellos pactados. No es exagerado decir que si tal principio no estuviese consagrado en la Ley, el Derecho Contractual, simplemente no existiría.

Pero también son universalmente aceptados distintos principios que permiten a las partes liberarse del cumplimiento del contrato o simplemente modificar los términos de ejecución del mismo cuando se presentan determinadas circunstancias. Una de tales circunstancias es lo impredecible; es decir, aquello que las partes no imaginaron que iba a suceder, y que modifica la base fáctica o jurídica sobre la que se celebró el contrato. Ello explica una serie de instituciones que constituyen excusas al cumplimiento en los términos pactados tales como la frustración del fin del contrato, la imposibilidad sobreviniente por caso fortuito o la fuerza mayor, la excesiva onerosidad de la prestación o la impracticabilidad comercial³.

Los eventos que permiten reducir o incrementar la contraprestación acordada por las partes son siempre excepcionales, tal es el caso fortuito, la fuerza mayor, la excesiva onerosidad de la prestación, o la lesión. En el caso de la excesiva onerosidad de la prestación, el artículo 1440 del Código Civil exige que la onerosidad provenga "de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles". El artículo 1447° dispone que la lesión sólo puede ser invocada cuando existe una desproporción mayor a las dos quintas partes

³ Alfredo Bullard González. Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Segunda edición, Palestra Editores. Lima, 2006. Págs. 349 y 350.

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

**Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega**

"y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por una de los contratantes de la necesidad apremiante del otro".

Este Colegiado considera que una contraprestación puede ser modificada por un tercero ajeno a las partes sólo cuando exista una norma que expresamente lo permita, tal es el caso, por ejemplo, de la excesiva onerosidad de la prestación o el caso de la lesión. Pues, de lo contrario, los contratos no cumplirían con su esencia fundamental de crear regular o modificar relaciones jurídicas.

El Contratista no ha invocado ninguna de las cláusulas establecidas en la Ley, que permita que un tercero a las partes modifique la contraprestación. Más bien, la situación invocada por el Contratista es distinta a los escenarios comentados, pues lo que motiva su pedido de incremento de la contraprestación no surge de la ejecución de la prestación convenida, sino en la ejecución de *"trabajos y obras no pactados"* *"que por la fuerza de la realidad mi representada tuvo que asumir en un corto tiempo"*, conforme indica el consorcio.

En virtud de lo expuesto, el Colegiado considera que el precio real que debe ser pagado por la ejecución de la Obra no puede ser otro que el que las partes convinieron en el Contrato, pues no se ha invocado ningún escenario fáctico previsto por la ley que permita a este Tribunal reajustar la contraprestación. Por tales consideraciones, el Colegiado considera que la primera y la segunda pretensiones demandadas por el Contratista son INFUNDADAS.

4.4. CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Cuarto punto controvertido.- Determinar si corresponde o no declarar que el costo final de la obra, legalmente vinculante

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

**Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega**

y oponible a las partes, se fija y determina en concordancia con el sistema y modalidad de contratación establecida en el contrato que las partes han celebrado

Habiéndose determinado que el valor real de la Obra no puede ser otro que el acordado por las partes en el Contrato, ello en tanto que el Contratista no ha invocado alguno de los escenarios previstos por la ley que permiten que un tercero a las partes, como es el caso de este Colegiado, reajuste el valor de la contraprestación. Por ende, estando a lo resuelto, el Colegiado considera que la pretensión reconvenida por la Entidad resulta fundada.

Empero, la denegatoria de las dos primeras pretensiones demandada por el Contratista y la estimación de la pretensión acumulada por la Entidad no significa que igual suerte deba correr la pretensión subordinada a la segunda pretensión principal de la demandada (se ordene pagar al demandante, en vía de enriquecimiento sin causa la suma señalada en el dictamen pericial ascendente de S/.6'017,911.10), pues el enriquecimiento sin causa tiene una naturaleza y finalidad distinta a la del reajuste de la contraprestación, que será analizado a continuación.

4.5. Pretensión subsidiaria al segundo punto controvertido: sobre el Enriquecimiento Sin Causa


Punto controvertido subsidiario al segundo punto controvertido.- En caso de no proceder el segundo punto controvertido, determinar si procede o no se ordene pagar a favor del demandante la suma de S/.6'017,911.10 (Seis millones diecisiete mil novecientos once y 10/100 nuevos soles), por concepto de enriquecimiento sin causa.

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**


Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

A fin de determinar si corresponde o no el pago por concepto de la institución del enriquecimiento sin causa, corresponde conceptualizar dicha figura jurídica.

Respecto de enriquecimiento sin causa el jurista Luis Díez Picazo señala lo siguiente:



"Existe un argumento de fondo que ha preocupado constantemente a toda la tradición jurídica, como es que hay un cúmulo de enriquecimientos moralmente reprobables, injustos en este sentido, que, sin embargo, el Derecho no obliga a restituir. Cuando se compra a un precio injusto o se paga una retribución injusta, puede decirse genéricamente que el que percibe ese precio o paga esa retribución se esté enriqueciendo injustamente. Sin embargo no existe ninguna vía de revisión de la justicia de los precios o de las retribuciones, si los contratos de que son consecuencia se han celebrado con los requisitos legales. Ante la justicia española se ha alegado reiteradamente que se enriquece injustamente el que se beneficia porque paga sus deudas en una moneda devaluada. Sin embargo, la jurisprudencia ha sido absolutamente clara al decir que ese enriquecimiento tiene su fundamento en la aplicación de la Ley contractual y de la regla legal que impone el principio del nominalismo. A la discusión tradicional sobre la justicia de los enriquecimientos pertenecen también los reproches morales que se hacen algunos de ellos, como en el caso del que se ampara en una prescripción extintiva o el que consume sin buena fe usucapión, adquiriendo de ese modo bienes que lo pertenecen.



En suma, para que se pueda poner en marcha jurídicamente un mecanismo restitutorio, no es suficiente la injusticia del enriquecimiento, sino que es propio algo más; lo que nosotros

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

*hemos llamado falta de causa o carácter indebido de la atribución patrimonial*⁴.

De los presupuestos que usualmente se atribuyen al enriquecimiento sin causa (el enriquecimiento del demandado; el correlativo empobrecimiento del actor; y la falta de causa justificativa del enriquecimiento), el Colegiado considera que el más importante es la falta de causa del enriquecimiento patrimonial, al respecto Luis Diez Picaso:

"El eje cardinal de la teoría del enriquecimiento sin causa se encuentra, por consiguiente, en el tránsito sin causa de un valor económico de un patrimonio a otro. La acción de enriquecimiento no evita que el desplazamiento patrimonial se produzca. Pero da un medio para impedir que se perpetúe o consolide definitivamente, si la atribución patrimonial se verificó sin causa. Cuando la atribución patrimonial carece de causa, nace para el atribuyente una pretensión restitutoria frente al atributario.

*Para que la acción exista, debe, pues, faltar una causa justa de la que atribución patrimonial. Por justa causa de la atribución patrimonial debe entenderse aquella situación jurídica que autoriza, de conformidad con el ordenamiento jurídico, al beneficiario de la atribución para recibir ésta y conservarla, lo cual puede ocurrir porque existe un negocio jurídico válido y eficaz entre ellos o porque existe una expresa disposición legal que autoriza aquella consecuencia*⁵.

⁴ Luis Diez Picaso. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen primero. Introducción Teoría del Contrato. Editorial Civitas. Madrid, 1996. Págs. 98 y 99.

⁵ Ibídem. Pág. 104.

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

En tal sentido, siendo evidente que la Obra como infraestructura física ha sido construida en virtud del Contrato, los aspectos que el Contratista invoca como generadores del enriquecimiento sin causa de la Entidad (mayores metrados, trabajos y obras adicionales no pactadas y actualización de obra a precios de Mayo del 2009) deben ser analizados desde la óptica del referido Contrato pues dicho documento expresa la común voluntad de las partes.

Consecuentemente, el Colegiado tiene en cuenta que las prestaciones asumidas por el Contratista fueron conforme se observa del contrato la de ejecutar la obra. Por ello nos encontramos frente a la modalidad de contratación de concurso oferta conforme establece el reglamento.

De este modo, en la medida que el Contrato se ha suscrito bajo la modalidad de concurso oferta, hecho que no ha sido desvirtuado por las partes, ese sólo hecho hace que el Contrato se ejecute a suma alzada, Al respecto el Reglamento de la Ley de Contrataciones señala:

"Esta modalidad sólo podrá aplicarse en la ejecución de obras que se convoquen bajo el sistema a suma alzada."

El artículo 40° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado dispone que un contrato de obra se ejecuta bajo el sistema de suma alzada: *"cuando 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. El postor formulará su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución".*

En ese mismo sentido la doctrina señala que:

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

"La característica que identifica al contrato a suma alzada es que el contratista recibe como retribución por la obra, por todo concepto, un precio fijo pactado. Este precio abarca todas las prestaciones, trabajos y provisiones que sean necesarios para ejecutar y concluir la obra contratada, en los términos especificados y acordados entre las partes. Por lo tanto, a cambio de ese monto fijo, el contratista debe entregar al comitente la obra pactada totalmente terminada. Es decir, existe un principio de inalterabilidad, que es la esencia del pacto de obra a suma alzada: obra por retribución. Ambas estipulaciones esenciales del contrato quedan convenidas y fijadas, y las partes las reputan contractualmente y por consenso como equivalentes y justas"⁶.

Esta característica del contrato de obra a suma alzada, es decir que el Contratista reciba por todo concepto un precio fijo, ha sido puesta de manifiesto expresamente por las partes, pues así consta en la cláusula cuarta del Contrato que dispone lo siguiente:

"EL CONTRATISTA se obliga por el presente contrato la Ejecución de la Obra por el monto de su oferta ascendente a la suma de S/.16'102,546.53 (Dieciséis Millones Ciento Dos Mil Quinientos Cuarenta Y Seis con 53/100 Nuevos soles), incluidos los impuestos de Ley.

Se deja expresa constancia que dentro del monto antes indicado están incluidos todos los costos directos e indirectos por concepto de materiales, mano de obra, herramientas, equipos de construcción, organización técnica y administrativa, obras provisionales, obligaciones laborales, leyes sociales, seguros, impuestos y

⁶ María del Carmen Tovar Gil y Verónica Ferrero Díaz, en Código Civil Comentado. Tomo IX. Primera reimpresión de la segunda edición. Gaceta Jurídica Editores. Lima, agosto del 2007. Pág. 162.

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

cualquier otro gasto necesario para la ejecución total de la Obra y las pruebas que sean necesarias efectuar para verificar la correcta ejecución de los trabajos.

Asimismo, EL CONTRATISTA declara haber inspeccionado el lugar de la obra y revisado el Proyecto, por lo que renuncia expresamente a cualquier reclamo posterior por diferencia en los metrados o cualquier omisión en su propuesta."

Por ende, el empobrecimiento alegado por el Contratista y el consecuente enriquecimiento que le atribuye a la Entidad, debe ser visto desde la perspectiva de la modalidad de concurso oferta a suma alzada que es la que le corresponde al Contrato celebrado entre las partes.

En relación a los eventos alegados como generadores el empobrecimiento del Contratista, el demandante alega que la ejecución de la Obra le ha provocado un empobrecimiento debido a los trabajos adicionales constituidos por obras nuevas a precio de mercado no pactadas originalmente en el Contrato, mayores obras y actualización de obra a precios reales a mayo del 2009; y mayores metrados y obra nueva. Atendiendo a lo alegado por el Contratista, a continuación analizaremos cada uno de estos eventos para determinar si pueden o no dar lugar a una reparación por enriquecimiento sin causa.

Los hechos alegados por el Contratista han sido objeto de una pericia elaborada por profesionales integrantes del Centro de Peritaje del Colegio de Ingenieros del Perú – Capítulo Departamental Lima. En realidad, en el texto de la demanda, ni en ninguno de los escritos presentados con posterioridad por el Contratista se precisa e identifica cuáles son los mayores metrados, las obras nuevas y los precios a mayo del 2009 que el Contratista considera como sustento de su pretensión. Todos estos aspectos

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

se encuentran descritos en la pericia presentada como prueba por el Demandante. En tal sentido, el análisis de tales hechos invocados por el Demandante se realizara de los que se encuentran descritos en dicho dictamen.

El dictamen elaborado por el Equipo de Ingenieros Peritos, presentado como prueba del Demandante y actuado por Tribunal, tuvo como objeto:

- *Determinar el valor real, a Mayo del 2009, de la obra realmente ejecutada por la demandante, a la fecha del presupuesto del expediente técnico contratado para realizar la obra; la pericia elaborada en la valuación de la obra ejecutada, constatada y verificada por los peritos de campo.*
- *Efectuar la comparación del presupuesto realmente ejecutado con el valor de obra indicado en el presupuesto contratado, con el fin de encontrar el valor de la mayor monto invertido por la demandante, en la realización de los mayores metrados, los cambios de acabados y las obras nuevas constatadas y verificadas en campo.*

La metodología aplicada por los peritos fue conforme se advierte de su dictamen:

- *Revisar y evaluar la documentación técnica y legal proporcionada por el consorcio.*
- *Inspección técnica de la obra, con el propósito de verificar, los metrados obtenidos de los planos de replanteo, verificar la calidad y*

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

tipo de acabados, las especificaciones técnicas utilizadas tomando de esta manera constancia de la obra realmente ejecutada.

- *Análisis técnico de los datos obtenidos de las acciones indicadas en los puntos anteriores, con los que se elaboraran las memorias descriptivas generales, las especificaciones técnicas y los presupuestos de cada una de las especialidades de la obra realmente ejecutada a marzo del 2009, fecha del presupuesto original de la obra de tal manera de permitir la comparación de ambos presupuestos.*
- *Elaborar técnicamente el presupuesto real de la obra realmente ejecutada.*
- *Comparar el presupuesto real obtenido con el presupuesto del expediente técnico contratado, proporcionado por el solicitante, a fin de determinar la diferencia de costo entre la obra realmente ejecutada y la obra originalmente contratada. (ver pericia presentada por el contratista como medio probatorio)*

Atendiendo a la importancia que esta pericia reviste para las pretensiones demandadas, el Colegiado la ha analizado con detenimiento, luego de lo cual ha llegado a las siguientes conclusiones. Al respecto, el Colegiado advierte que, la metodología usada por los peritos es propia del contrato de obra a precios unitarios, sistema contractual que no corresponde al que las partes han acordado en el Contrato; pues, conforme lo hemos indicado anteriormente las partes han acordado que la Obra se ejecutará bajo el sistema de suma alzada, esto, una contraprestación por el íntegro de la obra.

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

El sistema de precios unitarios, en cambio, se aplica más bien cuando la naturaleza de la prestación no permite conocer con exactitud o precisión las cantidades o magnitudes requeridas; y es en virtud de ello que la obra se valoriza en relación a su ejecución real, conforme el artículo 40 del Reglamento de la Ley.

Por ende, determinar el valor de la obra con una metodología propia del sistema de precios unitarios vulnera el Contrato suscrito por las partes, pues en él las partes han acordado un sistema de contratación distinto.

Asimismo, en la pericia se ha determinado la existencia de mayores metrados, en algunos casos en una diferencia considerable; sin embargo para que ello sea procedente el Contratista debió haber demostrado que tal diferencia en el metrado provenía de una variación ordenada por la Entidad, pues así lo dispone el artículo 1776 del Código Civil:

"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".

Si bien el Contratista ha afirmado que los mayores metrados se ejecutaron por pedido de la Entidad, no obra en el expediente ninguna prueba que demuestra que el Ministerio haya autorizado ello; así pues, ni en el Derecho Privado, ni en el Derecho de Contratación Pública, se pueden ejecutar variaciones sin autorización expresa del contratante, las variaciones de la Obra se tiene que solicitar de manera formal por escrito.

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente

Dr. Álvaro Zúñiga León

Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

Es decir, al no haber demostrado que los mayores metrados provienen de una variación dispuesta por la Entidad al expediente técnico, debe entenderse que esos mayores metrados no dan lugar a enriquecimiento sin causa pues se encuentran dentro de lo previsto en el Contrato y en el sistema de contratación a precios unitarios que obliga al Contratista a ejecutar íntegramente la obra por un monto fijo que es inalterable.

Ahora bien sobre la actualización de precios a mayo del 2009, que el Contratista también ha considerado como enriquecimiento sin causa, se advierte que la pericia asigna un valor más elevado a algunas partidas, sin embargo no se advierte la justificación que tal diferencia entre los precios considerados por los peritos con los previstos en el Expediente Técnico; más aun tomando en consideración que el Contrato fue suscrito el 25 de mayo del 2009.

Sin perjuicio de ello, este colegiado advierte que la actualización de precios realizada por los peritos no es afín a la naturaleza del sistema a suma alzada donde, conforme ya se ha dicho, la contraprestación es inalterable.

Por ende, la pericia presentada en la demanda se opone en este extremo a lo pactado por las partes.

Por otro lado, cabe indicar que en caso de obras nuevas se podría dar lugar a la acción de enriquecimiento sin causa si es que el beneficiado con la obra se negara a pagar su valor alegando la falta de vínculo contractual. Sin embargo, en el caso concreto el Demandante no ha descrito en que consistieron tales obras nuevas; y tal descripción tampoco obra en la pericia.

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

**Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega**

Por las razones expuestas, la presente pretensión debe ser declarada INFUNDADA, pues el Contratista no cumple con acreditar el hecho generador del enriquecimiento sin causa.

4.6. TERCER Y QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

Tercer punto controvertido.- Determinar a quién corresponde asumir el pago de intereses del monto controvertido y las costas y costos del proceso arbitral

Quinto punto controvertido.- Determina si el pago de las costas y costos le corresponde al Consorcio DHMONT & GC&M SAC.

Este Colegiado considera conveniente analizar el cuarto y quinto punto controvertido de manera conjunta por tener una relación intrínseca.

Sobre este punto, cabe indicar que el artículo 70° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, establece que:

“El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden: a) Los honorarios y gastos del tribunal arbitral; b) Los honorarios y gastos del secretario; c) Los gastos administrativos de la institución arbitral; d) Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; e) Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; f) Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales”.

En ese sentido, se aprecia que los conceptos solicitados por el Contratista establecidos en la cuarta pretensión de la demanda, corresponden a los costos que se han incurrido por la tramitación del presente arbitraje; con lo que, este Tribunal Arbitral procederá a emitir un único pronunciamiento

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

respecto a las costas y costos que han derivado por las actuaciones efectuadas en el presente arbitraje.

Así, es necesario recordar que el numeral 1) del artículo 72º del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en su artículo 70º. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73º de la citada ley señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Es el caso que en el convenio arbitral contenido en el Contrato, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del proceso arbitral; por lo que, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

En tal sentido, considerando el resultado del arbitraje, así como la conducta procesal de las partes, este Tribunal Arbitral tiene la certeza de que los costos del presente proceso arbitral (detallados en el numeral 1 del artículo 72º de la Ley de Arbitraje) deben ser asumidos íntegramente por la parte demandante.

Por lo expuesto este colegiado declara INFUNDADO el cuarto punto controvertido derivado de la cuarta pretensión; en consecuencia, no corresponde que el Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora N° 108 pague y/o reembolse a Contratista monto alguno por concepto de todos los gastos administrativos, costos, costas del presente proceso arbitral así

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

como representación y asesoría legal o técnica, que se han generado como consecuencia del inicio del proceso arbitral.

En relación al quinto punto controvertido, y de acuerdo con el análisis efectuado anteriormente, corresponde señalar que la parte demandante debe asumir el íntegro de los costos arbitrales.

Honorarios definitivos

En atención a lo dispuesto en el numeral 43 del Acta de Instalación, el Tribunal Arbitral fija sus honorarios definitivos en S/. 180,000.00 (Ciento Ochenta Mil Nuevos Soles) netos, a razón de S/. 60,000.00 (Sesenta Mil Nuevos Soles) para cada uno de los tres (3) árbitros, los cuales fueron cancelados en su totalidad por el demandante. Asimismo, fija los gastos administrativos definitivos de la Secretaría Arbitral en S/. 30,000.00 (Treinta Mil Nuevos Soles) netos, los cuales fueron cancelados en su totalidad por el demandante.

Además, el Tribunal Arbitral quiere dejar constancia que una vez incorporada la Dra. Sesibel Margarita Vela Vega al arbitraje, ninguna de las partes cumplió con pagar sus honorarios.

Por otro lado, el Tribunal Arbitral cumple con señalar que la solicitud de devolución de honorarios se tramita ante el OSCE.

FALLO ARBITRAL:

Estando a las consideraciones expuestas, dentro del plazo correspondiente, este Tribunal Arbitral en Derecho, **RESUELVE:**

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la oposición al arbitraje formulada por el Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 108.

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

SEGUNDO: Declarar **IMPROCEDENTE** la tacha interpuesta por el Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 108 en contra de la pericia presentada por el Consorcio DH – MONT & CG & M S.A.C.

TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión demandada por el Consorcio DH – MONT & CG & M S.A.C.; en tal sentido no corresponde declarar que el valor de real de la obra objeto del contrato materia de Litis, asciende a la suma de S/. 16' 102,546.02 (Dieciséis millones ciento dos mil quinientos cuarenta y seis Y 53/100 NUEVOS SOLES), conforme se indica en el informe del Equipo Técnico de Peritaje del Colegio de Ingenieros del Perú, sede Lima.

CUARTO: Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión demandada por el Consorcio DH – MONT & CG & M S.A.C y, en consecuencia, disponer que no corresponde que el Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 108 le pague la suma de S/. 6' 017,911.10 (Seis millones diecisiete mil novecientos once y 10/100 nuevos soles),

QUINTO: Declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal del Consorcio DH – MONT & CG & M S.A.C, por los motivos expuestos en los considerandos pertinentes.


SEXTO: Declarar **FUNDADA** la primera pretensión acumulada por la Entidad contenida y, en consecuencia, declarar que el costo final de la obra, vinculante y oponible a las partes, se fija y determina en concordancia con el sistema y modalidad de contratación establecida en el contrato suscrito por las partes.

SÉPTIMO: DISPONER que la parte demandante asuma el íntegro de los costos arbitrales.

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral**

Dr. Fernando Melitón Santivañez Yuli - Presidente
Dr. Álvaro Zúñiga León
Dra. Sesibel Margarita Vela Vega

OCTAVO: A la cuarta pretensión demandada y la segunda pretensión acumulada, relacionadas con la condena de costos arbitrales: **Estese** a lo resuelto en el punto resolutivo precedente.



FERNANDO MELITON SANTIVANEZ YULI

Presidente del Tribunal Arbitral



ÁLVARO ZÚÑIGA LEÓN

Árbitro



SESIBEL MARGARITA VELA VEGA

Árbitro