

LAUDO DE DERECHO

Laudo de Derecho que en la controversia surgida entre el Consorcio del Carmen con el Ministerio de Educación -Unidad Ejecutora 108, dicta el Tribunal Arbitral integrado por los señores Félix Arturo Delgado Pozo, Raúl Salazar Rivera y Víctor Manuel Huayama Castillo.

Demandante: Consorcio del Carmen conformado por Empresa Constructora A.R.C. S.R.L., Corrales Ingenieros S.R.L. y el señor Vladimir Ylich Rojas Palomino (en lo sucesivo el Contratista).

Demandado: Ministerio de Educación - Unidad Ejecutora 108, (en lo sucesivo la Entidad).

Contrato: N° 119-2011-ME/SG-OGA-UA-APP para la elaboración del expediente técnico y la ejecución de la obra: "Recuperación de la IE Emblemática Coronel Cortegana, Celendín - Cajamarca"

Monto del Contrato: S/. 22'087, 820.38 ✓

Cuantía de la Controversia: S/. 1'621,862.21

Tipo y Número de Proceso de Selección: Régimen Especial N° 225-2011/ED/UE108

Tribunal Arbitral: Víctor Manuel Huayama Castillo (Presidente), Raúl Salazar Rivera y Felix Arturo Delgado Pozo (Árbitros)

Secretaría Arbitral: Arbitre Soluciones Arbitrales S.R.L.- Carmen Antonella Quispe Valenzuela

Monto de los honorarios del Tribunal Arbitral: S/.20,146.96

Monto de los honorarios de la Secretaría Arbitral: S/.15,641.71

Fecha de emisión del laudo: 26 de setiembre del 2016.

Nº de Folios: 73

Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):

<input type="checkbox"/>	Nulidad, invalidez, inexistencia y/o ineffectuacía del contrato.	<input type="checkbox"/>	Indemnización por daños y Perjuicios.
<input type="checkbox"/>	Resolución del contrato	<input checked="" type="checkbox"/>	Enriquecimiento sin causa
<input type="checkbox"/>	Ampliación del plazo contractual.	<input type="checkbox"/>	Adicionales y reducciones
<input type="checkbox"/>	Defectos o vicios ocultos	<input type="checkbox"/>	Adelantos
<input type="checkbox"/>	Formulación, aprobación o valorización de metrados.	<input checked="" type="checkbox"/>	Penalidades
<input type="checkbox"/>	Recepción y conformidad	<input type="checkbox"/>	Ejecución de garantías
<input checked="" type="checkbox"/>	Mayores gastos generales	<input type="checkbox"/>	Devolución de garantías
<input checked="" type="checkbox"/>	Otros: Liquidación final		

Resolución N° 19

En Lima, a los 26 días del mes de setiembre de 2016, el Tribunal Arbitral luego de llevar a cabo las actuaciones del proceso de conformidad con la ley y con las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, contestación de la demanda y reconvenCIÓN, dicta el siguiente laudo para poner fin a las controversias que las partes han sometido a su conocimiento.

I. ANTECEDENTES

- 1.1. El 1 de junio de 2011, las partes celebraron el Contrato N° 119-2011-ME/SG-OGA-UA-APP derivada del Proceso Especial N° 0025-2011-ED/UE 108, denominado "Ejecución de Obra: Recuperación de la IE Emblemática Coronel Cortegana, Celendín-Cajamarca(Concurso Oferta)". En adelante, nos referiremos a este contrato como "el Contrato".
- 1.2. La Cláusula Vigésimo Séptima del Contrato: Solución de Controversias dispone que:

«(...) Aplicación del Arbitraje: En caso no haya acuerdo para la Conciliación, las partes acuerdan que cualquier controversia que surja de 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 conformado por tres (3) Árbitros. A falta de un acuerdo en la designación de los mismos o del Presidente del Tribunal, o ante la rebeldía de una de las partes en cumplir con dicha designación, la misma será efectuada por el Organismo de Supervisor de las Contrataciones del Estado conforme a las disposiciones administrativas del Reglamento o conforme al Reglamento del Centro de Arbitraje al que se hubiese sometido las partes.

El laudo arbitral emitido es vinculante para las partes y pondrán fin al procedimiento de manera definitiva, siendo el laudo inapelable ante el Poder Judicial o ante cualquier instancia

El proceso de conciliación y arbitraje se ceñirá a lo prescrito en los artículos 214º al 234º del Reglamento»|.

- 1.3. El 4 de mayo de 2015 en la sede del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, el Tribunal Arbitral conformado por los señores Víctor Manuel Huayama Castillo, Raúl Salazar Rivera y Félix Arturo Delgado Pozo, así como la representante de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE y los representantes de ambas partes, participaron en la Audiencia de Instalación de Tribunal Arbitral. En esta Audiencia, a la que en lo sucesivo nos referiremos como el "Acta de Instalación", el Tribunal Arbitral fijó las reglas del proceso estableciendo que es un arbitraje ad hoc, nacional y de derecho.
- 1.4. Así también, en esta Audiencia, el Tribunal Arbitral encargó la secretaría arbitral a Arbitre Soluciones Arbitrales SRL, quien a su vez, designó como abogada a cargo a la señora Carmen Antonella Quispe Valenzuela, identificada con DNI N° 42744668, y Registro CAL N° 54863, estableciendo como sede del arbitraje la oficina ubicada en la Calle Río de la Plata N° 167, Oficina 102, distrito de San Isidro, provincia y departamento de Lima.

II. LO ACTUADO EN EL PROCESO

- 2.1. El 1 de junio de 2015 el Contratista presentó su demanda solicitando que se declare consentida y aprobada la liquidación del Contrato y, subordinadamente, que se declare nulos e ineficaces los actos con los cuales la Entidad aprobó su propia liquidación y que en consecuencia se disponga la aprobación de la liquidación que el Contratista presentó con su carta N° 09-2014-CDC; y, en caso el Tribunal no amparara la pretensión subordinada, que se ordene a la Entidad indemnice al Contratista por enriquecimiento sin causa.
- 2.2. El 4 de junio de 2015 se emitió la Resolución N° 1 admitiendo a trámite la demanda, teniendo por ofrecidos los medios probatorios, y corriendo traslado a la Entidad para que en veinte días hábiles presente su contestación de demanda y, de considerarlo conveniente, formule reconvención.
- 2.3. El 8 de julio de 2015 la Entidad dedujo excepción de incompetencia contra la tercera pretensión de la demanda y contestó la demanda. Asimismo, formuló reconvención pretendiendo que se declare la validez y eficacia de la

Resolución N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED que aprobó la reformulación de la liquidación final del Contrato.

- 2.4. Mediante la Resolución N° 3 del 20 de julio de 2015 se tuvo por deducida la excepción de incompetencia, por contestada la demanda y se admitió la reconvención, corriendo traslado al Contratista para que en veinte días hábiles exprese lo conveniente a su derecho.
- 2.5. El 20 de agosto de 2015 el Contratista absolvió el traslado conferido respecto a la excepción de incompetencia, reconvención y la contestación de demanda, conforme a los argumentos señalados en el mencionado escrito.
- 2.6. El 5 de octubre de 2015 se emitió la Resolución N° 4, teniendo por contestada la reconvención, por absuelta la excepción de incompetencia y, teniendo presente lo señalado por el Contratista con respecto a la contestación de demanda. Asimismo, de conformidad con el numeral 9 del Acta de Instalación, en la misma Resolución N° 4 se fijaron los puntos controvertidos del proceso, otorgando a las partes tres días hábiles para que expresen lo que corresponda a su derecho respecto a los puntos controvertidos formulados, y otorgándoles tres días hábiles para que presenten una formula conciliatoria, si así lo estiman conveniente. En esta resolución se admitió también los medios probatorios ofrecidos por las partes. Asimismo, la Resolución N° 4 citó a las partes a la Audiencia de Ilustración de Posiciones para el 22 de octubre de 2015.
- 2.7. Con escrito del 20 de octubre de 2015 la Entidad solicitó la reprogramación de la Audiencia de Ilustración de Posiciones y mediante escrito del 26 de octubre amplió los fundamentos de su contestación de demanda, adjuntando documentos en calidad de medios probatorios. El 2 de noviembre de 2015 se emitió la Resolución N° 5 accediendo a lo solicitado por la Entidad y, en consecuencia, reprogramando la Audiencia de Ilustración para el 3 de diciembre del 2015, teniendo presente los argumentos expuestos y admitiendo los medios probatorios ofrecidos por la Entidad con el escrito del 26 de octubre con conocimiento de su contraparte, disponiendo que en caso se interponga alguna cuestión probatoria en contra de ellos, su eficacia probatoria sería determinada en el momento de laudar.
- 2.8. El 3 de diciembre del 2015 se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración de Posiciones, exponiendo cada una de las partes los

fundamentos de sus posiciones. Posteriormente, el Colegiado formuló las preguntas que consideró pertinentes a las partes, las mismas que fueron absueltas debidamente.

- 2.9. De conformidad con el numeral 32 del Acta de Instalación, mediante Resolución N° 11 del 21 de abril de 2016, se declaró el cierre de la etapa probatoria, concediendo a las partes cinco días hábiles para que presenten sus alegatos escritos y, en caso lo consideren necesario, soliciten el uso de la palabra.
- 2.10. Mediante escrito del 29 de abril de 2016 la Entidad presentó sus alegatos, solicitando se convoque a la audiencia de informes orales. Por su parte el Contratista presentó sus alegatos el 3 de mayo de 2016. El 13 de mayo de 2016 se emitió la Resolución N° 12, teniendo por presentados los alegatos escritos y convocando a la Audiencia de Informes Orales para el 3 de junio de 2016.
- 2.11. El 31 de mayo de 2016 la Entidad solicitó la reprogramación de la audiencia de informes orales, por lo que mediante Resolución N° 14, del 3 de junio, se reprogramó la audiencia para el 28 de junio de 2016 a las 15:00 horas.
- 2.12. El 28 de junio de 2016, con la participación de Tribunal Arbitral y los representantes de ambas partes, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, exponiendo las partes sobre sus fundamentos. Luego de la exposición oral, el Colegiado formuló las preguntas que consideró pertinentes y que fueron absueltas debidamente. En la misma audiencia el Tribunal Arbitral declaró el cierre de la instrucción y fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles contados a partir de la realización de dicha audiencia, el mismo que podría ser prorrogado por treinta (30) días hábiles adicionales, a entera discreción del Tribunal Arbitral; disponiendo que luego de la expedición del laudo, la Secretaría Arbitral contará con cinco días hábiles adicionales para notificar el laudo a las partes.

Mediante la Resolución N° 18, dictada el 1 de agosto de 2016, el plazo para laudar fue ampliado en treinta días adicionales, desde el vencimiento del plazo anterior, por lo que el plazo para emitir el laudo vence el 26 de setiembre de 2016, luego de lo cual la secretaría arbitral contará con cinco días hábiles para la notificación respectiva.

- 2.13. En lo referente a los costos arbitrales, fueron fijados en los numerales 54 y 55 del Acta de Instalación en S/. 12,500.00 netos

para cada uno de los árbitros, y en S/.9, 000.00 netos, incluyendo el Impuesto General a las Ventas, para la secretaría arbitral, a ser asumidos en proporciones iguales por cada una de las partes. Mediante Resolución N° 2 del 12 de junio de 2015, se tuvo por acreditado el primer anticipo de los pago de honorarios profesionales de los miembros del Tribunal Arbitral y de la Secretaría por parte del Contratista. Asimismo, mediante Resolución N° 4 del 5 de octubre de 2015, se tuvo por acreditado dichos pagos por la Entidad.

- 2.14. Asimismo, en virtud de las pretensiones demandadas y reconvenidas, mediante Resolución N° 8, del 12 de febrero de 2016, se fijó un segundo anticipo de honorarios en la suma de S/.7,646.94 netos para cada uno de los árbitros y en S/.6,641.71 netos, incluyendo el Impuesto General a las Ventas, para la secretaria arbitral, debiendo cada parte asumir el 50% de dichos montos. Mediante Resolución N° 12 del 13 de mayo de 2016, se tuvo por acreditado el pago del segundo anticipo de los honorarios arbitrales por parte del Contratista y, mediante Resolución N° 15, del 8 de junio de 2016, se tuvo por acreditado el segundo anticipo de los honorarios arbitrales por parte de la Entidad.

III. DECLARACIONES PRELIMINARES

Antes de ingresar a analizar la materia controvertida corresponde remarcar lo siguiente:

- (i) El Tribunal Arbitral se ha instalado de conformidad con las normas que regulan la contratación estatal y con la conformidad de las partes.
- (ii) En ningún momento se ha recusado al Tribunal Arbitral o se han impugnado las disposiciones contenidas en el Acta de Instalación.
- (iii) El Contratista interpuso su demanda dentro del plazo previsto, ofreciendo las pruebas correspondientes y habiendo contestado la reconvención.
- (iv) La Entidad fue emplazada con la demanda, habiéndola contestado oportunamente he interpuesto reconvención.

- (v) Las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar todas sus pruebas, así como han contado con el derecho a presentar alegatos y a informar oralmente.
- (vi) Se han analizado todas las afirmaciones de las partes y todos los medios probatorios actuados en el proceso, otorgándoles el mérito que les corresponde aun cuando no se haga mención expresa de ellos en este Laudo. Y,
- (vii) El presente Laudo de Derecho se emite dentro del plazo previsto en el Acta de Instalación, y de conformidad con lo establecido en la Audiencia de Informes Orales del 28 de junio de 2016 y en la Resolución N° 18 del 1 de agosto de 2016.

IV. PRETENSIONES DEMANDADAS, PRETENSIONES RECONVENIDAS Y PUNTOS CONTROVERTIDOS

- 4.1. Las pretensiones contenidas en la demanda presentada por el Contratista el 1 de junio de 2015 han sido formuladas en los siguientes términos:

(i) Primera Pretensión: Que se declare consentida y aprobada la liquidación del Contrato N° 119-2011-ME/SG-OGA-UA-APP, cuyo objeto fue la ejecución de la obra: "Recuperación de la Institución Educativa Emblemática Coronel Cortegana", debido a que el Programa Nacional de Infraestructura Educativa – PRONIED, emitió su pronunciamiento fuera del plazo establecido en el artículo 211º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

ii) Segunda Pretensión: Que en el supuesto que no se amparase la Primera Pretensión, que se declaren nulos y/o ineficaces los actos contenidos en la Resolución Directoral Ejecutiva N° 16-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED y Resolución Directoral Ejecutiva N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED, así como los documentos que los contienen, mediante los cuales el PRONIED decidió aprobar la liquidación del Contrato N° 119-2011-ME/SG-OGA-UA-APP, así como la Resolución Jefatural N° 355-2014-MINEDU/VMGI-OINFE, con la que se aprobó el Deductivo de Obra N° 01 y, como consecuencia, se disponga la aprobación de la liquidación que presentamos, mediante Carta N° 09-2014-

CDC.

- iii) Tercera Pretensión:** Que en el supuesto que no se amparase la Segunda Pretensión, en el extremo que El PRONIED reconozca el pago de los trabajos de cerramiento de la piscina y del coliseo polideportivo, así como del equipo de bombeo y filtros de la piscina, cuyo costo es de S/. 283,338.71, que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad que indemnice a El Consorcio por el mismo monto por concepto de enriquecimiento sin causa.
- iv) Cuarta Pretensión:** Que se disponga que el PRONIED, asuma los gastos del proceso arbitral»¹.

- 4.2. Por su parte, las pretensiones contenidas en el escrito de reconvención de la Entidad presentado el 8 de julio de 2015 han sido formuladas en los siguientes términos:

«El Ministerio de Educación formula la presente reconvención, solicitando como pretensión:

2.1. Primera Pretensión Principal

Que, declare la validez y eficacia de Resolución N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED del 21.08.2014, mediante la cual se aprobó la reformulación de la Liquidación Final de Contrato N° 119-2011-ME/SG-OGA-UA-APP derivado del Proceso Especial N° 0025-2011-ED/UE 108 "Ejecución de obra: Recuperación de la I. E. Emblemática Coronel Cortegana, Celendín – Cajamarca (Concurso Oferta)

2.2. Segunda Pretensión Principal

Que el Tribunal Arbitral ordene al Consorcio del Carmen el pago de las costas y costos del proceso»².

- 4.3. En función a las pretensiones demandadas, a las pretensiones reconvenidas, y en virtud de los argumentos expuestos por las partes, mediante la Resolución N° 4 del 5 de octubre de 2015 se fijaron los siguientes puntos controvertidos:

«Puntos controvertidos de la demanda:

¹ Escrito de demanda presentado por el Contratista el 01/06/2015, páginas 1 y 2. Las negritas corresponden al texto citado.

² Escrito de excepciones, contestación de demanda y reconvención presentado por la Entidad el 08/07/2015, página 52. Las negritas corresponden al texto citado.

1. Determinar si corresponde o no declarar consentida y aprobada la liquidación del Contrato N° 119-2011-ME/SG-OGA-UA-APP, debido a que la Entidad habría emitido su pronunciamiento fuera del plazo previsto en el artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
2. De no ampararse la primera pretensión, fijada como primer punto controvertido, determinar si corresponde o no declarar nulos y/o ineficaces los actos contenidos en la Resolución Directoral Ejecutiva N° 16-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED y Resolución Directoral Ejecutiva N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED, así como los documentos que los contienen, mediante los cuales el PRONIED decidió aprobar la liquidación del Contrato N° 119-2011-ME/SG-OGA-UA-APP, así como de la Resolución Jefatural N° 355-2014-MINEDU/VMGI-OINFE, con la que se aprobó el Deductivo de Obra N° 01; y, como consecuencia de ello, determinar si corresponde o no disponer la aprobación de la liquidación presentada por el Consorcio Del Carmen mediante Carta N° 09-2014-CDC.
3. En el supuesto que no se ampare la Segunda Pretensión, en el extremo que la Entidad reconozca el pago de los trabajos de cerramiento de la piscina y del coliseo polideportivo, así como el equipo de bombeo y filtros de la piscina, cuyo costo ascendería a S/.283,338.71, determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad que indemnice al Consorcio con S/.283,338.71, por concepto de enriquecimiento sin causa.

Puntos controvertidos de la reconvención:

4. Determinar si corresponde o no declarar la validez y eficacia de Resolución N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED del 21.08.2014, mediante la cual se aprobó la reformulación de la Liquidación Final de Contrato N° 119-2011-ME/SG-OGA-UA-APP.

Punto controvertido común a ambas partes:

5. Determinar qué parte, y de ser el caso, en qué proporción deberán asumir las costas y costos arbitrales».

En consecuencia, el análisis y resolución de estos puntos controvertidos permitirá emitir un adecuado pronunciamiento sobre las pretensiones demandadas y reconvenidas.

- 4.4. En ese sentido, el Tribunal cuenta con la facultad de analizar los puntos controvertidos no necesariamente en el orden de las pretensiones presentadas al proceso, sino en función del orden que permita la mejor comprensión y análisis de la controversia en su conjunto. En ejercicio de esta facultad, el Colegiado emitirá su pronunciamiento empezando por el análisis del primer punto controvertido establecido en la Resolución N° 4, para luego –de ser el caso- analizar conjuntamente el segundo y el cuarto punto controvertido relacionados con la segunda pretensión de la demanda y la primera pretensión de la reconvenición, vinculadas ambas con los cuestionamientos de fondo que las partes han efectuado a la liquidación final del Contrato de Obra. Dependiendo de las conclusiones a las que se arribe sobre dichos puntos controvertidos, el Tribunal determinará lo pertinente respecto al tercer punto controvertido que tiene que ver con el enriquecimiento sin causa contenido en la tercera pretensión de la demanda, y será en este momento en que el Tribunal determinará lo pertinente respecto de la excepción de incompetencia que la Entidad ha deducido en contra de la citada tercera pretensión de la demanda.

V. HECHOS RELEVANTES Y NORMATIVIDAD APLICABLE

- 5.1. El 1 de junio de 2011 la Entidad y el Contratista celebraron el Contrato N° 119-2011-ME/SG-OGA-UA-APP cuyo objeto fue «la elaboración del expediente técnico y la ejecución de la obra de la Institución Educativa Emblemática “Coronel Corteaga”, ubicada en el distrito de Celendín, provincia de Celendín y departamento de Cajamarca» por la suma de S/.22'087,820.38, incluidos los impuestos de Ley; el plazo pactado para la elaboración del expediente técnico fue de 105 días calendario y, para ejecutar la obra, de 330 días calendario. Así consta en las cláusulas segunda, tercera y cuarta del Contrato de Obra.
- 5.2. El Contrato de Obra se origina en el Proceso Bajo Régimen Especial N° 025-2011-ED/UE 108 –convocado en virtud de lo

previsto en el Decreto de Urgencia N° 004-2009- en el que el Contratista obtuvo la buena pro; así consta en la cláusula primera del Contrato de Obra.

- 5.3. Luego que la Obra fuera ejecutada por el Contratista y recibida por la Entidad, el 10 de julio de 2014 el Contratista presentó la liquidación final del Contrato de Obra con un saldo a su favor ascendente a S/.1'888,865.42, incluyendo, entre otros, los siguientes conceptos: (i) el reajuste del monto del contrato producto de aplicar el coeficiente k; (ii) los mayores gastos generales derivados de las ampliaciones de plazo aprobadas y (iii) el costo de la partida Cerramiento lateral de los sectores polideportivo y de la piscina.
- 5.4. El 8 de setiembre del 2014 la Entidad emitió la Resolución Directoral N° 016-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED elaborando y aprobado una nueva liquidación estableciendo un saldo a favor del Contratista ascendente a S/.153,654.44. La diferencia existente en los saldos de la liquidación elaborada por el Contratista con el saldo de la liquidación elaborada por la Entidad se explican en que (i) la Entidad no reconoció el pago de los mayores gastos generales provenientes de las ampliaciones de plazo porque el presentante del Contratista renunció a su pago; (ii) La Entidad considera que no corresponde el pago de los cerramientos laterales de los sectores polideportivo y de la piscina, ni de la instalación de los equipos de bombeo y filtros de la piscina porque respecto de ellos mediante la Resolución Jefatural N° 355-2014-MINEDU/VMGI-OINFE se aprobó el Deductivo N° 01; y porque (iii) sólo corresponde pagar por reajuste del Contrato de Obra la suma de S/.86,577.42 y no S/.257,152.80 que es el monto determinado por el Contratista en su liquidación.

El 17 de noviembre de 2017 la Entidad emitió la Resolución Directoral N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED en la que reformuló la liquidación final del contrato de obra, estableciendo un saldo a favor del Contratista ascendente a S/.139,048.37.

- 5.5. Conforme se observa de los hechos antes descritos, la controversia entre las partes se ha suscitado en los diferentes saldos que cada una de ellas ha determinado en sus respectivas liquidaciones finales del Contrato de Obra, pues, por un lado el Contratista considera que el saldo a su favor asciende a S/.1'888,865.42, mientras que la Entidad considera que si bien

existe un saldo a favor del Contratista, dicho monto asciende únicamente a S/.139,048.37. Se observa de este modo que las controversias sometidas al conocimiento del Tribunal versan principalmente sobre la liquidación final del Contrato de Obra.

- 5.6. En consecuencia, en la evaluación y análisis de los fundamentos invocados por las partes, y en la solución de la controversia, el Colegiado aplicará las estipulaciones acordadas en el Contrato de Obra (y los documentos que forman parte integral del mismo) y así como la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017, y de su Reglamento (aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF), pues son las normas que estuvieron vigentes en la fecha en la que se convocó el proceso de selección del cual proviene el Contrato de Obra, y supletoriamente, las normas del Código Civil, dando con ello cumplimiento a lo estipulado en la cláusula trigésima del Contrato de Obra que dispone lo siguiente:

«Cualquier punto no considerado en las Cláusulas precedentes se ceñirá a lo establece la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF y, sus modificatorias.

Asimismo, son de aplicación supletoria al presente Contrato las normas pertinentes del Código Civil, Ley de Presupuesto, y todas aquellas relacionadas con este tipo de relaciones contractuales».

VI. ¿HA QUEDADO CONSENTIDA LA LIQUIDACIÓN FINAL DEL CONTRATO DE OBRA ELABORADA POR EL CONTRATISTA? LA PRIMERA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA

- 6.1. En su demanda del 1 de junio de 2015 el Contratista interpuso como primera pretensión la siguiente:

«(i) Primera Pretensión: Que se declare consentida y aprobada la liquidación del Contrato N° 119-2011-ME/SG-OGA-UA-APP, cuyo objeto fue la ejecución de la obra: "Recuperación de la Institución Educativa Emblemática Coronel Cortegana", debido a que el Programa Nacional de Infraestructura Educativa – PRONIED, emitió su pronunciamiento fuera del plazo establecido en el artículo 211º del Reglamento de la Ley

de Contrataciones del Estado»³.

6.2. Los argumentos invocados por el Contratista se resumen a continuación:

- (i) El artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que la Entidad dispone de 60 días calendario para pronunciarse sobre la liquidación final presentada por el Contratista, ya sea observándola o elaborando otra, siendo el caso que «*cualquier omisión de emitir y notificar su decisión en dicho plazo ocasiona que la liquidación del contrato quede aprobada en los términos presentados por el contratista*»⁴.
- (ii) El Contratista presentó su liquidación el 10 de julio de 2014 por lo que el plazo de 60 días con el que contaba la Entidad para pronunciarse se cumplió el 9 de septiembre de ese mismo año. Refiere que la Entidad «*optó por la elaboración de una nueva liquidación, la misma que fue aprobada mediante Resolución N° 016-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED, notificada el 08 de septiembre de 2014, esto es, dentro del plazo de 60 días con los que contaba para ese propósito*»⁵. Empero, la Entidad decidió dejar sin efecto dicha liquidación «*y la sustituyó por la contenida en la Resolución N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED; por lo tanto la primera resolución perdió su eficacia y quedó sin ningún efecto jurídico, toda vez que lo resuelto en dicho documento había sido revocado [...] Y si la primera decisión fue dejada sin efecto, se debe concluir que la liquidación elaborada y aprobada mediante Resolución N° 016-2014-MINEDU-VMGI-PRONIED, carece de valor legal, por lo que corresponde al Colegiado disponer que dicho documento y el acto que contiene, son nulos y/o ineficaces*»⁶.
- (iii) En tal sentido, el Contratista refiere que las entidades públicas están facultadas para revocar o anular las

³ Escrito de demanda presentado por el Contratista el 01/06/2015, página 1. Las negritas corresponden al texto citado.

⁴ Ibidem, págs. 4 y 5.

⁵ Ibidem, pág. 5.

⁶ Ibidem.

decisiones que han tomado, estando ello establecido en los artículos 202 y 203 de la Ley 27444. Por ello, si la Entidad «decidió dejar sin efecto su primera decisión, debe validarse dicho acto y, por consiguiente, declarar la nulidad y/o ineficacia de la Resolución N° 016-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED y, por consiguiente, consentida y aprobada la liquidación del contrato que hemos presentado»⁷.

6.3. Por su parte, en el escrito de contestación de demanda presentado el 8 de julio de 2015, la Entidad ha expresado, en resumen, lo siguiente:

- (i) La Obra fue recibida el 25 de enero de 2014, y el 25 de marzo de 2014 el Contratista presentó su liquidación final de Obra, no obstante la Entidad devolvió esa liquidación debido a que se encontraba en trámite un proceso arbitral, ante lo cual el Contratista se desistió del proceso arbitral referente a la denegatoria de la solicitud de ampliación de plazo N° 7.
- (ii) Mediante la carta N° 09-2014-CDC, presentada el 10 de julio del 2014, el Contratista reingresó su liquidación final del Contrato de Obra con un saldo a su favor de S/.1'888,865.42.
- (iii) La Entidad, dentro del plazo de 60 días calendario, emitió la Resolución Directoral Ejecutiva N° 016-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED elaborando otra liquidación final del contrato de obra, obrando de este modo de conformidad con el artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Dicha liquidación «fue debidamente notificada al Contratista **dentro del plazo legal**, lo cual ha sido reconocido expresamente por el contratista en su escrito de demanda»⁸.
- (iv) Refiere la Entidad que el Contratista con la carta N° 08-CONSORCIO DEL CAMEN-2014 del 18 de septiembre de 2014, «es decir, dentro de los quince días establecidos por la norma, formuló las observaciones a la liquidación practicada por la Entidad, con lo cual reitera la validez del pronunciamiento del MINEDU, toda vez que si el mismo se

⁷ Ibídem.

⁸ Escrito de excepciones, contestación de demanda y reconvención presentado por la Entidad el 08/07/2015, página 22. Las negritas corresponden al texto citado.

hubiera dado fuera del plazo, el recurrente lo hubiera manifestado en la citada carta»⁹. Ante las observaciones del Contratista, con el Oficio N° 285-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED recibido por el Contratista el 26 de septiembre de 2014, la Entidad se ratificó en su liquidación final del contrato de obra.

- (v) Posteriormente, mediante la Resolución N° 102-2014/VMGI-PRONIED, notificada el 17 de noviembre de 2014, la Entidad «reformuló su Liquidación en virtud a un error material en el Anexo N° 01 de la Resolución Directoral Ejecutiva N° 016-2014/VMGI-PRONIED, dado que en el rubro “pagado” se debe eliminar el monto de S/.14,606.07 Nuevos Soles por intereses por exceso en el pago de materiales»¹⁰.
- (vi) La Entidad sostiene que «puede modificar de oficio, los distintos actos administrativos que emita, en tal sentido **y debido a que NO ESTÁ prohibido en la normativa aplicable a las contrataciones públicas**; también puede modificar la Resolución que emitió la liquidación final de contrato si observa un error material expreso, sin que esta actuación, invalide el primer acto mediante el cual, dentro del plazo legal, se pronunció respecto a la liquidación formulada por el Contratista»¹¹.
- (vii) Por ende, la Entidad afirma que ha cumplido estrictamente con los plazos previstos en el artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, conforme al principio de legalidad, por lo que la liquidación que ha practicado es válida y eficaz y, en tal sentido, la primera pretensión de la demanda debe ser declarada infundada.

- 6.4. De lo expuesto por las partes y de las pruebas que obran en el expediente, está acreditado que el 10 de julio de 2014 el Contratista presentó su liquidación final del Contrato de Obra con un saldo a su favor de S/.1'888,865.42; ante lo cual la Entidad, mediante Resolución Directoral N° 016-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED, elaboró su propia liquidación determinando la suma de S/.153,654.44 como saldo a favor del Contratista. La liquidación de la Entidad fue observada por el

⁹ Ibidem. El subrayado corresponde al texto citado.

¹⁰ Ibidem, págs. 22 y 23. El subrayado corresponde al texto citado.

¹¹ Ibidem, pág. 23. El subrayado y las negritas corresponde al texto citado.

Contratista mediante la carta presentada el 18 de septiembre de 2014; observaciones que fueron desestimadas por la Entidad mediante oficio N° 285-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED recibido por el Contratista el 26 de septiembre de 2014. Ante ello, el 9 de octubre de 2014, el Contratista presentó su solicitud de arbitraje.

Por ende, se aprecia que tanto el Contratista como la Entidad observaron los plazos contemplados en el artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que regula la etapa de liquidación final del contrato de obra.

En tal sentido, la controversia que es analizada en este acápite tiene que ver con la decisión de la Entidad de reformular su liquidación final. Tal reformulación fue efectuada mediante la Resolución Directoral N° 16-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED del 17 de noviembre de 2014, emitida después que el Contratista –el 9 de octubre de 2014- sometiera a arbitraje la controversia sobre la inicial liquidación elaborada por la Entidad. El Contratista arguye que al actuar la Entidad de ese modo, su primera liquidación –aprobada por la Resolución Directoral 016-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED- perdió eficacia y quedó sin ningún efecto jurídico, por lo que esa primera liquidación de la Entidad es nula y e ineficaz y por consiguiente corresponde declarar consentida y aprobada la liquidación que el Contratista presentó el 10 de julio de 2014.

- 6.5. Un primer aspecto que debe ser remarcado es que el artículo primero de la Resolución Directoral N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED aprueba la reformulación de la liquidación final del Contrato de Obra con un saldo a favor del Contratista de S/.139,048.37. Conforme consta en el séptimo al noveno considerando de dicha resolución, en la Resolución Directoral N° 016-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED se incurrió en un error material «*dado que en el rubro “Pagado” se debe eliminar el monto de S/.14 606.07 [...] por intereses por exceso en pago de materiales, toda vez que dicho monto debe ser descontado al Contratista*». Siendo que en el décimo cuarto considerando de la Resolución Directoral N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED, invocando el artículo 201 de la Ley 27444, la Entidad estableció que el error material podía ser rectificado con efecto retroactivo, en cualquier momento y siempre que se no se altere lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión.

Por ende, la Resolución Directoral N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED no declara la nulidad de la Resolución Directoral 016-

2014-MINEDU/VMGI-PRONIED, sino que, invocando la existencia de un error material, reformula la liquidación final del Contrato de Obra. Desde esa perspectiva, el Colegiado considera que no se puede sostener que la Resolución Nº 016-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED carezca de validez y eficacia pues no existe una declaración proveniente de la propia entidad o de una autoridad jurisdiccional que así lo declare expresamente, siendo de notar que la declaratoria de nulidad de dicha resolución no es objeto de la primera pretensión de la demanda que se analiza en este acápite.

- 6.6. Un segundo aspecto que el Colegiado tiene en cuenta es que el Contratista no ha cuestionado la existencia del error material invocado por la Entidad.

Efectivamente, en ninguno de los escritos presentados al proceso se ha indicado que la decisión de la Entidad de retirar la suma de S/.14 606.07 del rubro "Pagado" de la liquidación final del Contrato sea errada y equivocada.

Y, sobre este aspecto, el Colegiado verifica que, en efecto, en el anexo Nº 01 de la Resolución Directoral 016-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED, se incluyó en el rubro "1.2.0 PAGADO" la suma de S/.14,606.07 por concepto de "Intereses por Exceso en Pago de Materiales", verificándose también que ha sido únicamente este concepto el que ha sido excluido en la liquidación final reformulada mediante la Resolución Directoral Nº 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED, tal y conforme se verifica del Anexo Nº 01 que forma parte integrante de dicha resolución. Precisamente, es la exclusión de los S/.14,606.67 de la liquidación, lo que ha determinado que el saldo a favor del Contratista se reduzca de S/.153,654.4 a S/.139,048.37, que es el saldo a favor del Contratista establecido en la citada Resolución Directoral Nº 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED.

En tal sentido, el Colegiado considera que en la primera liquidación elaborada por la Entidad se incurrió en un error, el cual consistió, como ya se ha visto, en incluir en el rubro de conceptos pagados el monto correspondiente a los intereses generados por los adelantos directos, monto que en realidad correspondía ser descontado al Contratista, error que puede ser calificado como un error material de orden aritmético y susceptible en consecuencia de ser corregido por la parte que incurrió en dicho error.

- 6.7. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la primera pretensión de la demanda, analizada en el presente acápite, tiene por finalidad que se declare consentida la liquidación presentada por el Contratista «debido a que el Programa Nacional de Infraestructura Educativa – PRONIED, emitió su pronunciamiento fuera del plazo establecido en el artículo 211º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado».
- 6.8. Al respecto, el artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado concede a la Entidad el plazo máximo de sesenta días para pronunciarse sobre la liquidación presentada por el Contratista, ya observando la liquidación o elaborando otra, debiendo notificar al contratista para que se pronuncie dentro de los quince días siguientes. Y el tercer párrafo de este artículo establece que «La liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido». El consentimiento al que se refiere la norma comentada concuerda y desarrolla lo establecido en el segundo párrafo del artículo 42 de la Ley de Contrataciones del Estado el cual dispone que:

«Tratándose de contratos de ejecución o consultoría de obras, el contrato culmina con la liquidación y pago correspondiente, la misma que será elaborada y presentada a la Entidad por el contratista, según los plazos y requisitos señalados en el Reglamento, debiendo aquélla pronunciarse en un plazo máximo fijado también en el Reglamento bajo responsabilidad del funcionario correspondiente. De no emitirse resolución o acuerdo debidamente fundamentado en el plazo antes señalado, la liquidación presentada por el contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales» (Resaltado agregado).

Cuando el artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado se refiere a "consentida" tal término debe entenderse como «la armoniosa integración de la oferta con la aceptación»¹²; tal consentimiento puede ser expreso o tácito y, respecto de ello, don Manuel De la Puente y Lavalle expresa que «el artículo 142 del Código Civil sólo permite que el

¹² Cfr. Manuel de la Puente y Lavalle. En: "Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas". Tomo VII. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Lima, 2004. Pág. 229.

silencio importe manifestación de voluntad cuando la ley (o convenio) le atribuyen ese significado»¹³.

Teniendo en cuenta lo expresado, el Colegiado considera que no se ha configurado el consentimiento tácito alegado por el Contratista, dado que el consentimiento al que se refiere el artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado se configura únicamente cuando la entidad –dentro del plazo fijado por la norma- no se pronuncia sobre la liquidación practicada por el Contratista o cuando no se pronuncia sobre las observaciones formuladas por el Contratista a la liquidación elaborada por la Entidad. Ninguno de estos dos supuestos concurren en el caso analizado pues el mismo Contratista ha admitido que la Entidad, mediante la Resolución Directoral N° 16-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED, elaboró su propia liquidación final del contrato de obra y que, ante las observaciones formuladas por el Contratista, mediante oficio N° 285-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED la Entidad se ratificó en su liquidación, pronunciamientos que fueron comunicados oportunamente al Contratista.

- 6.9. Por los fundamentos antes expuestos consideramos que la primera pretensión de la demanda debe ser declarada infundada.

VII. LAS OBSERVACIONES FORMULADAS POR EL CONTRATISTA A LA LIQUIDACIÓN ELABORADA POR LA ENTIDAD. LA SEGUNDA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA Y LA PRIMERA PRETENSIÓN DE LA RECONVENCIÓN

- 7.1. La segunda pretensión demandada por el Contratista consiste en lo siguiente:

ii) «Segunda Pretensión: Que en el supuesto que no se amparase la Primera Pretensión, que se declaren nulos y/o ineficaces los actos contenidos en la Resolución Directoral Ejecutiva N° 16-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED y Resolución Directoral Ejecutiva N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED, así como los documentos que los contienen, mediante los cuales el PRONIED decidió aprobar la liquidación del Contrato N° 119-

¹³ Citado por César Fernández Fernández. En: "Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas". Tomo VII. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Lima, 2004. Pág. 271.

2011-ME/SG-OGA-UA-APP, así como la Resolución Jefatural N° 355-2014-MINEDU/VMGI-OINFE, con la que se aprobó el Deductivo de Obra N° 01 y, como consecuencia, se disponga la aprobación de la liquidación que presentamos, mediante Carta N° 09-2014-CDC»¹⁴.

7.2. Los fundamentos que el Contratista ha invocado como sustento de su segunda pretensión pueden resumirse en los siguientes:

- 7.2.1. El Contratista refiere que, en concordancia con las normas de contratación pública y las opiniones del OSCE, elaboró y presentó su liquidación final incluyendo, entre otros componentes «el reajuste del monto del contrato, el pago de los mayores gastos generales derivados de las ampliaciones de plazo aprobadas, el importe de la partida “cerramiento lateral de los sectores polideportivo y de la piscina (tímpano)” y debido a que la obra fue culminada antes que concluya el plazo de ejecución de obra, no se incluyó ninguna penalidad»¹⁵. El Contratista ha sustentado ampliamente cada uno de estos componentes, fundamentos que son resumidos a continuación.
- 7.2.2. Respecto del reajuste del monto del contrato, el Contratista señala que el artículo 49 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece una fórmula de reajuste, la cual se elabora según lo previsto en el D.S. 011-79-VC «que no es otra que la fórmula polinómica». Señala en tal sentido que ambos dispositivos establecen que el monto del contrato de obra debe actualizarse en función de la fórmula polinómica, representada por su coeficiente K, que representa la variación del precio desde la fecha de elaboración del presupuesto hasta la culminación de la obra, sobre la base de los índices unificados de la construcción, publicados por el Instituto Nacional de Estadística – INEI. Señala en consecuencia que «el reajuste del monto del contrato de obra no es un asunto de interpretación, sino uno estrictamente operativo que consiste en calcular el coeficiente k, al aplicar la fórmula polinómica a cada componente que haya sido

¹⁴ Escrito de demanda presentado por el Contratista el 01/06/2015, página 1. Las negritas corresponden al texto citado.

¹⁵ Escrito de demanda presentado por el Contratista el 01/06/2015, pág. 6.

considerado en su elaboración»¹⁶. Siendo ello lo que el Contratista hizo al elaborar su liquidación final.

El Contratista señala que los factores de reajuste K que ha utilizado son los mismos que los calculados por la Supervisión en las valorizaciones mensuales, pues se utilizaron los mismos índices correspondientes al Área Geográfica N° 01 correspondientes a la Obra y publicados por el INEI. Refiere que el D.S. 011-79-VC, modificado por los Decretos Supremos N° 017-79-VC y 06-86-VC, regula la aplicación de las deducciones por la entrega del adelanto para materiales y el adelanto directo. Señala que en concordancia con estas normas «cuando al aplicar las fórmulas correspondientes para las deducciones de los adelantos directos el valor de la deducción resulte negativo –es decir, cuando $K < Ka$ o $lmr < lma$ -, tal deducción negativa se suma como positiva al reajuste de la valorización».

En tal sentido precisa que «las deducciones negativas se producen porque el coeficiente de reajuste del mes en que se otorgó el adelanto directo (Ka) es mayor al coeficiente del reajuste de la valorización (k), o porque el Índice Unificado del material (lmr) de un mes posterior al adelanto, es menor que el correspondiente a la fecha en que se otorgó el adelanto respectivo (lma); por consiguiente, en lugar de deducirse debe sumarse al reajuste de la valorización. Este concepto no ha sido aplicado por la Entidad la cual arbitrariamente considera que cuando las deducciones son negativas en lugar de sumar al reajuste de la valorización considera un valor cero es que no reajusta las valorizaciones lo cual explica la diferencia de los montos calculados por el Contratista S/.257,152.80 y la Entidad S/.86,577.42. Este concepto es claramente explicado por el OSCE en la opinión No 76-2010/DTN 91 [...]»¹⁷.

Es en virtud de tales consideraciones que el Contratista considera que el cálculo del reajuste del importe del contrato que ha sido incluido en su liquidación es correcta y debió ser validada por la Entidad.

¹⁶

Ibidem, pág. 7.

¹⁷

Ibidem, pág. 8.

No obstante ello, el Contratista señala que la Entidad en la Resolución Directoral N° 016-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED señaló –textualmente- lo siguiente: «En el cálculo reintegros del contrato principal existen errores en el cálculo de los coeficientes "K" de reajuste del contrato principal y ha calculado mal las deducciones por concepto de los adelantos otorgados, razón por la cual se considera válido el cálculo efectuado por la Entidad, no siendo posible detallar en qué parte está la diferencia dado que se trata de cálculos por los adelantos, producto de un gran número de operaciones matemáticas (...).

En resumen, el PRONIED sostiene que el reajuste calculado por El Consorcio tiene errores, pero no sabe las razones, ya que no le **es posible detallar en qué parte está la diferencia dado que se trata de cálculos por los adelantos, producto de un gran número de operaciones matemáticas.**

Como resulta evidente, un fundamento como el transcrita es más que suficiente para que la decisión de la Entidad sea nula, pues el fundamento es completamente arbitrario, y ello no está permitido, sino que más bien, el derecho a la motivación es una garantía constitucional de todo acto realizado por una autoridad en el ejercicio de sus funciones»¹⁸.

El Contratista señala también que la decisión de la Entidad es contraria al concepto mismo de liquidación de contrato que es un proceso de cálculo técnico y económico para conocer el saldo final, sea que favorezca a la Entidad o al Contratista. «Y si es un proceso de cálculo, no se requiere de mayor análisis para saber que se trata de operaciones matemáticas y, que para saber el importe del reajuste, se trata de operaciones matemáticas aplicando la(s) formula(s) polinómica(s) que conforman el expediente técnico». Por ende, el Contratista señala que la Resolución Directoral N° 016-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED «es nula en el extremo referido al reajuste del monto del contrato, por adolecer de un requisito indispensable de toda decisión pública, como es la motivación o fundamentación, independientemente que se trate de acto administrativo o no, puesto que la arbitrariedad está proscrita en las

¹⁸ Ibídem, pág. 9. El resultado corresponde al texto citado.

relaciones jurídicas de cualquier naturaleza»¹⁹, citando para remarcar su dicho lo precisado por el Tribunal Constitucional en la sentencia N° STC 8495-2006-PA/TC. Por ello, el Contratista concluye respecto de este componente que «si está demostrado que la decisión de EL PRONIED de reconocer como reajuste un importe que no tiene ningún sustento, la Resolución Directoral Ejecutiva N° 16-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED, es nula en ese extremo, y nuestra demanda para que se nos pague el saldo correcto, es decir, S/.257,152.80, debe ser declarada fundada»²⁰.

7.2.3. Respecto de los trabajos denominados Cerramientos laterales de los sectores polideportivo y de la piscina (tímpano) y sustitución del equipo de bombeo y filtro de la piscina, así como la invocada nulidad de la Resolución N° 355-2014-MINEDU/VMGI-OINFE, en su demanda el Contratista ha señalado lo siguiente:

El Contrato fue celebrado bajo la modalidad de concurso oferta, por lo que el Contratista también elaboró el expediente técnico. En dicho expediente técnico, que fue debidamente aprobado por la Entidad, estaba previsto «la construcción de una piscina y un polideportivo, cuyo cerramiento debió realizarse con vidrio templado de 6mm de espesor. Asimismo, el equipo de bombas de presión constante y filtro de bombeo estuvo previsto que se haga con electrobombas de 10HP»²¹. Empero, refiere el Contratista que durante la construcción se advirtió que para el cerramiento el material idóneo era el policarbonato de espesor de 8mm, en tanto que el equipo de bombeo y filtro de la piscina debía tener los siguientes componentes: 03 electrobombas de presión constante de 5.5.HP, 02 filtros de arena y en la obra la colocación de un pararrayos adicional.

Señala que las modificaciones de especificaciones técnicas fue comunicada mediante el asiento N° 719 del Cuaderno de Obra en tanto que el expediente que incluyó los referidos cambios fue entregado a la Supervisión, a cargo del Consorcio More & Orue, mediante Carta N° 38-CD C/2013. Señala que la Entidad, mediante Memorándum N° 2169-2013-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM,

¹⁹ Ibídem, pág. 10.
²⁰ Ibídem.
²¹ Ibídem.

del 30 de setiembre de 2014, comunicó al Coordinador de la Obra, la aprobación de la modificación de las especificaciones técnicas del material que debía utilizarse para el cerramiento de la piscina y polideportivo, así como las que correspondían al equipo de bombeo y filtro de la piscina, documento que al ser comunicado al Contratista, se procedió a realizar los trabajos con los materiales aprobados. Refiere que «Por supuesto, al tratarse de un concurso oferta, el cambio de especificaciones técnicas, no obstante que hubiese significado un costo mayor, no podía generar ninguna prestación adicional, pero el hecho de que esa parte de la obra se haya hecho con los materiales señalados, no significa que no se haya ejecutado, como ha interpretado indebidamente El PRONIED»²². El Contratista señala que la ejecución de los trabajos antes señalados está completamente acreditado y la Entidad «lo reconoce de manera expresa en la Resolución N° 355-2014-MINEDU/VMGI-OINFE, en la que abunda en detalles de procedimiento y razones de orden técnico que motivaron el cambio de especificaciones técnicas. Del mismo modo, recalca que tales modificaciones no generan ninguna prestación adicional, sin embargo, de manera absolutamente equivocada, concluyen que todos los trabajos realizados por la suma de S/ 283,338.71, representan un Deductivo»²³.

Refiere el Contratista que una decisión como la descrita no puede tener amparo de ningún tipo, porque ello supondría la vulneración de varias normas legales. En primer lugar, la que regula las prestaciones adicionales de obra, porque el Deductivo N° 01, tal como lo quiere ver la Entidad, tendría que ser un Deductivo Vinculado, puesto que los trabajos sí se han realizado. Sin embargo, señala que una apreciación en ese sentido carece de sustento, porque una Prestación Adicional de Obra, implica prestaciones no incluidas en el contrato y que, además, generan un presupuesto adicional, tal como se indica en Anexo de Definiciones del Reglamento. Del mismo modo, todo Deductivo Vinculado también genera un presupuesto. No obstante, en el caso bajo análisis, las prestaciones ejecutadas sí estaban contempladas en el expediente técnico, y su construcción con policarbonato y los nuevos filtros y equipos de bombeo, no generaron ningún

²² Ibídem, pág. 11.
²³ Ibídem.

presupuesto adicional, de modo que si ello es así, y en estricto cumplimiento de la norma legal antes mencionada, no puede haber prestación adicional ni deductivo vinculado. Por otro lado, el Contratista señala que aceptar la ilegal decisión de la Entidad implicaría aceptar de esta institución una conducta antijurídica, como es el enriquecimiento sin causa, el que está proscrito por la norma legal establecida en el artículo 1954, del Código Civil.

Refiere que está demostrado que ha ejecutado las prestaciones establecidas en el expediente técnico, y que el cambio de especificaciones técnicas no han implicado ni prestaciones adicionales y tampoco deductivos vinculados, en cuyo caso, la Resolución N° 355-2014-MINEDU/VMGI-OINFE, debe ser declarada nula y/o ineficaz y, por consiguiente, que la Entidad pague el costo de dichos trabajos que asciende a S/. 283,338.71, por lo que su demanda es fundada en este extremo.

7.2.4. En lo referente al pago de los mayores gastos generales de las ampliaciones de plazo N° 02, 03, 04, 05 y 06, el Contratista señala lo siguiente:

Conforme a lo previsto en el artículo 202 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y en las opiniones 027-2015/DTN, 014-2014/DTN, y 082-2014/DTN se concluye que los gastos generales son un derecho reconocido a favor del contratista que no representan una utilidad o ganancia, sino que su finalidad es mantener el equilibrio económico de las prestaciones asumidas por las partes; la única forma de asegurar el ejercicio de un derecho es cuando éste existe, que en el caso de los gastos generales es cuando la ampliación de plazo ha sido aprobada, no sólo por la imposibilidad de renunciar a lo que no se tiene, sino esencialmente a la cuantía del derecho patrimonial, cuyo cálculo sólo será factible realizar cuando se sepa los días del plazo ampliado; cuando se presenta una solicitud de ampliación de plazo no existe el derecho al pago de los mayores gastos generales dado que éste es una consecuencia de la aprobación de dicha solicitud. Por ende, no se puede renunciar a algo inexistente y, en todo caso, una conducta en ese sentido conlleva implícita la duda de la libre manifestación de la voluntad del renunciante. Y, el derecho a cobrar los mayores gastos

generales puede ser ejercido en cualquier momento después de que se haya aprobado la ampliación de plazo, incluso en la liquidación del contrato.

A ello, el Contratista señala que, «salvo la utilidad, todos los demás componentes del presupuesto de una obra, no son de libre disposición y, por lo tanto, irrenunciables»²⁴. Señala que, en el supuesto que fueran derechos de libre disposición, sólo tiene validez cuando el derecho exista; es decir, después de que la ampliación de plazo ha sido aprobada.

Refiere que la Entidad ha reconocido que ha aprobado las ampliaciones de plazo N° 02, 03, 04, 05 y 06 «de las que existen las correspondientes resoluciones, sin embargo, se ha negado a pagar los mayores gastos generales bajo el argumento que el representante legal de El Consorcio renunció a ellos cuando presentó las correspondientes solicitudes»²⁵.

Sobre el particular, el Contratista refiere que «la supuesta renuncia a los gastos generales realizado por el representante común de El Consorcio fue realizada excediéndose en las facultades que le fueron otorgadas, la misma que carece de eficacia jurídica, como lo dispone el Código Civil en su artículo 161º»²⁶, ello debido a que los integrantes del consorcio no otorgaron facultades a ninguno de los representantes del consorcio para disponer de los bienes propios o adquiridos del consorcio por lo que la renuncia a los gastos generales requería necesariamente de un poder que cumpliera con las formalidades previstas en el artículo 156 del Código Civil, esto es, «de forma expresa e indubitable y otorgado mediante escritura pública, el que nunca ha existido». Sin perjuicio de ello, el Contratista refiere que incluso si su representante hubiera contado con facultad para disponer de los bienes de sus consorciados, «las manifestaciones con ese propósito son ineficaces, tal como lo ha precisado el OSCE, en sus pronunciamientos, toda vez que fueron realizadas conjuntamente con las solicitudes de ampliación de plazo»²⁷. Por ello, el

²⁴ Ibídem, pág. 15.

²⁵ Ibídem, pág. 16.

²⁶ Ibídem, pág. 17.

²⁷ Ibídem.

Contratista señala que es totalmente legítimo haber incluido el monto de los mayores gastos generales de las ampliaciones de plazo N° 02, 03, 04, 05 y 06 como parte de la liquidación final del contrato de Obra y era deber de la Entidad reconocerlos.

Señala que si el dinero correspondiente a los mayores gastos generales de la Obra son parte del presupuesto de obra y que por ende no corresponden al contratista, no existen razones legítimas que sustenten una renuncia de ellos. Por ende, «*detrás de toda renuncia a los mayores gastos generales existe una coacción que, por supuesto, es difícil de probar, dado que esta es verbal: "o renuncias a los gastos generales o no hay aprobación de ampliación de plazo"*»²⁸. Refiere que si bien una negativa injustificada de aprobar una solicitud de ampliación de plazo puede ser reclamada en la vía arbitral, ello implica dinero y tiempo en el que las garantías deben seguir vigentes, afectando el récord crediticio del contratista.

En el contexto comentado, el Contratista señala que «*la decisión de la Entidad respecto de los mayores gastos generales contenida en la Resolución Directoral Ejecutiva N° 16-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED y Resolución Directoral Ejecutiva N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED, debe ser declarada nula e ineficaz y, por lo tanto, sin efecto alguno, en cuyo caso, nuestra demanda es fundada*»²⁹.

7.2.5. En lo referente a la aplicación de la penalidad, el Contratista señala que el plazo de ejecución de la Obra fue fijado en 330 días, que fue incrementado en 162 días al aprobarse cinco ampliaciones de plazo «*y en 21 días por demora en la recepción de la obra. Igualmente se ha señalado en que el citado plazo se inició el 11 de mayo de 2012, en cuyo caso, los 513 días se cumplieron el 05 de octubre de 2013, de modo que si la obra fue concluida el 26 de setiembre de ese mismo año, no existe ninguna demora y carece de sustento la aplicación de la penalidad por mora»*»³⁰. El Contratista señala que sin embargo, la Entidad sostiene que los 21 días de atraso en la recepción de la obra no es parte del plazo de ejecución del contrato, y que sólo da lugar al pago de mayores

²⁸ Ibídem, págs. 18 y 19.
²⁹ Ibídem, pág. 19.
³⁰ Ibídem, pág. 20.

gastos generales, siendo que tal apreciación es contraria al artículo 210 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado por lo que debe ser dejada sin efecto.

En adición a ello, el Contratista señala que la Entidad «si considera que el plazo final de ejecución de la obra incluye los días de atraso en los que incurrió en recibir la obra, como queda demostrado en el documento denominado "CÁLCULO DE LA MULTA" que ha adjuntado a la liquidación que ha elaborado»³¹ y en el que, ante el atraso en recibir la obra no atribuible al Contratista se considera 511 días como nuevo plazo de ejecución de la Obra.

- 7.3. Por su parte, la Entidad en su escrito de contestación de demanda presentada el 8 de julio de 2015 ha solicitado que la segunda pretensión de la demanda sea desestimada, en resumen, por los siguientes fundamentos:

- 7.3.1. Refiere que las resoluciones que el Contratista cuestiona cumplen con todos los requisitos y presupuestos del acto administrativo.

Señala que al presentar el Contratista su liquidación final de obra, la Entidad emitió la Resolución Directoral N° 016-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED, la Resolución Directoral N° 102-2014-MINEDU-VMGI-PRONIED y la Resolución Jefatural N° 355-2014-MINEDU/VMGI-OINFE con la que se aprobó el Deductivo N° 01, conforme a lo dispuesto en la Ley 27444, y en la Ley de Contrataciones del Estado y en su Reglamento.

La Entidad sostiene que las citadas resoluciones cumplen con los requisitos o elementos esenciales del acto administrativo, los cuales son: competencia, objeto o contenido, finalidad pública, procedimiento y motivación. En cuanto a la motivación, la Entidad señala que cada una de las citadas resoluciones se sustentan en los respectivos informes técnicos legales, los mismos que amparan su validez y eficacia. En tal sentido, la Entidad señala que las resoluciones cuestionadas por el Contratista son válidas y eficaces.

³¹

Ibidem.

Refiere asimismo que el Contratista no ha fundamentado fehacientemente que se haya configurado alguna de las causales de nulidad del acto administrativo establecidas en el artículo 10º de la Ley 27444. Señala que, en consecuencia, «al no fundamentar **fehacientemente** su pretensión en una causal de nulidad válida establecida en la normatividad citada, y, habiendo desvirtuado mi representada la posición del Contratista que se basó supuestamente por la causal de falta de motivación, corresponde al Tribunal declarar que la segunda pretensión deviene en **IMPROCEDENTE**)³². Sin perjuicio de ello, la Entidad ha rebatido los argumentos del Contratista sobre la liquidación final de obra.

7.3.2. Respecto de los trabajos denominados cerramientos laterales de los sectores polideportivo y de la piscina (tímpano) y sustitución del equipo de bombeo y filtro de la piscina, así como la invocada nulidad de la Resolución N° 355-2014-MINEDU/VMGI-OINFE, la Entidad ha expresado lo siguiente:

Señala que el policarbonato de 8mm, el equipo de bombeo y filtro de la piscina que debían tener tres electrobombas de presión constante de 5.5HP, dos filtros de arena y un pararrayos adicional, constituyeron modificaciones de especificaciones técnicas; las mismas que pudieron ser claramente advertidas en la elaboración del expediente técnico a cargo del Contratista, sin embargo, ello se señaló durante la ejecución de la Obra. «Así las cosas, el Consorcio ejecutó las modificaciones respecto a los materiales usados en el Polideportivo y en la Piscina; sin embargo, si bien tales modificaciones no se constituyeron como un Adicional de Obra, son trabajos **QUE NO ESTABAN ESTIPULADOS EN EL EXPEDIENTE TÉCNICO**, por lo que previa evaluación de los respectivos especialistas, **SE INDICÓ QUE DEBÍA APROBARSE EL DEDUCTIVO N° 01, EN TANTO SE DEJÓ DE EJECUTAR LA PARTIDA CORRESPONDIENTES A LOS CERRAMIENTOS DE LOS SECTORES POLIDEPORTIVOS Y DE LA PISCINA (TÍMPANO)**)³³.

La Entidad refiere que este aspecto será fundamentado en el desarrollo de la tercera pretensión de la demanda, por

³² Escrito de excepciones, contestación de demanda y reconvención presentado por la Entidad el 08/07/2015, página 28 y 29.

³³ Ibídém, pág. 30. Las negritas y el énfasis en mayúsculas corresponden al texto citado.

lo que lo solicitado en este extremo por el Contratista carece de todo sustento fáctico y jurídico y merece ser amparado por el Tribunal Arbitral.

- 7.3.3. Respecto del reajuste del monto del contrato, la Entidad sostiene que ha calculado el coeficiente K en aplicación estricta de la norma existente, lo cual se prueba con el informe 016-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO-ULT-WRS que forma parte del oficio N° 285-2014-MINEDY/VMGI-PRONIED y los cálculos de reintegro autorizado que adjunta con su contestación de demanda. Por ende, la Entidad sostiene que el monto correcto asciende a S/.86,577.42, sin IGV, por lo que solicita que se declare infundada la demanda en este extremo.
- 7.3.4. En lo referente al pago de los mayores gastos generales de las ampliaciones de plazo N° 02, 03, 04, 05 y 06, la Entidad sostiene que otorgó al Contratista cinco ampliaciones de plazo por un total de 162 días calendario. Refiere que el Contratista, en pleno uso de sus facultades, renunció al pago de los mayores gastos generales, teniendo pleno conocimiento de las consecuencias jurídicas que de dicho pronunciamiento se desprenden, toda vez que la Entidad en ningún momento lo coaccionó tal como maliciosamente pretende hacer creer en su demanda.

Señala la Entidad que la renuncia del Contratista a los mayores gastos generales consta expresa e irrefutablemente en las cartas 09-2013-DCD, 15-2013-DCD, 28-2013-DCD, 36-2013-DCD, y 37-2013-DCD.

La Entidad sostiene que el Contratista se encontraba en la facultad de calcular en función a los días de las ampliaciones solicitadas el monto que le sería reconocido por la Entidad, sin embargo no lo hizo y por el contrario prefirió renunciar a dicho derecho.

Refiere que el representante del Contratista se encuentra atribuido con todas las facultades propias de la representación para las distintas funciones dentro de la ejecución del Contrato, entre ellas solicitar ampliaciones de plazo y las que se deriven de las mismas, como es el caso del reconocimiento y renuncia de los mayores gastos generales.

Refiere que en el supuesto negado que no se cuente con la representación para desistirse de los pagos por mayores gastos generales, tampoco se encontraría facultado para solicitar las ampliaciones de plazo, «las mismas que serían nulas por lo que el contratista habría incurrido en mora respecto a la culminación de la obra»³⁴. La Entidad señala que usar los argumentos del Contratista genera inseguridad jurídica y se dejaría de lado el principio de buena fe pues para cada acto que emita el representante legal del Contratista la entidad debería solicitar sus poderes de representación.

En ese sentido, la Entidad señala que lo manifestado por el Contratista contraviene frontalmente la normativa de contratación pública.

7.3.5. En lo que se refiere a la aplicación de la penalidad, la Entidad expresa que lo señalado por el Contratista -en el sentido que el plazo de 21 días por la demora en la recepción de la obra se debe añadir al plazo total para la ejecución de la obra, teniendo como nueva fecha de culminación de los trabajos el 5 de octubre de 2013- no reviste mayor fundamento jurídico, toda vez que se realiza a través de un cálculo incorrecto de los plazos, ya que, conforme lo establece el artículo 210 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, «**el plazo de retraso en el que incurra la Entidad al momento de recepcionar la obra, será incluido al plazo total de la recepción de la misma, a efectos del reconocimiento y pago de los mayores gastos generales que le correspondan al contratista**»³⁵. La Entidad indica que la norma, el artículo 210 del Reglamento, se puede interpretar «en el sentido que cuando el reglamento establece que la demora en el proceso de recepción por parte de la Entidad, se “adicionará al plazo de recepción de la misma”, se refiere al plazo que el contratista tiene para subsanar las observaciones planteadas por el Comité de Recepción de Obra, de ninguna manera el plazo de ejecución de la obra, toda vez que el mismo se encuentra plenamente definido»³⁶

La Entidad sostiene además que para el caso de la demora en la ejecución de una obra por parte del Contratista, la

³⁴ Ibídem, pág. 34.

³⁵ Ibídem, págs. 35 y 36. Las negritas corresponden al texto citado.

³⁶ Ibídem, págs. 35 y 36. Las negritas corresponden al texto citado.

penalidad se calcula por cada día de atraso, conforme a lo previsto en el artículo 165 del Reglamento; mientras que en el caso de la demora en la recepción de la obra, conforme al artículo 210, se reconoce al Contratista los mayores gastos generales debidamente acreditados.

Todo ello, señala la Entidad, «aclara que los plazos de ejecución de obra principal, no son comparables con los plazos de recepción de obra, por lo tanto por los 21 días de atraso en la recepción de la obra, el Consorcio debió acreditar mayores gastos generales incurridos en dicho periodo, **lo cual no ha sido gestionado**, y por la demora de 12 días en la ejecución de obra, es válidamente aplicable por la Entidad la penalidad por el monto de S/. 355,991.25 [...]).».

La Entidad señala además que el supuesto planteado por el Contratista carece de lógica y, por otro lado, el Contratista ha reconocido de forma expresa que existió un atraso en la culminación de la obra, ya que la culminación de la misma fue el 26 de septiembre de 2013, remarcando que los únicos plazos que se computan para la culminación de los trabajos a cargo del contratista, son los establecidos en el contrato y los otorgados a través de las ampliaciones de plazo.

La Entidad refiere que la obra debía culminar como máximo el 14 de septiembre de 2013, no obstante el Contratista culminó la Obra el 26 de septiembre fuera del plazo contractual, tal como ha sido aceptado por el mismo contratista, por lo que la aplicación de la penalidad impuesta en la liquidación final elaborada por la Entidad es válida y se ampara en el derecho.

- 7.3.6. Por lo expuesto, la Entidad ha solicitado que se declare improcedente la segunda pretensión de la demanda, toda vez que las resoluciones cuestionadas cumplen con todos los requisitos de validez conforme a lo establecido en el artículo 10 de la Ley 27444.
- 7.4. Habiendo resumido los argumentos que las partes han desarrollado sobre la segunda pretensión de la demanda, corresponde ahora resumir los argumentos que las partes han desarrollado sobre la primera pretensión de la reconvención, dicha pretensión de la Entidad consiste en:

2.1. «Primera Pretensión Principal

Que, declare la validez y eficacia de Resolución N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED del 21.08.2014, mediante la cual se aprobó la reformulación de la Liquidación Final de Contrato N° 119-2011-ME/SG-OGA-UA-APP derivado del Proceso Especial N° 0025-2011-ED/UE 108 "Ejecución de obra: Recuperación de la I. E. Emblemática Coronel Cortegana, Celendín – Cajamarca (Concurso Oferta)»³⁷.

7.5. Los fundamentos que la Entidad ha invocado como sustento de la primera pretensión de su reconvención pueden resumirse en los siguientes:

- (i) La Entidad ha cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado por lo que la liquidación que ha elaborado es válida y eficaz. La Entidad reitera en tal sentido que la Resolución Directoral N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED cumple con los elementos esenciales del acto jurídico toda vez que ha sido emitida por el funcionario competente, su objeto se funda en el ordenamiento legal vigente y en los principios de legalidad y razonabilidad, su finalidad es pública, ha observado el estricto cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 211 del Reglamento y se encuentra debidamente motivada.
- (ii) Refiere asimismo que la Resolución Directoral N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED, mediante la cual se incluyó en el rubro "Amortizado" el monto de S/.14,606.67 como intereses de pago en exceso por el concepto de adelanto de materiales, es válida y eficaz. Así la Entidad señala que «A través de este acto, se determinó que procedía la reformulación de la liquidación de obra, toda vez que se debe eliminar el monto de S/. 14,606.07 por el concepto de intereses por el mayor pago de adelanto para materiales, por lo que se emitió la Resolución en cuestión; todo lo señalado en los párrafos precedentes, se encuentra **debidamente fundamentado** [...]»³⁸ en los informes 0143-2014MINEDU/VMGI-PRONIED-OAJ y 076-2014MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO.

³⁷ Escrito de excepciones, contestación de demanda y reconvención presentado por la Entidad el 08/07/2015, página 52. Las negritas corresponden al texto citado.

³⁸ Ibidem, pág. 56. Las negritas corresponden al texto citado.

(iii) La Entidad señala que no existe impedimento legal que prohíba que las entidades puedan reformular sus decisiones, en este caso, la resolución mediante la cual aprobó la liquidación final del contrato de obra, más aun considerando que se encontró un "error material" plenamente advertible en cualquier estado del proceso. Por ello, de conformidad con el inciso 24 del artículo 2 de la Constitución, la Entidad sostiene que, al no estar prohibido legalmente, puede reformular su decisión cuando se adviertan errores y de los cuales no exista mayor controversia, es decir, errores materiales. En tal sentido, la Entidad concluye que su pretensión reconvenida debe ser declarada fundada.

7.6. El Contratista, por su parte, al contestar la reconvención, ha señalado en resumen los siguientes argumentos:

(i) La resolución cuestionada no ha sido emitida en un procedimiento administrativo sino en el curso de la ejecución de un contrato, que el Consorcio no tiene la calidad de administrado, sino de contratista, y que por lo tanto las decisiones relativas a los contratos no tienen la categoría de actos administrativos. Pero, independientemente de ello, ninguna decisión de una autoridad puede ser válida si es que contraviene normas legales y/o carece de motivación.

En ese sentido, luego de resumir las observaciones que ha efectuado a la liquidación elaborada por la Entidad, el Contratista concluye que ha «demostrado que las decisiones contenidas en la Resolución Directoral Ejecutiva N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED, así como los documentos que los contienen, mediante los cuales el PRONIED decidió aprobar la liquidación del Contrato N° 119-2011-ME/SG-OGA-UA-APP, así como la Resolución Jefatural N° 355-2014-MINEDU/VMGI-OINFE, con la que se aprobó el Deductivo de Obra N° 01, contraviene de manera clara y evidente, normas legales, en cuyo caso, ya sea que se tome en cuenta el artículo 10º de la Ley del Procedimiento Administrativo General o el Código Civil, son nulas de pleno derecho, puesto que esa es la sanción para los actos administrativos emitidos en contra de las normas

legales o para los actos jurídicos que contravienen normas legales que interesan al orden público»³⁹.

- 7.7. Un primer aspecto que el Colegiado tiene en cuenta es que los aspectos que el Contratista cuestiona de la Resolución Directoral N° 16-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED (con la que la Entidad aprueba su liquidación final), de la Resolución Directoral N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED (que aprueba la reformulación de la liquidación final) y de la Resolución Jefatural N° 355-2014-MINEDU/VMGI-OINFE (que aprobó el Deductivo de Obra N° 01) tienen que ver con el hecho que dichas resoluciones incluyen – o permiten incluir- conceptos con los que el Contratista está en desacuerdo, tales como, la penalidad por demora en la ejecución de la Obra y el Deductivo de Obra N° 01; o no han incluido conceptos que el Contratista considera que deben formar parte de la liquidación final del Contrato, tales como el pago de los mayores gastos generales por las ampliaciones de plazo N° 02, 03, 04, 05 y 06, y el reajuste del monto del Contrato. Las decisiones que la Entidad ha tomado sobre estos aspectos han llevado a que el Contratista demande se declare su nulidad e ineffectuacía pues considera que carecen de motivación, o la motivación que se ha brindado no concuerda con la normatividad de contratación pública.
- 7.8. Considerando lo expresado en el fundamento precedente, se tiene que la segunda pretensión de la demandada versa fundamentalmente sobre las observaciones que el Contratista formuló en su carta 08-CONSORCIO DEL CARMEN-2014 del 18 de setiembre de 2014 a la liquidación que la Entidad aprobó mediante la Resolución N° 16-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED, reformulada luego por la Resolución Directoral N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED. Precisamente, es porque el Contratista considera que las observaciones que ha formulado a la liquidación de la Entidad son observaciones fundadas que solicita que las resoluciones dictadas por la Entidad sean declaradas nulas e ineffectuacías y que la liquidación del Contratista sea aprobada.

En ese sentido, la posición expresada en la demanda y en los posteriores escritos presentados por el Contratista concuerda en términos generales con lo expuesto en su carta N° 08-CONSORCIO DEL CARMEN-2014 del 18 de setiembre de 2014, con la que observó la liquidación de la Entidad y en la que expresó lo siguiente:

³⁹ Escrito de contestación de la reconvenCIÓN presentado por el Contratista el 20/08/2015, pág. 11.

«Por los fundamentos expuestos, solicitamos se deje sin efecto la penalidad de S/.371,991.25 que se pretende aplicar a mi representada en la liquidación del contrato realizada por el PRONIED; se incluya el pago del cambio de especificaciones técnicas por S/.119,091.40 aprobado con memorándum N° 2169-2013-MINEDU/VMGE-OINFE-USONM del 30 de setiembre del 2013; revisar los cálculos de reajustes y los reajustes que no corresponden por adelanto directo y por adelanto de materiales practicados por la Entidad que a nuestro entender arrojan el monto de S/.257,152.80 más IGV y luego se proceda a emitir la resolución respectiva.

OTROSÍ DECIMOS: Sin perjuicio de lo indicado, en el supuesto que se generara una controversia que deba ser sometida a arbitraje, en este proceso también estaremos incluyendo los mayores gastos generales correspondientes a la Ampliación de Plazo N° 2, 3, 4, 5 y 6; que ascienden a la suma de S/.874,626.76 más el IGV»⁴⁰.

- 7.9. En la medida que la segunda pretensión de la demanda y la primera pretensión de la reconvenCIÓN están relacionadas con las observaciones formuladas por el Contratista a la liquidación final elaborada por la Entidad, conviene tener presente que según los usos y costumbres de la construcción, la determinación final y definitiva de los costos de una obra recibe el nombre de liquidación final de obra que «consiste en un proceso de cálculo técnico, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene por finalidad determinar, principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico que puede ser a favor o en contra del Contratista o de la Entidad»⁴¹.

Este cálculo técnico se lleva a cabo en función de los aspectos previamente determinados en el contrato en virtud del cual se ha ejecutado la obra. Siendo que el contrato de obra es uno de trato sucesivo, uno de los aspectos que denota la complejidad de este contrato es la necesidad de que las prestaciones acordadas por las partes sean liquidadas para poder darlas por canceladas. Y es que si bien en el momento de celebrar el contrato las partes conocen que la obligación asumida por el

⁴⁰ Documento presentado como anexo 1-K del escrito de contestación de demanda presentado por la Entidad el 08/07/2015.

⁴¹ Miguel Salinas Seminario en “Costos, Presupuestos, Valorizaciones y Liquidaciones de Obra”. Segunda edición. Instituto de Construcción y Gerencia – ICG. Lima 2003. Pág. 44.

contratista es la ejecución de una obra determinada, a plazo determinado y a cambio de una retribución, debido a que sus efectos se prolongan en el tiempo, las obligaciones y prestaciones son susceptibles de ser variadas, situación que es mayor en el caso de los contratos de obras públicas en los que la retribución está sujeta a reajustes, en los que la entidad tiene el derecho de establecer adicionales o deductivos, de aplicar penalidades de orden legal y contractual, y en los que le corresponde al contratista el derecho de ampliar el plazo de ejecución por eventos ajenos a él con el pago de mayores gastos generales.

Todos estos aspectos determinan que en un contrato de obra pública sea indispensable que luego de recibida una obra (o de efectuada la constatación física e inventario) se proceda a la liquidación final del contrato pues es mediante ese procedimiento técnico que las partes pueden establecer el costo que ejecutar la obra ha significado para ellas y el saldo económico a favor o en contra de las partes. Es en el contexto comentado que el artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece el procedimiento para liquidar una obra, mientras que el artículo 212 del mismo reglamento dispone que «*Luego de haber quedado consentida la liquidación y efectuado el pago que corresponda, culmina definitivamente el contrato y se cierra el expediente respectivo*».

- 7.10. El carácter eminentemente técnico de la liquidación final de una obra exige que los conceptos que la integran estén justificados y que los cálculos realizados sean comprobables y verificables; en suma, los conceptos que integran una liquidación deben ser motivados y fundados, y no deben provenir de la arbitrariedad.

Precisamente, para asegurar que las liquidaciones conserven su carácter técnico es que el artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado concede a la parte que recibe la liquidación el derecho de observarla, abriendo de este modo la oportunidad para que quien elaboró la liquidación pueda corregirse y, de no ser así, permitiendo el inicio del arbitraje con el objeto que –si se demuestra que las observaciones son fundadas- la liquidación quede aprobada pero con dichas observaciones, lo cual implica que tal liquidación carecerá de validez y eficacia en todo aquello que contravenga las observaciones que resulten fundadas.

El Tribunal considera que es dentro del marco comentado en este fundamento que deben ser analizadas la segunda pretensión de la demanda y la primera pretensión de la reconvenCIÓN, lo cual coincide además con la defensa y probanza que cada una de las partes ha efectuado dentro del proceso y que han estado centradas principalmente en las cuatro observaciones que el Contratista ha efectuado a la liquidación elaborada por la Entidad. En tal sentido, el Tribunal tiene en cuenta que las alegaciones escritas y orales del Contratista han estado centradas en persuadir al Tribunal que sus observaciones son fundadas y que deben ser estimadas; mientras que las alegaciones y la probanza de la Entidad han estado centradas en persuadir al Tribunal que las observaciones del Contratista carecen de fundamento y que, por tanto, deben ser desestimadas.

Corresponde entonces que el Tribunal analice cada una de las observaciones que el Contratista ha formulado a la liquidación final del Contrato de Obra elaborada por la Entidad para determinar si cuentan o no con fundamento y si, en función de ello, deben predominar sobre la liquidación de la Entidad. Este análisis se efectuará en los siguientes fundamentos.

A. La primera observación del Contratista: El reajuste del monto del contrato

- 7.11. Los argumentos que el Contratista ha expuesto respecto de esta observación se encuentran resumidos en el numeral 7.2.2. de este laudo, por su parte, los fundamentos desarrollados por la Entidad al respecto se encuentran descritos en el numeral 7.3.2. Sobre el particular, es importante remarcar que no es objeto de controversia la actualización a valor constante de la retribución pactada en el Contrato de Obra, aspecto que por lo demás se encuentra expresamente reconocido en la cláusula décimo quinta del Contrato de Obra⁴².

La controversia está centrada en el monto al que asciende el reajuste por la ejecución de la Obra, pues la Entidad considera que dicho monto asciende a S/.88,577.42, mientras que el Contratista considera que el monto asciende a S/.257,152.80 sin IGV. La carta N° 08-CONSORCIO DEL CARMEN-2014 que el

⁴² Contrato de obra. «Cláusula Décimo Quinta: REAJUSTE AUTOMÁTICO DE PRECIOS
El reajuste de precios se calculará mediante las fórmulas polinómicas que figurarán en el Expediente Técnico de la Obra, aplicando el Sistema de Fórmulas Polinómicas, de acuerdo con el Decreto Supremo N° 011-79-VC, sus modificaciones, ampliaciones y complementarias.
[...].»

Contratista remitió a la Entidad el 18 de setiembre del 2014 resume las diferencias que las partes mantienen sobre este aspecto:

«Señala PRONIED, que no es posible detallar en qué parte está la diferencia dado que se trata de cálculos de los adelantos, producto de un gran número de operaciones matemáticas; sin embargo indica que el cálculo que ha realizado por todo el reintegro es de S/.88,577.42, pero no existe ningún sustento numérico que explique este resultado, lo cual denota una gran falta de seriedad por parte de las personas que elaboraron la liquidación. Cabe precisar que mi representada sí alcanzo todos los cuadros donde se expresan los resultados, que son acordes a la elaboración de una liquidación, y que son el resultado únicamente de aplicar la normatividad existente. Por lo tanto, nos ratificamos en que el monto del reajuste correspondiente a la ejecución de la obra es de S/.257,152.80 sin IGV»⁴³.

Y sobre esta observación del Contratista, la Entidad -en el Informe N° 016-2014-MINEDU/VMGI-Pronied-UGEO-ULT-WRS del 19 de septiembre de 2014- expresó lo siguiente:

«La diferencia en el cálculo del Reintegro Autorizado del Contrato Principal, se debe principalmente al concepto del contratista de que las deducciones que resultan negativas por los adelantos otorgados deben sumarse a Reintegro calculado.

El Concepto aplicado por la Entidad es que, las Deducciones por los adelantos directo y para materiales otorgados al contratista, se consideran que no deben ser inferiores a cero, es decir nunca serán negativos y por lo tanto no serán sumadas a favor del contratista, por el hecho que como su nombre lo indica son DEDUCCIONES, por lo que deben ser montos a disminuir de los reintegros que también se conocen como "Reintegros que no corresponden al Contratista" (el mismo contratista así lo nombra en sus cálculos efectuados) por el hecho de que el contratista ha adquirido los insumos beneficiándose con los recursos que le ha otorgado la Entidad, y es obvio que si obtiene los materiales con dinero otorgado por la Entidad como adelanto, no tiene explicación que sobre ello la

⁴³ Documento presentado como anexo 1-K del escrito de contestación de demanda presentado por la Entidad el 08/07/2015.

Entidad le reconozca un beneficio al contratista, viéndose claramente que es el contratista quien tiene que reembolsar a la Entidad.

El monto del Reintegro calculado por la Entidad ascendente a S/.86,577.42 sin IGV, es correcto)⁴⁴.

Y sobre este mismo tema en la Resolución N° 016-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED con el que la Entidad aprobó su liquidación, se expresa lo siguiente:

«En el cálculo de reintegros del contrato principal existen errores en el cálculo de los coeficientes "K" de reajuste del contrato principal y ha calculado mal las deducciones por concepto de los adelantos otorgados, razón por la cual se considera válido el cálculo efectuado por la Entidad, no siendo posible detallar en qué parte está la diferencia dado que se trata de cálculos por los adelantos, producto de una gran número de operaciones matemáticas, siendo el reintegro calculado por el Contratista de S/.257 152,80 [...] sin Impuesto General a las Ventas, mientras que el reintegro calculado por la Entidad es de S/.86 577,42 [...] sin Impuesto General a las Ventas».

- 7.12. En consecuencia, se tiene que la objeción de la Entidad a considerar como reajuste del Contrato la suma de S/.257,152.80 sin IGV que es el monto pretendido por el Contratista se centra en dos aspectos puntuales, a saber, (i) existen errores en el cálculo de reintegros y en el cálculo de las deducciones efectuadas por el Contratista no siendo posible detallar en qué parte está la diferencia debido a que se trata de un gran número de operaciones matemáticas y (ii) las deducciones por los adelantos directo y para materiales otorgados al contratista no deben ser inferiores a cero, es decir nunca serán negativos y por lo tanto no serán sumadas a favor del contratista, por el hecho de ser deducciones que deben ser disminuidas de los reintegros.

Sobre la primera objeción en la contestación de la demanda la Entidad adjuntó como anexo 1-k el "Cálculo de Reintegro Autorizado" que acreditarían que ha aplicado correctamente los coeficientes "k" de reajuste con los índices unificados de precios que corresponden al mes de reajuste de las

⁴⁴ Documento presentado como parte del anexo 1-L del escrito de contestación de demanda presentado por la Entidad el 08/07/2015.

valorizaciones mensuales. Un primer aspecto que el Colegiado tiene en cuenta es que dicho Cálculo de Reintegro Autorizado no forma parte de la liquidación final aprobada por la Entidad mediante la Resolución N° 016-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED pues sobre ello el Contratista ha señalado que dicho documento recién fue presentado con la contestación de la demanda⁴⁵, afirmación que no ha sido negada por la Entidad. Por ello, en este aspecto el Colegiado considera que la objeción de la Entidad a la observación formulada por el Contratista careció de motivación, pues no se determinó con precisión los errores que se atribuían al cálculo efectuado por el Contratista bajo el argumento que se trataba de un gran número de operaciones matemáticas.

- 7.13. Conforme se ha comentado en el fundamento precedente, la otra objeción de la Entidad para considerar como reajuste del Contrato la suma de S/.257,152.80 sin IGV es que las deducciones por los adelantos directo y para materiales otorgados al contratista no deben ser inferiores a cero, es decir nunca serán negativos y por lo tanto no serán sumadas a favor del contratista, por el hecho de ser deducciones que deben ser disminuidas de los reintegros. El Contratista por su parte considera que de conformidad con el D.S. 011-79-VC «cuando al aplicar las fórmulas correspondientes para las deducciones de los adelantos directos el valor de la deducción resulte negativo – es decir, cuando $K < Ka$ o $l_{mr} < l_{ma}$, tal deducción negativa se suma como positiva al reajuste de la valorización»⁴⁶.

Es decir, la controversia se centra en que mientras la Entidad postula que las deducciones por los adelantos no deben ser inferiores a cero, «es decir nunca serán negativos»; el Contratista postula totalmente lo contrario pues no sólo afirma que las deducciones pueden ser inferiores a cero sino que sostiene que «tal deducción negativa se suma como positiva al reajuste de la valorización».

El Tribunal tiene en cuenta que este aspecto técnico ha sido objeto de análisis por la Dirección Técnica Normativa del OSCE en la opinión N° 076-2010/DTN emitida el 7 de diciembre de 2010 y en la que ha expresado lo siguiente:

⁴⁵ Véase al respecto el escrito presentado por el Contratista el 20/08/2015: «[...] el PRONIED [...] sostenia que no podía sustentar el importe del reajuste, porque implicaba realizar muchas operaciones aritméticas. Ahora en el escrito de absolución de la demanda, manifiesta que ya habría realizado tales operaciones y que están contenidas en el documento denominado "Cálculos de reintegro autorizado"».

⁴⁶ Escrito de demanda presentado por el Contratista el 01/06/2015, pág. 8.

«2.2. [...] En esa medida, para realizar el reajuste de las valorizaciones se utilizará el valor de "K" que se obtenga de la aplicación de dichos índices de precios en las respectivas fórmulas polinómicas, independientemente de si el valor obtenido resulta positivo o negativo. Por tanto, el reajuste procede aún (sic) cuando el valor de "K" sea negativo.

Al respecto, resulta pertinente precisar, que al establecer fórmulas para el cálculo del coeficiente de reajuste "k", se buscó equilibrar el valor de los elementos que intervienen en una construcción a la fecha correspondiente al mes de pago de la valorización, es decir, que se pague su valor real, toda vez que su valor nominal habría variado desde que se contrajo la obligación hasta que se produjo su pago, buscando, de esta manera, el restablecimiento del equilibrio y la proporción de las prestaciones asumidas.

2.4. En cuanto a las deducciones por los adelantos otorgados, debe indicarse que el Decreto Supremo N° 011-79-VC, modificado por los Decretos Supremos N° 017-79-VC y N° 06-86-VC, regula la aplicación de las deducciones por la entrega del adelanto para materiales y el adelanto directo.

En tal sentido, y en concordancia con lo expuesto en los numerales precedentes, cuando al aplicar las fórmulas correspondientes para las deducciones de los adelantos de materiales o adelantos directos el valor de la deducción resulte negativo -es decir, cuando $K < Ka$ o $lmr < lma$ -, tal deducción negativa se suma como positiva al reajuste de la valorización.

Cabe precisar, que las deducciones negativas se producen porque el coeficiente de reajuste del mes en que se otorgó el adelanto directo (Ka) es mayor al coeficiente del reajuste de la valorización (K), o porque el Índice Unificado del material (lmr), de un mes posterior al adelanto, es menor que el correspondiente a la fecha en que se otorgó el adelanto respectivo (lma); por consiguiente, en lugar de deducirse debe sumarse al reajuste de la valorización». (El subrayado no es nuestro)

Por ende, la aplicación de fórmulas de reajuste puede dar lugar a valores negativos, valores que en lugar de deducirse deben sumarse al reajuste de la valorización. En tal virtud, el Colegiado

considera que la observación efectuada por el Contratista resulta fundada en este extremo.

- 7.14. Conforme ya se ha visto, el Contratista considera que por este concepto corresponde que se le reconozca S/.257,152.80, sin IGV. A parte de las objeciones analizadas en los fundamentos 7.12 y 7.13 precedentes, no existe mayor cuestionamiento de la Entidad respecto de este monto, siendo de remarcar que cuando con su contestación de demanda la Entidad presentó el "Cálculo de Reintegro Autorizado", el Contratista aplicó los mismos cálculos realizados por la Entidad pero aplicando el reajuste conforme con la opinión 076-2010/DTN obteniendo como resultado S/.272,461.66, sin IGV, monto que es mayor a la suma solicitada por el Contratista por este concepto que asciende a S/.257,152.80 sin IGV.

Por ello, el Colegiado considera que corresponde al Contratista la suma de S/.257,152.80 sin IGV por concepto de reajuste del monto del Contrato de Obra.

B. La segunda observación del Contratista: los trabajos denominados cerramientos laterales de los sectores polideportivo y de la piscina (tímpano) y sustitución del equipo de bombeo y filtro de la piscina

- 7.15. Los argumentos que el Contratista ha expuesto respecto de esta observación se encuentran resumidos en el numeral 7.2.3. de este laudo; por su parte, los fundamentos desarrollados por la Entidad al respecto se encuentran descritos en el numeral 7.3.2.

Un primer aspecto a remarcar es que no está en duda la ejecución de los trabajos denominados cerramientos laterales de los sectores polideportivo y de la piscina (tímpano) y sustitución del equipo de bombeo y filtro de la piscina, la ejecución de estos trabajos no sólo cuentan con la aprobación de la Entidad sino que ha sido reconocida por ambas partes, sino que su debida ejecución se encuentra acreditada con los documentos que han presentado al proceso, uno de ellos, por ejemplo, el Acta de Recepción de Obra suscrita el 25 de enero del 2014 en la que se indicó lo siguiente:

«Luego de la inspección ocular, se ha establecido que las observaciones consignadas en el Acta de Pliego de Observaciones de Obra" de fecha 31 de octubre de 2,013, comunicadas por la Supervisión el 23/12/2014 (sic) su

subsanación, y siendo culminada su verificación por el comité el día 25 de enero de 2014.

El Comité de Recepción de Obra da por Recepcionada la Obra ejecutada por la modalidad de Proceso Especial N° 025-2011-ED/UE-108, la cual fue construida de acuerdo a los documentos Técnicos del Proyecto: Planos, Especificaciones Técnicas, Memoria Descriptiva, Presupuesto, así como también modificaciones autorizadas por la Supervisión y por el Área de Estudios y Proyectos del OINFE, Cambio de especificaciones técnicas aprobadas por la Entidad, salvo vicios ocultos, procediendo a recepcionar los trabajos descritos)⁴⁷.

- 7.16. Por ende, habiéndose ejecutado tales trabajos, la controversia se centra en determinar si corresponde o no pagar al Contratista por ello. La Entidad considera que dichos trabajos no deben ser retribuidos debido a que «**TODOS LOS TRABAJOS NECESARIOS PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO SON DE PLENA RESPONSALIDAD DEL CONTRATISTA**, ya que debido a la modalidad contractual CONCURSO OFERTA, al haber sido quien elaboró el expediente técnico, es también responsable por las modificaciones posteriores que no fueron establecidas en el expediente. En tal sentido, el contratista presentó la **Carta N° 38-CD C/2013** del 26.08.13 al Supervisor, con la que remite el cambio de especificación de cerramientos laterales de los sectores Polideportivo y Piscina, el cambio de especificación técnica de los equipos de bombeo y filtros de piscina, así como el cambio de la especificación técnica de pararrayos, en vista que **el proyecto original no protege toda el área del colegio**)⁴⁸.

Fue debido a estas consideraciones que el 21 de agosto de 2014 la Entidad emitió la Resolución Jefatural N° 355-2014-MINEDU/VMGI-OINFE aprobando el Deductivo de Obra N° 01 por S/.283,338.71, esta resolución fue emitida después de que el 25 de enero de 2014 se suscribiera el Acta de Recepción de la Obra y su emisión permitió que luego la Entidad incluyera ese deductivo en la liquidación final aprobada mediante la Resolución Directoral N° 016-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED dictada el 8 de setiembre de 2014.

⁴⁷ Documento presentado como anexo 1-D del escrito de contestación de demanda presentado por la Entidad el 08/07/2015.

⁴⁸ Escrito de alegatos presentado por la Entidad el 29/04/2016, pág. 11. El énfasis no es nuestro.

Precisamente, la aprobación del citado deductivo y su posterior inclusión en la liquidación final de obra elaborada por la Entidad han llevado a que el Contratista sostenga que la conclusión que se puede obtener de la Resolución N° 355-2014-MINEDU/VMGI-OINFE, es «"Aceptamos que El Consorcio ha realizado los trabajos de cerramiento de la piscina y del polideportivo con policarbonato de 8 mm de espesor; aceptamos que se ha instalado en la piscina equipos de filtro y de bombeo+ un pararrayos adicional; aceptamos que tales trabajos son parte de la obra y las modificaciones lo hemos autorizado; y aceptamos que todo eso cuesta S/. 283,338.71; pero HEMOS DECIDIDO, sin fundamento alguno, que esos trabajos deben ser GRATIS y, por lo tanto, aprobamos el Deductivo N° 01, para justificar la DECISIÓN ILEGAL DE NO PAGAR"»⁴⁹.

- 7.17. Conforme lo dispone el artículo 41 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el concurso oferta es una modalidad de contratación en la que el contratista asume la obligación de elaborar el expediente técnico, la ejecución de la obra y, de ser el caso, el terreno. Conforme lo establece la norma «Esta modalidad sólo podrá aplicarse en la ejecución de obras que se convoquen bajo el sistema a suma alzada y siempre que el valor referencial corresponda a una Licitación Pública».

Por ende, el sólo hecho que el Contrato de Obra del cual se derivan estas controversias sea bajo la modalidad de concurso oferta hace que -por imperio de la ley- sea uno de suma alzada, siendo que la característica principal del 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»⁵⁰.

⁴⁹ Escrito de demanda presentado por el Contratista el 01/06/2015, pág. 11.

⁵⁰ 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.

Es bajo la consideración que el Contrato es uno bajo la modalidad de concurso oferta y a suma alzada que la Entidad sostiene que «se puede establecer claramente que la necesidad de la elaboración y aprobación del DEDUCTIVO N° 01, tuvo como origen los defectos del Expediente Técnico de la Obra, el mismo que fue elaborado BAJO RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA, por lo que es el quien debe asumir todas las consecuencias de las omisiones advertidas para la culminación de la obra, ello en función a la modalidad del contrato (CONCURSO OFERTA)»⁵¹.

- 7.18. Al respecto, consta en el expediente la carta N° 38-CDC/2013 que el 26 de agosto de 2013 el Contratista remitió al Supervisor con la que adjuntó «el expediente de cambio de especificación técnica de los equipos de bombeo y filtros de Piscina, así como el cambio de especificación técnica del pararrayos, en vista de que el proyectado originalmente no protege todo el área del colegio, de la obra de la referencia»⁵².

La comentada deficiencia en el expediente técnico también se encuentra admitida en el Expediente de Cambio de Especificación Técnica elaborado por el Contratista y en el que se indica que «El presente expediente se ha elaborado para la aprobación de cambio de especificaciones de la partida de cerramientos laterales de polideportivo y piscina, contemplados en el proyecto, con cristales templados incoloro de 8mm sobre estructura metálica y que por razones técnicas y de seguridad se plantea con planchas de policarbonato incoloro de 8mm sobre estructura metálica, respetando el metrado considerado en el expediente técnico original»⁵³ para luego indicar que «El Contratista, reconoce que hubo un error en el proyecto original ya que no se contempló un muro cortina necesario para soportar el peso del vidrio, tampoco se compatibilizó Estructuras con Arquitectura, por tal motivo no se diseñó las estructuras de los cerramientos laterales tanto de la Piscina como del Polideportivo [...] es decir NO EXISTE UN ELEMENTO ESTRUCTURAL (VIGA), que soporte estáticamente el peso del vidrio templado. [...]»⁵⁴.

Por ende, el Colegiado considera que no existe duda que los cambios a las especificaciones técnicas tuvieron que efectuarse

⁵¹ Escrito de alegatos presentado por la Entidad el 29/04/2016, pág. 15.

⁵² Documento presentado como anexo 3 del escrito presentado por la Entidad el 26/10/2015.

⁵³ Documento presentado como anexo 3 del escrito presentado por la Entidad el 26/10/2015.

⁵⁴ Ibídem.

debido a las deficiencias del expediente técnico elaborado por el Contratista.

- 7.19. Empero, así como no existe duda de las deficiencias del expediente técnico, tampoco existe duda que fue el Contratista el que solicitó el cambio de las especificaciones técnicas para superar tales deficiencias, cambio que contó con la opinión favorable del Supervisor y que fue aceptado expresamente por la Entidad tal como consta, por ejemplo, en el Memorando N° 2169-2013-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM que la Unidad de Supervisión de Obras y Mantenimiento de la Entidad remitió el 30 de septiembre de 2013 al coordinador de la Obra comunicando lo siguiente:

«[...] debo detallar que respecto al cambio de material para el cerramiento de los tímpanos en los ambientes correspondientes a la piscina y el polideportivo, luego de efectuado el análisis por el Ing. Augusto Verona Molina, este ha encontrado procedente dicho cambio, haciendo la salvedad de que como el proyecto ha sido adjudicado bajo la modalidad de concurso oferta y al ser este un cambio solicitado por el contratista reconociendo errores en la elaboración del expediente técnico, no constituirá de ninguna manera un adicional de obra.

Asimismo, en lo referente a la sustitución del equipo de bombeo y filtro de la piscina [...] se optó por solicitar la opinión de un perito en el campo [...] quien concluye que los parámetros y velocidades de presiones están dentro de lo normalmente presentan este tipo de instalaciones.

Finalmente, indica que con los resultados obtenidos en todos los escenarios el sistema propuesto funcionará eficientemente.

Al autorizarse estos cambios y no constituir presupuesto adicional alguno cumple con efectuar traslado para su conocimiento y fines»⁵⁵.

El Colegiado coincide con la Entidad en el sentido que, en la medida que el Contrato de Obra se ha celebrado bajo la modalidad del concurso oferta y bajo el sistema a suma alzada, los errores del expediente técnico no dan lugar a la aprobación ni al pago por adicionales de obra pues conforme lo ha

⁵⁵

Documento presentado como anexo 3 del escrito presentado por la Entidad el 26/10/2015.

señalado el OSCE «[...] aun cuando el segundo párrafo del numeral 41.2 del artículo 41 de la Ley permite a las Entidades aprobar prestaciones adicionales de obra por deficiencias o errores del expediente técnico, dicha prerrogativa no resulta aplicable a las obras convocadas bajo la modalidad de concurso oferta, dado que en ellas el contratista es proyectista y ejecutor de obra a la vez, por lo que asume enteramente responsabilidad por su diseño, debiendo asumir económicamente los errores que en él se adviertan)⁵⁶.

Empero, que el Contratista tenga que asumir el costo de las deficiencias del expediente técnico, sólo significa que la Entidad no debe aprobar prestaciones adicionales de obra por tal concepto, es decir, el Contratista no puede aspirar a percibir un monto adicional a la retribución pactada en el Contrato por mucho que tenga que asumir un costo mayor por los defectos del expediente. Sin embargo, ello no significa que la Entidad deje de pagar por las partidas ejecutadas –cuyas especificaciones fueron modificadas para superar las deficiencias del expediente técnico- sólo significa que no deberá pagar más de lo pactado originalmente en el Contrato de Obra y esto es así debido a que se trata de un contrato a suma alzada, en el que la retribución a favor del Contratista es inalterable; de ahí que el mayor costo que genere superar los defectos del expediente técnico debe ser asumido en su integridad por el contratista pues él fue el responsable de la ejecución del proyecto.

Así, si debido a los errores del expediente técnico, el Contratista tiene que ejecutar partidas por un costo de cien, cuando el expediente técnico preveía un costo de veinte, la diferencia entre esos costos –en este caso, ochenta- no genera el pago por una prestación adicional, con lo cual el contratista tendrá que asumir en su integridad el mayor costo, lo cual no significa que la Entidad deje de pagar el costo pactado en el contrato.

En tal sentido, el Colegiado tiene en cuenta que en todos los documentos que las partes se cursaron durante la ejecución de la Obra respecto de las modificaciones del expediente técnico, quedó claro para ellas que la ejecución de las partidas cuyas especificaciones técnicas habían cambiado- no daría lugar al pago de un adicional, esto es, que el contratista no recibiría un monto mayor por la prestación ejecutada. En efecto, en el mismo memorando N° 2169-2013-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM

⁵⁶

Véase la Opinión N° 019-2015/DTN del 29 de enero del 2015.

con el que la Unidad de Supervisión de Obras y Mantenimiento de la Entidad aprobó el cambio de especificaciones técnicas expresó que «Al autorizarse estos cambios y no constituir presupuesto adicional alguno cumple con efectuar traslado para su conocimiento y fines» (el subrayado es nuestro). Y esto mismo ha sido remarcado por el Contratista en la audiencia de informes orales del 28 de junio del 2016 en el que, ante la pregunta de uno de los árbitros, respondió:

«La meta del presupuesto ha sido 21 millones y un poco más, y eso es lo que se quiere cobrar, no se quiere cobrar de más, ni un centavo de más [...] es por ello que el deductivo consideramos que no es dable, es decir, no se puede deducir por algo que se ha ejecutado [...] que simplemente se ha cambiado de especificación. En el caso de la piscina, de las bombas, las bombas que se presentaron no eran las más adecuadas, se ha mejorado, se han colocado bombas de otras potencias [...] y tampoco se ha pedido de más, simplemente lo único que se quiere es que se pague lo que se ha colocado, este es el principio, no pedimos un adicional, por tanto, si no pedimos un adicional y hemos llegado a la meta, tampoco pedimos un deductivo».

La actuación de las partes, al obrar de este modo, coincide plenamente con lo previsto en la cláusula décimo séptima del Contrato de Obra: «La procedencia, autorización y ejecución de prestaciones adicionales se ceñirán a lo dispuesto por los artículos 41º de la LEY, 207º y 208º del REGLAMENTO. No procederá la aprobación de prestaciones adicionales ni ampliaciones de plazo por errores en el expediente técnico».

- 7.20. Si bien en un contrato de obra bajo el régimen del concurso oferta los errores del expediente técnico no dan lugar a un pago mayor, concierne analizar si es que, ante el menor costo generado por la corrección de las deficiencias del expediente técnico, corresponde que el comitente de la Obra pague un monto menor del originalmente previsto. Como se verá, este aspecto es de suma relevancia en la solución de la controversia.

Y es que el Colegiado tiene en cuenta que en la liquidación final elaborada por el Contratista éste incluyó como parte del rubro “AUTORIZADO” los siguientes ítems:

1.00	AUTORIZADO	
-------------	-------------------	--

	[...]	
1.02	Adicional N° 01	100,077.15
1.03	Deductivo N° 01	-240,117.56

Conforme se desprende de la hoja denominada "Monto del Contrato Contractual" que forma parte de la liquidación final presentada por el Contratista, tanto el adicional N° 01 como el deductivo N° 01, presentan los siguientes detalles:

Descripción	Monto sin IGV	IGV	Total con IGV
[...]			
Adicional N° 01	100,077.15	18,013.89	118,091.04
Deductivo N° 01	-240,117.56	-43,221.16	-283,338.72

De ello se tiene que el Contratista en su liquidación ha considerado la existencia de un adicional N° 01 por S/.118,091.04 y la existencia de un deductivo N° 01 por S/-283,338.72; éste último monto es igual a los S/.283,338.71 considerados por la Entidad en la Resolución N° 355-2014-MINEDU/VMGI-OINFE como Deductivo de Obra N° 01.

Al respecto, el Colegiado tiene presente que en la Audiencia de Ilustración de Posiciones llevada a cabo el 3 de diciembre de 2015 en lo referente al adicional y al deductivo incluidos en la liquidación final del Contratista éste señaló lo siguiente:

«(Contratista) Nosotros únicamente lo que queremos es que el deductivo quede sin efecto y cobrar lo que decía la partida, el deductivo decía 283,000 y tanto que es el costo que debía ser reconocido [...]»

(Árbitro) ¿En qué consiste el Adicional N° 01?

(Contratista) Ese adicional que pusimos en el documento se debe a los cálculos que hizo la supervisión de la obra, la supervisión de obra en el informe que presentó el ingeniero ... Consorcio More Orué plasmó en un documento lo que estaba tramitando y trámite un adicional y un deductivo, él deduce todas las partidas de vidrio y pone todas las partidas de policarbonato y al hacer la diferencia sale ese monto» (El énfasis es nuestro).

Si bien no obra como prueba el expediente del adicional y el deductivo elaborado por el Supervisor al que el Contratista hizo referencia en la Audiencia de Ilustración de Posiciones, sí existe

evidencia sobre su existencia. Así, por ejemplo, en el informe N° 282-2013-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-LDPS del 20 de setiembre de 2013 el Coordinador de la Obra remitió la carta N° 199-CMO/ME/CC con el que «la **Supervisión de CONSORCIO MORE & ORUÉ, remite el EXPEDIENTE TÉCNICO del ADICIONAL N° 01 Y DEDUCTIVO N° 01 DE LA I.E. EMBLEMÁTICA CORONEL CORTEGANA,** el mismo que se adjunta a la presente» (El énfasis no es nuestro)⁵⁷. Consta también el informe emitido por el Supervisor el 26 de mayo de 2014⁵⁸, que sirvió de sustento para que la Entidad apruebe el Deductivo de Obra N° 01, en dicho informe el Supervisor determinó que el deductivo por carpintería metálica y cristal templado ascendía a S/.263,395.18, mientras que el deductivo por electrobomba y filtro de piscina ascendía a S/.19,943.53, siendo que la sumatoria de estos dos conceptos asciende a S/.283,338.71 que es el monto que la Entidad ha considerado como Deductivo de Obra N° 01 en la Resolución N° 355-2014-MINEDU/VMGI-OINFE y es el mismo monto que el Contratista consideró en su liquidación final como Deductivo N° 01.

- 7.21. Teniendo en cuenta los anteriores fundamentos, el Tribunal considera que está demostrado que el cambio de especificaciones técnicas que las partes acordaron llevar a cabo para superar los defectos del expediente técnico significó un menor costo que el previsto inicialmente en el expediente técnico. Sobre ello, si bien en su escrito de alegatos el Contratista ha señalado que las partidas fueron ejecutadas «con materiales incluso mejores a los previstos inicialmente», ello no significa necesariamente que el costo de la ejecución de estas partidas haya sido mayor que las previstas en el expediente técnico.

En tal sentido, si bien se puede sostener que la ejecución de las bombas de la piscina (en lugar de una de 10hp, se instaló tres de 5.5hp) y la instalación de los pararrayos (se instaló dos en lugar de uno), representaron para el Contratista un costo mayor del previsto, no se puede decir lo mismo respecto de los cerramientos laterales del polideportivo y de la piscina en los que el Contratista debía instalar cristal templado de 8 mm y de 10 mm, respectivamente, materiales que fueron reemplazados con policarbonato de 8mm para superar los defectos del expediente técnico. Y ello es así, pues resulta evidente que las estructuras que se requieren para instalar vidrio templado y el propio vidrio

⁵⁷
⁵⁸

Documento presentado como anexo 3 del escrito presentado por la Entidad el 26/10/2015.
Este informe fue presentado como anexo 1-Z7 del escrito de contestación de demanda del 08/07/2015.

templado son materiales cuyo costo es significativamente mayor que el policarbonato y la estructura que se requiere para fijarlo.

El Colegiado considera que la situación descrita en el párrafo precedente fue percibida por el Contratista, al punto que incluyó en su liquidación no sólo el adicional N° 01, sino que incluyó también el deductivo N° 01, relacionado con dicho adicional, tal y conforme ha quedado acreditado en el fundamento 7.20.

En nuestra opinión, si el Contratista incluyó en su liquidación el monto determinado como adicional N° 01 y además el monto determinado como deductivo N° 01, la finalidad buscada con ello no puede ser otra que la de establecer el costo que significó superar los errores del expediente técnico que, como hemos visto, fue menor que el previsto en el Contrato de Obra, de tal modo que el ahorro generado por el Contratista le fuera descontado como deductivo.

- 7.22. Efectivamente, teniendo en cuenta los ítems considerados en la liquidación del Contratista que han sido citados en el fundamento 7.20, se tiene que superar las deficiencias del expediente técnico significó para el Contratista un costo menor del que habría asumido si es que hubiera ejecutada las partidas conforme lo establecía el expediente técnico; este costo menor significó para el Contratista un ahorro, el cual se obtiene de restar el monto considerado como adicional N° 01 del monto considerado como deductivo N° 01, esta operación aritmética se realiza a continuación:

Concepto	Monto sin IGV	IGV	Total con IGV
Costo previsto inicialmente en el expediente técnico	240,117.56	43,221.16	283,338.72
Costo de ejecución con modificaciones del expediente técnico	100,077.15	18,013.89	118,091.04
Ahorro generado por la ejecución	140,040.41	25,207.27	165,247.68

Se aprecia de este modo que cambiar las especificaciones técnicas para superar los defectos del expediente técnico implicó un menor costo que el pactado en el Contrato, pues el Contratista obtuvo un ahorro de S/.165,247.68, en la medida que

en lugar de asumir un costo de S/.283,338.72, sólo asumió un costo de S/.118,091.04.

Por ende, en una situación como la comentada, el monto ahorrado no puede favorecer al contratista, sino que debe revertir en su totalidad a la entidad comitente de la obra, y ello en tanto que, si las deficiencias del expediente técnico son de responsabilidad del contratista, no sería razonable que éste resulte favorecido con ese menor costo.

- 7.23. En tal sentido, si bien en su demanda el Contratista pretende que la Entidad le pague por la ejecución de los trabajos S/.283,338.71 (que es el monto que la Entidad ha aprobado como Deductivo N° 01), dicha posición difiere de la sostenida por el Contratista en su carta N° 08-CONSORCIO DEL CARMEN-2014 del 18 de setiembre de 2014 con la que formuló observaciones a la liquidación final elaborada por la Entidad. Efectivamente, en su segunda observación el Contratista señaló lo siguiente:

«2. También debemos manifestar que la liquidación practicada por el PRONIED ha omitido por completo la Prestación del cambio de especificaciones, aprobada según memorándum No 2169-2013-MINEDU/VMGE-OINFE-USOM, de fecha 30 de setiembre de 2013, por el monto de S/.118,091.40.

En ese contexto, si las prestaciones han sido ordenadas por el PRONIED y cuya ejecución se ha realizado a conformidad, es ilegal pretender no pagarla, pues ello implica una clara contravención a la normativa de contrataciones del Estado»⁵⁹.

Se observa así que cuando el Contratista observó la liquidación final elaborada por la Entidad no cuestionó la decisión de incluir el Deductivo N° 01, lo que cuestionó fue la no inclusión del costo de las partidas ejecutadas luego de modificadas las especificaciones técnicas, monto que asciende a S/.118,091.40.

En tal sentido, la observación que el Contratista efectuó en su carta del 18 de septiembre del 2014 resulta coherente con la liquidación final elaborada por el Contratista pues en dicha liquidación también se incluye como deductivo N° 01 la suma de S/.283,338.71. Y es que, si en su liquidación final el Contratista

⁵⁹ Esta carta consta como anexo 1-K del escrito de contestación de demanda del 08/07/2015. El resaltado no es nuestro.

incluyó como deductivo N° 01 la suma de S/.283,338.71, no hay razón para que se cuestione que la Entidad incluya en su liquidación el mismo concepto.

- 7.24. El Colegiado considera que cuando el Contratista se ha referido a los conceptos de "adicional" y de "deductivo" no lo ha hecho en el sentido de prestación adicional de obra al que se refiere el artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado y que es definido por el Reglamento como «*Aquella no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato original, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional*», pues, conforme lo hemos visto en el fundamento 7.19, en un contrato de obra bajo la modalidad de concurso oferta, los errores del expediente técnico no dan lugar a la aprobación de una prestación adicional pues el mayor costo de la ejecución debe ser asumido en su integridad por el contratista.

Esta situación (que el error del expediente técnico no da lugar al pago de una prestación adicional) fue conocida y aceptada por las partes durante la ejecución de la Obra y ha sido reiterada en los escritos que han presentado en este proceso.

Teniendo en cuenta ello, el Colegiado considera que cuando el Contratista incluyó en su liquidación los ítem "Adicional N° 01" y "Deductivo N° 01", implementó un mecanismo que le permitiera cobrar el costo que significó para él ejecutar las partidas superando los defectos del expediente técnico, costo que - como hemos visto en el fundamento 7.22- es menor al pactado en el Contrato de Obra. Este mecanismo implementado por el Contratista en su liquidación tuvo como propósito que el ahorro generado por el menor costo de ejecución quedara en poder de la Entidad. En tal sentido, y atendiendo lo expresado en el fundamento 7.22, el Colegiado considera que el mecanismo implementado en la liquidación final del Contratista es adecuado.

Por ello mismo, el Colegiado considera que la observación formulada por el Contratista –en los términos descritos en su carta del 18 de setiembre de 2014 que hemos comentado en el fundamento 7.24- es una observación fundada que debe ser amparada.

7.25. Efectivamente, por las razones expuestas en los fundamentos 7.9 y 7.10, el Colegiado considera que no existe sustento para que la Entidad en su liquidación únicamente considere el deductivo generado por el cambio de la especificación técnica, sin incluir el costo de la ejecución de las partidas bajo las nuevas especificaciones técnicas, pues ello supone dejar de pagar al Contratista por un trabajo efectivamente ejecutado, con lo cual se desnaturaliza la modalidad del concurso oferta que si bien pone sobre el acreedor el riesgo del mayor costo por las deficiencias del expediente técnico, no libera a la Entidad de su obligación de pagar por la ejecución de esos trabajos una vez ejecutados, sólo que dicho pago no podrá exceder de lo inicialmente presupuestado.

Por ello mismo, en la medida que la Resolución N° 355-2014-MINEDU/VMGI-OINFE –que aprobó el Deductivo de Obra N° 01– tiene como finalidad dejar de pagar al Contratista por los trabajos ejecutados, el Colegiado considera que dicha resolución incurre en nulidad, y debe dejarse sin efecto.

Asimismo, siendo que la observación formulada por el Contratista en su carta del 18 de setiembre de 2014 resulta en este extremo fundada, el Colegiado considera que en la liquidación final de la obra se debe considerar que la ejecución de las partidas comentadas se obtuvo un ahorro de S/.165,247.68, que debe favorecer a la Entidad.

7.26. De otro lado, en el escrito del 26 de octubre de 2015, con el que la Entidad amplió los argumentos de su contestación, ha expresado que «**LA ENTIDAD NO PUEDE RECONOCER EL PAGO POR TRABAJOS QUE NO SON CONDUCENTES A LA FINALIDAD DE LA OBRA**, en tal sentido se generó la necesidad de aprobar el Deductivo N° 01 por el monto de S/.283,338.71»⁶⁰.

El Colegiado no comparte lo sostenido por la Entidad. Y es que no se puede afirmar que los trabajos ejecutados por el Contratista para corregir las deficiencias del expediente técnico no permiten alcanzar la finalidad de la obra, cuando ha sido la propia Entidad quien autorizó la ejecución de esos trabajos y cuando recibió la obra, ejecutada al cien por ciento, a su total satisfacción, tal y conforme consta en el Acta de Recepción de Obra del 25 de enero de 2014. Por lo demás, en la propia Resolución N° 355-2014-MINEDU/VMGI-OINFE, que aprobó el Deductivo N° 01, la Entidad ha expresado que dicho deductivo

⁶⁰

Escrito de la Entidad del 26/10/2015, pág. 8.

se realizó «en virtud de lo dispuesto en el artículo 41º de la Ley de Contrataciones del Estado, debido a que se trata de una medida excepcional producida por las modificaciones del Proyecto necesaria para alcanzar la finalidad del Contrato de Obra [...]»⁶¹.

C. La tercera observación del Contratista: El pago de los mayores gastos generales de las ampliaciones de plazo N° 02, 03, 04, 05 y 06

- 7.27. Los argumentos que el Contratista ha expuesto respecto de esta observación se encuentran resumidos en el numeral 7.2.4. de este laudo; por su parte, los fundamentos desarrollados por la Entidad se encuentran descritos en el numeral 7.3.4.

El Contratista cuestiona la decisión de la Entidad de no incluir en la liquidación final los mayores gastos generales por las ampliaciones de plazo N° 02, 03, 04, 05 y 06, que en total ascienden a S/.874,626.76 más IGV, señalando que las renuncias que su representante hizo de los mayores gastos generales carecen de validez y eficacia pues no contaba con facultades para ello, e incluso en el supuesto que dicho conceptos fueran de libre disposición, la renuncia a esos conceptos sólo puede efectuarse cuando el derecho existe, esto es, cuando la solicitud de ampliación de plazo fue otorgada, lo cual no ocurre en el presente caso pues la renuncia a los gastos generales se efectuó antes de que la Entidad se pronunciara sobre las ampliaciones de plazo.

Por su parte, la Entidad sostiene que las renuncias a los gastos generales fueron realizadas por el representante del Consorcio en ejercicio de sus facultades, siendo que tales renuncias constan -expresa e irrefutablemente- en las cartas que el Contratista presentó a la Entidad. La Entidad también ha expresado en su escrito de alegatos que «las propias Resoluciones Jefaturales N° 1045-2013-ED, N° 1584-2013-ED y N° 2577-2013-ED, que no han sido cuestionadas respecto a su validez por la contraria en el presente proceso, otorgaron las ampliaciones de plazo sin reconocimiento de gastos generales»⁶², escrito en el que también señala que la Opinión N° 082-2014/DTN es de fecha posterior a la renuncia a los gastos

⁶¹ Véase el considerando décimo séptimo de la Resolución N° 355-2014-MINEDU/VMGI-OINFE. El subrayado es nuestro.

⁶² Escrito de alegatos de la Entidad del 29/04/2016, pág. 20.

generales efectuada por el Contratista, por lo que dicha opinión no tiene efectos retroactivos.

- 7.28. El Colegiado considera que para decidir si corresponde o no que el Contratista perciba S/.874,626.76 más IGV por concepto de mayores gastos generales de las ampliaciones de plazo 02, 03, 04, 05 y 06, presupone determinar si la renuncia que efectuó a tales mayores gastos generales, así como las resoluciones con las que la Entidad aceptó tales renuncias, son actos jurídicos inválidos. En tal sentido, la argumentación que el Contratista ha desarrollado en su demanda se ha centrado en demostrar la alegada nulidad e ineficacia de las renuncias que efectuó solicitando inclusive que «la decisión de la Entidad respecto de los mayores gastos generales contenida en la Resolución Directoral Ejecutiva N° 16-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED y Resolución Directoral Ejecutiva N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED, debe ser declarada nula e ineficaz y, por lo tanto, sin efecto alguno, en cuyo caso, nuestra demanda es fundada»⁶³.
- 7.29. Empero, no debe perderse de vista que las controversias se han suscitado en la etapa de liquidación final del Contrato de Obra y están centradas en las observaciones que el Contratista ha efectuado a la liquidación final elaborada por la Entidad.

En tal sentido, se debe tener en cuenta que el artículo 211 del Reglamento dispone imperativamente que «No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver», con lo cual se remarca que si existe alguna controversia susceptible de incidir en el resultado de la liquidación será necesario que dicha controversia se resuelva jurisdiccionalmente, como condición para proceder a la liquidación. En la ejecución del Contrato las partes han observado lo previsto por dicha norma, al punto que, la liquidación final que el Contratista presentó el 25 de marzo de 2014 le fue devuelta el 2 de mayo de 2014 debido a que se encontraba pendiente de resolver la controversia surgida por la ampliación de plazo N° 7. Precisamente, para posibilitar la presentación de la liquidación final, el Contratista se desistió de la controversia pendiente, y ello fue comunicado a la Entidad mediante carta del 20 de mayo de 2014 en la que el Contratista aclaró «que al desistir del inicio del Proceso Arbitral, estamos desistiendo a nuestra pretensión y aceptamos la Resolución

⁶³

Ibidem, pág. 19.

Jefatural N° 4583-2013-ED, la misma que declara improcedente la ampliación de plazo N° 07 [...])⁶⁴.

- 7.30. Lo indicado en el fundamento precedente denota que el Tribunal no puede amparar la observación que el Contratista ha efectuado a la Entidad pues para ello se requiere la existencia de un pronunciamiento jurisdiccional que declare la invalidez e ineffectuación no sólo de las renuncias efectuadas por el Contratista sino también de las resoluciones emitidas por la Entidad en las que, aceptando las renuncias del Contratista, concedió las ampliaciones de plazo «sin el reconocimiento de los gastos generales» tal y conforme se dispone expresamente en las Resoluciones Jefataurales 1045, 1584, 2577, y 4233-2013-ED, cuyas copias obran como anexos de la demanda.
- 7.31. En tal sentido, el Colegiado considera que la decisión de la Entidad de no incluir en su liquidación final los montos correspondientes por los mayores gastos generales de las ampliaciones de plazo N° 02, 03, 04, 05 y 06, es una decisión que cuenta con fundamento pues se sustenta en las renuncias expresas que el Contratista efectuó a dichos conceptos, renuncias que fueron aceptadas por la Entidad.

Por ello mismo, el Colegiado considera que la observación formulada por el Contratista en este extremo es infundada, pues propone desconocer actos jurídicos sobre los cuales no se ha dictado ningún pronunciamiento jurisdiccional que declare su invalidez e ineffectuación.

D. La cuarta observación del Contratista: La aplicación de penalidad

- 7.32. Los argumentos que el Contratista ha expuesto respecto de esta observación se encuentran resumidos en el numeral 7.2.5. de este laudo; por su parte, los fundamentos desarrollados por la Entidad se encuentran descritos en el numeral 7.3.5.
- 7.33. Sobre el particular, ambas partes han reconocido que el plazo de ejecución de la obra, previsto en el Contrato en 330 días, se inició el 11 de mayo de 2012. Ambas partes han reconocido que dicho plazo fue ampliado en 162 días en mérito de las resoluciones emitidas por la Entidad que concedió las

⁶⁴ Véase la carta N° 007-CDC-2014 del 20 de mayo del 2014 adjuntada como anexo 1-G de la contestación de demanda presentada el 08/07/2015.

ampliaciones de plazo N° 02, 03, 04, 05 y 06. En consecuencia con ello, y tal y conforme lo ha expresado el Contratista, «el término de la obra estaba previsto para el 14 de setiembre de 2013».

Está acreditado que el 14 de septiembre de 2013 el Contratista no había concluido con ejecutar la Obra. Y está acreditado que la Obra terminó de ser ejecutada el 26 de septiembre de 2013.

- 7.34. Sobre la fecha de término de la ejecución de la Obra no existe controversia pues ello no sólo ha sido aceptado por ambas partes, sino que se trata de un aspecto que está debidamente acreditado. En efecto, conforme lo dispone el artículo 210 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la culminación de la obra debe ser informada por el residente anotando dicho suceso en el cuaderno de obra y solicitando la recepción al supervisor o inspector quien, dentro de los cinco días siguientes, informará a la Entidad ratificando o no lo indicado por el residente. Precisamente, en virtud de ello, tanto el residente como el supervisor el 26 de setiembre de 2013 anotaron en el cuaderno de obra los siguientes asientos:

«Asiento N° 849 C-26-09-2013
Del Contratista

Nos dirigimos a la Supervisión para manifestarle que en la fecha se ha concluido la ejecución de la obra del proceso especial N° 0025-2011-ED-EDIVE-108 [...] de acuerdo a los planos, especificaciones técnicas y Contrato de Ejecución de Obra N° 119-2011-ME/SG-OGA-UA-APP. Por lo que se solicita la recepción de Obra, en concordancia con la cláusula vigésimo segunda del Contrato de Obra y el artículo N° 210 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones (sic) del Estado.

Asiento N° 850 de la Supervisión Jue-26-09-2013

- 1) En atención a la petición de solicitud de recepción de obra por parte del Contratista en el asiento N° 849, esta Supervisión considera procedente la recepción de Obra, habiendo cumplido el Contratista con las partidas consideradas en el Expediente Técnico y el Proyecto. Por tanto se procede con establecido en la cláusula vigésimo segunda del Contrato de Obra»⁶⁵.

⁶⁵

Anexo 1-O adjuntado con la contestación de demanda presentada el 08/07/2015.

Asimismo, el Contratista ha alegado que la Entidad se demoró 21 días en la recepción de la Obra, afirmación que no ha sido negada por la Entidad.

- 7.35. Atendiendo los hechos acreditados en los fundamentos 7.33 y 7.34, el Contratista considera que el plazo de ejecución es de 513 días, el cual está conformado por los 330 días previstos en el Contrato, más los 162 días incrementados «al haberse aprobado cinco ampliaciones de plazo, y en 21 días por demora en la recepción de la obra. Igualmente, se ha señalado que el citado plazo de inicio el 11 de mayo de 2012, en cuyo caso, los 513 días se cumplieron el 05 de octubre de 2013, de modo que si la obra fue concluida el 26 de setiembre de ese mismo año, no existe ninguna demora y carece de sustento la aplicación de la penalidad por mora»⁶⁶. Para postular ello, el Contratista se sustenta en el inciso 7 del artículo 210 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado el cual dispone lo siguiente:

«7. Si por causas ajenas al contratista la recepción de la obra se retardara, superando los plazos establecidos en el presente artículo para tal acto, el lapso de la demora se adicionará al plazo de ejecución de la misma y se reconocerá al contratista los gastos generales debidamente acreditados, en que se hubiese incurrido durante la demora».

La Entidad por su parte ha señalado que la obra debía culminar como máximo el 14 de setiembre de 2013, no obstante la Obra culminó el 26 de setiembre de 2013, fuera del plazo contractual, tal como ha sido aceptado por el mismo Contratista, por lo que la aplicación de la penalidad impuesta en la liquidación final elaborada por la Entidad es válida y se ampara en el derecho.

- 7.36. Se observa de este modo que la controversia se centra en la aplicación del inciso 7 del artículo 210 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. El Contratista afirma que el plazo generado por la demora en la recepción de la obra debe adicionarse al plazo de ejecución de la Obra, de tal modo que permita que la obra termine de ejecutarse. La Entidad por su parte sostiene que el tiempo de demora en la recepción se incluye al plazo total de la recepción a efectos del reconocimiento y pago de los mayores gastos generales que le correspondan al Contratista.

⁶⁶

Escrito de demanda presentado el 01/06/2015, págs. 19 y 20.

- 7.37. Hay dos razones fundamentales por las que el Colegiado no coincide con el planteamiento formulado por el Contratista.

La primera tiene que ver con el hecho que las ampliaciones de plazo a las que se refieren los artículos 200 al 204 del Reglamento son concedidas «siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra», tal y conforme lo dispone el artículo 201 del Reglamento.

Por ende, la finalidad de las ampliaciones de plazo comentadas es dotar de mayor plazo al Contratista para culminar con la ejecución de la Obra. Esta finalidad no concurre en el caso previsto en el inciso 7 del artículo 210 del Reglamento.

Efectivamente, dicho inciso se aplica en un escenario totalmente distinto al contemplado en los artículos 200 al 204 y por consiguiente, su finalidad es también distinta. Así, mientras que los artículos 200 al 204 del Reglamento parten de la premisa de una obra pendiente de concluir, el inciso 7 del artículo 211 parte de la premisa de una obra concluida, y en tal medida, no requiere de mayor plazo para ejecutarla. Por ende, el mayor plazo de ejecución tiene como propósito reconocer al Contratista «los gastos generales debidamente acreditados, en que se hubiese incurrido durante la demora» tal y conforme lo dispone el citado inciso 7.

- 7.38. El segundo aspecto que el Colegiado tiene en cuenta es que la concesión de un mayor plazo comienza a computarse a partir del surgimiento de la causal hacia delante, pues en el orden natural el tiempo suele fluir hacia el futuro y no hacia el pasado. Por ende, si es que la recepción se retrasa por hechos no atribuibles al Contratista, ese mayor plazo comienza a computarse a partir del surgimiento de la demora y hacia delante, con el propósito de compensar al Contratista por el mayor tiempo de permanencia en la Obra.

De este modo, el Contratista propone que el plazo de demora en la recepción de la Obra, cuantificada en 21 días, sea computado no desde el momento en que se generó la demora en la recepción, sino desde el 14 de septiembre hasta el 5 de octubre de 2013, y esta forma de calcular el plazo ha permitido que el Contratista considere que la obra, concluida el 26 de setiembre de 2013, fue ejecutada de forma oportuna. Sin

embargo, ello supone calcular el plazo regresivamente hacia el pasado y por lapsos en los que la causal (la demora en la recepción de la Obra) no estaba aún configurada.

- 7.39. El Colegiado ha tenido en cuenta la Opinión N° 026-2014/DTN citada por el Contratista en su escrito del 20 de agosto de 2015, siendo de importancia citar sus conclusiones 3.6 y 3.7:

«3.6. Cuando el plazo de ejecución de la obra se extienda por la ampliación de plazo originada por la demora en la recepción de la obra por causas no imputables al contratista, solo corresponde que se reconozcan al contratista los gastos generales variables debidamente acreditados incurridos durante la demora.

3.7. Los mayores gastos generales variables que deben reconocerse al contratista por la demora en la recepción de la obra son únicamente los debidamente acreditados, los cuales corresponden a aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según se trate de un contrato de obra a precios unitarios o a suma alzada, respectivamente».

En dicha opinión no se establece que el plazo concedido al Contratista por la demora en la recepción de la obra tenga como efecto permitir que el Contratista cuente con mayor plazo para ejecutar la Obra, y tampoco dicha opinión establece que ese mayor plazo podría eximir al Contratista de la penalidad por ejecutar la obra fuera del plazo previsto.

- 7.40. En tal virtud, el Colegiado considera que la observación realizada por el Contratista a la penalidad impuesta por la Entidad no es fundada.

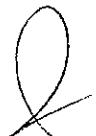
E. Síntesis de las observaciones formuladas por el Contratista y de la validez de las resoluciones emitidas por la Entidad relacionadas con la liquidación final de obra

- 7.41. Conforme a lo expresado en los fundamentos 7.7 al 7.40, se tiene que respecto de las cuatro observaciones formuladas por el Contratista a la liquidación final elaborada por la Entidad, el Colegiado ha considerado lo siguiente:

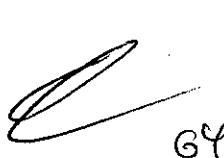
7.41.1. La aplicación de fórmulas de reajuste pueden dar lugar a valores negativos, valores que en lugar de deducirse deben sumarse al reajuste de la valorización. Por ende, la observación efectuada por el Contratista resulta fundada en este extremo, por lo que en la liquidación final se debe incluir por concepto de reajuste del Contrato la suma de S/.257,152.80, más iGV, como monto a favor del Contratista.

7.41.2. Los errores del expediente técnico no dan lugar al pago de prestaciones adicionales de obra, pero ello no significa que la Entidad se libere de su obligación de pagar por las partidas autorizadas y ejecutadas luego de superados los defectos del expediente técnico.

Ciertamente, la Entidad puede pagar un monto menor al inicialmente previsto si es que el cambio de las especificaciones técnicas –necesarias para superar los defectos del expediente técnico- determinó que el costo de ejecución de las partidas fuera menor del previsto inicialmente. Este es el escenario presentado en el caso analizado pues, al cambiarse las especificaciones técnicas para superar los defectos del expediente técnico el Contratista obtuvo un ahorro de S/.165,247.68, en la medida que en lugar de asumir un costo de S/.283,338.72, sólo asumió un costo de S/.118,091.04. En tal sentido, cuando el Contratista incluyó en su liquidación final los ítems “Adicional N° 01” y “Deductivo N° 01” implementó un mecanismo cuyo propósito fue que el ahorro generado por el menor costo de ejecución quedara en poder de la Entidad. Por ello, el Colegiado considera que la observación formulada por el Contratista en su carta del 18 de setiembre de 2014 es fundada. Por ende, no existe sustento para que la Entidad en su liquidación final sólo incluya el Deductivo N° 01, sin incluir el costo de ejecución de las partidas ejecutadas por el Contratista luego del cambio de las especificaciones técnicas. Por ello, mismo el Colegiado considera que la Resolución N° 355-2014-MINEDU/VMGI-OINFE con el que la Entidad aprobó el Deductivo de Obra N° 01 es nula y debe dejarse sin efecto.



7.41.3. La observación formulada por el Contratista respecto del pago de los mayores gastos generales por las ampliaciones de plazo N° 02, 03, 04, 05 y 06, es infundada. El Colegiado considera que la decisión de la Entidad de no incluir en su liquidación final dichos conceptos es correcta pues se sustentó en las renuncias formuladas por el Contratista, debidamente aceptadas por la Entidad, cuya nulidad no ha sido declarada jurisdiccionalmente.

64

- 7.41.4. La observación relacionada con la imposición de la penalidad es infundada. El Colegiado considera que los artículos 200 al 204 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado parten de la premisa de una obra pendiente de concluir, y el inciso 7 del artículo 211 parte de la premisa de una obra concluida y que, en tal medida, no requiere de mayor plazo para ejecutarla. El Colegiado también considera que la tesis propuesta por el Contratista supone calcular el plazo regresivamente hacia el pasado y por lapsos en los que la causal (la demora en la recepción de la Obra) no estaba aún configurada. Asimismo, en opinión del Colegiado, la Opinión N° 026-2014/DTN citada por el Contratista, no establece que el plazo concedido al Contratista por la demora en la recepción de la obra tenga como efecto permitir que el Contratista cuente con mayor plazo para ejecutar la Obra, y tampoco dicha opinión establece que ese mayor plazo podría eximir al Contratista de la penalidad por ejecutar la obra fuera del plazo previsto.
- 7.42. En consecuencia y atendiendo los fundamentos 7.9 y 7.10, corresponde declarar la nulidad e ineeficacia de la Resolución Directoral N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED y de la Resolución Directoral N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED únicamente en los extremos resumidos en los fundamentos 7.39.1 y 7.39.2, de tal forma que estos conceptos sean incluidos dentro de la liquidación final. Corresponde también que se declare la nulidad de la Resolución Jefatural N° 355-2014-MINEDU/VMGI-OINFE que aprobó el Deductivo N° 01.

Por ello mismo, el Colegiado considera que la segunda pretensión de la demanda es fundada en parte en los extremos descritos en el párrafo precedente. Y es infundada en los extremos de las observaciones a la liquidación que el Tribunal considera que son infundadas. Por esta razón, el extremo de la segunda pretensión de la demanda que persigue que se apruebe la liquidación final elaborada por el Contratista es infundada, pues no todos sus observaciones han sido estimadas.

En cuanto a la primera pretensión reconvenida por la Entidad, el Colegiado considera que dicha pretensión es fundada en parte y en consecuencia, la Resolución N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED es válida y eficaz, salvo en los extremos relacionados con el reajuste del monto del contrato y con las partidas ejecutadas con el cambio de especificaciones del expediente

técnico, en los que prevalecen las observaciones formuladas por el Contratista.

F. Colofón: ¿Cómo queda entonces la liquidación final?

- 7.43. La finalidad de la liquidación final es dar por canceladas las obligaciones generadas por la ejecución de un contrato de obra poniendo fin de este modo al contrato celebrado por las partes. Es en tal sentido que el artículo 212 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado dispone que «*Luego de haber quedado consentida la liquidación y efectuado el pago que corresponda, culmina definitivamente el contrato y se cierra el expediente respectivo*».
- 7.44. Siendo que la finalidad de la liquidación final es dar por canceladas las obligaciones emanadas de la ejecución de un contrato de obra, el laudo que resuelve las controversias surgidas en la liquidación final debe propender también a ser el último pronunciamiento que se emita en esa relación contractual. Ello ha sido remarcado en la opinión N° 019-2013/DTN en la que la Dirección Técnica Normativa del OSCE ha expresado lo siguiente

«En virtud de lo expuesto, y de conformidad con lo indicado en los numerales 52.1 y 52.2 del artículo 52 de la Ley, se concluye que la normativa de contrataciones del Estado le otorga competencia a los tribunales arbitrales para resolver las controversias producidas durante el procedimiento de liquidación de obra.

En esa medida, el laudo emitido por el tribunal arbitral debe contener las disposiciones necesarias que resuelvan la controversia en su totalidad, debiendo establecer claramente las condiciones u obligaciones que las partes deben cumplir para ello.

En caso el laudo no defina clara y totalmente las obligaciones de las partes para lograr la eficacia del laudo, éstas o el tribunal arbitral, de oficio, pueden solicitar o realizar la integración, exclusión, interpretación o rectificación del laudo, de conformidad con el artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje.

De esta manera, la normativa de contrataciones del Estado no contempla un nuevo procedimiento de liquidación del

contrato de obra, ya que presupone que el laudo –incluidas sus interpretaciones, rectificaciones, integraciones o exclusiones– resolverá la controversia de manera integral. Ello supone que el laudo detalle las obligaciones que las partes deben cumplir para su eficacia.

En consecuencia, una vez emitido el laudo, no es posible que el contratista o la Entidad inicien nuevamente el procedimiento de liquidación de obra detallado en el artículo 211 del Reglamento, dado que ello significaría una nueva posibilidad de cuestionamiento de la nueva liquidación, cuestión que no es compatible con la naturaleza definitiva, inapelable y de cosa juzgada que tiene todo laudo⁶⁷.

- 7.45. Por ende, si bien en ninguna de las pretensiones que las partes han interpuesto han solicitado que sea el Tribunal quien en todo caso determine a cuánto asciende el saldo a favor que le corresponde al Contratista, el Colegiado considera que este aspecto está implícito en dichas controversias, pues basta que un laudo declare fundada una sola observación para que la liquidación final cuestionada varíe, ya sea aumentando o reduciendo el saldo previsto en ella.
- 7.46. En tal virtud y en la medida que el Tribunal ha considerado que de las cuatro observaciones formuladas por el Contratista, dos son fundadas, corresponde que la estimación económica de estas dos observaciones sea incluida en dicha liquidación. Para ello, se debe tener presente que el resumen de la liquidación final elaborada por la Entidad, aprobada por la Resolución Directoral N° 16-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED y reformulada por la Resolución Directoral N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED es la siguiente:

⁶⁷ Véase el numeral 2.1.3 de la Opinión 019-2013/DTN emitida el 08/02/2013. Se ha prescindido de citar los pies de página del texto citado. El subrayado no es nuestro.

Caso Arbitral
Consorcio Del Carmen con Ministerio de Educación Unidad Ejecutora 108
Contrato N° 119-2011-ME/SG-OGA-UA-APP

ANEXO N° 01

102-2014

MINISTERIO DE EDUCACION
PRONIED
FOLIO N° 09

LIQUIDACION FINAL DE CONTRATO DE EJECUCION DE OBRA

Obra : I.E. "CORONEL CORTEGANAS"
Ubicación : CELENDIN - CELENDIN - CAJAMARCA
Proceso : PE-0025-2011-ED/UE 108
Contratista : CONSORCIO DEL CARMEN

A.- LIQUIDACION DE CUENTAS (Expresado en nuevos soles)

I. AUTORIZADO Y PAGADO

1.1.0	AUTORIZADO			
1.1.1	Monto del Expediente Técnico	711,664.41		
1.1.2	Monto del Contrato Principal	18,005,627.44		
1.1.3	Reajuste del Contrato Principal	88,577.42		
1.1.4	Adicional de Obra	0.00		
1.1.5	Deductivos de Obra 01	-240,117.56		
1.1.6	Mayores Gastos Generales	0.00		
1.1.7	Intereses por demora en pago de valorizaciones	3,435.65		
1.1.8	Intereses por exceso de pago de materiales.	-14,606.07		18,553,781.28
1.1.9	IGV (18%)			3,339,680.54
	TOTAL DE LA INVERSION			21,893,461.83

1.2.0 PAGADO

1.2.1	Monto del Expediente Técnico	711,664.40		
1.2.2	Contrato Principal	17,353,201.11		
1.2.3	ReIntegro del Contrato Principal	39,190.57		
1.2.4	Interese por exceso en pago de materiales	0.00		18,134,256.18
1.2.5	I.G.V. (18%)			3,264,166.13
	TOTAL PAGADO			21,398,422.31

SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA

• En efectivo	419,525.11	
• En IGV	75,514.51	

II ADELANTOS

2.1.0	CONCEDIDOS			
2.1.1	Directo para Expediente Técnico	142,372.88		
2.1.2	Directo para Obra	3,601,325.42		
2.1.3	Para Materiales	5,316,670.33		9,060,368.63
2.2.0	AMORTIZADOS			
2.2.1	Directo para Expediente Técnico	142,372.68		
2.2.2	Directo para Obra	3,601,325.42		
2.2.3	Materiales	5,316,670.33		9,060,368.63
	SALDO A CARGO DEL CONTRATISTA			0.00

III PENALIDAD

3.1.0	CALCULADA			
3.1.1	Por demora en elaboración de Expediente Técnico	16,000.00		
3.1.2	Por ejecución de Obra	355,991.25		371,891.25
3.2.0	DESCONTADA			
3.2.1	Por demora en elaboración de Expediente Técnico	16,000.00		
3.2.2	Por ejecución de Obra	0.00		16,000.00
	SALDO A CARGO DEL CONTRATISTA			355,991.25

IV COSTO DE ELABORACION DE LIQUIDACION

4.1.0	CALCULADO	0.00		
4.2.0	DESCONTADO			
	SALDO A CARGO DEL CONTRATISTA			0.00

B.- RESUMEN DE SALDOS

(Expresado en nuevos soles)

ITEM	CONCEPTO	A CARGO DEL CONTRATISTA		A FAVOR DEL CONTRATISTA	
		Efectivo	IGV	Efectivo	IGV
I	AUTORIZADO Y PAGADO			419,525.11	75,514.51
II	ADELANTOS	0.00			
III	PENALIDAD	355,991.25			
IV	COSTO DE LIQUIDACION	0.00			
	TOTAL	S/. 355,991.25	0.00	S/. 419,525.11	75,514.51

SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA	
EN EFECTIVO	S/. 419,525.11
EN IGV	S/. 75,514.51
SALDO A CARGO DEL CONTRATISTA	
PENALIDAD	S/. 355,991.25

7.47. Corresponde entonces que las conclusiones a las que el Tribunal ha arribado al declarar fundadas dos observaciones del Contratista se incluyan en la liquidación final del contrato de obra, lo cual se realiza a continuación:

LIQUIDACIÓN FINAL DEL CONTRATO DE OBRA

A. LIQUIDACIÓN DE CUENTAS

I. AUTORIZADO Y PAGADO

1.1.0 AUTORIZADO

1.1.1	Monto del Expediente Técnico	711,864.41	
1.1.2	Monto del Contrato Principal	18,006,627.44	
1.1.3	Reajuste del Contrato Principal	257,152.80	
1.1.4	Ejecución de partidas con cambio de especificaciones Técnicas	100,077.15	
1.1.5	Reducción del costo inicial por partidas con deficiencias en el expediente técnico	-240,117.56	
1.1.6	Mayores Gastos Generales	0.00	
1.1.7	Intereses por demora en pago de valorizaciones	3,435.65	
1.1.8	Intereses por exceso de pago de materiales	-14,606.07	18'824,833.82
1.1.9	IGV (18%)		3'388,398.09
TOTAL DE LA INVERSIÓN			22'212,831.90

1.2.0	PAGADO		
1.2.1	Monto del Expediente Técnico	711,864.40	
1.2.2	Contrato Principal	17,383,201.11	
1.2.3	Reintegro del Contrato Principal	39,190.67	
1.2.4	Interese por exceso en pago de materiales	0.00	18,134,256.18
1.2.5	I.G.V. (18%)		3,264,166.13
TOTAL PAGADO			21,398,422.31

SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA		814,409.60
- En efectivo	667,815.87	
- En IGV	146,593.73	

II. ADELANTOS

2.1.0	CONCEDIDOS		
2.1.1	Directo para Expediente Técnico	142,372.88	

2.1.2	Directo para Obra	3,601,325.42	
2.1.3	Para Materiales	5,316,670.33	9,060,368.63
2.2.0	AMORTIZADOS		
2.2.1	Directo para Expediente Técnico	142,372.88	
2.2.2	Directo para Obra	3,601,325.42	
2.2.3	Materiales	5,316,670.33	9,060,368.63
	SALDO A CARGO DEL CONTRATISTA		0.00

III. PENALIDAD

3.1.0	CALCULADA		
3.1.1	Por demora en elaboración de Expediente Técnico	16,000.00	
3.1.2	Por ejecución de Obra	355,991.25	371,991.25
3.2.0	DESCONTADA		
3.2.1	Por demora en elaboración de Expediente Técnico	16,000.00	
3.2.2	Por ejecución de Obra	0.00	16,000.00
	SALDO A CARGO DEL CONTRATISTA		355,991.25

IV. COSTO DE ELABORACIÓN DE LIQUIDACIÓN

4.1.0	Calculado		0.00
4.2.0	Descontado		0.00
	SALDO A CARGO DEL CONTRATISTA		0.00

B. RESUMEN DE SALDOS

Ítem	Concepto	A cargo del Contratista		A favor del Contratista	
		Efectivo	IGV	Efectivo	IGV
I	AUTORIZADO Y PAGADO			667,815.87	146,593.73
II	ADELANTOS				
III	PENALIDAD	355,991.25			
IV	COSTO DE LIQUIDACIÓN				
	TOTAL	355,991.25		667,815.87	146,593.73

SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA		
En efectivo		667,815.87
En IGV		146,593.73
SALDO A CARGO DEL CONTRATISTA		
Penalidad		355,991.25
SALDO DE LA LIQUIDACIÓN FINAL DEL CONTRATO		

SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA:

458,418.35

- 7.48. En consecuencia, el monto a favor del Contratista asciende a S/.458,418.35.

VIII. LA TERCERA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA Y LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

- 8.1. Conforme lo hemos señalado en el fundamento 4.1, la tercera pretensión del Contratista consiste en que «Que en el supuesto que no se amparase la Segunda Pretensión, en el extremo que El PRONIED reconozca el pago de los trabajos de cerramiento de la piscina y del coliseo polideportivo, así como del equipo de bombeo y filtros de la piscina, cuyo costo es de S/. 283,338.71, que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad que indemnice a El Consorcio por el mismo monto por concepto de enriquecimiento sin causa». Es respecto de dicha pretensión que, en su escrito del 8 de julio de 2015, la Entidad ha formulado la excepción de incompetencia.
- 8.2. Conforme se observa, la tercera pretensión del Contratista es una pretensión subordinada, por lo que su procedencia depende del resultado de la pretensión principal de la que es tributaria. En tal sentido, se debe tener en cuenta que el pago por la ejecución de las partidas con las modificaciones efectuadas al expediente técnico es un aspecto que le corresponde al Contratista, en los términos y condiciones expuestos en los fundamentos 7.15 al 7.26, siendo que en tal virtud el Colegiado ha concluido que la observación efectuada por el Contratista resulta fundada.

En tal sentido, al haberse declarado fundada en parte dicha observación (ello en tanto que el Colegiado considera que se le debe reconocer S/.118,091.04, de los S/.283,338.71 pretendidos por el Contratista), se tiene que la tercera pretensión subordinada del Contratista es improcedente, no habiendo por tanto necesidad de ingresar a analizar la excepción deducida por la ENTIDAD.

IX. LOS COSTOS ARBITRALES

- 9.1. Finalmente, corresponde analizar el último punto controvertido establecido en la Resolución N° 4 del 5 de octubre de 2015,

determinando a quién y en qué proporción corresponde el pago de los costos arbitrales resultantes del arbitraje. Sobre el particular, el artículo 73 del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje dispone que «*El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrato es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.*

- 9.2. El Colegiado ha apreciado que ambas partes han actuado basados en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultaban atendibles, y por ello han litigado convencidos de sus posiciones ante la controversia. El Colegiado también tiene en cuenta que las partes han actuado en este proceso cumpliendo con sus deberes de respeto a la parte contraria, lealtad y buena fe procesal, no habiendo incurrido en actos susceptibles de ser considerados como dilatorios.

Por ello, consideramos que no corresponde ordenar a ninguna de ellas el pago de los costos arbitrales. En consecuencia, disponemos que cada parte asuma sus propios costos y los costos comunes, entendiendo por tales los honorarios de la Secretaría y del Tribunal, sean asumidos en partes iguales.

Por las razones expuestas, de conformidad con el Acta de Instalación y lo previsto en el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje, el Colegiado Arbitral resolviendo en Derecho **LAUDA:**

PRIMERO: Declarar **infundada** la primera pretensión principal de la demanda. En consecuencia, no corresponde declarar consentida ni aprobada la liquidación final del Contrato de Obra elaborada por el Consorcio del Carmen.

SEGUNDO: Declarar **fundada en parte** la segunda pretensión principal de la demanda. En consecuencia, declarar la nulidad e ineeficacia de la Resolución Jefatural N° 355-2014-MINEDU/VMGI-OINFE que aprobó el

Deductivo de Obra N° 01 y la nulidad parcial de la Resolución Directoral Ejecutiva N° 16-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED y de la Resolución Directoral Ejecutiva N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED únicamente en los extremos referentes a (i) el reajuste del monto del contrato y (ii) por la ejecución de los cerramientos laterales de los sectores polideportivo y de la piscina (tímpano) y sustitución del equipo de bombeo y filtro de la piscina.

En consecuencia con ello, declarar **infundada** la segunda pretensión principal de la demanda en el extremo que solicitó que se apruebe la liquidación final presentada por el Contratista mediante Carta N° 09-2014-CDC.

TERCERO: El **Tribunal Arbitral en mayoría**, dispone: Declarar **fundada en parte** la primera pretensión principal de la reconvención interpuesta por el Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 108. En consecuencia, declarar la validez y eficacia de Resolución N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED del 21 de agosto del 2014 que aprobó la reformulación de la Liquidación Final de Contrato de Obra, con excepción de los extremos referidos a (i) el reajuste del monto del contrato y (ii) por la ejecución de los cerramientos laterales de los sectores polideportivo y de la piscina (tímpano) y sustitución del equipo de bombeo y filtro de la piscina, extremos en los que carece de validez y eficacia.

CUARTO: El **Tribunal Arbitral en mayoría**, dispone: Establecer que, como consecuencia de los pronunciamientos precedentes y de la estimación efectuada por el Tribunal a las observaciones formuladas por el Contratista a la liquidación final elaborada por el Entidad, el saldo de dicha liquidación asciende a S/.458,418.35 (Cuatrocientos cincuenta y ocho mil cuatrocientos dieciocho con 35/100 soles), saldo a favor del Consorcio del Carmen.

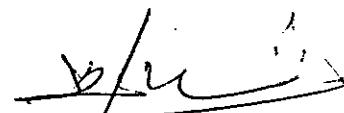
QUINTO: Declarar **improcedente** la tercera pretensión principal de la demanda relacionada con el enriquecimiento sin causa y **sin objeto** pronunciarse sobre la excepción de incompetencia deducida por la Entidad en su escrito del 8 de julio de 2015.

SEXTO: Disponer que cada una de las partes asuma los costos arbitrales en los que hubiera incurrido y en partes iguales los costos arbitrales relativos a los honorarios del Tribunal Arbitral y del Secretaria Arbitral.

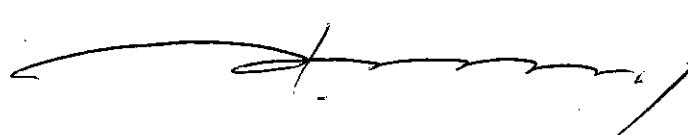
SÉPTIMO: A la cuarta pretensión de la demanda y la segunda pretensión de la reconvenCIÓN, relacionadas con los costos arbitrales: Este a lo resuelto en el punto resolutivo precedente.



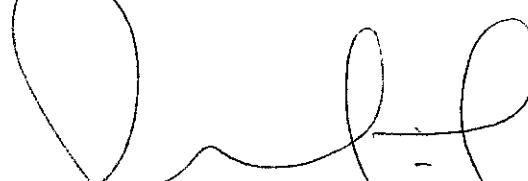
RAUL SALAZAR RIVERA
Árbitro



FELIX ARTURO DELGADO POZO
Árbitro


VICTOR HUAYAMA CASTILLO

Presidente del Tribunal Arbitral


CARMEN ANTONELLA QUISPE VALENZUELA

Secretaria Arbitral

Arbitre Soluciones Arbitrales SRL

FUNDAMENTACIÓN SINGULAR Y VOTO EN DISCORDIA
DEL ÁRBITRO RAÚL LEONID SALAZAR RIVERA

Lima, 26 de septiembre de 2016.

I. FUNDAMENTACIÓN SINGULAR

1. El suscrito considera que respecto a los gastos generales de las ampliaciones de plazo N° 02, 03, 04, 05 y 06, no deben considerarse los mismos a favor del Contratista por los siguientes fundamentos.
2. El Contratista cuestiona la decisión de la Entidad de no incluir en la liquidación final los mayores gastos generales por las ampliaciones de plazo N° 02, 03, 04, 05 y 06, que en total ascienden a S/.874,626.76 más IGV, señalando que las renuncias que su representante hizo de los mayores gastos generales carecen de validez y eficacia pues no contaba con facultades para ello, e incluso en el supuesto que dicho conceptos fueran de libre disposición, la renuncia a esos conceptos sólo puede efectuarse cuando el derecho existe, esto es, cuando la solicitud de ampliación de plazo fue otorgada, lo cual no ocurre en el presente caso pues la renuncia a los gastos generales se efectuó antes de que la Entidad se pronunciara sobre las ampliaciones de plazo.

La Entidad sostiene que las renuncias a los gastos generales fueron realizadas por el representante del Consorcio en ejercicio de sus facultades, siendo que tales renuncias constan -expresa e irrefutablemente- en las cartas que el Contratista presentó a la Entidad. La Entidad también ha expresado en su escrito de alegatos que «*las propias Resoluciones Jefaturales N° 1045-2013-ED, N° 1584-2013-ED y N° 2577-2013-ED, que no han sido cuestionadas respecto a su validez por la contraria en el presente proceso, otorgaron las ampliaciones de plazo sin reconocimiento de gastos generales*», escrito en el que también señala que la Opinión N° 082-2014/DTN es de fecha posterior a la renuncia a los gastos generales efectuada por el Contratista, por lo que dicha opinión no tiene efectos retroactivos.

3. Resumidas las posiciones de las partes, debemos tener en cuenta que las controversias se suscitaron en la etapa de la liquidación final del Contrato de Obra, en el que tanto el Contratista como la Entidad plantearon sus respectivas observaciones.
4. Estando a ello, tenemos que con fecha 10 de julio de 2014, el Contratista presenta su liquidación.

Luego el 8 de setiembre de 2014 la Entidad emitió su Resolución N° 016-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED elaborando y aprobando una nueva liquidación.

Como respuesta a lo anterior, el Contratista remitió su Carta N° 08-CONSORCIO DEL CARMEN-2014, observando tres puntos específicos de la liquidación de la Entidad: 1) La imputación de penalidades, 2) Lo referido a la prestación del

1

75

cambio de especificaciones aprobada según memorándum N° 2169-2013-MIEDU/VMGE-OINFE-USOM y, 3) La omisión del factor de reajuste.

5. El contratista al remitir su Carta N° 08-CONSORCIO DEL CARMEN-2014, no observó el monto de "0.00" consignado como gastos generales en la liquidación de la Entidad.
6. En consecuencia, el Contratista aceptó el monto de "0.00" consignado por la Entidad como gastos generales y por ende no le corresponde los montos de mayores gastos generales que ahora plantea en este proceso arbitral.

II. VOTO EN DISCORDIA SOBRE EL TERCER Y CUARTO PUNTOS RESOLUTIVOS

7. El suscrito considera que debe declararse la validez y eficacia de Resolución N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED, que aprobó la reformulación de la Liquidación Final de Contrato de Obra con excepción de los montos referidos a (i) el reajuste del monto del contrato, (ii) la ejecución de los cerramientos laterales de los sectores polideportivo y de la piscina (tímpano) y sustitución del equipo de bombeo y filtro de la piscina y (iii) la imputación de penalidades, extremos en los que carece de validez y eficacia.
8. Sobre (i) la validez y eficacia de Resolución N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED, (ii) sobre el reajuste del monto del contrato y (iii) sobre la ejecución de los cerramientos laterales de los sectores polideportivo y de la piscina (tímpano) y sustitución del equipo de bombeo y filtro de la piscina, el suscrito se remite a los considerandos expuestos en el laudo sobre dichos puntos, los cuales comparto tanto en sus consideraciones como en cuanto a los montos.
9. Sobre el tema de penalidades, debe de considerarse inaplicables las mismas, por los siguientes fundamentos.
10. Las partes han reconocido que el plazo de ejecución de la obra previsto en el Contrato eran de 330 días, se inició el 11 de mayo de 2012, el plazo se amplió en 162 días conforme a las ampliaciones de plazo N°s 02, 03, 04, 05 y 06, siendo el vencimiento del plazo ampliado el 14 de setiembre de 2013, terminando la ejecución en los hechos, el 26 de setiembre de 2013, es decir 12 días después del plazo ampliado. Asimismo, el Contratista alegó que la Entidad se demoró 21 días en la fase de recepción de obra, afirmación que no ha sido negada por la Entidad.
11. Así resumidos los hechos, el Contratista considera que los 21 días de demora incurrida por la Entidad en la recepción de obra, deben agregarse dentro del cómputo del plazo de ejecución de la obra conforme al inciso 7 del artículo 210 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante el Reglamento) que dispone lo siguiente:

«7. Si por causas ajenas al contratista la recepción de la obra se retardara, superando los plazos establecidos en el presente

artículo para tal acto, el lapso de la demora se adicionará al plazo de ejecución de la misma y se reconocerá al contratista los gastos generales debidamente acreditados, en que se hubiese incurrido durante la demora»).

Con esa interpretación, el Contratista considera que el plazo de ejecución de la obra sería de 513 días, conformado por 330 días (previstos en el Contrato), 162 días (concedidos con las ampliaciones de plazo N°s 02, 03, 04, 05 y 06) y 21 días (por demora en la recepción de la obra) y que estando a ello, concluye que si el plazo de ejecución de obra es de 513 días y el plazo se inició el 11 de mayo de 2012, entonces los 513 días de plazo de ejecución de obra se cumplirían el 5 de octubre de 2013.

Por ende si la obra fue concluida el 26 de setiembre, no existió demora y no correspondía la penalidad por mora porque el plazo de ejecución de obra vencía el 5 de octubre de 2013.

En resumen, el Contratista afirma que el plazo generado por la demora en la recepción de la obra debe adicionarse al plazo de ejecución de la Obra.

12. La Entidad no comparte la interpretación del Contratista y sostiene que la obra debía culminar el 14 de septiembre de 2013, no obstante la Obra culminó el 26 de setiembre de 2013, esto es fuera del plazo contractual, por lo que la aplicación de la penalidad impuesta en la liquidación final elaborada por la Entidad es válida y se ampara en el derecho.

La Entidad sostiene que el tiempo de demora en la recepción se incluye al plazo total de la recepción a efectos del reconocimiento y pago de los mayores gastos generales que le correspondan al Contratista, sin ningún otro efecto adicional.

13. Se aprecia pues que la controversia se centra en la interpretación acerca de la aplicación del inciso 7 del artículo 210 del Reglamento, para determinar:

- a) Si el tiempo de demora en la recepción de la obra debe adicionarse al plazo de ejecución de la Obra,
- b) Si el tiempo de demora en la recepción sólo debe incluirse como una ampliación del plazo total de la recepción sin afectar las demoras previas que generaron penalidades impuestas.

14. Sobre este punto, la **Opinión N° 026-2014/DTN** del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante OSCE), interpreta lo siguiente respecto del inciso 7 del artículo 210 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

“... si se produce un retraso en la recepción de la obra por causa no imputable al contratista y se superan los plazos establecidos para la recepción de obra, se producirán dos consecuencias: (i) El lapso de

la demora se adicionará al plazo de ejecución de la obra, ampliéndose automáticamente el plazo y (ii) Se reconocerán al contratista los gastos generales incurridos durante la demora, siempre que hayan sido debidamente acreditados.

Respecto a la primera consecuencia, debe indicarse que el lapso de la demora se adiciona al plazo de ejecución de la obra... de manera automática, no siendo necesario ni posible iniciar un procedimiento de ampliación de plazo ante la Entidad.

... no es posible iniciar un procedimiento para la ampliación del plazo de ejecución de la obra durante su recepción, siendo necesario que el lapso de la demora en la recepción de la obra se adicione al plazo de ejecución de la obra de manera automática.

... la Entidad no está obligada a pronunciarse sobre la ampliación del plazo, más aun cuando el lapso de la demora (calculado en función a los plazos establecidos para la recepción de obra) se adiciona al plazo de ejecución de manera automática.

CONCLUSIONES

"3.4 Considerando que las solicitudes de ampliación del plazo se realizan durante el plazo de ejecución de obra y no una vez culminada esta, no es posible iniciar un procedimiento para la ampliación del plazo de ejecución de la obra durante su recepción, siendo necesario que el lapso de la demora en la recepción de la obra se adicione al plazo de ejecución de la obra de manera automática.

3.5 Considerando que no es posible iniciar un procedimiento para la ampliación del plazo de ejecución de la obra por demoras en su recepción por causas no imputables al contratista, la Entidad no está obligada a pronunciarse sobre la ampliación del plazo, más aun cuando el lapso de la demora se adiciona al plazo de ejecución de manera automática.

15. Es así que conforme a la interpretación del OSCE acerca del numeral 7 del artículo 210 del Reglamento, la adición de plazo por demoras en la fase de recepción de la obra), amplía el plazo de ejecución de la obra de manera automática. La Opinión N° 026-2014/DTN del OSCE señala que "El lapso de la demora se adicionará al plazo de ejecución de la obra, ampliéndose automáticamente el plazo".

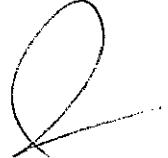
16. Por tanto, para el presente caso, encontramos que el Reglamento conceptúa el plazo de ejecución de obra de acuerdo a los siguientes componentes: (i) El plazo contractual inicialmente pactado (previsto en el contrato) + (ii) Las ampliaciones de plazo por demoras o paralizaciones mientras está pendiente la ejecución de la obra (artículos 200 al 204 del Reglamento) + (iii) La ampliación o adición de plazo por retraso en la fase de recepción de la obra (numeral 7 del artículo 210 del Reglamento y Opinión N° 026-2014/DTN)

El Reglamento, contempla como plazo de ejecución de la obra, además del plazo inicial previsto en el contrato, otros dos conceptos diferenciados que producen la ampliación del plazo de ejecución de obra:

<u>Ampliaciones de plazo por demoras o paralizaciones mientras esté pendiente la ejecución de la obra (artículos 200 al 204 del Reglamento)</u>	<u>La ampliación o adición de plazo por retraso en la fase de recepción de la obra (numeral 7 del artículo 210 del Reglamento)</u>
Se solicitan mientras esté vigente el plazo contractual, requiere anotación en el cuaderno de obra; requiere la afectación de ruta crítica, entre otros requisitos previstos en los artículos 200 al 204 del Reglamento, cuyo otorgamiento se produce mediante decisión expresa de la Entidad o por consentimiento.	Se produce cuando la obra está concluida y no cuando está ejecutándose, la adición de plazo se produce por demora en la recepción, situación que no requiere anotación en el cuaderno de obra, no requiere afectación de ruta crítica, no requiere anotación en el cuaderno de obra, no requiere del procedimiento de ampliación de plazo, no requiere decisión expresa de la Entidad ni opera por consentimiento, la adición de plazo, opera en forma automática por el propio mandato del Reglamento.
El efecto jurídico de las ampliaciones de plazo es <u>ampliar el plazo de ejecución de la obra.</u>	El efecto jurídico de la adición de plazo es que <u>amplía el plazo de ejecución de la obra de manera automática</u> , pues así ha sido expresamente reconocido por el OSCE en la Opinión N° 026-2014/DTN.

Por otro lado, si no se estaba de acuerdo con la ampliación automática del plazo previsto en el numeral 7 del artículo 210 del reglamento, la misma pudo ser cuestionada conforme a la Opinión N° 026-2014/DTN¹.

¹ **Opinión N° 026-2014/DTN:** "Lo anterior no implica que la Entidad o el contratista estén impedidos de cuestionar u observar la ampliación automática del plazo a través de conciliación... y/o arbitraje..."



17. Ahora bien, conforme a la cláusula décima segunda del Contrato celebrado entre las partes, las penalidades se aplicarán conforme a lo establecido en el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El referido artículo contempla la aplicación de penalidades por demora en la ejecución del contrato, señalando que:

"En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse..."

Siendo así, para el caso de un contrato de ejecución de obra, la penalidad por demora se aplicará si el Contratista incumple con el "plazo de ejecución de la obra" en forma injustificada.

18. Por su parte y como ya se explicó en los considerandos precedentes, el concepto de plazo de ejecución de obra contemplado en el Reglamento, está determinado por los siguientes componentes:

El plazo contractual inicialmente pactado (previsto en el contrato) + Las ampliaciones de plazo por demoras o paralizaciones mientras está pendiente la ejecución de la obra (artículos 200 al 204 del Reglamento) + La ampliación o adición de plazo por retraso en la fase de recepción de la obra (numeral 7 del artículo 210 del Reglamento y Opinión N° 026-2014/DTN)

19. Llegados a este punto corresponde contrastar el concepto reglamentario del plazo de ejecución de obra versus el plazo utilizado en la realidad, para luego de ello, concluir si hubo o no retraso en el plazo de ejecución de la obra:

Plazo inicial Según contrato celebrado	Ampliaciones de Plazo Arts. 200 a 204 del Reglamento	Adición de plazo Art. 210 inc. 7 y <u>Opinión N° 026-2014/DTN</u>	Plazo total de ejecución de la obra <u>según el concepto reglamentario</u>
330	162	21	513 días

Contrastación de plazos:

Plazo <u>reglamentario</u> de ejecución de la obra:	513 días
Plazo <u>real</u> de ejecución de la obra:	504 días

Del cuadro expuesto, el plazo reglamentario de ejecución de obra es de 513 días en tanto que el plazo real de ejecución de obra fue de 504 días, es decir no

sobrepasó los 513 días de plazo de ejecución de obra y por tanto no cabe la aplicación de penalidades².

20. En consecuencia, teniendo presente que el resumen de la liquidación final de la Entidad, aprobada por la Resolución Directoral N° 16-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED y reformulada por la Resolución Directoral N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED y siendo procedente las 3 observaciones realizadas por el Contratista a la liquidación de la Entidad, corresponde determinar la liquidación aplicable:

LIQUIDACIÓN FINAL DEL CONTRATO DE OBRA

A. LIQUIDACIÓN DE CUENTAS

I. AUTORIZADO Y PAGADO

1.1.0 AUTORIZADO

1.1.1	Monto del Expediente Técnico	711,864.41	
1.1.2	Monto del Contrato Principal	18,006,627.44	
1.1.3	Reajuste del Contrato Principal	257,152.80	
1.1.4	Ejecución de partidas con cambio de especificaciones Técnicas	100,077.15	
1.1.5	Reducción del costo inicial por partidas con deficiencias en el expediente técnico	-240,117.56	
1.1.6	Mayores Gastos Generales	0.00	
1.1.7	Intereses por demora en pago de valorizaciones	3,435.65	
1.1.8	Intereses por exceso de pago de materiales	-14,606.07	18'824,833.82
1.1.9	IGV (18%)		3'388,398.09
TOTAL DE LA INVERSIÓN			22'212,831.90
1.2.0	PAGADO		
1.2.1	Monto del Expediente Técnico	711,864.40	
1.2.2	Contrato Principal	17,383,201.11	
1.2.3	Reintegro del Contrato Principal	39,190.67	
1.2.4	Intereses por exceso en pago de materiales	0.00	18,134,256.18
1.2.5	I.G.V. (18%)		3,264,166.13
TOTAL PAGADO			21,398,422.31

SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA		814,409.60
- En efectivo	667,815.87	
- En IGV	146,593.73	

II. ADELANTOS

2.1.0	CONCEDIDOS		
2.1.1	Directo para Expediente Técnico	142,372.88	

² Conforme a la Opinión N° 026-2014/DTN, al referirse al artículo 210 numeral 7, en la nota a pie de página N° 13: "Esta disposición tiene por finalidad evitar la imposición de penalidades al contratista por retrasos imputables a la Entidad y, sobre todo, reconocer los mayores costos que asumirá el contratista por la demora de la Entidad durante la recepción de la obra."

2.1.2	Directo para Obra	3,601,325.42	
2.1.3	Para Materiales	5,316,670.33	9,060,368.63
2.2.0	AMORTIZADOS		
2.2.1	Directo para Expediente Técnico	142,372.88	
2.2.2	Directo para Obra	3,601,325.42	
2.2.3	Materiales	5,316,670.33	9,060,368.63
	SALDO A CARGO DEL CONTRATISTA		0.00

III. PENALIDAD

3.1.0	CALCULADA		
3.1.1	Por demora en elaboración de Expediente Técnico	16,000.00	
3.1.2	Por ejecución de Obra	0.00	16,000.00
3.2.0	DESCONTADA		
3.2.1	Por demora en elaboración de Expediente Técnico	16,000.00	
3.2.2	Por ejecución de Obra	0.00	16,000.00
	SALDO A CARGO DEL CONTRATISTA		0.00

IV. COSTO DE ELABORACIÓN DE LIQUIDACIÓN

4.1.0	Calculado		0.00
4.2.0	Descontado		0.00
	SALDO A CARGO DEL CONTRATISTA		0.00

B. RESUMEN DE SALDOS

Ítem	Concepto	A cargo del Contratista		A favor del Contratista	
		Efectivo	IGV	Efectivo	IGV
I	AUTORIZADO Y PAGADO			667,815.87	146,593.73
II	ADELANTOS				
III	PENALIDAD				
IV	COSTO DE LIQUIDACIÓN				
	TOTAL			667,815.87	146,593.73

SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA		
En efectivo		667,815.87
En IGV		146,593.73
SALDO A CARGO DEL CONTRATISTA		
Penalidad		0.00
SALDO DE LA LIQUIDACIÓN FINAL DEL CONTRATO		
SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA:		814,409.60

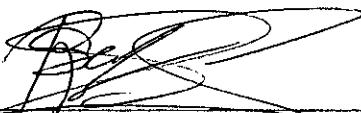
Por las razones expuestas, de conformidad con el Acta de Instalación y lo previsto en el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje, resolviendo en Derecho, se **LAUDA**:

"... **TERCERO**: Declarar **fundada en parte** la primera pretensión principal de la reconvenCIÓN interpuesta por el Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 108.

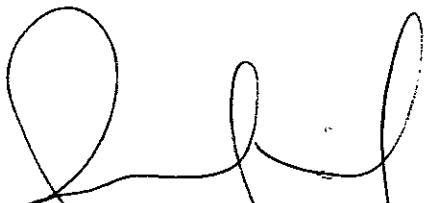
En consecuencia, declarar la validez y eficacia de Resolución N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED del 21 de agosto del 2014 que aprobó la reformulación de la Liquidación Final de Contrato de Obra, con excepción de los extremos referidos a (i) el reajuste del monto del contrato, (ii) por la ejecución de los cerramientos laterales de los sectores polideportivo y de la piscina (tímpano) y sustitución del equipo de bombeo y filtro de la piscina y (iii) aplicación de penalidades, extremos en los que carece de validez y eficacia.

CUARTO: Establecer que, como consecuencia de los pronunciamientos precedentes y de la estimación efectuada por el Tribunal a las observaciones formuladas por el Contratista a la liquidación final elaborada por el Entidad, el saldo de dicha liquidación asciende a S/.814,409.60, saldo a favor del Consocio del Carmen."

Notifíquese.-



RAUL SALAZAR RIVERA
Árbitro



CARMEN ANTONELLA QUISPE
VALENZUELA
Secretaria Arbitral
Arbitre Soluciones Arbitrales SRL

Arbitraje:

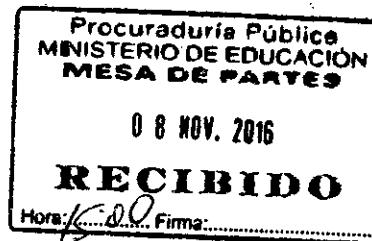
Consorcio Del Carmen con Ministerio de Educación Unidad Ejecutora 108 Contrato N° 119-2011-ME/SG-OGA-UA-APP

Tribunal Arbitral:

Víctor Huayama Castillo
Raúl Rivera Salazar
Félix Arturo Delgado Pozo

Lima, 08 de noviembre de 2016

Señores:
MINISTERIO DE EDUCACIÓN
Jr. Sánchez Cerro N° 2150
Jesús María.-



CARGO

Atención: Procuraduría Pública del Ministerio de Educación

Referencia: **Arbitraje Consorcio Del Carmen y Ministerio de Educación**

Asunto : Notifica la Resolución N° 23

De mi especial consideración:

Por la presente cumple con notificarle la Resolución N° 23, emitida en el caso arbitral de la referencia.

Resolución N° 23

Lima, 8 de noviembre de 2016

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1. El 26 de septiembre de 2016 el Tribunal Arbitral laudó la controversia, (1) declarando infundada la primera pretensión de la demanda formulada por el Consorcio del Carmen (en adelante, el Contratista), declarando que no corresponde declarar consentida ni aprobada la liquidación final del Contrato de obra elaborada por el Contratista; (2) declarando fundada en parte la segunda pretensión principal de la demanda del Contratista y en consecuencia declarando la nulidad e ineeficacia de la Resolución Jefatural 335-2014-MINEDU/VMGI-OINFE que aprobó el Deductivo de Obra N° 01 y la nulidad parcial de las Resoluciones Directoral N° 16 y 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED únicamente en los extremos referidos al reajuste del monto del contrato y a la ejecución de los cerramientos laterales de los sectores polideportivo y de la piscina (tímpano) y sustitución del equipo de bombeo y filtro de la piscina; (3) en mayoría el laudo declaró fundada en parte la primera pretensión principal de la reconvenCIÓN interpuesta por el Ministerio de Educación - Unidad Ejecutora 108 (en adelante, la Entidad) y en consecuencia declaró la validez y eficacia de la Resolución N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED que aprobó la reformulación de la liquidación final de obra con excepción del reajuste del monto del contrato y de la ejecución de los cerramientos laterales de los sectores polideportivo y

Sede Arbitral:

Calle Río de la Plata N° 167, Oficina 102, San Isidro – Teléfono: 4214063

Secretaría Arbitral: Carmen Antonella Quispe Valenzuela

E-mail: aquispe@arbitre.pe - Celular: 992552466

Arbitraje:

Consortio Del Carmen con Ministerio de Educación Unidad Ejecutora 108 Contrato N° 119-2011-ME/SG-OGA-UA-APP

Tribunal Arbitral:

Víctor Huayama Castillo
Raúl Rivera Salazar
Félix Arturo Delgado Pozo

de la piscina (tímpano) y sustitución del equipo de bombeo y filtro de la piscina, extremos en los que la citada resolución carece de validez y eficacia; (4) en mayoría el laudo estableció que, como consecuencia de los pronunciamientos precedentes y de la estimación efectuada por el Tribunal a las observaciones formuladas por el Contratista a la liquidación final elaborada por la Entidad, el saldo de dicha liquidación asciende a S/.458,418.35, saldo a favor del Contratista; y (5) declaró improcedente la tercera pretensión principal de la demanda del Contratista relacionada con el enriquecimiento sin causa y sin objeto pronunciarse sobre la excepción de incompetencia deducida por la Entidad.

2. Dentro del plazo de cinco días previsto en el Acta de Instalación, el 3 de octubre de 2016 la Entidad formuló los pedidos de rectificación y exclusión al laudo. Dichos pedidos se **corrieron** traslado al Contratista quien, mediante escrito del 14 de octubre de 2016, ha presentado su absolución. Por ende, corresponde pronunciarse sobre los pedidos que la Entidad ha formulado respecto del laudo.

A. PRECISIÓN PRELIMINAR

Se deja constancia que el pedido de rectificación del Laudo interpuesto por la Entidad, es resuelto por unanimidad por todo el Colegiado; en tanto que el pedido de exclusión de laudo interpuesto por la Entidad es resuelto sólo por los árbitros que resolvieron por mayoría el cuarto punto resolutivo del laudo.

B. SOBRE EL PEDIDO DE RECTIFICACIÓN DEL LAUDO

3. Si bien en un primer momento la Entidad ha solicitado la rectificación del cuarto punto resolutivo del laudo, en el mismo escrito 3 de octubre de 2016 queda claro que el extremo cuya corrección se solicita es el tercer párrafo de la página 16 del laudo pues, a decir, de la Entidad:

«15. Al respecto, en el tercer párrafo de la página 16 del laudo, el colegiado ha incurrido en un error material al señalar lo siguiente:

“En tal sentido, la controversia que es analizada en este acápite tiene que ver con la decisión de la Entidad de reformular su liquidación final. Tal reformulación fue efectuada mediante la Resolución Directoral N° 16-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED del 17 de noviembre del 2014 (...)"

Sede Arbitral:

Calle Río de la Plata N° 167, Oficina 102, San Isidro – Teléfono: 4214063

Secretaría Arbitral: Carmen Antonella Quispe Valenzuela

E-mail: aquispe@arbitre.pe - Celular: 992552466

Arbitraje:

Consorcio Del Carmen con Ministerio de Educación Unidad Ejecutora 108 Contrato N° 119-2011-ME/SG-OGA-UA-APP

Tribunal Arbitral:

Víctor Huayama Castillo
Raúl Rivera Salazar
Félix Arturo Delgado Pozo

16. Como es de conocimiento del Colegiado, la Entidad procedió a reformular la liquidación final del contrato a través de la Resolución N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED.

17. En atención a ello, solicito la RECTIFICACIÓN del citado párrafo del laudo arbitral debiendo quedar de la siguiente manera:

*"En tal sentido, la controversia que es analizada en este acápite tiene que ver con la decisión de la Entidad de reformular su liquidación final. Tal reformulación fue efectuada mediante la **Resolución Directoral N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED** del 17 de noviembre del 2014 [...]"*¹.

4. Al respecto, el Colegiado verifica que en el fundamento 6.4, tercer párrafo de la página 16 del laudo, se indica lo siguiente:

«En tal sentido, la controversia que es analizada en este acápite tiene que ver con la decisión de la Entidad de reformular su liquidación final. Tal reformulación fue efectuada mediante la Resolución Directoral N° 16-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED del 17 de noviembre del 2014 [...].»

Empero, cuando en el párrafo antes citado se hace referencia a la Resolución Directoral N° 16-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED, se ha incurrido en error pues la resolución dictada el 17 de noviembre de 2014 y que reformula la liquidación inicial elaborada por la Entidad es la Resolución Directoral N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED, tal y conforme es remarcado reiteradamente en el laudo, entre otros, en el fundamento 6.5.

5. En tal sentido, en la medida que en el extremo antes citado del laudo existe un error de transcripción, de conformidad con lo previsto en el inciso a) del numeral 1 del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1071 que regula el arbitraje, corresponde declarar fundado el pedido formulado por la Entidad debiendo corregirse el error antes citado.

C. SOBRE EL PEDIDO DE EXCLUSIÓN DEL LAUDO

6. La Entidad ha solicitado la exclusión del cuarto punto resolutivo del laudo así como sus fundamentos 7.43 al 7.48 (páginas 65 a la 70). Los fundamentos invocados por la Entidad como sustento de su pedido son resumidos a continuación:

¹ Escrito presentado por la Entidad el 03/10/2016, págs. 3 y 4. Las negritas y el subrayado corresponden al texto citado.

Sede Arbitral:

Calle Río de la Plata N° 167, Oficina 102, San Isidro – Teléfono: 4214063

Secretaría Arbitral: Carmen Antonella Quispe Valenzuela

E-mail: aquispe@arbitre.pe - Celular: 992552466

Arbitraje:

Conorcio Del Carmen con Ministerio
de Educación Unidad Ejecutora 108
Contrato N° 119-2011-ME/SG-OGA-UA-
APP

Tribunal Arbitral:

Víctor Huayama Castillo
Raúl Rivera Salazar
Félix Arturo Delgado Pozo

- (i) En el numeral 7.45 del laudo (página 66) se expresa que ninguna de las partes ha solicitado al Tribunal que determine el saldo de la liquidación final. Las partes en ningún momento han solicitado que realice el cálculo del saldo de la liquidación final del contrato «*tal y como el propio Tribunal lo ha advertido en el numeral 7.45 del laudo*».
- (ii) En tal sentido, el Tribunal ha vulnerado el principio de congruencia en virtud del cual «*el Colegiado no puede dar a las partes más de lo que piden; es decir debe haber una identidad entre lo resuelto y lo pedido por el demandante (en la demanda) y el demandado (en la contestación y reconvenCIÓN)*». Al no existir identidad o correspondencia entre la pretensión y lo resuelto por el Colegiado «*nos encontramos frente a un fallo incongruente*».
- (iii) Si la intención de las partes hubiera sido que el Tribunal determine el saldo de la liquidación final del contrato, las mismas lo habrían acumulado o solicitado, lo cual no ha ocurrido.
- (iv) Las partes han tenido presente que no es posible llevar a cabo la liquidación del contrato mientras que existan controversias pendientes de resolver, de conformidad con el artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- (v) «*Por tanto, al haber analizado el Colegiado las liquidaciones tanto del contratista como de la Entidad, se ha pronunciado sobre las mismas observando cada una de estas, emitiendo los parámetros que las partes deben seguir para que se cumpla la finalidad de toda liquidación de contrato, que es obtener el costo total de obra y el saldo de la misma; pero reiteramos, ello no implica que se pronuncie sobre algo que no ha sido solicitado como pretensión por las partes (en la demanda y en la reconvenCIÓN)*».
- (vi) En ningún lado de la Opinión N° 019-2013/DTN –invocada en el laudo para pronunciarse sobre el saldo de obra- se señala que «*los Tribunales Arbitrales deben realizar el cálculo del saldo de obra, sino simplemente resolver y pronunciarse sobre las obligaciones y o conceptos de la liquidación en las que las partes no se hayan puesto de acuerdo y han sido sometidas a controversia*»².

² Los textos citados en este fundamento corresponden al escrito presentado por la Entidad el 03/10/2016, págs. 2 y 3.

Sede Arbitral:

Calle Río de la Plata N° 167, Oficina 102, San Isidro – Teléfono: 4214063

Secretaría Arbitral: Carmen Antonella Quispe Valenzuela

E-mail: aquispe@arbitre.pe - Celular: 992552466

Arbitraje:

Consorcio Del Carmen con Ministerio
de Educación Unidad Ejecutora 108
Contrato N° 119-2011-ME/SG-OGA-UA-
APP

Tribunal Arbitral:

Víctor Huayama Castillo
Raúl Rivera Salazar
Félix Arturo Delgado Pozo

7. El pedido de exclusión de la Entidad ha sido absuelto por el Contratista quien en su escrito del 14 de octubre de 2016 ha expresado lo siguiente:

- (i) Los fundamentos 7.43 al 7.48 del laudo son correctos y no vulneran el principio de congruencia ya que la revisión integral de las pretensiones de la demanda y de la reconvenCIÓN llevó a que el Tribunal concluya que dos observaciones formuladas por el Contratista son procedentes.
- (ii) De la segunda pretensión de la demanda y de la primera pretensión de la reconvenCIÓN está implícito que el saldo de la obra sea dilucidado por el Tribunal Arbitral, teniendo mayor relevancia este hecho en las facultades y competencias otorgadas en la Opinión N° 019-2013/DTN.
- (iii) En ese sentido, no hay vulneración alguna al principio de congruencia.

8. El literal d) del numeral 1) del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1071 dispone que la exclusión procede contra «algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje». Atendiendo entonces lo previsto en la norma, corresponde determinar si es que el cuarto punto resolutivo del laudo se pronuncia sobre algún extremo no sometido al conocimiento y decisión del Tribunal Arbitral.

9. El cuarto punto resolutivo del laudo –que fue dictado en mayoría por los señores árbitros Félix Arturo Delgado Pozo y Víctor Manuel Huayama Castillo– establece lo siguiente:

«CUARTO: El Tribunal Arbitral en mayoría, dispone: Establecer que, como consecuencia de los pronunciamientos precedentes y de la estimación efectuada por el Tribunal a las observaciones formuladas por el Contratista a la liquidación final elaborada por el Entidad, el saldo de dicha liquidación asciende a S/.458,418.35 (Cuatrocientos cincuenta y ocho mil cuatrocientos dieciocho con 35/100 soles), saldo a favor del Consocio del Carmen».

Sobre este punto, el señor árbitro Raúl Salazar Rivera emitió su voto en discordia pues concluyó que el saldo de la liquidación final del Contrato ascendía a S/.814,409.60, saldo a favor del Contratista.



Sede Arbitral:

Calle Río de la Plata N° 167, Oficina 102, San Isidro – Teléfono: 4214063

Secretaría Arbitral: Carmen Antonella Quispe Valenzuela

E-mail: aquispe@arbitre.pe - Celular: 992552466

Arbitraje:

Consorcio Del Carmen con Ministerio de Educación Unidad Ejecutora 108 Contrato N° 119-2011-ME/SG-OGA-JA-APP

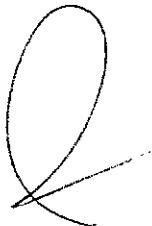
Tribunal Arbitral:

Víctor Huayama Castillo
Raúl Rivera Salazar
Félix Arturo Delgado Pozo

10. Conviene remarcar que -conforme el cuarto punto resolutivo del laudo lo señala- el saldo de la liquidación final del Contrato de Obra que el laudo establece es «consecuencia de los pronunciamientos precedentes y de la estimación efectuada por el Tribunal a las observaciones formuladas por el Contratista a la liquidación final elaborada por el Entidad».
11. Efectivamente, en el segundo punto resolutivo del laudo se declaró la nulidad parcial de las Resoluciones Directorales N° 16 y 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED únicamente en los extremos referidos al reajuste del monto del contrato y a la ejecución de los cerramientos laterales de los sectores polideportivo y de la piscina (tímpano) y sustitución del equipo de bombeo y filtro de la piscina. Y el tercer punto resolutivo del laudo declaró fundada en parte la primera pretensión principal de la reconvenCIÓN interpuesta por el Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 108 (en adelante, la Entidad) y en consecuencia declaró la validez y eficacia de la Resolución N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED que aprobó la reformulación de la liquidación final de obra con excepción del reajuste del monto del contrato y de la ejecución de los cerramientos laterales de los sectores polideportivo y de la piscina (tímpano) y sustitución del equipo de bombeo y filtro de la piscina, extremos en los que la citada resolución carece de validez y eficacia.

La Resolución Directoral N° 16-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED aprobó la liquidación final del Contrato de Obra fijando un saldo a favor del Contratista ascendente a S/.153,654.44; así lo dispone el artículo 1º de la citada resolución. Dicha liquidación fue reformulada el 17 de noviembre de 2014 con la emisión de la Resolución Directoral N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED que estableció un saldo a favor del Contratista ascendente a S/.139,048.37; así lo dispone el artículo 1º de la citada resolución.

12. En consecuencia, el laudo al declarar fundada en parte la segunda pretensión principal de la demanda (véase el segundo punto resolutivo del laudo) y al declarar fundada en parte la primera pretensión principal de la reconvenCIÓN (véase el tercer punto resolutivo del laudo), determinó que la liquidación final del contrato de obra aprobada por la Entidad con la Resolución Directoral N° 16-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED reformulada por la Resolución Directoral N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED, que estableció un saldo a favor del Contratista ascendente a S/.139,048.37, era una liquidación válida y eficaz, salvo respecto de dos observaciones efectuadas por el Contratista, a saber:

**Sede Arbitral:**

Calle Río de la Plata N° 167, Oficina 102, San Isidro – Teléfono: 4214063

Secretaría Arbitral: Carmen Antonella Quispe Valenzuela

E-mail: aquispe@arbitre.pe - Celular: 992552466

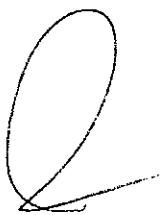
Arbitraje:

Consortio Del Carmen con Ministerio de Educación Unidad Ejecutora 108 Contrato N° 119-2011-ME/SG-OGA-UA-APP

Tribunal Arbitral:

Víctor Huayama Castillo
Raúl Rivera Salazar
Félix Arturo Delgado Pozo

- (i) La observación referente al reajuste del monto del contrato, concepto respecto del cual la Entidad consideraba que al Contratista le correspondía S/.88,577.42; mientras que el Contratista consideraba que dicho monto ascendía a S/.257,152.80. Este concepto fue analizado en los fundamentos 7.11 al 7.14 (páginas 38 a la 43) del laudo, concluyendo que la observación del Contratista era fundada y que por este concepto le correspondía S/.257,152.80, sin IGV.
- (ii) Respecto de la observación referente a la ejecución de los cerramientos laterales de los sectores polideportivo y de la piscina (tímpano) y sustitución del equipo de bombeo y filtro de la piscina, la Entidad consideró que nada le correspondía al Contratista por dicho concepto e, inclusive, aprobó el Deductivo de Obra N° 01 por S/.283,338.71; el Contratista por su lado consideró que por este concepto le correspondía S/.283,338.71. Esta observación fue analizada en los fundamentos 7.12 al 7.26 (páginas 43 a la 56) del laudo, concluyendo que la ejecución de las partidas en controversia tuvo un costo de S/.118,091.04, incluyendo el IGV, por lo que su ejecución determinó un ahorro para la Entidad de S/.165,247.68, incluyendo IGV, respecto del costo previsto inicialmente en el expediente técnico.
13. Queda claro entonces que el cuarto punto resolutivo del laudo – conforme se indica en el mismo resolutivo- es consecuencia de lo resuelto en el segundo y tercer puntos resolutivos del laudo que resuelve la segunda pretensión principal de la demanda y la primera pretensión principal de la reconvenCIÓN.
14. La Entidad también ha señalado que no existe identidad entre lo pretendido y lo resuelto en el laudo y argumenta que si la intención de las partes hubiera sido que el Tribunal determine el saldo de la liquidación final del contrato, las mismas lo habrían acumulado o solicitado, lo cual no ha ocurrido.
15. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que en el fundamento 7.45 (página 66) del laudo se indica que si bien ninguna de las partes solicitó que el Tribunal determine a cuánto asciende el saldo a favor que le corresponde al Contratista «este aspecto está implícito en dichas controversias, pues basta que un laudo declare fundada una sola observación para que la liquidación final cuestionada varíe, ya sea aumentando o reduciendo el saldo previsto en ella».

**Sede Arbitral:**

Calle Río de la Plata N° 167, Oficina 102, San Isidro – Teléfono: 4214063

Secretaría Arbitral: Carmen Antonella Quispe Valenzuela

E-mail: aquispe@arbitre.pe - Celular: 992552466

Arbitraje:

ConSORCIO DEL CARMEN CON MINISTERIO DE EDUCACIÓN UNIDAD EJECUTORA 108
CONTRATO N° 119-2011-ME/SG-OGA-UA-APP

Tribunal Arbitral:

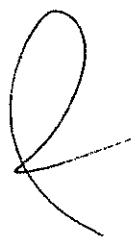
Víctor Huayama Castillo
Raúl Rivera Salazar
Félix Arturo Delgado Pozo

El Tribunal reafirma lo indicado en el laudo en el sentido que el establecimiento del saldo de la liquidación final del Contrato de obra está implícito en las pretensiones sometidas al conocimiento del Tribunal tanto por el Contratista como por la Entidad. Este carácter implícito proviene del contenido de las mismas pretensiones presentadas por las partes (específicamente de la segunda pretensión principal de la demanda y de la primera pretensión principal de la reconvenCIÓN) y, además, de la propia naturaleza de la liquidación final del Contrato de Obra, que es el aspecto que dio origen a la controversia.

16. En efecto, el determinar el saldo de la liquidación final del Contrato de Obra está implícito en la segunda pretensión principal de la demanda y en la primera pretensión principal de la reconvenCIÓN pues en ésta la Entidad pretendía que se declare la validez y eficacia de la Resolución Directoral N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED que estableció un saldo a favor del Contratista ascendente a S/.139,048.37; mientras que en aquélla el Contratista pretendía que se dejara sin efecto y sin validez dicha resolución pues consideraba que el saldo a favor no ascendía a S/.139,048.37 sino a S/.1'888,865.42, monto determinado en su liquidación final presentada a la Entidad mediante carta N° 09-2014-CDC del 10 de julio de 2014.

Para sustentar cada una de sus opuestas posiciones, el Contratista sustentó en el proceso cuatro observaciones a la liquidación formulada por la Entidad, mientras que la Entidad sustentó que dichas cuatro observaciones eran infundadas. Se observa de este modo que la controversia ha estado centrada en determinar a cuánto ascendía el saldo de la liquidación final de Obra. Este aspecto central de la controversia sometida al conocimiento de las partes fue remarcado en el acápite V –Hechos Relevantes y Normatividad Aplicable- del laudo en cuyo fundamento 5.5 (páginas 11 y 12) se indicó lo siguiente:

«Conforme se observa de los hechos antes descritos, la controversia entre las partes se ha suscitado en los diferentes saldos que cada una de ellas ha determinado en sus respectivas liquidaciones finales del Contrato de Obra, pues, por un lado el Contratista considera que el saldo a su favor asciende a S/.1'888,865.42, mientras que la Entidad considera que si bien existe un saldo a favor del Contratista, dicho monto asciende únicamente a S/.139,048.37. Se observa de este modo que las controversias sometidas al conocimiento del Tribunal versan principalmente sobre la liquidación final del Contrato de Obra».

**Sede Arbitral:**

Calle Río de la Plata N° 167, Oficina 102, San Isidro – Teléfono: 4214063

Secretaría Arbitral: Carmen Antonella Quispe Valenzuela

E-mail: aquispe@arbitre.pe - Celular: 992552466

Arbitraje:

ConSORCIO DEL CARMEN CON MINISTERIO DE EDUCACIÓN UNIDAD EJECUTORA 108
CONTRATO N° 119-2011-ME/SG-OGA-UA-APP

Tribunal Arbitral:

Víctor Huayama Castillo
Raúl Rivera Salazar
Félix Arturo Delgado Pozo

17. Ciertamente, si se hubiera amparado totalmente la primera pretensión principal de la reconvención de la Entidad la Resolución Directoral N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED habría sido válida y eficaz en todos sus extremos, incluyendo su artículo 1º que estableció un saldo a favor del Contratista de S/.139,048.37. Por su parte, si se hubiera amparado totalmente la segunda pretensión principal de la demanda, la Resolución Directoral N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED (y las otras resoluciones de la Entidad que la precedieron) se habría declarado nula y sin efecto aprobándose la liquidación final presentada por el Contratista que establece un saldo a su favor de S./1'888,865.42.

Empero, el laudo considera que de las cuatro observaciones formuladas por el Contratista dos son fundadas y las otras dos infundadas. La estimación de sólo dos de las cuatro observaciones efectuadas por el Contratista (o visto desde la perspectiva de la Entidad, la desestimación de sólo dos de las cuatro observaciones del Contratista), determinó que el saldo a favor del Contratista no fuera el determinado por la Entidad en la Resolución Directoral N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED (S/.139,048.37), ni tampoco fuera el determinado por el Contratista en su liquidación final (S./1'888,865.42). Fue por ello precisamente que en el fundamento 7.45 (página 66) del laudo se indica lo siguiente:

«Por ende, si bien en ninguna de las pretensiones que las partes han interpuesto han solicitado que sea el Tribunal quien en todo caso determine a cuánto asciende el saldo a favor que le corresponde al Contratista, el Colegiado considera que este aspecto está implícito en dichas controversias, pues basta que un laudo declare fundada una sola observación para que la liquidación final cuestionada varíe, ya sea aumentando o reduciendo el saldo previsto en ella».

18. De este modo, si se tiene en cuenta que el objeto de la Resolución Directoral N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED es establecer el saldo de la liquidación final de la Obra al punto que en artículo 1º fija el saldo en S/.139,048.37, dicho aspecto sí forma parte de la controversia, pues es respecto de dicho resultado que la Entidad solicitó se declare su validez y eficacia, mientras que el Contratista solicitó lo opuesto, es decir, su invalidez e ineffectuación. Existe entonces identidad entre lo solicitado por las partes (en la segunda pretensión principal de la demanda y en la primera pretensión principal de la reconvención) con el segundo, tercero y cuarto puntos resolutivos del laudo.
19. De otro lado, determinar el saldo de la liquidación de la obra es un aspecto implícito en toda controversia relacionada con la liquidación

Sede Arbitral:

Calle Río de la Plata N° 167, Oficina 102, San Isidro – Teléfono: 4214063

Secretaria Arbitral: Carmen Antonella Quispe Valenzuela

E-mail: aquispe@arbitre.pe - Celular: 992552466

Arbitraje:

ConSORCIO DEL CARMEN CON MINISTERIO DE EDUCACIÓN UNIDAD EJECUTORA 108
Contrato N° 119-2011-ME/SG-OGA-UA-APP

Tribunal Arbitral:

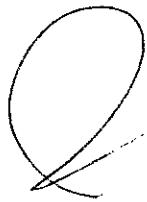
Víctor Huayama Castillo
Raúl Rivera Salazar
Félix Arturo Delgado Pozo

final del Contrato de Obra. Y ello es así pues, conforme se indica en el fundamento 7.43 (página 65) del laudo «La finalidad de la liquidación final es dar por canceladas las obligaciones generadas por la ejecución de un contrato de obra poniendo fin de este modo al contrato celebrado por las partes». Es precisamente por ello que el artículo 212 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que «Luego de haber quedado consentida la liquidación y efectuado el pago que corresponda, culmina definitivamente el contrato y se cierra el expediente respectivo».

20. Dicha finalidad se consigue mediante la denominada Etapa de Liquidación Final del Contrato de Obra, que es una fase eminentemente técnica de rendición de cuentas en la cual el costo total y el saldo de la obra son calculados en función de aspectos previamente acordados por las partes, establecidos en la normatividad de contratación pública, o reconocidos por una autoridad jurisdiccional, determinando con exactitud la cuantía de las prestaciones asumidas por las partes. De este modo, en toda controversia que se suscita sobre liquidación final del contrato de obra, el aspecto que determina la controversia es el desacuerdo de una de las partes sobre el saldo determinado por su contraparte. Por ende, más allá de los fundamentos que las partes invoquen en torno a la liquidación final del contrato de obra, dichas argumentaciones tendrán siempre como propósito que se establezca como saldo el monto que cada parte considera más favorable a sus intereses.
21. En la medida que a la postre toda controversia sobre la liquidación final de obra tiene como propósito determinar el costo de la obra y si existen saldos a favor o en contra del contratista, la Opinión N° 019-2013/DTN establece que:

«En esa medida, el laudo emitido por el tribunal arbitral debe contener las disposiciones necesarias que resuelvan la controversia en su totalidad, debiendo establecer claramente las condiciones u obligaciones que las partes deben cumplir para ello.

En caso el laudo no defina clara y totalmente las obligaciones de las partes para lograr la eficacia del laudo, éstas o el tribunal arbitral, de oficio, pueden solicitar o realizar la integración, exclusión, interpretación o rectificación del laudo, de

**Sede Arbitral:**

Calle Río de la Plata N° 167, Oficina 102, San Isidro – Teléfono: 4214063

Secretaría Arbitral: Carmen Antonella Quispe Valenzuela

E-mail: c quispe@arbitre.pe - Celular: 992552466

Arbitraje:

ConSORCIO Del Carmen con Ministerio de Educación Unidad Ejecutora 108 Contrato N° 119-2011-ME/SG-OGA-UA-APP

Tribunal Arbitral:

Víctor Huayama Castillo
Raúl Rivera Salazar
Félix Arturo Delgado Pozo

conformidad con el artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje)³.

Precisamente ello es lo que contiene el cuarto punto resolutivo del laudo en el que, luego de haber estimado en parte las pretensiones que cada parte tenía sobre la liquidación final de la obra elaborada por la Entidad, estableció el saldo a favor del Contratista.

22. Cabe finalmente remarcar que la controversia que existió entre las partes sobre la liquidación final del contrato de obra ha sido resuelta íntegra y totalmente en el laudo dictado el 26 de septiembre de 2016. Por ello mismo, no cabe que las partes inicien una nueva etapa de liquidación final de la obra, pues, conforme lo ha establecido el OSCE respondiendo una consulta formulada por la propia Entidad:

«De esta manera, la normativa de contrataciones del Estado no contempla un nuevo procedimiento de liquidación del contrato de obra, ya que presupone que el laudo –incluidas sus interpretaciones, rectificaciones, integraciones o exclusiones– resolverá la controversia de manera integral. Ello supone que el laudo detalle las obligaciones que las partes deben cumplir para su eficacia.

En consecuencia, una vez emitido el laudo, no es posible que el contratista o la Entidad inicien nuevamente el procedimiento de liquidación de obra detallado en el artículo 211 del Reglamento, dado que ello significaría una nueva posibilidad de cuestionamiento de la nueva liquidación, cuestión que no es compatible con la naturaleza definitiva, inapelable y de cosa juzgada que tiene todo laudo»⁴.

23. Por los fundamentos expuestos, el Colegiado considera que el pedido de exclusión formulado por la Entidad es infundado.
24. Finalmente, atendiendo que el tercer y cuarto punto resolutivos del laudo han sido dictados en mayoría por los señores árbitros Delgado Pozo y Huayama Castillo, se deja constancia que el pedido de exclusión de la Entidad al cuarto punto resolutivo del laudo es resuelto exclusivamente por los señores árbitros cuyos votos han configurado el

³ Véase el numeral 2.1.3 de la Opinión 019-2013/DTN emitida el 08/02/2013. Se ha prescindido de citar los pies de página del texto citado. El subrayado no es nuestro.

⁴ Ibídem. La opinión 019-2013/DTN absolvio la consulta formulada por el Jefe de la Oficina de Infraestructura Educativa y la Secretaría General del Ministerio de Educación.

Sede Arbitral:

Calle Río de la Plata N° 167, Oficina 102, San Isidro – Teléfono: 4214063

Secretaría Arbitral: Carmen Antonella Quispe Valenzuela

E-mail: aquispe@arbitre.pe - Celular: 992552466

Arbitraje:

Consorcio Del Carmen con Ministerio de Educación Unidad Ejecutora 108 Contrato N° 119-2011-ME/SG-OGA-UA-APP

Tribunal Arbitral:

Víctor Huayama Castillo
Raúl Rivera Salazar
Félix Arturo Delgado Pozo

laudo. Por su parte, el pedido de rectificación del laudo formulado por la Entidad es resuelto por el Tribunal en unanimidad.

Por las razones expuestas, el Tribunal Arbitral **RESUELVE:**

PRIMERO: POR UNANIMIDAD declarar **fundado** el pedido de **rectificación** formulado por el Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 108 y en consecuencia corregir el fundamento 6.4, tercer párrafo de la página 16 del laudo, párrafo que queda redactado de la siguiente manera:

«[...]En tal sentido, la controversia que es analizada en este acápite tiene que ver con la decisión de la Entidad de reformular su liquidación final. Tal reformulación fue efectuada mediante la Resolución Directoral N° 102-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED del 17 de noviembre del 2014 [...].»

SEGUNDO: POR MAYORÍA –decisión adoptada por el Presidente Arbitral y el árbitro Félix Delgado Pozo- declarar **infundado** el pedido de **exclusión** de laudo formulado por el Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 108.

Aprobado por: Víctor Huayama Castillo (Presidente); Raúl Salazar Rivera y Felix Arturo Delgado Pozo; (Árbitros).

Lo que notifico a usted conforme lo previsto en el Acta de Instalación.

Atentamente,

C. ANTONELLA QUISPE VALENZUELA
Secretaria Arbitral
Arbitre Soluciones Arbitrales

Sede Arbitral:

Calle Río de la Plata N° 167, Oficina 102, San Isidro – Teléfono: 4214063

Secretaría Arbitral: Carmen Antonella Quispe Valenzuela

E-mail: aquispe@arbitre.pe - Celular: 992552466