

LAUDO ARBITRAL

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR CORPORACIÓN CONSTRUCTORA TERCER MILENIO S.A.C. CONTRA EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN UNIDAD EJECUTORA N° 108, ANTE EL TRIBUNAL ARBITRAL CONFORMADO POR LOS ABOGADOS ROLANDO EYZAGUIRRE MACCAN (PRESIDENTE), CARLOS RUSKA MAGUINA (ÁRBITRO) Y MARCO ANTONIO MARTÍNEZ ZAMORA (ÁRBITRO).

Resolución N° 36

Lima, cinco de octubre
del año dos mil dieciséis

VISTOS:

I. LAS PARTES, EL CONTRATO Y LA EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

1. El 20 de abril de 2012, la Corporación Constructora Tercer Milenio S.A.C. (en adelante, DEMANDANTE o CORPORACIÓN) y el Ministerio de Educación Unidad Ejecutora N° 108 (en adelante, DEMANDADO o MINISTERIO), suscribieron el Contrato N° 149-2012-ME/SG-OGA-UA-APS Proceso Especial N° 016-2012-ED/UE 108 para la "Ejecución de la Obra Segunda Etapa de la Infraestructura de la Institución Educativa Emblemática El Triunfo, ubicada en el distrito de Tumbes - Tumbes - Tumbes" (en adelante, CONTRATO), por un monto ascendente a S/. 12'926,017.97 (Doce millones novecientos veintiséis mil diecisiete y 97/100 Soles).
2. En la cláusula vigésima tercera del CONTRATO, consta el convenio arbitral celebrado entre las partes, en virtud de la cual éstas acordaron que cualquier conflicto surgido desde la celebración del CONTRATO, se resolvería mediante arbitraje.

II. INSTALACIÓN DEL ARBITRAJE Y LEY APLICABLE

3. El día 23 de abril de 2013 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, conformado por los doctores Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente),

El soporte ideal para su arbitraje

Carlos Ruska Maguña (Árbitro) y Marco Antonio Martínez Zamora (Árbitro), quienes declararon haber sido debidamente designados de acuerdo a ley y al convenio arbitral celebrado, ratificando su aceptación al cargo y señalando que no tenían ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes:

4. Considerando la fecha de convocatoria del proceso de selección, de la cual se derivó el CONTRATO, la norma aplicable es la Constitución Política del Perú, la Ley de Contrataciones del Estado —aprobada por Decreto Legislativo N° 1017— (en adelante, LEY) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, REGLAMENTO). Así como las disposiciones aplicables al derecho público y al derecho privado, como también la aplicación del Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, LEY DE ARBITRAJE), que se realizará de manera supletoria y siempre que no se oponga a lo establecido en la LEY y el REGLAMENTO.

III. DE LA DEMANDA ARBITRAL

5. Con fecha 21 de mayo de 2013, la CORPORACIÓN presentó su escrito de demanda arbitral, considerando las siguientes pretensiones:

III.1 Pretensiones

Primera pretensión principal. - Que se reconozcan los trabajos ejecutados en calidad de adicionales con carácter de emergencia en beneficio y a pedido del MINISTERIO, ascendentes a la suma de S/ 113,837.49 (Ciento trece mil ochocientos treinta y siete y 49/100 Soles) y que corresponde a 21 días de bombeo durante las 24 horas en un área de terreno de 630.80 m².

Pretensión alternativa a la primera pretensión principal. - Que se ordene al MINISTERIO cancelar a favor del CONSORCIO la suma de S/ 113,837.49 (Ciento trece mil ochocientos treinta y siete y 49/100 Soles) por enriquecimiento sin causa, correspondiente a trabajos ejecutados en su beneficio por 21 días de bombeo durante las 24 horas en un área de terreno de 630.80 m².

El soporte ideal para su arbitraje

Segunda pretensión principal. - Que se declare la ineficacia de la Resolución Jefatural N° 3076-2012-ED, en el extremo que declara improcedente su solicitud de Ampliación de Plazo Parcial N° 03 y, consecuentemente, se acepte dicha solicitud de Ampliación de Plazo Parcial N° 03 por el plazo de veintiún (21) días calendario.

Tercera pretensión principal. - Que se declare la ineficacia de la Resolución Jefatural N° 3521-2012-ED, por la cual se declara improcedente su solicitud de Ampliación de Plazo N° 04, y consecuentemente se tenga por aceptada su solicitud de Ampliación de Plazo N° 04 por el plazo de veinticuatro (24) días calendario.

Pretensión accesoria. - Se ordene el pago de los costos y las costas en los que se ha incurrido para lograr la satisfacción de las pretensiones mencionadas. Esto es, los gastos realizados para propiciar, viabilizar y tramitar el presente proceso arbitral (incluidos los gastos realizados en el procedimiento administrativo y conciliatorio previo). Así como los gastos para el pago de los honorarios profesionales de los Integrantes del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral, así como de representatividad jurídica, los mismos que serán cancelados previa liquidación y acreditación.

III.2 Fundamentos de hecho

6. El DEMANDANTE refiere que la obra se ejecutaba con normalidad. Sin embargo, en la zona de la construcción del Pabellón de Primaria se encontró cimentación de concreto armado no previsto en el expediente técnico. La CORPORACIÓN manifiesta que aquello fue considerado como vicio oculto, y ante lo cual el MINISTERIO aprobó diecisiete (17) días calendario mediante Resolución Jefatural N° 2238-2012-ED para recuperar el tiempo perdido en la demolición y eliminación de los mencionados cimientos.

7. Asimismo, señala la CORPORACIÓN que la eliminación (excavación) de la cimentación de concreto, antes aludida, provocó la filtración de aguas subterráneas que inundaron dicha excavación en su totalidad, por lo que era

El soporte ideal para su arbitraje



necesario el bombeo de agua durante las 24 horas del día para mantener seca la zona de trabajo, poder vaciar el salado y trabajar en seco con las estructuras de zapatas.

8. El DEMANDANTE manifiesta que además, debido al riego de plantaciones de arroz cercanas al colegio, los niveles de aguas subterráneas que según el estudio de suelos del Expediente Técnico se encontraban de 1m - 1.2m del nivel del terreno, se incrementaron a 0.5m. Es decir, el nivel freático existente era más superficial que el indicado en el estudio de suelos del Expediente Técnico, lo que significaba una mayor complejidad en la realización de los trabajos debido al nivel más superficial de las aguas, la mayor evacuación de aguas, mayores costos en la eliminación y traslados de las aguas y otros. Agrega la CORPORACIÓN que el constante bombeo saturó el sistema de desagüe del alcantarillado de la ciudad en los buzones de descarga, ocasionando el malestar de la empresa prestadora de servicio de agua potable y alcantarillado, motivo por el cual clausuró dichos buzones, obligando al DEMANDANTE a utilizar camiones cisterna para el traslado y evacuación del agua producto del bombeo.

Respecto a la Primera pretensión principal

9. La CORPORACIÓN señala que, el 14 de septiembre de 2012, presentó su solicitud de Adicional de Obra N° 01 por el monto de S/. 113,837.49 (Ciento trece mil ochocientos treinta y siete y 49/100 Soles) y su solicitud de Ampliación de Plazo N° 03 ante el Supervisor, dándosele respuesta recién el 23 de octubre de 2012, fecha en la cual fue notificado en obra con el Oficio N° 7609-2012-MINEDU/VMGI-OINFE, alcanzándosele la Resolución Jefatural N° 3076-2012-ED, la cual resuelve declarar improcedente su solicitud de adicional y ampliación de plazo. A decir del DEMANDANTE, dicha resolución no tiene sustento fáctico ni legal, pues en ésta se indica que los trabajos adicionales habían sido ejecutados en contravención del artículo 207 del REGLAMENTO que, según el CONTRATO, la CORPORACIÓN renunció a cualquier reclamo por diferencia de metrados y que en el Expediente Técnico ya se había contemplado una partida de drenaje de aguas, por lo que el DEMANDANTE tenía conocimiento de aguas subterráneas.

El SOPORTE IDEAL PARA SU ARBITRAJE

10. Afirma el DEMANDANTE que, contrariamente a lo argumentado por el MINISTERIO, el segundo párrafo del artículo 207 del REGLAMENTO establece:

Excepcionalmente, en el caso de obras adicionales que, por su carácter de emergencia, cuya no ejecución pueda afectar el ambiente o poner en peligro a la población, los trabajadores o a la integridad de la misma obra, la autorización previa de la Entidad podrá realizarse mediante comunicación escrita a fin de que el Inspector o supervisor pueda autorizar la ejecución de tales obras adicionales [...]".

11. En ese sentido, la CORPORACIÓN sostiene que, en virtud de esta disposición y por órdenes del Supervisor de Obra, ejecutó los trabajos adicionales consistentes en el bombeo de aguas subterránea durante las 24 horas del día. Subraya que lo dicho se encuentra sustentado a lo largo de los asientos en Cuaderno de Obra tanto del Residente como del Supervisor.
12. El DEMANDANTE agrega que la Supervisión ordenaba la realización de los trabajos adicionales, debido al riesgo de deterioro de los trabajos que se iban ejecutando y que ponían en riesgo la integridad de la obra, pues se encontraba ante los trabajos de cimentación de los cuales depende la calidad de la estructura posterior; y, por supuesto, existía un riesgo de inundación en otras áreas del colegio y que podían afectar a los propios alumnos.
13. La CORPORACIÓN manifiesta no haber ejecutado dichos trabajos por decisión unilateral, sino en estricto cumplimiento del procedimiento establecido en el REGLAMENTO y las órdenes de la Supervisión. Por lo que, siendo que la Supervisión le autorizó y además le ordenó la realización de dichos trabajos adicionales, entiende que la misma está actuando en cumplimiento de sus obligaciones contractuales y sus funciones en concordancia con la norma de contrataciones; el DEMANDANTE considera que es irrelevante cuestionar en base a qué documento es que se le ordena la realización de tales trabajos, más aún cuando se encontraba ante una situación de emergencia que prevé la norma, y con la existencia de anotaciones por escrito en el Cuaderno de Obra. De ese modo, la CORPORACIÓN reitera que ejecutó los adicionales con

El soporte ideal para su arbitraje

carácter de emergencia de acuerdo a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 207 del REGLAMENTO, esto es por órdenes y autorización de la Supervisión, quien es el representante del DEMANDADO en la Obra.

14. Como sustento de lo descrito en el párrafo precedente, el DEMANDANTE cita los siguientes asientos del Supervisor en el Cuaderno de Obra:

- Asiento N°109 (20 de agosto de 2012). - A decir del Supervisor, "se verifica el inconveniente que se tiene en el pabellón de primaria en la cual el contratista no puede avanzar en la cual deberá prever bombeo en horas de madrugada para poder ganar tiempo y poder trabajar en seco con el acero en la cual se encuentra inundado".
- Asiento N°119 (25 de agosto de 2012). - El Supervisor indica: "[...] deberá trabajar bombeando el agua desde la noche anterior para poder trabajar en seco en la mañana de esa manera evitar el uso de aditivos acelerantes".
- Asiento N°125 del (29 de agosto de 2012). - A decir del Supervisor, "se verifica el bombeo constante de agua en la zona de primaria para mantener seco la zona de trabajo las cuales se deberá permanecer en constante bombeo".
- Asiento N°167 del 22 de septiembre de 2012). - El Supervisor indica: "Referente a las estructuras del pabellón primaria se observa que se encuentra inundado por lo que se deberá seguir bombeando para poder mantener seco dicho área".

15. La CORPORACIÓN refiere además que; la Supervisión en los mencionados asientos reconoce que se están realizando trabajos adicionales, solicitando incluso que los mismos sean cuantificados en su oportunidad. En ese sentido, el DEMANDANTE afirma que no se está ante adicionales ordinarios pues estos, como establece la norma, requieren de autorización previa de la entidad.

16. El DEMANDANTE sostiene que, si el Supervisor le ordenó la realización de los trabajos adicionales e inclusive los reconoció, los mismos deberán cuantificarse, considerando además que se está ante el supuesto de adicionales con

El soporte ideal para su arbitraje

carácter de emergencia, lo contrario sería cuestionar la labor de la Supervisión, quien en todo caso habría actuado en contravención de la normativa de contrataciones no siendo responsabilidad del DEMANDANTE.

17. La CORPORACIÓN sostiene que lo argumentado por el DEMANDADO en la resolución de improcedencia respecto a lo pactado en la Cláusula Cuarta del CONTRATO, en el sentido de que el DEMANDANTE no podía solicitar ningún adicional o reclamar por diferencias de metrados; que el nivel freático existente era más superficial que el indicado en el estudio de suelos del Expediente Técnico, al no tener un nivel de 1m a 1.2 m, sino a -0.5m debido a los sembríos de arroz en los terrenos cercanos a la obra, y que era imposible evidenciarlo al inspeccionar la obra, conforme a lo establecido en el sexto párrafo de la Cláusula Cuarta del CONTRATO. Por ello, el DEMANDANTE asegura que no resulta aplicable dicha cláusula; que, además, esta situación en modo alguno es una diferencia de metrados o una omisión en la propuesta, sino un hecho fortuito no contemplado inicialmente en el Expediente Técnico, que le generó costos adicionales, y cuyos trabajos se requirieron para cumplir con la finalidad del CONTRATO.

18. En cuanto a lo argumentado por el MINISTERIO en su resolución respecto a que ya se había previsto una partida de drenaje de aguas subterráneas de zanjas, el DEMANDANTE precisa que la partida de drenaje a la que se hace referencia, no contemplaba la mayor complejidad en la realización de los trabajos debido al nivel más superficial de las aguas, pues el Expediente Técnico contemplaba un nivel de 1m a 1.2m, y no de -0.5m. Por otro lado, agrega el DEMANDANTE que tampoco se contempló la mayor evacuación de aguas, es decir las 24 horas, el desmoronamiento de los terrenos excavados, además del hecho de que las aguas se eliminaban y trasladaban en cisterna porque no se podía eliminar a la red de desagüe por haber sido clausurada por la empresa prestadora, y tampoco a las zonas agrícolas por el reclamo de los agricultores de evitar el ingreso de agua salada en sus cultivos, tal y como el mismo Supervisor reconoce en el asiento 133.

El soporte ideal para su arbitraje

19. El DEMANDANTE sostiene además que el propio Supervisor, conforme se indica en la resolución de improcedencia del adicional, y según su Informe N° 013-2012-GYMSAC, recomienda aprobar el Adicional de Obra provocado por aguas subterráneas salinas no consideradas dentro del presupuesto como partida de bombeo o similar y la Ampliación de Plazo N° 03; sin embargo, el DEMANDADO rechazó su solicitud de adicional de Obra y de Ampliación de Plazo N° 03.
20. La CORPORACIÓN manifiesta que el no reconocimiento de los adicionales que ejecutó con carácter de emergencia y por órdenes de la Supervisión, le causa un grave perjuicio económico que asciende a S/. 113.837.49 (Ciento trece mil ochocientos treinta y siete y 49/100 Soles) pues no sólo asumió mayores costos por la mayor evacuación de aguas durante 24 horas al día y la mayor complejidad en la realización de los trabajos, sino también porque las aguas fueron eliminadas y trasladadas en cisterna debido a que no podían ser vertidas a la red de desagüe por las razones anteriormente explicadas.

Respecto a la pretensión alternativa a la primera pretensión principal

21. Sobre el particular, el DEMANDANTE indica que en el supuesto negado que los trabajos adicionales con carácter de emergencia no sean considerados como tal, pese a haberse acreditado su condición y encontrarse previstos en la norma; como pretensión alternativa reclama que el MINISTERIO pague a su favor la cantidad de S/. 113.837.49 (Ciento trece mil ochocientos treinta y siete y 49/100 Soles) por enriquecimiento sin causa, toda vez que dichos trabajos se efectuaron en beneficio y a favor del DEMANDADO. Señala que, en caso el MINISTERIO no reconozca los trabajos adicionales con carácter de emergencia ejecutados por el DEMANDANTE, se generaría un supuesto de enriquecimiento sin causa, previsto en el artículo 1954 del Código Civil.
22. La CORPORACIÓN manifiesta que el Supervisor, con su Informe y asientos en Cuaderno de Obra, y el propio MINISTERIO a través de la resolución cuestionada, reconocen la existencia y ejecución de las obras adicionales. Por tanto, añade, que únicamente debe verificarse la procedencia del pago por los trabajos de

El SOPORTE IDEAL PARA SU ARBITRAJE

obra adicionales en función a si este pago enriquece indebidamente al DEMANDADO, generando un abuso del derecho en contra del DEMANDANTE.

23. El DEMANDANTE refiere además, que en la Opinión N°64-2002-GTN del antes CONSUCODE, se señala que: "En el caso de prestaciones adicionales, éstas no pueden regularizarse ante los organismos competentes si ya fueron ejecutados, pues la aprobación de su ejecución es necesariamente previa, lo que no significa que la Entidad no deba cancelar lo ejecutado efectivamente de modo adicional, pues se configuraría un enriquecimiento sin causa por parte de ella, a favor del contratista". Sobre la base de la referida opinión, la CORPORACIÓN sostiene que, en el supuesto que el MINISTERIO no quiera reconocer los adicionales, bajo el argumento que ya fueron ejecutados sin autorización previa, ello no lo exime de pagar lo efectivamente ejecutado.
24. Asimismo, la CORPORACIÓN cita la Opinión N° 083-2012/DTN, emitida por la Dirección Técnica Normativa del OSCE, que señala en su fundamento 2.I.3 que "efectuada la precisión anterior, debe indicarse que si una entidad obtuvo la prestación de un servicio por parte de un proveedor, éste tendría derecho a exigir que la entidad le reconozca el precio del servicio prestado —aun cuando el servicio haya sido obtenido sin observar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado—, pues el Código Civil, en su artículo 1954, establece que "aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo".
25. El DEMANDANTE señala que, como se ha establecido en diversos pronunciamientos emitidos por el OSCE, aún en los supuestos donde no existe un contrato válido, ni prestaciones adicionales amparadas en una aprobación previa para su ejecución, procede reconocer el pago al contratista a fin de evitar un enriquecimiento sin causa.
26. La CORPORACIÓN sostiene que conforme al artículo 1954 del Código Civil, la acción se dirige fundamentalmente a proteger a la persona cuyo patrimonio ha sido injustificadamente lesionado, más que a sancionar enriquecimientos

El soporte ideal para su arbitraje

inmorales o ilegítimos, toda vez que el efecto del enriquecimiento sin causa es restituir el equilibrio patrimonial alterado.

27. El DEMANDANTE expone que para que se configure tal enriquecimiento sin causa, la doctrina esencialmente establece los siguientes requisitos:
- a) el enriquecimiento del sujeto demandado y el empobrecimiento del demandante.
 - b) la existencia de un nexo de conexión entre ambos eventos.
 - c) la falta de una causa que justifique el enriquecimiento.
28. Refiere igualmente el DEMANDANTE que, en el marco de las contrataciones del Estado, para que se verifique un enriquecimiento sin causa es necesario que:
- (i) La entidad se haya enriquecido y el proveedor se haya empobrecido.
 - (ii) Exista conexión entre el enriquecimiento de la entidad y el empobrecimiento del proveedor, lo cual estará dada por el desplazamiento de la prestación patrimonial del proveedor a la entidad.
 - (iii) No exista una causa jurídica para esta transferencia patrimonial, como puede ser la ausencia de contrato. (Opinión N° 073-2011/DTN).
29. La CORPORACIÓN asegura que en cuanto al primer requisito existieron trabajos en beneficio del DEMANDADO: una mejora y aumento de su patrimonio, en perjuicio del DEMANDANTE que ejecutó de dichos trabajos por un monto de S/. 113,837.49 (Ciento trece mil ochocientos treinta y siete y 49/100 Soles), lo que —afirma— recae en su empobrecimiento patrimonial. El DEMANDANTE enfatiza que ha existido un conjunto de prestaciones de su parte hacia el MINISTERIO, aceptadas y utilizadas por éste. Sobre este particular refiere que la Resolución N° 176/2004.TC-SU del Tribunal de Contrataciones, señaló lo siguiente:

[...] nos encontramos frente a una situación de hecho, en la que ha habido — aún sin contrato válido — un conjunto de prestaciones de una parte debidamente aceptadas y utilizadas por la otra, hecho que no puede ser soslayado para efectos civiles. En este sentido, cabe señalar que, conforme al artículo 1954º del Código Civil, el ordenamiento jurídico nacional no ampara en modo alguno el enriquecimiento sin causa [...].

El soporte ideal para su arbitraje

30. En cuanto al segundo requisito, el DEMANDANTE señala que el OSCE establece en la Opinión N° 073-2011/DTN, que la conexión entre el enriquecimiento de la entidad y el empobrecimiento del proveedor se da por el desplazamiento de la prestación patrimonial del proveedor a la entidad. Manifiesta que dicho escenario ha ocurrido en el presente caso en el que los trabajos adicionales, por el costo de S/. 113,837.49 (Ciento trece mil ochocientos treinta y siete y 49/100 Soles), ejecutados y asumidos por la CORPORACIÓN, se efectuaron en la obra propiedad del DEMANDADO, quien ha aceptado y utilizado dichos trabajos en su beneficio.

31. La CORPORACIÓN refiere que el tercer requisito implica que no exista una causa jurídica que justifique la transferencia patrimonial. Expresa además que en el caso de la Opinión N° 073-2011/DTN se mencionó la ausencia de contrato por ser el asunto consultado, sin embargo, este no es en modo alguno el único caso en el que se cumple con el tercer requisito, a modo de ejemplo considera el caso de una nulidad de contrato o de excesos en el marco normativo o contractual. Con relación a ello, el DEMANDANTE manifiesta que el MINISTERIO, a través del Supervisor, ordenó que se ejecuten trabajos adicionales por su carácter de emergencia pues su no ejecución ponía en riesgo la integridad de los trabajos ya realizados y la obra misma, además del peligro para los trabajadores y alumnos del centro educativo.

32. El DEMANDANTE indica haber contado con la autorización y orden del Supervisor, sin embargo, al solicitar el pago de los trabajos el MINISTERIO lo negó en razón de haberse ejecutado los mismos supuestamente sin la autorización previa. La CORPORACIÓN manifiesta que, en el supuesto de los adicionales por emergencia, según lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 207 del REGLAMENTO, no existiría la comunicación previa del MINISTERIO por escrito hacia el Supervisor; y en el supuesto de adicionales ordinarios —en caso el DEMANDADO niegue que los adicionales se hayan dado en la situación de emergencia señalada— según el primer párrafo del artículo 207 del REGLAMENTO no existiría la resolución administrativa del titular del MINISTERIO. Así, a decir del DEMANDANTE, como fuera el caso, se contravino a lo establecido en la norma, y no por voluntad o con intención de la empresa recurrente, lo que

El soporte ideal para su arbitraje



significa que jurídicamente no existía autorización para que el DEMANDANTE ejecute dichos trabajos, pero pese a ello los realizó en beneficio del MINISTERIO por la suma de S/. 113,837.49 (Ciento trece mil ochocientos treinta y siete y 49/100 Soles).

33. En ese sentido, la CORPORACIÓN alega en cuanto al tercer requisito que no existe una causa jurídica que justifique la transferencia patrimonial, pero aun así ha existido un beneficio o enriquecimiento en favor del MINISTERIO y en perjuicio o empobrecimiento del DEMANDANTE, por lo que se le debe pagar por ello.
34. En relación a que el enriquecimiento sin causa es materia arbitrable, el DEMANDANTE señala que se remite a la cláusula vigésimo tercera cuarto párrafo del Contrato, según la cual "En caso no haya acuerdo para la Conciliación, las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato será resuelta mediante arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley y su Reglamento de Contrataciones del Estado". Y, de aquello, prosigue, concordante con lo establecido en el artículo 52 de la LEY, asegura si estarse frente a una materia arbitrable.

Respecto a la segunda pretensión principal

35. El DEMANDANTE indica que mediante la Resolución Jefatural N°3076-2012-ED se declaró improcedente su solicitud de Ampliación de Plazo Parcial N° 03 por las mismas razones de la improcedencia del Adicional N°01.
36. La CORPORACIÓN manifiesta que, sin perjuicio de lo señalado respecto a la validez de los trabajos adicionales con carácter de emergencia ejecutados, a pedido de la Supervisión y en beneficio del DEMANDADO; a través del asiento 106 del Cuaderno de Obra (18 de agosto de 2012) el residente invocó el incidente de la filtración de aguas subterráneas y trabajos de bombeo adicional, que dio apertura a la causal del evento, siendo su plazo de veintiún (21) días (hasta el 7 de septiembre de 2012), por el bombeo constante que afectó la ruta crítica.

El SOPORTE IDEAL PARA SU ARBITRAJE

37. El DEMANDANTE sostiene que, según lo dispuesto en el artículo 175 inciso1) del REGLAMENTO, procede la ampliación de plazo cuando se apruebe el adicional siempre y cuando afecte el plazo, tal y como ocurrió en el presente caso en el que se ordenaron los adicionales que debieron ser reconocidos posteriormente por el DEMANDADO, tratándose de adicionales con carácter de emergencia, y cuya ejecución afectó la ruta crítica. Por lo que, estando dentro del supuesto establecido por la norma, debió aprobarse la ampliación de plazo solicitada. A decir del DEMANDANTE, lo contrario no solo implicaría su perjuicio con los trabajos adicionales que el MINISTERIO pretende no reconocer ni pagar, sino también con el plazo utilizado para realizar dichos trabajos adicionales que afectó la ruta crítica.

Respecto a la tercera pretensión principal

38. La CORPORACIÓN señala que, con la anotación N° 178 en el Cuaderno de Obra del 29 de septiembre de 2012 se informó la paralización de las partidas Puente de Primaria y Cámara Pluvial que fueron afectadas por el incremento del nivel freático. Acusa que ello se debió a no poder continuar con los trabajos sobre áreas inundadas asumiendo costos adicionales por los trabajos mencionados si no que el DEMANDADO se pronunciara al respecto. Asimismo, menciona el DEMANDANTE que también son prueba del tiempo que duró la paralización los asientos 183, 192, 193, 197, 201, 211, 213.

39. El DEMANDANTE manifiesta además, que con el Oficio N° 7609-2012-MINEDU/VMGI-OINFE, se le alcanzó la Resolución Jefatural N°3076-2012-ED —la cual se pronuncia sobre su pedido de adicional— notificado el 23 de octubre de 2012 en obra, a través de la Supervisión. Es decir, más de un mes después de presentada su solicitud de adicional de obra N°01, en contravención del procedimiento y plazos establecidos en el artículo 207 del REGLAMENTO.

40. El DEMANDANTE expresa igualmente, que la paralización de los trabajos, debido a la demora administrativa en la notificación de la resolución aludida, causó un desfase en la ejecución de los trabajos programados, afectándose directamente la ruta crítica del cronograma de avance de obra. Refiere que fue

El soporte ideal para su arbitraje

necesario "recuperar el tiempo perdido" por la paralización de los trabajos en el puente de primaria y cámara pluvial, por lo que el 25 de octubre de 2012 presentó la solicitud de Ampliación de Plazo N° 04 al Supervisor de Obra, sustentándose en el artículo 175 inciso 3) del REGLAMENTO concordante con lo establecido en el artículo 200 inciso 1) del REGLAMENTO, dentro de cuyos supuestos, se sustentó la solicitud de Ampliación de Plazo N° 04 que presentó, cumpliendo lo estipulado en el artículo 201 del REGLAMENTO.

41. El DEMANDANTE asegura que pese a cumplir con los requisitos legales, el MINISTERIO le denegó "de manera injustificada" la solicitud de ampliación de plazo N° 04, mediante la Resolución Jefatural N°3521-2012-ED declarándose improcedente la misma. Al respecto, la CORPORACIÓN sostiene que la misma carece de fundamentos legales y fácticos, como de motivación y cuenta con contradicciones. Refiere así, por ejemplo, que en el considerando noveno de dicha resolución se hace referencia a dos informes del Coordinador de Obra, los cuales son totalmente falsos y alejados de la realidad, pues en los mencionados informes se expresa opinión sobre la ampliación de plazo N° 04: afirma que la Resolución 3076-2012 –la cual se pronuncia sobre el pedido de adicional de obra N° 01– fue notificada dentro del plazo de ley, no existiendo así causal para la ampliación N° 04 solicitada. Sin embargo, el DEMANDANTE reitera que la Resolución 3076-2012 no le fue notificada en el plazo de ley, sino recién el 23 de octubre de 2012, a través del Supervisor. De ese modo, la CORPORACIÓN afirma que, al no haber sido notificada dentro del plazo de ley, si existió causal de ampliación de plazo.

42. Asimismo, la CORPORACIÓN señala que, en el considerando noveno de la resolución antes mencionada, se apunta que la causal invocada no afectó la ruta crítica del cronograma de ejecución de obra vigente puesto que las partidas concernientes al movimiento de tierras fueron ejecutadas en su totalidad (100%) y que así fue indicado por el DEMANDANTE y la supervisión en la Valorización N° 03 del mes de agosto. Sobre este particular, la CORPORACIÓN asegura que ello es "totalmente alejado de la realidad y extraño del verdadero contexto" pues si se valorizó en su totalidad las partidas mencionadas en la valorización del mes de agosto, ello ocurrió por haberse ejecutado mayores

El soporte ideal para su arbitraje

metrados a lo plasmado en el Expediente Técnico. Por tal razón, para el DEMANDANTE, resultaba lógico tener que valorizar la partida hasta el tope que indica el expediente sin que ello significara que ya se había ejecutado en la realidad el 100% de dichos trabajos, pues los mismos aún se encontraban paralizados e inconclusos, y que todo ello se debía a las diferencias encontradas entre el campo y lo plasmado en el Expediente Técnico. Por lo que, a precisión del DEMANDANTE, en este extremo existe también un error por parte del DEMANDADO, siendo insuficiente el fundamento para denegar su pedido de Ampliación de Plazo N°04, concluyendo que se le debe reconocer el pedido de Ampliación de Plazo N° 04 por el plazo de veinticuatro (24) días calendario.

Respecto a la pretensión accesoria

43. El DEMANDANTE manifiesta que, ante el proceder del MINISTERIO, que califica de arbitrio e injustificado, el cual le obligó a iniciar el presente proceso; los árbitros se deben de pronunciar en el laudo sobre los gastos del arbitraje, lo que incluye, pero no se limita a los costos y costas, máxime si no existe pacto alguno sobre dichos aspectos, por lo que su condena debe de emitirse en el laudo respectivo, teniendo en consideración el resultado o sentido del mismo.

III.3 Fundamentos de derecho

44. El DEMANDANTE ampara sus fundamentos en lo dispuesto en la LEY y su REGLAMENTO, así como en los dispositivos del Código Civil que resulten aplicables.

IV. De la ampliación de la demanda arbitral presentada por la CORPORACIÓN

45. Mediante la Resolución N° 5, el Tribunal Arbitral admitió el pedido de ampliación de la demanda arbitral, efectuada por el DEMANDANTE mediante su escrito N° 4 del 18 de julio de 2013, considerando las siguientes pretensiones:

El soporte IDEAL PARA SU ARBITRAJE

IV.1 Pretensiones

Pretensión accesoria a la segunda pretensión principal. - Se ordene el reconocimiento y pago por parte del MINISTERIO de los mayores gastos generales derivados de la Ampliación de Plazo N° 03 por veintiún (21) días calendario en tanto ésta sea reconocida.

Pretensión accesoria a la tercera pretensión principal. - Se ordene el reconocimiento y pago por parte del MINISTERIO de los mayores gastos generales derivados de la Ampliación de Plazo N° 04 por veinticuatro días calendario en tanto ésta sea reconocida.

IV.2 Fundamentos de hecho

46. La CORPORACIÓN indica que, de reconocerse su segunda pretensión principal, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 202 del REGLAMENTO, le asiste el derecho a cobrar los mayores gastos generales derivados de la Ampliación de Plazo N° 03 por veintiún (21) días calendario, por lo que de manera accesoria lo solicita.
47. Así también el DEMANDANTE señala que, de reconocerse la tercera pretensión principal, (el reconocimiento de la Ampliación de Plazo N° 04), de acuerdo a lo prescrito por el artículo 202 del REGLAMENTO, le asiste el derecho a cobrar los mayores gastos generales derivados de la Ampliación de Plazo N° 04 por veinticuatro (24) días calendario, por lo que lo solicita de manera accesoria.
48. La CORPORACIÓN añade que dichos gastos generales, de acuerdo a lo establecido en el artículo 204 del REGLAMENTO, serán valorizados oportunamente y tramitados de acuerdo al procedimiento señalado en la mencionada norma.

IV.3 Fundamentos de derecho.

49. El DEMANDANTE considera que, de acuerdo a lo expuesto y en atención a lo reconocido por la LEY y su REGLAMENTO, corresponde que se amparen sus pretensiones.

El SOPORTE IDEAL PARA SU ARBITRAJE

V. De la demanda acumulada presentada por la CORPORACIÓN

50. Mediante la Resolución N° 2, el Tribunal Arbitral admitió la acumulación de pretensiones formulada por el DEMANDANTE con su escrito de fecha 14 de junio de 2013. Asimismo, se le otorgó un plazo de veinte (20) días hábiles, para que presente los fundamentos que amparan su demanda acumulada.
51. En ese sentido, el día 18 de julio de 2013, la CORPORACIÓN remitió el escrito N° 05, ampliando sus pretensiones y presentando los fundamentos de hecho que las amparan:

V.1 Pretensiones

Cuarta pretensión principal. - Se declare la inefficacia de la Resolución Jefatural N°1176-2013-ED en el extremo que aprueba la Ampliación de Plazo N° 09 por 40 días calendario y no por los 100 días calendario solicitados por el DEMANDANTE; y, consecuentemente se tenga por aceptada la solicitud de la CORPORACIÓN de Ampliación de Plazo N° 09 por el plazo de cien días calendario.

Pretensión accesoria a la cuarta pretensión principal. - Se ordene el reconocimiento y pago por parte del MINISTERIO de los mayores gastos generales derivados de la Ampliación de Plazo N° 09 por cien días calendario en tanto ésta sea reconocida.

V.2 Fundamentos de hecho

52. El DEMANDANTE refiere que durante la ejecución de la obra se encontraron observaciones relacionadas con la pista atlética. Por cuya razón, el 30 de septiembre de 2012 formalizó la consulta en el Cuaderno de Obra con múltiples reiteraciones posteriores. Dicha consulta se absolió según señala la CORPORACIÓN, el 20 de diciembre de 2012, cómo se aprecia del asiento N° 321 del Supervisor, mediante el cual se dio cuenta de la recepción del informe de

El SOPORTE IDEAL PARA SU ARBITRAJE

absolución de consulta que autorizó y aprobó la propuesta para solucionar el acolchonamiento de la pista atlética.

53. La CORPORACIÓN manifiesta que, el 10 de enero de 2013, entregó al Supervisor la Carta 002-2013 a través de la cual sustentó el Adicional de Obra N° 02 por cambio de los planos de la pista atlética, y que con fecha 12 de enero de 2013 se pronunció sobre la necesidad de aprobar el adicional para proceder a ejecutar las partidas correspondientes y que por lo tanto, será causal de ampliación de plazo el periodo contado desde la absolución de la consulta hasta la aprobación del adicional, sin perjuicio de la ampliación de plazo para la ejecución del adicional. Añade el DEMANDANTE que se reiteró la necesidad de aprobar el adicional, y que la demora afectó la ruta crítica. Sostiene además, que el 30 de enero de 2013 el MINISTERIO le hizo entrega del Expediente Técnico del Adicional N° 02 aprobado; y en la misma fecha asegura haber hecho entrega del presupuesto del referido adicional.
54. El DEMANDANTE indica que, ante la demora por parte del MINISTERIO en la aprobación del Adicional N° 02, mediante asientos formulados por el residente se insistió que se seguía esperando el pronunciamiento del DEMANDADO. Es así que finalmente, a través de la Resolución Ministerial N°0111-2013-ED, que se notificó al DEMANDANTE el 13 de marzo de 2013, el MINISTERIO aprobó el Adicional de Obra N° 02 por modificación del expediente técnico por presencia de acolchonamiento del terreno en parte de la zona a ejecutar la pista atlética.
55. La CORPORACIÓN señala además, que frente al Adicional N° 02 aprobado por el DEMANDADO, y toda vez que resultaba necesario un plazo extra para la ejecución del mismo, así como de otras partidas posteriores relacionadas con la pista atlética (que no podían ejecutarse hasta que se aprobara y ejecutara el adicional por proceso constructivo), es que dejó constancia de la necesidad y causales de la ampliación mediante sus respectivos asientos del Cuaderno de Obra, requiriendo formalmente la Ampliación de Plazo N° 09 por cien (100) días calendario, mediante la Carta N°020-2013-CCTM (27 de marzo de 2013). Precisa que del el plazo solicitado, veinticinco (25) días corresponden a la ejecución del Adicional N° 02 y noventa (90) por la ejecución de las partidas sucesoras

El soporte ideal para su arbitraje

Onir

relacionadas con la pista atlética, y que no pudieron ser ejecutadas hasta la aprobación y ejecución del adicional.

56. Como ha sido señalado, el plazo solicitado en la Ampliación N° 09 consiste básicamente en 25 días para ejecución del Adicional N° 02 propiamente dicho y 90 días por ejecución de las partidas posteriores, consistente en movimiento de tierra (tratamiento de la subrasante y base de afirmado), las obras civiles, el tiempo de curado de 30 días y la instalación propiamente dicha de la pista, lo que hace un total de 115 días calendario a lo que se descuenta los 15 días de plazo entre la fecha de notificación de la aprobación del adicional de obra (13 de marzo de 2013) y el vencimiento del plazo contractual actual (28 de marzo de 2013), resultando que el plazo de la Ampliación de Plazo N°09 corresponde a 100 días calendario, debidamente sustentados.
57. La CORPORACIÓN menciona que, sin embargo, el MINISTERIO en una decisión "absurda y sin sustento fáctico y técnico", el día 11 de abril de 2013, emitió la Resolución Jefatural N°1176-2013-ED mediante la cual se declaró procedente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 09, pero únicamente por cuarenta (40) días calendario. El DEMANDANTE refiere que dicho plazo es mucho menor al que solicitó y le perjudicó, pues le resultaba imposible ejecutar el adicional aprobado más las partidas posteriores relacionadas con la pista atlética en el plazo autorizado por el DEMANDADO. En ese sentido, el DEMANDANTE anota que incurrió en retrasos y penalidades injustos ante el proceder del MINISTERIO, viéndose afectada consecuentemente la ejecución de la obra.
58. El DEMANDANTE señala además, que el plazo de 100 días calendarios solicitados corresponde al plazo más ajustado posible para la ejecución del Adicional de Obra N° 02 y para la ejecución de las partidas relacionadas a la pista atlética que no se han podido ejecutar hasta la aprobación y ejecución del Adicional N° 02. Así, en cuanto a la ejecución del Adicional N° 02 por acolchonamiento de la pista atlética, este corresponde a 25 días de ejecución, según "Cronograma del Expediente del Adicional de Obra"; y, en cuanto a las partidas de ejecución posterior al adicional se requieren 90 días calendario según se puede apreciar del "Cronograma de partidas que no se pueden ejecutar hasta después del

El SOporte IDEAL PARA SU ARBITRAJE

Mir

adicional de obra N° 02" y "Tiempos de Programación" de partidas posteriores, por procedimiento constructivo y curado de la segunda capa BINDER, que es el plazo más ajustado posible al contemplarse movimiento de tierras, las obras civiles, el tiempo de curado y la instalación propiamente dicha.

59. La CORPORACIÓN sostiene, que el DEMANDADO no ha considerado su propia experiencia en la ejecución de este tipo de trabajos en el que la instalación de la pista atlética tiene un plazo normal de ejecución de 90 días calendario. Sin embargo, según el DEMANDANTE el plazo más ajustado que previó fue de 45 días, a lo cual sumó 30 días de curado y 17 días para la instalación del sintético y demarcación de las líneas, con lo que se obtuvo un plazo ajustado de 92 días calendario, y aun así en su cronograma previó 90 días calendario, era imposible de acortar más el plazo.
60. El DEMANDANTE menciona que, pese a lo descrito, y al perjuicio que se le ocasionaba, el MINISTERIO aprobó con su resolución un plazo de solo 40 días calendario, correspondiente a 25 días por el adicional de obra y a 30 días para la ejecución de las partidas posteriores relacionadas con la pista atlética (lo que hacia un total de 55 días a los cuales se descontó 15 días por diferencia entre la fecha de término contractual y notificación del adicional N° 02). Así, a decir de la CORPORACIÓN ello resulta absurdo, toda vez que tan solo para el curado se requieren 30 días, quedando por tanto en el aire el plazo de las partidas como movimientos de tierra, obras civiles e instalación del sintético con demarcación de líneas. El DEMANDANTE subraya que ello le es perjudicial pues resulta imposible ejecutar el adicional más las partidas posteriores relacionadas con la pista atlética en el plazo "absurdo" autorizado por el DEMANDADO y, que, en ese sentido, se iba a incurrir en retrasos y penalidades injustos.
61. La CORPORACIÓN asegura haber cumplido con tramitar, solicitar, cuantificar y sobre todo sustentar la Ampliación de Plazo N° 09 por los 100 días calendario, de acuerdo a lo establecido en los artículos 200 y 201 del REGLAMENTO, siendo más bien el MINISTERIO quien no sustentó adecuadamente la resolución cuestionada, pues se debió consultar con los inspectores de pistas atléticas del mismo MINISTERIO, dada la experiencia con la que ya cuentan en este tipo de trabajos.

El soporte ideal para su arbitraje

con la finalidad de determinar adecuadamente el plazo necesario. Finalmente, la CORPORACIÓN precisa que el plazo adicional solicitado es necesario para la culminación de la Obra en la medida que se afectó la ruta crítica, de acuerdo a la condición establecida en la parte final del artículo 201 del REGLAMENTO, por lo que su solicitud de ampliación de plazo por 100 días calendario cuenta con el debido sustento técnico y legal.

62. El DEMANDANTE refiere que, de reconocerse la cuarta pretensión principal, conforme al artículo 202 del REGLAMENTO, le asiste el derecho a cobrar los mayores gastos generales derivados de la Ampliación de Plazo N° 09 por 100 días calendario.
63. La CORPORACIÓN agrega que dichos gastos generales, de acuerdo a lo establecido por el artículo 204 del REGLAMENTO, serán valorizados oportunamente y tramitados de acuerdo al procedimiento señalado en la mencionada norma.

V. 3 Fundamentos de hecho

64. El DEMANDANTE ampara su posición en lo dispuesto por la LEY y su REGLAMENTO.

VI. De la demanda acumulada presentada por la CORPORACIÓN

65. Mediante la Resolución N° 12, el Tribunal Arbitral admitió la acumulación de pretensiones formulada por el DEMANDANTE con su escrito de fecha 24 de marzo de 2014. Asimismo, le otorgó un plazo de veinte (20) días hábiles, para que esta parte presente los fundamentos que amparan su demanda acumulada.
66. En ese sentido, el día 9 de mayo de 2014, la CORPORACIÓN remitió el escrito N° 09, ampliando sus pretensiones y presentando los fundamentos de hecho que la amparan:

VI. 1 Pretensiones

Quinta pretensión principal.- Se reconozcan los trabajos en calidad de adicionales con carácter de emergencia, en beneficio y a pedido del
El soporte ideal para su arbitraje

MINISTERIO, ascendentes a la suma de S/. 221,942.32 (Doscientos veintiún mil novecientos cuarenta y dos con 32/100 Soles) por mantenimiento de áreas verdes.

Pretensión alternativa a la quinta pretensión principal. - Se ordene que el MINISTERIO cancele al DEMANDANTE la suma de S/. 221,942.32 (Doscientos veintiún mil novecientos cuarenta y dos con 32/100 Soles) por enriquecimiento sin causa, correspondiente a trabajos ejecutados en su beneficio, por mantenimiento de áreas verdes.

VI.2. Fundamentos de hecho

67. El DEMANDANTE, señala que durante la ejecución de la obra se han aprobado hasta 18 ampliaciones de plazo, lo que habría generado la necesidad de realizar el mantenimiento de las áreas verdes con la finalidad de evitar la muerte prematura del grass ya sembrado y tener que volver a sembrarlo posteriormente generando un mayor gasto para el DEMANDADO, manifiesta igualmente que la Supervisión le ordenó realizar dichos trabajos en calidad de adicionales de emergencia.
68. Sobre la base de lo antes señalado, la CORPORACIÓN precisa que presentó su solicitud de Adicional de Obra N° 05 por el monto de S/ 221,942.32 (Doscientos veintiún mil novecientos cuarenta y dos y 32/100 Soles), frente a lo cual, mediante la Resolución Jefatural N° 0012-2014-MINEDU/VMGI-OINFE, se declaró improcedente dicha solicitud.
69. La CORPORACIÓN asegura que el Supervisor manifestó que el mantenimiento de las áreas verdes era absolutamente necesario; que, además, en su Informe N° 047-2013, presentó el presupuesto adicional al MINISTERIO, atribuyendo carácter de emergencia a los trabajos adicionales. Así, concluye que ejecutó los mismos en cumplimiento del artículo 207 del REGLAMENTO, y siguiendo lo ordenado por el Supervisor.

El soporte ideal para su arbitraje

R

70. El DEMANDANTE señala asimismo, que lo antes expuesto se encuentra sustentado a lo largo de diversos asientos del Cuaderno de Obra. Sin embargo, el DEMANDADO deniega su pedido justificándose en que los trabajos han sido ejecutados sin contar con la previa certificación presupuestal y autorización del titular de su representada.
71. La CORPORACIÓN expresa que, en el supuesto negado que los trabajos adicionales con carácter de emergencia no sean considerados como tales, pese a haberse acreditado su condición y estar previstos a la norma, el MINISTERIO debe pagarse la suma de S/ 221,942.32 (Doscientos veintiún mil novecientos cuarenta y dos y 32/100 Soles), por enriquecimiento sin causa, en razón a que dichos trabajos se efectuaron en beneficio y a favor del DEMANDADO.

VI. 3 Fundamentos de derecho

72. El DEMANDANTE ampara su fundamento, de acuerdo a lo expuesto y en atención a lo reconocido por la LEY y su REGLAMENTO.

VII. DE LA OPOSICIÓN Y LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA ARBITRAL

73. A través del escrito presentado por el MINISTERIO el día 2 de julio del año 2013, dicha parte cumplió con contestar la demanda y formuló oposición al arbitraje, en los términos que se expondrán en los numerales siguientes.

VII.1 Fundamentos de la oposición

74. El DEMANDADO procedió a formular oposición, solicitando que se resuelva la misma como defensa previa, en virtud a los siguientes fundamentos que expuso:

En relación a la primera, segunda y tercera pretensión principal

75. Respecto a la primera pretensión principal, el DEMANDADO manifiesta que la misma se plantea en atención a lo dispuesto por su representada con la

El soporte ideal para su arbitraje

Resolución Jefatural N° 3076-2012-ED, notificada al DEMANDANTE con el Oficio 7609-2012-MINEDU/VMGI-OINFE.

76. El MINISTERIO sostiene que en el quinto párrafo del artículo 41 de la LEY se dispone que la decisión de la entidad de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a arbitraje.
77. Asimismo, el DEMANDADO manifiesta que en la cláusula décima tercera del CONTRATO señala que la "procedencia, autorización y ejecución de prestaciones adicionales se ceñirán a lo dispuesto por el artículo 41 de la Ley, 207 y 208 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Asimismo, se tendrá en cuenta la Directiva N° 002-2010-CG/OEA, 'Control Previo Extento de las Prestaciones Adicionales de Obra', aprobada por Resolución de Contraloría N° 196-2010-CG."
78. Sostiene el MINISTERIO que, no obstante, la CORPORACIÓN pretende que, a través de un pedido de "reconocimiento de trabajos ejecutados en calidad de adicionales con carácter de emergencia", se modifique lo ya decidido por el MINISTERIO con la Resolución Jefatural N° 3076-2012-ED, lo cual reitera es materia no arbitrable.
79. En torno a la segunda pretensión presentada por la CORPORACIÓN, el DEMANDADO señala que ésta pretende que se le conceda la Ampliación de Plazo Parcial N° 3, en la cual se señala como causal la aprobación del adicional, invocando erradamente el artículo 175 del REGLAMENTO referido a los contratos de bienes y servicio y no a los contratos de obra.
80. Asimismo, el DEMANDADO acota que con la tercera pretensión principal el DEMANDANTE pretende que se le conceda la Ampliación de Plazo N° 4 por una supuesta demora en la emisión de la Resolución Jefatural N° 3076-2012-ED. Sin embargo, el MINISTERIO afirma que lo que en realidad pretende la CORPORACIÓN es que se deje sin efecto la decisión tomada por el MINISTERIO en la Resolución Jefatural N° 3076-2012-ED, respecto al Adicional de Obra N°1, lo cual no es materia arbitrable.

El SOporte IDEAL PARA SU ARBITRAJE

81. En ese sentido es que, para el DEMANDADO el Tribunal Arbitral deberá declarar fundada su oposición al arbitraje, archivándose consecuentemente el presente proceso.

En relación a la pretensión alternativa a la primera pretensión principal

82. Sobre este particular, el MINISTERIO sostiene que conforme a lo precisado en el artículo 52 de la Ley, se determinó —"imperativamente y con carácter excluyente"—, que solo las controversias relacionadas con la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato debían ser resueltas vía proceso arbitral.
83. En tal sentido, el DEMANDADO interpreta que las pretensiones que no estén dentro del enunciado imperativo aludido, pueden someterse a arbitraje siempre y cuando ello se hubiere establecido expresamente en el convenio arbitral suscrito por las partes; lo cual representa el otro "límite" a la "posibilidad" otorgada por la LEY.
84. A su vez, el MINISTERIO señala que, según el artículo 13 de la LEY, se establece el contenido del convenio arbitral; esto es, se define el ámbito a través del cual se determina con precisión si las controversias no relacionadas con la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, ni con la nulidad o invalidez del CONTRATO, se resolverán o no por la vía del arbitraje..
85. El DEMANDADO menciona que, la CORPORACIÓN solicita el pago de S/. 113,837.49 (Ciento trece mil ochocientos treinta y siete y 49/100 Soles) por enriquecimiento sin causa, sin tomar en cuenta lo dispuesto en los artículos 1954 y 1955 del Código Civil. Refiere, además, que el enriquecimiento sin causa es una fuente de obligaciones distinta de los contratos y de los delitos, y da origen a la obligación de restituir ("si bien nuestra legislación habla de 'indemnizar'") en la misma medida de lo obtenido de manera ilegítima (sin causa).
86. El MINISTERIO manifiesta además, que el enriquecimiento sin causa pertenece a la categoría de los hechos jurídicos y, más precisamente, a la de los hechos que

El soporte ideal para su arbitraje

son fuente de obligaciones. Siendo así, la obligación a cargo del que se ha enriquecido no proviene de acto ejecutado por éste de manera consciente, con la intención deliberada de contraer una obligación. Resalta el DEMANDADO que, aunque el enriquecimiento proviniera de un hecho voluntario del destinatario de la acción restitutoria, como el hecho de haber recibido el pago de lo que no se adeudaba, mal podría decirse que, por la sola circunstancia de hacerlo, aquél haya tenido la intención de obligarse a restituir.

87. El DEMANDADO sostiene también, que el enriquecimiento sin causa es una fuente autónoma de las obligaciones que no tiene vinculación alguna con las prestaciones comprometidas por el deudor en virtud de un contrato, por lo que su incorporación como materia sujeta a arbitraje debió ser determinada expresamente por las partes en el convenio arbitral suscrito.
88. Es así como el MINISTERIO, resalta que, la Corte Suprema de la República, en la Sentencia CAS N° 5114-2009-LIMA (4 de mayo de 2011), declaró infundado el recurso de casación interpuesto por un contratista contra el fallo de la Primera Sala Subespecializada Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, que decretó la anulación de un laudo arbitral, atendiendo a que los árbitros desestimaron la excepción de falta de competencia interpuesta por la parte demandada.
89. El DEMANDADO, además, agrega que la Sala de la Corte Suprema al emitir la Sentencia de Casación N° 500-2007 (13 de junio de 2007) precisó lo siguiente:

[...] en primer lugar, que el convenio arbitral acordado por las partes no prevé la posibilidad que [...] se discutiera el pago de una suma de dinero sustentándola en la existencia de un enriquecimiento sin causa, ya que de aquél [...] se colige que las materias que podrían someterse a arbitraje son las relacionadas directamente con el Contrato, por lo que siendo el enriquecimiento sin causa una fuente de obligaciones distinta al Contrato que unió a las partes no se encontraba inmersa [...] dentro del Convenio Arbitral celebrado.

90. Por tanto, para el DEMANDADO la vía idónea para demandar el enriquecimiento sin causa en materia de contrataciones públicas es la sede judicial, y no arbitral, al no ser materia arbitrable.

El SOPORTE IDEAL PARA SU ARBITRAJE

91. El MINISTERIO sostiene que, la CORPORACIÓN también requiere con la pretensión alternativa a la primera pretensión principal que se deje sin efecto la Resolución Jefatural N° 3076-2012-ED, que declaró improcedente la solicitud de Adicional de Obra N° 1 y la Ampliación de Plazo N° 3, lo cual no es materia arbitrable. Añade el DEMANDADO que, como se desprende de la lectura de los fundamentos de las pretensiones mencionadas se busca que el MINISTERIO le reconozca 21 días de bombeo de agua subterránea durante 24 horas en un área de 630.80 m².
92. En atención a lo expuesto y en virtud a lo regulado en el artículo 41 de la LEY, el DEMANDADO solicitó al Tribunal Arbitral que declare fundada la oposición presentada.

VII.2 Fundamentos de la contestación de la demanda

93. El DEMANDADO, dentro del plazo establecido, procedió a contestar la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, solicitando que las pretensiones presentadas sean declaradas improcedentes o infundadas, en virtud a los siguientes fundamentos:

Respecto al reconocimiento de trabajos ejecutados en calidad de adicionales con carácter de emergencia

94. El MINISTERIO indica que el DEMANDANTE pretende que en el presente proceso se le reconozca trabajos ejecutados en calidad de adicionales con carácter de emergencia, ascendente a la suma de S/. 113.837.49 (Ciento trece mil ochocientos treinta y siete y 49/100 Soles), los cuales según refiere, corresponden a 21 días de bombeo durante las 24 horas en un área de terreno de 630.80 m².
95. De lo antes mencionado, el DEMANDADO señala que durante la ejecución de la obra, el ingeniero Luis Gustavo Humbero Heysen Arévalo (residente de la obra), mediante la Carta N° 913-2012-RQ-TM, recibida por el Supervisor el 14 de septiembre de 2012, solicitó la aprobación del Adicional de Obra N°1 denominado "Bombeo de Aguas Subterráneas de la Zona de Primaria", así

El soporte ideal para su arbitraje

como la Ampliación de Plazo N° 03, en virtud del bombeo de agua subterránea de la zona de primaria durante 21 días calendario, al considerarla una partida no incluida en el Expediente Técnico de Obra. El monto del Adicional de Obra N° 01 solicitado es de S/. 113,837.49 (Ciento trece mil ochocientos treinta y siete y 49/100 Soles), que representaría el 0.88% del monto contractual.

96. A su vez, el MINISTERIO menciona que, con el Informe N° 013-2012-GYMSAC (21 de septiembre de 2012), el Supervisor recomendó aprobar el Adicional de Obra N° 01, presentado por la CORPORACIÓN, respecto al bombeo de agua de manera constante durante 24 horas al día por 21 días calendario, debido a las inundaciones provocadas por aguas subterráneas salinas, lo cual no fue considerado dentro del presupuesto como partida de bombeo o similar. En virtud de ello, se recomendó declarar procedente la solicitud de Adicional de Obra.
97. En ese orden de ideas, el DEMANDADO refiere que con el Informe N° 095-2012-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-COVG (26 de septiembre de 2012), el coordinador de obra señaló que el Adicional de Obra N° 01 debía declararse improcedente debido a que: i) ya había sido ejecutado, en contravención de lo dispuesto en el artículo 207 del REGLAMENTO, el cual establece que "sólo procederá la ejecución de obras adicionales cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestario y la resolución del Titular de la Entidad y en los casos en que sus montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, sean iguales o no superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original [...]" . ii) la Cláusula Cuarta del CONTRATO establece que "el contratista declara haber inspeccionado el lugar de la Obra y revisado el proyecto, por lo que renuncia expresamente a cualquier reclamo posterior por diferencia en los metrados o cualquier omisión en su propuesta", por lo que no se podría solicitar un adicional de obra por un hecho que debió tenerse en cuenta en su propuesta; y, iii) en el expediente técnico existe la partida "01.04.04 VARIOS", que comprende a la partida "Drenaje de Agua Subterráneas en Zanjas", motivo por el cual el DEMANDANTE tenía pleno conocimiento de la existencia de aguas subterráneas, habiendo trabajado de igual manera en los demás tramos de la obra.

El SOPORTE IDEAL PARA SU ARBITRAJE

98. De lo referido, el MINISTERIO manifiesta que, conforme a las normas especiales de contrataciones del estado, emitió la Resolución Jefatural N° 3076-2012-ED (28 de septiembre de 2012), notificada al DEMANDANTE el mismo día con el Oficio 7609-2012-MINEDU/VMGI-OINFE, a través de la cual se resolvió declarar IMPROCEDENTE la solicitud de aprobación de Adicional de Obra N° 01.
99. El MINISTERIO aduce que lo que pretende el DEMANDANTE es controvertir una decisión del DEMANDADO sobre un adicional de obra, lo cual no es materia arbitrable, pues de conformidad a lo dispuesto en el quinto párrafo del artículo 41 de la LEY se establece que la decisión de la entidad de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales no puede ser sometida a arbitraje.
100. Agregando a lo anterior, el DEMANDADO sostiene que la Cláusula Décima Tercera del CONTRATO se establece que la procedencia, autorización y ejecución de prestaciones adicionales se ceñirán a lo dispuesto por los artículos 41 de la LEY y a los artículos 207 y 208 del REGLAMENTO.
101. Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 207 del REGLAMENTO, el MINISTERIO es el único que puede autorizar la ejecución de prestaciones adicionales, mediante resolución del titular o comunicación escrita, no siendo válido ninguno de los argumentos del DEMANDANTE. Además, señala el DEMANDADO que la propia CORPORACIÓN reconoce que no ejecutó los trabajos adicionales por disposición del MINISTERIO.
102. El DEMANDADO menciona además que, se debe considerar la Opinión N° 119-2012/DTN del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado- OSCE, de carácter vinculante de acuerdo al comunicado N° 014-2012-OSCE/PRE, en el cual se concluye lo siguiente:

[...] no es posible la aprobación de prestaciones adicionales de obra con posterioridad a su ejecución, toda vez que la normativa de contrataciones del Estado establece que la aprobación previa del Titular de la Entidad es una condición necesaria para la ejecución de las referidas prestaciones, así como la observancia del procedimiento y plazos previstos en el artículo 207 del Reglamento. Lo contrario, la aprobación de la ejecución de prestaciones adicionales en 'vía de regularización', implicaría contravenir las disposiciones de dicha normativa.

El soporte ideal para su arbitraje

R

103. El MINISTERIO refiere que quien solicitó el adicional de obra fue el residente de obra y no el representante legal del DEMANDANTE, con lo cual también se trasgredió lo dispuesto en el artículo 207 del Reglamento. Por lo que el DEMANDADO solicita que se declare improcedente la primera pretensión principal demandada.
104. Asimismo, el MINISTERIO manifiesta que, respecto a lo expuesto en los fundamentos de hecho de la demanda, la evacuación de las aguas subterráneas no generaron una situación de emergencia, pues la deficiente planificación del proceso constructivo en la ejecución de la obra ocasionó que solo en esa zona tengan dificultades, ya que en la zona de construcción de la piscina (alejada a la zona en conflicto) la excavación resultaba más amplia y profunda que la zona de primaria, no habiendo comunicado el DEMANDANTE inconvenientes con las aguas subterráneas. Es así que, para el DEMANDADO, es indudable que, si la zona está cerca de la zona de sembríos de arroz, era previsible que dicho sembrío se inunde de agua y que éstas pudieran ocasionar un aumento de la napa freática, por lo que no podría ser un caso fortuito el aumento de nivel freático.
105. Respecto a los asientos del Cuaderno de Obra, el DEMANDADO sostiene que lo que el Supervisor hacía era controlar la ejecución de la obra conforme al contrato suscrito, pues no tiene facultad para modificarlo.
106. Por último, indica el MINISTERIO que el DEMANDANTE no podría haber supuesto que el DEMANDADO había autorizado la ejecución de obras adicionales, pues no desconoce lo dispuesto en el artículo 207 del REGLAMENTO.

Respecto al supuesto enriquecimiento sin causa

107. Al respecto el MINISTERIO señala que, el artículo 52 de la LEY dispone que las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la
- El soporte ideal para su arbitraje

fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente.

108. El DEMANDADO menciona que existe un límite legal en cuya virtud se determinó, imperativamente y con carácter excluyente, que sólo las controversias relacionadas con la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato debían ser resueltas vía proceso arbitral.
109. Agrega el MINISTERIO, que el artículo 13 de la LEY DE ARBITRAJE establece que "el convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza." Sin embargo, el DEMANDANTE solicita el pago de S/. 113,837.49 (Ciento trece mil ochocientos treinta y siete y 49/100 Soles) por enriquecimiento sin causa, sin tomar realmente en cuenta lo dispuesto en los artículos 1954 y 1955 del Código Civil.
110. En ese contexto el DEMANDADO refiere que la acción de enriquecimiento sin causa es, así entendida, como un remedio restitutorio, en virtud del cual aquel que se haya enriquecido sin justa causa en daño de otra persona es obligado, en los límites del enriquecimiento, a restituir a la contraparte por la correlativa disminución patrimonial.
111. Asimismo, reiteró el DEMANDADO las referencias a la sentencia CAS N° 5114-2009-LIMA de la Corte Suprema de la República como a la sentencia de casación N° 500-2007 de la Sala de la Corte Suprema, las cuales expuso en los fundamentos de su recurso de oposición.
112. Por tanto, para el MINISTERIO la vía idónea para demandar el enriquecimiento sin causa en materia de contrataciones públicas es la sede judicial y no la arbitral, pues no es una materia arbitrable.

113. El DEMANDADO añade que lo que pretende la CORPORACIÓN es que el Tribunal Arbitral resuelva la presente pretensión contraviniendo lo resuelto con la

El soporte ideal para su arbitraje

Resolución Jefatural N° 3076-2012-ED, que declaró improcedente la solicitud de Adicional de Obra N° 1, lo cual no es materia arbitrable.

114. Además, el MINISTERIO manifiesta que en la Cláusula Cuarta del CONTRATO se establece que "el Contratista declara haber inspeccionado el lugar de la obra y revisado el proyecto, por lo que renuncia expresamente a cualquier reclamo posterior por diferencia en los metrados o cualquier omisión en su propuesta". Por tanto, el DEMANDANTE tampoco tendría derecho a solicitar el pago de la suma de S/ 113.837.49 (Ciento trece mil ochocientos treinta y siete y 49/100 Soles). Ello por un hecho que él mismo debió tener en cuenta en su respectiva propuesta. Asimismo, el DEMANDADO reitera que en el expediente técnico existe la partida "01.04.01 VARIOS", que comprende a la partida "Drenaje de Aguas Subterráneas en Zanjas", teniendo el DEMANDANTE pleno conocimiento de la existencia de aguas subterráneas, habiendo trabajado de igual manera en los demás frentes de la obra, conforme se señala en el informe N° 095-2012-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-COVCO (26 de septiembre de 2012) del Coordinador de Obra.
115. Por tal razón, el DEMANDADO concluye que, en virtud a lo regulado en el artículo 41 de la LEY, el Tribunal Arbitral declare improcedente la pretensión alternativa a la primera pretensión principal.

Respecto a que se declare la ineficacia de la Resolución Jefatura N° 3076-2012-ED

116. Respecto a lo solicitado a través de esta pretensión del DEMANDANTE, el MINISTERIO sostiene que el artículo 200 del REGLAMENTO establece que "[...] el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por las siguientes causales, siempre que modifique la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente [...]"; debiendo tenerse en cuenta además lo dispuesto en el artículo 201 del REGLAMENTO.

117. Para el DEMANDADO, de la revisión de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 3, se observa que el residente de obra, quien no es el DEMANDANTE ni su representante legal, no sustentó la afectación de la ruta crítica del programa de ejecución de obra.

El soporte ideal para su arbitraje

R

ejecución de obra vigente; asimismo, agrega el MINISTERIO que, de acuerdo al Informe N° 095-2012-MINETU/VMGI-OINFE-USOM-COV, numeral 3.7.3 del subtítulo 3.8 "Análisis de la Coordinación de Obra", la obra presentaba un porcentaje acumulado de avance real actual del mes de agosto de 37.68%, respecto al programado acumulado de 21.26%, advirtiéndose que ésta se encontraba adelantada.

118. Así indica el MINISTERIO que, en atención a lo anterior y a lo señalado en el Informe N° 013-2012-GYMSAC del Supervisor, el Informe N° 095-2012-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-COV y el Informe N° 133-2012-MINEDU/VMGI-OINFE-CAAG; de conformidad a los procedimientos y plazos regulados por la norma especial, a través de la Resolución N° 3076-2012-ED de fecha 28 de septiembre de 2012; resolvió declarar improcedente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 3.
119. El DEMANDADO agrega igualmente que, siendo improcedente el Adicional de Obra N° 01, y siendo la causal de ampliación de plazo N° 3 sustentada en la aprobación de dicho adicional, a pesar de invocarse erróneamente el artículo 175 del REGLAMENTO —que se aplica en caso de adquisición de bienes y servicios mas no de obras como es el presente caso—, también resultaría improcedente la ampliación de plazo solicitada, pues la causal invocada no existe, ya que el Adicional de Obra N° 1 fue declarado improcedente con la Resolución Jefatural N° 3076-2012-ED, del 28 de septiembre de 2012.
120. Es así que el DEMANDADO solicita que la segunda pretensión principal se declare infundada.

Respecto a la supuesta ineficacia de la Resolución Jefatural N° 3521-2012-ED

121. Sobre el particular, el MINISTERIO señala que con la Carta s/n de fecha 24 de octubre de 2012, recibida por el Supervisor un día después. El residente de la obra, Luis Heysen Arévalo, presentó la solicitud de Ampliación de Plazo N° 04 por 24 días calendario, invocando como causal la demora del DEMANDADO en la notificación de la Resolución Jefatural N° 3076-2012-ED dentro del plazo de ley, la cual, según refiere, le fue notificada en obra el 23 de octubre de 2012.

El soporte ideal para su arbitraje

Oniz R

122. Al respecto, el DEMANDANDO menciona que, conforme lo acredító en el Oficio N° 7609-2012-MINEDU/VMGI-OINFE, remitido al domicilio del consignado por la CORPORACIÓN en el CONTRATO, éste recibió la Resolución N° 3076-2012-ED — relativa a la solicitud de adicional de obra N° 01 y la ampliación N° 03— el 28 de septiembre de 2012 y no en la fecha que señala, lo cual está probado incluso con el anexo 1-F del propio escrito de demanda en el cual figura como fecha de recepción el 28 de septiembre de 2012.
123. El DEMANDANTE agrega que, conforme se observa en los Informes N° 116 y 120-2012-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-COVC, del 30 de octubre de 2012 y del 5 de noviembre del mismo año, respectivamente, el coordinador de obra señaló que la solicitud de Ampliación de Plazo N° 04 por 24 días calendarios debe ser declarada improcedente, pues con el oficio N° 7609-2012-MINEDU/VMGI-OINFE se notificó al contratista la Resolución Jefatural N° 3076-2012-ED, dentro del plazo de ley, el cual venció el 1 de octubre de 2012, por lo que no existe causal para la ampliación.
124. Asimismo, el MINISTERIO refiere que la causal invocada por el residente no ha afectado la ruta crítica del cronograma de ejecución de obra vigente, debido a que las partidas tienen que ver con el movimiento de tierras, que fueron ejecutadas en su totalidad (100%), tal como lo indica el DEMANDANTE y la supervisión en la Valorización N° 3 del mes de agosto de 2012, las cuales corresponden a las primeras partidas (excavaciones y cimentación) a ejecutar en el puente primario y cámara pluvial. Y, que dicha valorización fue remitida con el Informe N° 019-2012-EGM/SUPERVISOR.OBRA-OINFE-PEMF de fecha 1 de septiembre de 2012.
125. El DEMANDADO manifiesta que con el Informe N° 091-2012-MINEDU/VMGI-OINFE-EGMM, de fecha 31 de octubre de 2012, el abogado de la OINFE concluyó lo siguiente:

... luego de la revisión y análisis del expediente, teniendo en cuenta la opinión emitida por el Coordinador de la obra, de conformidad con la normatividad citada se concluye que la ampliación de plazo N° 04 por

El soporte ideal para su arbitraje

veinticuatro (24) días calendario solicitada por el Residente de Obra, debe ser declarada improcedentes toda vez que no se ha afectado la ruta crítica del cronograma de ejecución de obra vigente.

126. El MINISTERIO sostiene asimismo que, de conformidad con lo establecido en el artículo 41 de la LEY y los artículos 200 y 201 del REGLAMENTO, mediante la Resolución Jefatural N° 3521-2012-ED, notificada el 5 de noviembre de 2012 con el Oficio N° 8623-2012-MINEDU/VMGI-OINFE, se resolvió declarar improcedente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 4 presentada por la CORPORACIÓN.
127. En adición a lo anterior, el DEMANDADO indica que tampoco fue el DEMANDANTE ni su representante legal el que solicitó la Ampliación de Plazo N° 4 ante el Supervisor, sino el residente de obra, quien de conformidad con dispuesto en la Cláusula Séptima del CONTRATO sólo tenía a su cargo la dirección técnica de la obra, habiéndose incumplido con ello lo dispuesto en el artículo 201 del REGLAMENTO.
128. Es así que, en virtud a lo expuesto, el MINISTERIO solicita que se declare infundada la pretensión presente.

Respecto al pago de costos y costas

129. El DEMANDADO solicita que también se declare infundada la presente pretensión arbitral relativa al pago de las costas y costos del arbitraje. Agrega, que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 56 y 73 de la LEY DE ARBITRAJE, el Tribunal Arbitral decide sobre los costos del proceso arbitral al momento de emitir el Laudo.

VII.3 Fundamentos de derecho

130. El MINISTERIO ampará sus fundamentos en lo dispuesto en la LEY y su REGLAMENTO, así como en los dispositivos del Código Civil y Código Procesal Civil que resulten aplicables y supletoriamente en la Ley de Arbitraje.

El soporte ideal para su arbitraje

VIII. De la contestación a la ampliación de la demanda

131. El día 17 de octubre de 2013, el DEMANDADO presentó su escrito N° 7, "Contesto Ampliación de Demanda Arbitral", manifestando lo conveniente a su defensa, en relación a la ampliación de las pretensiones accesorias de la segunda y tercera pretensión efectuada por la CORPORACIÓN el 18 de julio de 2013.
132. En tal sentido, el MINISTERIO, en virtud a lo fundamentado y a los medios probatorios que presentó en su contestación de demanda, solicita que ambas pretensiones accesorias se declaren igualmente infundadas.
133. Precisa, también, que siendo improcedente el Adicional de Obra N° 01, y esfando la causal de Ampliación de Plazo N° 3 sustentada en dicho adicional, también resultaría improcedente el pago de gastos generales solicitado, no siendo de aplicación el artículo 202 del REGLAMENTO.
134. El DEMANDADO manifiesta que, respecto a los gastos generales relacionados a la Ampliación de Plazo N° 4, en los Informes N° 116 y 120-2012-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-COVC, el coordinador de obra señaló que la solicitud de Ampliación de Plazo N° 04, por 24 días calendarios, presentada por el DEMANDANTE, es improcedente puesto que, mediante el Oficio N° 7609-2012-MINEDU/VMGI-OINFE, se le notificó la Resolución Jefatural N° 3076-2012-ED, dentro del plazo de ley, cuyo plazo venció el 1 de octubre de 2012, sin existir causal de ampliación.
135. Finalmente, el MINISTERIO añade que la causal invocada no ha afectado la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente, debido a que las partidas que tienen que ver con el movimiento de tierras fueron ejecutadas en su totalidad, como lo indica la CORPORACIÓN y la Supervisión en la valorización N° 03 (agosto, 2012), las mismas que corresponden a las primeras partidas a ejecutar en el puente de primaria y cámara pluvial.

El soporte ideal para su arbitraje

IX. De la contestación a la demanda acumulada

136. Con escrito N° 6, presentado el 17 de octubre de 2013, el MINISTERIO manifestó lo conveniente a su derecho respecto a la demanda acumulada por el DEMANDANTE el 18 de julio de 2016, respecto a la cuarta pretensión principal y a la pretensión accesoria de ésta.

IX.1 Fundamentos de hecho

137. Respecto a la ineficacia de la Resolución Jefatural N° 1176-2013-ED solicitada por el DEMANDANTE como cuarta pretensión principal, el MINISTERIO indica que con la Carta N° 20-2013-3GCSAC, recibida por el Supervisor el día 27 de marzo de 2013, la CORPORACIÓN solicitó su Ampliación de Plazo N° 9 por 100 días calendarios, precisando que comprende 25 días para la ejecución del Adicional de Obra N° 2, 90 días para la ejecución de las partidas posteriores a dicho adicional que consisten en el movimiento de tierras y la ejecución de la pista atlética de caucho, entre otros, menos 15 días que tuvo desde el 13 de marzo de 2013, fecha de la notificación de la resolución que aprobó el Adicional N° 2.
138. En ese sentido, el MINISTERIO señala que luego que el Supervisor remitiera su Informe N° 024-2012-GYMSAC-IET, la coordinadora de obra con el Informe N° 098-2013-MINEDU/VMGI/OINFE-USOM-GPS de fecha 5 de abril de 2013, concluyó que correspondía declarar procedente parcialmente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 09 por 40 días calendario, de los cuales 25 eran para la ejecución del adicional de obra 2 y 30 para la ejecución posterior de las partidas referentes a la construcción de la pista atlética, siendo un total de 55 días calendario. Prosigue el DEMANDADO manifestando que, de ese plazo, se le restaba 15 días debido a que la fecha de término contractual estuvo prevista para el 28 de marzo de 2013 y la fecha de notificación del adicional fue el 13 de marzo de 2012. El MINISTERIO a su vez sostiene que el coordinador de obra precisa que la pista atlética correspondía a la partida 13.15.00 y se encontraba especificada en el cronograma de ejecución de obra vigente y aprobada por el MINISTERIO.

El soporte ideal para su arbitraje

139. Así las cosas, el DEMANDADO indica que, con Informe N° 019-2013-MINEDU/VMGI-OINFE-KCV la Oficina de Asesoría Jurídica, concluyó que la solicitud de Ampliación de Plazo N° 09 debía ser declarada procedente parcialmente por 40 días calendario, sin el reconocimiento de los gastos generales, en virtud de la causal establecida en el numeral 4 del artículo 200 del REGLAMENTO, puesto que era el plazo necesario para la ejecución del Adicional de Obra N° 02 y las partidas contractuales que forman parte del proceso constructivo.
140. Consecuentemente, el MINISTERIO señala, tras aludir a los artículos 200 y 201 del REGLAMENTO como al artículo 41 de la LEY, que mediante la Resolución Jefatural en controversia, notificada al DEMANDANTE el 11 de abril de 2013, resolvió declarar procedente parcialmente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 9 por 40 días calendario, sin reconocimiento de los gastos generales. Así, el DEMANDADO concluye que lo solicitado por la CORPORACIÓN debe declararse infundado.
141. Por otro lado, con referencia al reconocimiento y pago de gastos generales solicitados como pretensión accesoria a la cuarta pretensión principal, el MINISTERIO señala que, conforme a la Carta N° 017-2013-CCTM del 21 de marzo de 2013, el DEMANDANTE renunció a los mayores gastos generales de la obra que deriven de la Ampliación de Plazo N° 9. Agrega el DEMANDADO que, de acuerdo al artículo 202 del REGLAMENTO, no procede pago de mayores gastos en los casos de obras adicionales que cuentan con presupuesto específico, y que ello aplica en el presentado caso.
142. En ese sentido, el DEMANDADO sostiene que dicha pretensión accesoria debe también declararse infundada.

IX.2 Fundamentos de derecho

143. El MINISTERIO ampara sus fundamentos en lo dispuesto en la Constitución Política del Perú, en la LEY y su REGLAMENTO, así como en las normas de derecho público que resulten aplicables.

El soporte ideal para su arbitraje

X. De la excepción de incompetencia y contestación a la demanda acumulada presentada por el MINISTERIO

144. Con fecha 15 de agosto de 2014, el DEMANDADO presentó el escrito de sumilla "Presento excepción de incompetencia y contesto pretensiones acumuladas", en relación a la quinta pretensión principal y su pretensión alternativa.

X.1 De la excepción de Incompetencia

145. El DEMANDADO formuló excepción de incompetencia contra la quinta pretensión principal de la CORPORACIÓN, sosteniendo que la misma se plantea en atención a lo resuelto en la Resolución Jefatural N° 12-2014-MINEDU/VMGI-OINFE, de fecha 8 de enero de 2014. Señala igualmente que, la decisión de la entidad de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales no puede ser sometida a arbitraje. No obstante ello, el MINISTERIO indica que el DEMANDANTE a través de un pedido de "reconocimiento de trabajos ejecutados en calidad de adicionales con carácter de emergencia" pretende que se modifique lo ya decidido por su representada, por lo que solicita que se declare fundada la presente excepción de Incompetencia.

146. Por su parte, en lo referente a la pretensión alternativa a la quinta pretensión principal de la CORPORACIÓN, el MINISTERIO citando el artículo 52 de la LEY, señala la existencia de un límite legal, en cuya virtud se determinó que solo las controversias relacionadas con la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineeficacia, nulidad o invalidez del contrato deben ser resueltas por vía arbitral.

147. Es así que, según el DEMANDADO, la vía idónea para demandar el enriquecimiento sin causa en materia de contrataciones públicas es la sede judicial y no mediante este arbitraje, por lo que solicita que se declare fundada la presente excepción de incompetencia.

El SOPORTE IDEAL PARA SU ARBITRAJE

R

X.2 De la contestación a la demanda acumulada

148. Respecto a la quinta pretensión principal, a través de la cual el DEMANDANTE pretende que se le reconozca trabajos ejecutados en calidad de adicionales con carácter de emergencia, por la suma de S/. 221 942.32 soles, el MINISTERIO indica que mediante la Carta N° 082-2013-CCTMSAC recibida por el Supervisor el 12 de diciembre de 2013, el DEMANDANTE solicitó la aprobación del Adicional de Obra N° 5. Así las cosas, agrega que el Supervisor remitió a su representada el Informe N° 47-2013/SUPERVISOR/EJGM/GYMSAC, recomendando la aprobación del mismo.
149. Sin embargo, señala el DEMANDADO, que con el Informe N° 187-2013-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-MJMR (26 de diciembre de 2013), el coordinador de obra determinó que el Adicional de Obra N° 5 debía ser declarado improcedente. Esto debido a que los trabajos comprendidos en el mismo ya se habían ejecutado sin contar con la correspondiente certificación presupuestal, ni la autorización del MINISTERIO, en contravención con lo dispuesto en el artículo 207 del REGLAMENTO.
150. Además, el MINISTERIO agrega que, respecto al carácter de emergencia atribuido por el DEMANDANTE y el Supervisor al Adicional de Obra N° 5, éste no contó con la autorización previa del DEMANDADO para la ejecución de prestaciones adicionales con carácter de emergencia, conforme lo dispone el artículo mencionado.
151. Siendo ello así, el DEMANDADO manifiesta haber emitido la Resolución Jefatural N° 012-2014-MINEDU/VMGI-OINFE del 8 de enero de 2014, resolviendo declarar improcedente el Adicional de Obra N° 5.
152. Asimismo, el DEMANDADO considera que es importante tener en cuenta lo señalado en la Opinión N° 039-2012/DTN del OSCE, de fecha 6 de marzo de 2012, de carácter vinculante al comunicado N° 014-2012-OSCE/PRE, en la que se señala que no resulta procedente la aprobación de prestaciones adicionales de

El SOPORTE IDEAL PARA SU ARBITRAJE

obra con posterioridad a su ejecución, y que la aprobación de adicionales en ese supuesto generaría responsabilidad administrativa.

153. Del mismo modo, se refirió el MINISTERIO a la Opinión N° 119-2012/DTN del OSCE, la cual concluye que no es posible la aprobación de prestaciones adicionales de obra con posterioridad a su ejecución, ya que la normativa de contrataciones del Estado establece que la aprobación previa del titular de la entidad es una condición necesaria para la ejecución de las referidas prestaciones, así como la observancia del procedimiento y plazos previstos en el artículo 207 del REGLAMENTO.
154. En relación a la pretensión alternativa a la quinta pretensión principal, el DEMANDADO considera que la vía idónea para demandar el enriquecimiento sin causa en materia de contrataciones públicas es la sede judicial y no la arbitral.
155. El MINISTERIO agrega que, la CORPORACIÓN pretende que el colegiado ordene el pago de la suma de S/. 221 942.32 soles por "enriquecimiento sin causa" sin considerar que la Resolución Jefatural N° 012-2014-MINEDU/VMGI-OINFE es válida, por cuanto no se habría solicitado la nulidad de la misma.
156. Así las cosas, el DEMANDADO solicita que en atención a sus argumentos y referencias, se declare improcedente la quinta pretensión principal, así como su pretensión alternativa.

X. 3 Fundamentos de derecho

157. El MINISTERIO ampara los fundamentos de su contradicción, en lo dispuesto en la Constitución Política del Perú, la LEY y su REGLAMENTO, así como en los dispositivos del Código Civil y normas de derecho público que resulten aplicables.

XI. DE LA CONTESTACIÓN A LA OPOSICIÓN

158. El DEMANDANTE presentó el escrito N° 06, "Contesta Oposición - Hace Presente", con fecha 17 de octubre de 2013, exponiendo lo conveniente a su derecho.

El soporte ideal para su arbitraje

XI.1 Fundamentos de la contestación a la oposición

159. La CORPORACIÓN alega que la oposición presentada por el DEMANDADO carece de claridad, precisión y coherencia tanto en su petitorio, formulación, como en el sustento de la misma. Expresa el DEMANDANTE que, como fundamentación legal, su contraparte se remite al numeral 24 del acta de instalación, el cual permite a las partes formular excepciones y defensas previas. No se señala, sin embargo, a decir del DEMANDANTE, en dicha regla la posibilidad de plantear la denominada oposición. En todo caso, se remite a la LEY, la cual es aplicable al presente proceso de acuerdo a lo establecido en el numeral 4 del acta de instalación, norma que, en ninguno de sus extremos se pronuncia por alguna oposición que pueda plantearse durante el arbitraje. Subraya el DEMANDANTE que, más bien, se permite la posibilidad de excepciones u objeciones de contenido concreto, pero no lo solicitado por DEMANDADO.
160. El DEMANDANTE entiende que una oposición es una cuestión probatoria junto con las tachas, y atacan a los medios probatorios, por lo que evidentemente considera que no se está ante ninguno de estos dos medios de defensa. Es así que, a consideración del DEMANDANTE, el MINISTERIO al plantear su denominada oposición, pretendía abarcar un amplio espectro de medios de defensa, excepciones, defensas previas, objeciones, cuestionamientos, independientemente del nombre de estos con la finalidad de no limitar sus posibilidades de defensa y evitar sustentar y fundamentar uno a uno estos medios de defensa como corresponde. Hace énfasis la CORPORACIÓN que de la redacción del documento en realidad se está ante dos oposiciones frente a distintas pretensiones, pero sustentadas y planteadas como una sola, generando no sólo confusión sino una situación de indefensión del DEMANDANTE, pues le impide ejercer una adecuada defensa frente a este extremo.
161. Para la CORPORACIÓN lo correcto debió ser que el MINISTERIO plantease una excepción de Incompetencia o similar, sin embargo, al no haberlo hecho así, considera que mal haría el Tribunal al resolver un pedido como alguna excepción en concreto si no fue deducida de ese modo por el DEMANDADO.

El soporte ideal para su arbitraje

más aún si existe contradicción entre el pedido, su formulación y fundamento. Lo contrario, sería incurir en causal de anulación del laudo según la LEY. De ese modo, para la CORPORACIÓN, debe rechazarse de plano la denominada oposición planteada por el DEMANDADO o, en su defecto, declararse improcedente.

Sobre la oposición a la primera, segunda y tercera pretensión principal

162. El DEMANDANTE precisa que el artículo 41 de la LEY se refiere únicamente a los adicionales ordinarios, no existiendo ninguna alusión a los adicionales de emergencia. Por tanto, la CORPORACIÓN señala que en el presente caso no hay ningún impedimento de someter a arbitraje lo relacionado a adicionales de emergencia.
163. Continúa sosteniendo el DEMANDANTE que, sin perjuicio de lo antes señalado, y en el supuesto negado que dicha prohibición se extendiera también a los adicionales de emergencia, la norma citada se refiere a los adicionales de emergencia únicamente en el caso de adicionales mayores al 15%. Así, apunta el DEMANDANTE, el segundo párrafo se refiere a adicionales ordinarios en obras hasta el 15% y el tercer párrafo se refiere a adicionales ordinarios y de emergencia en obras mayores al 15%. Luego, añade, en el sexto párrafo se hace la precisión siguiente: "la decisión de la entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a arbitraje [...]", es decir, prohíbe que se someta a arbitraje adicionales ordinarios hasta el 15% (según el segundo párrafo) y adicionales ordinarios y de emergencia (mayores al 15%). El DEMANDANTE plantea que, en todo caso, si el legislador hubiera considerado prohibir también los adicionales de emergencia hasta el 15%, hubiese incluido tal referencia en la norma, lo que según su apreciación no ocurrió.
164. Para la CORPORACIÓN no es cierto que se pretenda, mediante un pedido de reconocimiento de trabajos ejecutados, en calidad de adicionales con carácter de emergencia, modificar lo decidido en la Resolución Jefatural N° 3076-2012-ED, pues el reconocimiento de los trabajos ejecutados en calidad de adicionales de

El soporte ideal para su arbitraje

emergencia que busca el DEMANDANTE sí es materia arbitrable, no existiendo norma expresa que lo prohíba. Por lo que resulta aplicable en este punto el principio "[...] nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe".

165. Ahora bien, el DEMANDANTE menciona sobre la base del análisis del artículo 41 de la LEY, sus normas antecesoras, conexas y la doctrina que se desarrolla al respecto, que son susceptibles de arbitraje en materia de bienes y servicios cuando estos adicionales no superen el 25% del monto de tales bienes y servicios, y también de obras cuando dichos adicionales no superen el 15% del monto total del contrato original. Agrega la CORPORACIÓN que, en los otros casos, cuando superen estos porcentajes, y hasta los límites señalados por la propia LEY, tales adicionales requerirán la aprobación previa de la Contraloría General de la República y se trata, conforme al quinto párrafo del citado artículo 41, de materias no arbitrables.
166. El DEMANDANTE manifiesta que la razón por la cual tales materias no son arbitrables es porque -en tanto se trate de porcentajes mayores a los señalados mediante estos posibles o eventuales adicionales, se podría estar modificando o alterando el Presupuesto General de la República, razón por la cual se establecen estas normas que, evidentemente, son de orden público. Siendo así, la CORPORACIÓN alega que se está ante una materia arbitrable.
167. Asimismo, en cuanto a la referencia que hace el MINISTERIO a la segunda y tercera pretensión arbitral de la CORPORACIÓN, correspondientes a las Ampliaciones de Plazo N° 03 y N° 04 denegadas, el DEMANDANTE señala no comprender cuál es la relación con la oposición planteada por el DEMANDADO, aduciendo que los adicionales de emergencia no son materia arbitrable. Precisa el DEMANDANTE que las controversias relacionadas a las ampliaciones de plazo son materia arbitrable tal y conforme se establece en la parte final del artículo 201 del REGLAMENTO, independientemente de cual sea la causal o los argumentos, y que corresponde al Tribunal determinar su validez, no al DEMANDADO.

El soporte ideal para su arbitraje

168. En ese sentido, la CORPORACIÓN sostiene que la oposición y pedido de archivo referida a que los adicionales de emergencia no son materia arbitrable deberá declararse infundada, en tanto que lo referido a las pretensiones de ampliaciones de plazo deberá declararse improcedente o, en su defecto, infundada.

Sobre la oposición a la pretensión alternativa y a la primera pretensión principal

169. El DEMANDANTE señala que el MINISTERIO plantea esencialmente que no procede su pretensión alternativa porque el enriquecimiento sin causa es una fuente de obligaciones distinta al contrato, y porque según las dos sentencias a las que hacen mención el enriquecimiento sin causa no es materia arbitrable debiendo discutirse en un proceso judicial.

170. Al respecto, la CORPORACIÓN menciona que, en el presente caso, recurre a esta acción en la medida que no existe otra acción que satisfaga su pretensión, más aún si se toma en cuenta que el DEMANDADO cuestiona el reconocimiento de sus adicionales con carácter de emergencia como materia no arbitrable. Por tanto, a decir del DEMANDANTE, el MINISTERIO pretende beneficiarse de los trabajos efectuados a su favor sin cancelar nada a cambio, alegando por uno y otro extremo que la CORPORACIÓN no puede hacer valer su derecho al pago en la vía arbitral.

171. A su vez, el DEMANDANTE para mayor sustento de su postura, cita a la resolución N° 176/2004.TC-SU del Tribunal de Contrataciones del Estado y la Opinión N° 083-2012/DTN emitida por la Dirección Técnica Normativa del OSCE, para así concluir que sí le asiste el derecho de recurrir a la acción de enriquecimiento sin causa; y que así lo reconoce el propio OSCE en continuos pronunciamientos, estableciéndose claramente que aún en los supuestos donde no existe un contrato válido, ni prestaciones adicionales amparadas en una aprobación previa para su ejecución, procede reconocer el pago al contratista a fin de evitar un enriquecimiento sin causa.

El SOporte IDEAL PARA SU ARBITRAJE

172. A su vez, el DEMANDANTE señala que el MINISTERIO alega que el enriquecimiento sin causa no es materia arbitrable en la medida que es una fuente de obligaciones distinta al contrato, y toda vez que la LEY y la LEY DE ARBITRAJE establecen que solo se somete a arbitraje las controversias que surjan de un contrato, y que el enriquecimiento sin causa no estaría dentro de estas posibles controversias arbitrables. No obstante, la CORPORACIÓN afirma que la doctrina ha reconocido que sí existe la posibilidad de que se genere un supuesto de enriquecimiento sin causa derivado de un contrato entre las partes. En efecto, enfatiza el DEMANDANTE que, como consecuencia de la ejecución de un contrato, una de las partes se puede enriquecer indebidamente, como en los contratos de obra, en la medida que se acredite que la entidad se está viendo beneficiada con la ejecución de una obra adicional, no prevista inicialmente en el contrato pero que se relaciona y deriva de éste. Por lo que, la CORPORACIÓN colige que, siendo posible que el enriquecimiento sin causa se presente como parte de la ejecución de un contrato de obra, se tiene que el enriquecimiento sí es materia arbitrable, toda vez que es una controversia contractual.
173. Finalmente, en torno a la sentencia de la Corte Suprema N°5114- 2009-LIMA, la CORPORACIÓN señala que ésta comprende estrictamente a un caso relacionado con las facultades de la Contraloría General de la República, las cuales clara y expresamente de acuerdo a las normas que regulan a dicha entidad y las normas de contrataciones no pueden ser sometidas a arbitraje. Asimismo, en cuanto a la Sentencia CAS N°500-2007, el DEMANDANTE indica que no es del todo preciso o correcto lo que se expresa en ella, sobre todo que el MINISTERIO ha obviado indicar, al referirse a esta sentencia, que el tema de fondo de ese caso se refería al pago de adicionales que requerían la autorización de la Contraloría General de la República, situación que, como en la sentencia anterior, es totalmente distinta a lo recurrente en el presente proceso.

XI.2 Sobre la contestación del escrito de demanda

174. Así mismo, la CORPORACIÓN, respecto a lo argumentado por el DEMANDADO en su escrito de contestación de demanda, manifestó lo siguiente:

El soporte ideal para su arbitraje

R

175. El DEMANDANTE refiere que el MINISTERIO al pronunciarse sobre su primera pretensión, ha repetido en su mayoría lo expuesto en su oposición respecto a que las controversias sobre adicionales no son materia arbitrable, por lo que debe tomarse en cuenta tales argumentos como parte de la oposición y no de su contestación de demanda.
176. La CORPORACIÓN sostiene que, en general, el DEMANDADO en ningún extremo niega la existencia o ejecución de los trabajos cuyo reconocimiento se solicita. Enfatiza la CORPORACIÓN que el DEMANDADO reconoce que su propio Supervisor recomendó la aprobación, y que de acuerdo al informe del coordinador de obra, no procede el pago porque ya se había ejecutado, no porque no existieran estos trabajos.
177. El DEMANDANTE asegura que es falso que haya reconocido no haber ejecutado trabajos adicionales por disposición del MINISTERIO. Subraya que, al contrario, señaló que se ha hecho por orden del DEMANDADO mediante el Supervisor en la medida que nos encontrábamos ante adicionales de emergencia. Más bien, precisa la CORPORACIÓN que, efectivamente, es el titular de la entidad quien debe dar la autorización existiendo un procedimiento regulado en la norma para ello, no siendo posible una "regularización"; sin embargo, sostiene que esto aplica únicamente para los casos referidos a adicionales ordinarios, y no para adicionales de emergencia respecto a los cuales se ha establecido que basta la comunicación de la entidad al Supervisor y que éste autorice los trabajos al contratista, como ha ocurrido en el presente caso.
178. Además, manifiesta la CORPORACIÓN que no existe un procedimiento definido para el trámite de la solicitud y autorización posterior de los adicionales de emergencia que sí se realizan en vía de regularización y, por tanto, no hay obligación a seguir un procedimiento o formalidades inexistentes. A su vez, el DEMANDANTE toma en cuenta la Opinión 026-2012/DIN del OSCE en la que se señala que "la autorización previa de la Entidad puede realizarse a través de una comunicación escrita dirigida al Inspector o supervisor de la obra"; en ese sentido, para la CORPORACIÓN es claro que no había necesidad de que como contratista sea notificado o tomara conocimiento directo de dicha autorización.

El soporte ideal para su arbitraje

más aun si al indicarse que "podrá ser escrita" permite que existan un sinfín de posibilidades de autorización verbal, vía correo electrónico, etc.

179. Asimismo, el DEMANDANTE se remite a la Directiva de Contraloría N°002-2010, mencionada por el DEMANDADO, que se refiere al caso de adicionales tanto ordinarios como de emergencia mayores al 15%, lo que no es aplicable al presente caso, pero que le permite obtener algunas precisiones que amparan su pretensión. Así menciona que:

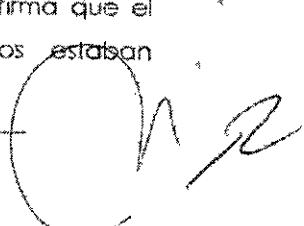
- El numeral 1, inciso b), se define a los adicionales de emergencia, en cuyo supuesto caiza exactamente los adicionales que ejecutó.

- El numeral 2.3 permite diferenciar las formalidades para los adicionales ordinarios y los de emergencia, así la propia Contraloría considera que no autorizará adicionales ejecutados o pagados (pues iría en contra del procedimiento del artículo 41 del REGLAMENTO), salvo que se traten de adicionales de emergencia, en cuyo caso es claro que sí es posible autorizarlos a pesar que ya se hayan ejecutado, hecho que no quiere admitir el DEMANDADO.

- El numeral 11.4 de la directiva establece para el caso de adicionales de emergencia los requisitos para su trámite, según lo cual se establece que la autorización de la entidad es para el supervisor o inspector, no para el contratista (como ocurriría en adicionales ordinarios). Y a su vez el supervisor es quien comunica al contratista para la ejecución de los adicionales, notándose que mientras en el inciso a) de dicho numeral dice "Comunicación escrita", en el inciso b) se indica "Comunicación", por lo que se entiende que podría ser verbal, escrita, a través de carta, o incluso a través de asientos en el cuaderno de obra, como asegura el DEMANDANTE ha ocurrido.

180. El DEMANDANTE alega que sí ha existido una situación de emergencia, no siendo la causa una deficiente planificación del proceso constructivo. Afirma que el propio MINISTERIO reconoce más adelante que sus trabajos estaban

El soporte ideal para su arbitraje



adelantados a lo planificado. En cuanto al Supervisor, la CORPORACIÓN sostiene que se debe tener en cuenta que su labor no solo era controlar la ejecución de obra; que en el artículo 193 del REGLAMENTO está facultado para disponer cualquier medida de emergencia, no habiendo modificado en ningún extremo el CONTRATO, pues el DEMANDANTE entiende que tenía la autorización del MINISTERIO, tratándose de una situación de emergencia al recibir sus órdenes. Que, en todo caso, según el DEMANDANTE, corresponde al MINISTERIO determinar la responsabilidad de dicho profesional, pero en ningún extremo tampoco ha desconocido las autorizaciones y órdenes que el supervisor efectuó.

181. En cuanto a la pretensión alternativa sobre enriquecimiento sin causa, la CORPORACIÓN señala que el MINISTERIO repitió en su totalidad lo expuesto en su oposición por lo que debe considerarse estos argumentos como parte de la oposición y no de su contestación de demanda, y debe ser resuelto como corresponde. Añade que el DEMANDADO no ha desconocido en ningún extremo que se haya beneficiado de trabajos a su favor sin una contraprestación a cambio, y del mismo modo no cuestionó las opiniones y pronunciamientos de OSCE referidos en el escrito de demanda, con lo cual asume que le da la razón.

182. Respecto a la pretensión de Ampliación de Plazo N° 03, el DEMANDANTE precisa que no es correcto lo señalado por el DEMANDADO, en relación a que la obra estaba adelantada, pues ese aparente adelanto se debió a la ejecución de mayores metrados, derivado de errores de metrados en el Expediente Técnico. En todo caso, se debe considerar que el MINISTERIO no ha cuestionado sus argumentos —tanto para la Ampliación de Plazo N° 03 como la N° 04—, remitiéndose únicamente a los mismos fundamentos de la resolución cuestionada. En todo caso, el DEMANDANTE manifiesta que su solicitud de ampliación de plazo se sustenta en la existencia de un adicional, que en la medida que sea reconocido, trae consigo el reconocimiento de su ampliación.

183. La CORPORACIÓN expresa que sobre su Ampliación de Plazo N° 04, la resolución en cuestión no se le notificó en el plazo de ley; que, es más, previamente existían anotaciones sobre paralización de trabajos debido a la demora en la

El soporte ideal para su arbitraje

notificación de la resolución y que en ningún momento fue cuestionada. Más aún, en la propia resolución que deniega la Ampliación de Plazo N° 04 se deja constancia de la recomendación de aprobación del Supervisor, y ninguno de estos hechos fue negado o cuestionado por el MINISTERIO.

184. A su vez, el DEMANDANTE alega que, en cuanto a la aparición de una fecha de recepción en su propio anexo, es el documento notificado a su representada en obra por lo que aparece con un cargo que desconoce, sin embargo, no acredita fehacientemente que haya sido recibido en sus oficinas, más aún si se toma en cuenta que la dirección allí consignada es un domicilio en Trujillo, que si bien es su domicilio legal fijado en el CONTRATO, resulta que a solicitud del DEMANDADO, se fijó un domicilio en la ciudad de Lima para realizar las notificaciones con mayor facilidad. Así, a decir de la CORPORACIÓN, el DEMANDADO quiso con mala fe seguir generándole demoras y perjuicios para de algún modo deslindar su responsabilidad ante los incumplimientos de su parte que ya se venían generando.
185. Por último, el DEMANDANTE sostiene que, en cuanto a que los trabajos no afectaban la ruta crítica porque estaban adelantados, su pedido es válido, agregando como sustento de ello, la Opinión N°087-2011/DTN del OSCE, la cual en la parte final del numeral 2.1.1 precisa que es obligación de la entidad notificar la resolución sobre adicionales, aunque no los autorice, en el plazo de ley y, que en todo caso, como se indica en la segunda parte del numeral 2.1.2 de dicha opinión, corresponde al DEMANDADO asumir las consecuencias de su incumplimiento de plazo, Independientemente de la causal, pues lo importante radica en que se le generó demora y perjuicio.

XI.3 Fundamentos de derecho

186. La CORPORACIÓN ampara los fundamentos de su respuesta, con relación a la oposición y contestación de demanda presentados por el MINISTERIO, en lo dispuesto en la LEY y su REGLAMENTO, así como en los dispositivos del Código Civil y Código Procesal Civil que resulten aplicables y supletoriamente en la LEY DE ARBITRAJE.

El SOPORTE IDEAL PARA SU ARBITRAJE

XII. DE LA CÓNTESTACIÓN A LA EXCEPCIÓN

187. El día 11 de marzo de 2015, el DEMANDANTE presentó su escrito N° 12, "Absuelve excepción - Hace presente", expresando su posición referente a la excepción presentada por el MINISTERIO.

XII.1 Fundamentos de hecho

188. La CORPORACIÓN en este extremo se refiere a lo argumentado por el MINISTERIO, partiendo de lo establecido por el artículo 41 de la LEY, precisando que tal disposición legal se refiere únicamente a los adicionales ordinarios, no existiendo ninguna referencia respecto a los adicionales de emergencia. Así, el DEMANDANTE sostiene que no hay ningún impedimento para someter lo relacionado a adicionales de emergencia a arbitraje.
189. A su vez, el DEMANDANTE también reitera los argumentos expuestos en su escrito de contestación a la oposición presentada por el MINISTERIO. Es así que, para el DEMANDANTE, la excepción de incompetencia deducida por el DEMANDADO con relación a la quinta pretensión debe declararse infundada.
190. Asimismo, respecto a la excepción a la pretensión alternativa a la quinta pretensión principal, la CORPORACIÓN manifiesta que recurre a dicha acción en la medida que no existe otra acción que satisfaga su pretensión, más aún si se toma en cuenta que el propio MINISTERIO cuestiona el reconocimiento de sus adicionales con carácter de emergencia como materia no arbitrable. Por tanto, el DEMANDANTE afirma que el DEMANDADO pretende beneficiarse de los trabajos efectuados a su favor sin pagar nada a cambio, alegando por uno y otro extremo que no puede hacer valer su derecho al pago en la vía arbitral.
191. Adicionalmente, el DEMANDANTE de la Opinión N° 083-2012/DTN del OSCE , colige que sí le asiste el derecho a recurrir a la acción de enriquecimiento sin causa, conforme a los hechos y razones expuestas en su escrito de demanda. También la CORPORACIÓN se refiere a la Opinión de Arbitraje 003-2013/DAA del OSCE, de la cual concluye que los proveedores no solo tienen derecho de exigir

El soporte ideal para su arbitraje

el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas a favor de la entidad en vía de indemnización por enriquecimiento sin causa, sino que es posible que dicha pretensión sea sometida a arbitraje en tanto se esté dentro del plazo de caducidad.

192. Es así que, por las razones expuestas, el DEMANDANTE considera que la excepción de incompetencia deducida por el MINISTERIO debe ser declarada infundada en todos sus extremos.

XII.2 Fundamentos de derecho

193. La CORPORACIÓN se ampara en lo dispuesto en la LEY y su REGLAMENTO, como en el pronunciamiento "Opinión en Arbitraje N° 03-2013/DAA" de OSCE; así como en las normas del Código Civil y Código Procesal Civil que resulten aplicables y supletoriamente en la LEY DE ARBITRAJE.

XIII. DEL PROCESO ARBITRAL

XIII.1 De la audiencia de fijación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios

194. Conforme a lo programado, el día 3 de febrero del año 2014, se llevó a cabo la Audiencia, en cuyo acto se exhortó a las partes a fin de que arriben a un acuerdo conciliatorio, sin llegar al mismo.
195. En dicha oportunidad, el Tribunal fijó los puntos controvertidos respecto de cada una de las pretensiones planteadas en la demanda en los términos siguientes:

De las pretensiones de la CORPORACIÓN en la demanda

Primer Punto Controvertido: Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que, se reconozcan los trabajos ejecutados por la CORPORACIÓN, en calidad de adicionales con carácter de emergencia, que habrían sido pedidos por el MINISTERIO, ascendentes a la suma de S/.113,837.49 (Ciento trece mil

El soporte ideal para su arbitraje

ochocientos treinta y siete y 49/100 nuevos soles) y que corresponde a 21 días de bombeo durante las 24 horas en un área de terreno de 630.80 m².

Segundo Punto Controvertido: En caso se desestime el Primer Punto Controvertido, determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que, se ordene al MINISTERIO cancelar a favor de la CORPORACION, la suma de S/.113.837.49 (Ciento trece mil ochocientos treinta y siete y 49/100 nuevos soles) por enriquecimiento sin causa, correspondiente a trabajos ejecutados en su beneficio por veintiún (21) días de bombeo durante las 24 horas en un área de terreno de 630.80 m².

Tercer Punto Controvertido: Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare la ineficacia de la Resolución Jefatural N° 3076-2012-ED, en el extremo que declara improcedente la solicitud de ampliación de plazo parcial N° 3 planteada por la CORPORACION, y consecuentemente se tenga por aceptada la solicitud, por el plazo de veintiún (21) días calendario, solicitada.

Cuarto Punto Controvertido: Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare la ineficacia de la Resolución Jefatural N° 3521-2012-ED, en el extremo que declara improcedente la solicitud de ampliación de plazo N° 4 planteada por la CORPORACION, y consecuentemente se tenga por aceptada la solicitud, por el plazo de veinticuatro (24) días calendario, solicitada.

De las pretensiones de la CORPORACIÓN en la ampliación de demanda del escrito N° 4, del 18 de Julio de 2013

Quinto Punto Controvertido: En caso se ampare el Tercer Punto Controvertido, determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene al MINISTERIO el reconocimiento y pago, en favor de la CORPORACIÓN de los supuestos mayores gastos generales derivados de la ampliación de plazo N° 3 por veintiún (21) días calendario.

Sexto Punto Controvertido: En caso se ampare el Cuarto Punto Controvertido, determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene al MINISTERIO el reconocimiento y pago, en favor de la CORPORACIÓN de los supuestos mayores gastos generales derivados de la ampliación de plazo N° 4 por veinticuatro (24) días calendario.

De las pretensiones de la CORPORACIÓN en el escrito "Presenta fundamentos de hecho y de derecho de pretensiones acumuladas", del 18 de Julio de 2013

Séptimo Punto Controvertido: Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare la ineficacia de la Resolución Jefatural N° 1176-2013-ED, en el extremo que declara improcedente la solicitud de ampliación de plazo N° 9 planteada

El SOporte IDEAL PARA SU ARBITRAJE

Laudo de Derecho

Caso Arbitral N° 016-2013

Arbitraje seguido por Corporación Constructora Tercer Milenio S.A.C. — Ministerio de Educación U. E. N° 108

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Macan (Presidente)

Carlos Ruska Magulka

Marco Antonio Martínez Zamora

por la CORPORACIÓN, y consecuentemente se tenga por aceptada la solicitud, por el plazo de cien (100) días calendario, solicitada.

Octavo Punto Controvertido: En caso se ampare el Tercer Punto Controvertido, determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene al MINISTERIO el reconocimiento y pago, en favor de la CORPORACIÓN de los supuestos mayores gastos generales derivados de la ampliación de plazo N° 9 por cien (100) días calendario.

Costos del proceso

196. Adicionalmente, el Tribunal señaló que deberá pronunciarse en el laudo acerca de los costos del proceso y su posible condena.
197. Igualmente, en la citada audiencia, el Tribunal procedió a admitir los siguientes medios probatorios:

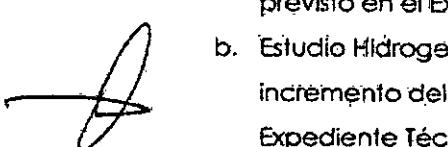
De la CORPORACIÓN

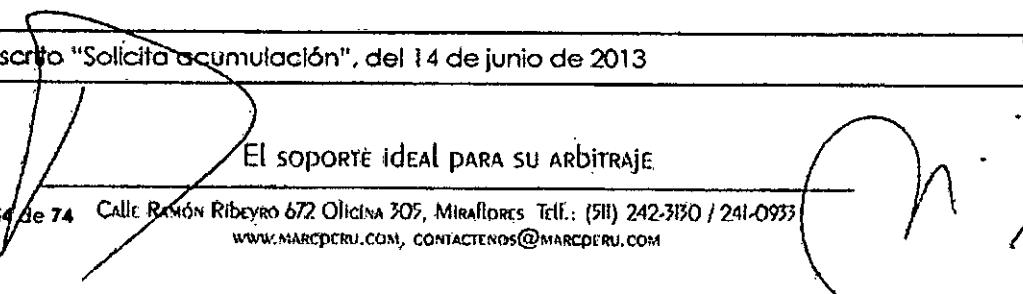
Demandada de fecha 21 de mayo de 2013

Se admitió a trámite los medios de prueba documentales ofrecidos, signados con los numerales 1.C al 1.O.

Igualmente, se admitieron a trámite las exhibiciones ofrecidas en el numeral 10.2 del mismo rubro, a saber:

- a. Estudio Hidrogeológico de la zona de la I.E. El Triunfo, con la finalidad de comprobar el incremento del nivel de las aguas subterráneas, superior al previsto en el Expediente Técnico;
- b. Estudio Hidrogeológico de Tumbes, con la finalidad de comprobar el incremento del nivel de las aguas subterráneas, superior al previsto en el Expediente Técnico.


Escrito "Solicita acumulación", del 14 de junio de 2013


El soporte IDEAL PARA SU ARBITRAJE

Laudo de Derecho

Caso Arbitral N° 016-2013

Arbitraje seguido por Corporación Constructora Tercer Milenio S.A.C. — Ministerio de Educación U. E. N° 108

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Macan (Presidente)

Carlos Russo Maguita

Marco Antonio Martínez Zamora

Se admitió a trámite los medios de prueba documentales ofrecidos, signados con los numerales 1 al 3.

Escrito "Ampliación de Demanda Arbitral" del 18 de julio de 2013

Se admitió a trámite los medios de prueba documentales ofrecidos en el rubro "III. Medios Probatorios".

Escrito "Presenta fundamentos de hecho y de derecho de pretensiones acumuladas", ingresado el 18 de julio de 2013.

Se admitió a trámite los medios de prueba documentales ofrecidos en el acápite "IV. Medios Probatorios y Anexos", signados con los numerales 5.A. al 5.J.

Escrito "Contesta oposición-Hace presente", ingresado el 17 de octubre de 2013.

Se admiten a trámite los medios de prueba documentales ofrecidos como anexos, signados con los numerales 6.A. al 6.D.

Del MINISTERIO

Escrito "Presento Oposición y Contesto Demanda" de fecha 2 de julio de 2013

Se admitieron a trámite los medios de prueba documentales ofrecidos, en el acápite "IV. Medios Probatorios", signados con los numerales 1 al 18.

Escrito "Contestó Pretensiones acumuladas", del 17 de octubre de 2013

Se admitieron a trámite los medios de prueba documentales ofrecidos, en el acápite "Medios Probatorios", signados con los numerales 1 al 18.

El SOPORTE IDEAL PARA SU ARBITRAJE

198. Posteriormente, mediante la Resolución N° 14 de fecha 6 de mayo de 2014, se admitieron los medios probatorios presentados por el MINISTERIO el 20 de marzo de 2014, consistentes en la Resolución Jefatural N° 967-2013-ed y el Informe N° 24-2012-GYMSAC-IET.

199. Asimismo, a través de la Resolución N° 19 de fecha 20 de marzo de 2015, y en atención a las pretensiones acumuladas por la CORPORACIÓN con escrito "Presenta fundamentos de hecho y de derecho de pretensiones acumuladas" del 9 de mayo de 2014, se incorporó como nuevos puntos controvertidos, los siguientes:

Noveno Punto Controvertido: Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral disponga que el MINISTERIO reconozca los trabajos ejecutados en calidad de adicionales con carácter de emergencia por la suma de S/. 221,942.32 (Doscientos veintiún mil novecientos cuarenta y dos con 32/100 Nuevos Soles), por mantenimiento de áreas verdes.

Déclimo punto controvertido: En caso se declare infundada la Quinta Pretensión Principal, a que se refiere el noveno punto controvertido; determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral de manera alternativa, ordene al MINISTERIO pagar a la DEMANDANTE la cantidad de S/. 221,942.32 (Doscientos veintiún mil novecientos cuarenta y dos con 32/100 Nuevos Soles), por enriquecimiento sin causa, correspondiente a trabajos ejecutados en su beneficio por mantenimiento de áreas verdes.

200. En relación con lo antes expuesto, se incorporaron al expediente los medios probatorios presentados por el DEMANDANTE en su escrito de fecha 9 de mayo de 2014 y 8 de agosto del mismo año. Así como los ofrecidos por el MINISTERIO en su escrito del 15 de agosto de 2014.

XIII.2 De la audiencia especial de sustentación de posiciones respecto a la última acumulación de pretensiones de la CORPORACIÓN y excepción de incompetencia deducida por el MINISTERIO

201. El día 18 de mayo de 2015, se llevó a cabo la referida audiencia, en cuyo acto se dejó constancia de la inexistencia de los representantes de la CORPORACIÓN,

El soporte ideal para su arbitraje

R

a pesar de haber sido debida y oportunamente notificada para tal acto, según cargos que obran en estos actuados arbitrales.

202. Así las cosas, se le otorgó el uso de la palabra a los representantes del MINISTERIO para que sustenten su posición, luego de lo cual se efectuaron las preguntas que consideraron necesarias.
203. Por otro lado, el 20 de agosto de 2015 se emitió la Resolución N° 23 admitiéndose los medios probatorios presentados por el DEMANDANTE y el MINISTERIO en sus escritos de fechas 3 de junio y 16 de junio de 2015, respectivamente.

XIII.3 De la audiencia de informes orales

204. El 17 de marzo de 2016 se llevó a cabo la audiencia de informes orales, en la que el Tribunal otorgó el uso de la palabra al representante de la CORPORACIÓN como a los del MINISTERIO, a fin de que expongan sus argumentos y, efectuó las preguntas del caso que fueron absueltas por los representantes de las partes a satisfacción del Colegiado.
205. De otro lado, con la Resolución N° 33, el Tribunal Arbitral admitió los nuevos medios probatorios ofrecidos por el DEMANDANTE en su escrito del 23 de marzo de 2016, esto es, copia del Oficio N° 8898-2012-MINEDU/VMGI-OINFE de fecha 14 de noviembre de 2012 y copia del Informe N° 531-2012-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-EP-EB.

XIV. CONSIDERANDO

Cuestiones Preliminares

206. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

(i) El Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo al convenio arbitral celebrado por las partes, la LEY y el REGLAMENTO.

El soporte ideal para su arbitraje

- (ii) En momento alguno se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
- (iii) La CORPORACIÓN presentó su escrito de demanda dentro del plazo dispuesto, como también sus respectivos escritos de acumulación de pretensiones.
- (iv) El MINISTERIO fue debidamente emplazado con la demanda y los escritos de acumulación de pretensiones, los contestó, formuló oposición y dedujo de excepción, ejerciendo plenamente su derecho de defensa.
- (v) La CORPORACIÓN expresó lo conveniente a su derecho y se expresó tanto de lo señalado en el escrito de contestación de demanda del MINISTERIO, como respecto de la oposición y excepción formuladas.
- (vi) Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos e informaron oralmente —solo el MINISTERIO— ante el Tribunal en la audiencia convocada con tal fin.
- (vii) el Tribunal Arbitral procede a laudar dentro del plazo que corresponde a las reglas de este arbitraje.

207. De otro lado, el Tribunal Arbitral deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta para su decisión.

ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN DE FONDO SOMETIDA A DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

208. A continuación, corresponde que los árbitros efectúen el análisis de las pretensiones demandadas.

El soporte ideal para su arbitraje

**DECISIÓN DEL TRIBUNAL RESPECTO DE LA PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA
PRETENSIÓN PRINCIPAL, ASÍ COMO DE LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA
DEMANDA.**

209. Como se ha reseñado en la parte de las posiciones presentadas por las partes en el presente arbitraje, el MINISTERIO ha formulado oposición contra la primera, segunda y tercera pretensión principal de la demanda, así como excepción de incompetencia contra la quinta pretensión principal de la demanda.
210. La CORPORACIÓN al contestar la oposición ha cuestionado que ésta sea la vía procedente para cuestionar la competencia del Tribunal y, dicha parte entiende que corresponde que el DEMANDADO interponga excepción, por lo que al no interponerse ese recurso debe declararse improcedente la oposición.
211. El Colegiado no comparte esta posición del DEMANDANTE, por cuanto la Ley de Arbitraje en el artículo 41º expresamente prevé que el cuestionamiento de la competencia del Tribunal Arbitral se formula vía excepciones u objeciones que se "oponen" a más tardar en el momento de presentar la contestación. Es clara la Ley de Arbitraje al señalar que la defensa previa puede materializarse como oposición u excepción, siendo indistinto el nombre puesto que no se trata de una categoría procesal enmarcada por el Código Procesal, sino de la formulación de un cuestionamiento a la competencia del Tribunal Arbitral para conocer una determinada controversia.
212. Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina admite que los árbitros *ex officio* se puedan pronunciar sobre su competencia cuando adviertan que se encuentran frente a una materia que no es susceptible de arbitraje. Así, RUBÍO GUERRERO señala¹:

*"Una cuestión adicional que merece ser comentada es la posibilidad de que sean los árbitros *ex officio* los que consideren temas que añaden a su competencia en cualquier momento. Sobre este aspecto, escriben los autores, es preciso que aun en presencia de dudas sobre su*

¹ ROGER RUBÍO GUERRERO: COMENTARIO AL ARTÍCULO 41º DE LA LEY DE ARBITRAJE. EN COMENTARIOS A LA LEY PERUANA DE ARBITRAJE. INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE. TOMO I. LIMA 2011. PÁGINA 482.

El soporte ideal para su arbitraje

competencia, el tribunal arbitral no decline jurisdicción, puesto que el no ejercicio de la impugnación de la falta de jurisdicción por las partes constituye una renuncia al derecho a objeter y en definitiva una aceptación del arbitraje (autonomía de la voluntad). No obstante, el único supuesto que puede ser considerado por iniciativa de los árbitros es la materia arbitrable, si el tribunal arbitral advierte que se encuentra frente a una materia que no es susceptible de arbitraje, está facultado para declararse incompetente, dunque no haya sido planteado por las partes. Aquí la autonomía de la voluntad no es suficiente porque se trata de una barrera legal".

213. En ese sentido, corresponde que el Tribunal determine si el cuestionamiento sobre su competencia formulado por el MINISTERIO es fundado o no, en razón de la necesidad de analizar la materia arbitrable y establecer si es o no susceptible de arbitraje.
214. A este efecto, corresponde tener en cuenta lo dispuesto por la LEY:

"LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO -DECRETO LEGISLATIVO N° 1017-

Artículo 41.-Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones

(...)

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

(...)".

215. Como puede apreciarse, existe texto expreso, en el marco de la legislación peruana de Contrataciones con el Estado, que el cuestionamiento de la decisión de una Entidad contratante, en la ejecución de un contrato con el

El soporte ideal para su arbitraje

Estado, de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no es materia arbitrable.

216. Siguiendo a CASTILLO FREYRE y SABROSO MINAYA² cabe recordar que la arbitrabilidad puede definirse bajo dos criterios, uno positivo y otro negativo. En virtud del primero, se habilita a las partes a someter a arbitraje las materias sobre las que las partes tienen la autoridad de disponer libremente. Bajo el segundo, se dispone prohibiciones expresas para recurrir a la vía del arbitraje en caso de una controversia.
217. Así, el criterio positivo postula un sistema abierto e inclusivo, mientras que el criterio negativo es de naturaleza cerrada y excluyente.
218. Tal como señalan dichos autores, la LEY no especifica ni enumera cuáles son los derechos contractuales de libre disposición en el marco de la contratación pública.
219. La LEY adopta ambos criterios. Por un lado, el positivo contenido en el segundo párrafo del artículo 52 del referido dispositivo legal, en el que se contempla una enumeración de las materias arbitrables en los aspectos puntuales de "controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato".
220. De otro lado, también la LEY prevé el criterio negativo al excluir como materia arbitrable en el citado **artículo 41º** dos temas:
- 1) "*la decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales*" y,
 - 2) "*las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República*".

² MARIO CASTILLO FREYRE-RITA SABROSO MINAYA: "EL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA", Palestra, Lima, 2009, Página 14.

221. Como se puede apreciar, la LEY ha contemplado expresamente en la exclusión bajo comentario, a la decisión de la Entidad de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales. Por ende, al ser una exclusión imperativa no cabe prescindir de su aplicación y debe respetarse. En ese sentido, las controversias sobre la no aprobación de prestaciones adicionales de obra se encuentran dentro de la valla no arbitrable.
222. Sobre el particular, la CORPORACIÓN ha sostenido que el quinto párrafo del citado artículo 41º de la LEY no se aplica al presente caso, por cuanto en este se trata de un adicional de emergencia, y entiende que la referida disposición legal se refiere únicamente a los Adicionales Ordinarios no existiendo ninguna referencia respecto a los Adicionales de Emergencia. De ahí que alega que no existe impedimento de someter a arbitraje lo relacionado a adicionales de emergencia como es su caso. Incluso esta parte, ha argumentado que la norma citada se refiere a los adicionales de emergencia únicamente en el caso de adicionales mayores al 15%.
223. Este Tribunal Arbitral no comparte las interpretaciones sostenidas por el DEMANDANTE, habida cuenta que el texto expreso del artículo 41º de la LEY no hace las distinciones que formula dicha parte. En efecto, la CORPORACIÓN pretende excluir del artículo 41º a una categoría que es nombrada en el Reglamento y no en la Ley.
224. Sin perjuicio de lo anterior, lo concreto en un arbitraje de derecho es aplicar las normas imperativas, dentro de las cuales se encuentra, precisamente, el quinto párrafo del citado artículo 41º de la LEY, el cual no distingue tipos de adicionales, sino que establece expresamente la decisión de la Entidad de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no podrá ser sometida a arbitraje.
225. Así, en el presente caso, ello implica a criterio de este Tribunal Arbitral que las pretensiones que se derivan del cuestionamiento de la decisión del MINISTERIO de no aprobar el adicional solicitado por los trabajos ejecutados con carácter de emergencia no son materia arbitrable, razón por la cual este Tribunal Arbitral carece de competencia para pronunciarse sobre dichas pretensiones.

El soporte ideal para su arbitraje

226. Si bien la materia no arbitrable no puede ser competencia de este Tribunal, las controversias derivadas de ella sí pueden ser objeto de conocimiento de la Jurisdicción común, vía en la cual la CORPORACIÓN deberá hacer valer los derechos que considere convenientes.
227. Ahora bien, la segunda y tercera pretensiones principales se refieren a solicitudes de Ampliación de Plazo, N° 03 y N° 04, materia que en principio sí es arbitrable. Empero, el Colegiado observa que la causal invocada en la ampliación de plazo N° 03 se funda en una materia no arbitrable, como es un adicional no reconocido. Siendo la ampliación de plazo N° 03 accesoria de la existencia de una causal cuyo reconocimiento ha sido denegado, como es el adicional, dicha materia de la ampliación sigue la suerte de su principal, es decir la no arbitrabilidad del no reconocimiento del adicional de donde pretende fundarse la prórroga de plazo.
228. Por todo lo anterior, el Tribunal Arbitral tiene la convicción racional que las defensas previas promovidas por el MINISTERIO contra las pretensiones que involucran un cuestionamiento a la decisión de dicha Entidad de declarar improcedente la solicitud de aprobación del Adicional de Obra N° 01, emitida con la Resolución Jefatural N° 3076-2012-ED de fecha 28 de septiembre de 2012, deben declararse FUNDADAS.
229. Dentro de tal orden de ideas, corresponde declarar fundada la oposición contra la Primera, Segunda y Tercera Pretensión Principal de la Demanda. Igualmente, corresponde declarar fundada la excepción de Incompetencia contra la Quinta Pretensión Principal de la Demanda.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL RESPECTO DE LA PRETENSIÓN ALTERNATIVA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL, ASÍ COMO DE LA PRETENSIÓN ALTERNATIVA A LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA.

230. El MINISTERIO también formuló Oposición como Defensa Previa contra la Pretensión Alternativa a la Primera Pretensión Principal; así como Excepción de Incompetencia contra la Pretensión Alternativa a la Quinta Pretensión Principal.

El SOPORTE IDEAL PARA SU ARBITRAJE

231. Para el MINEDU las pretensiones de enriquecimiento sin causa sometidas por la CORPORACIÓN al presente arbitraje versan sobre materia no arbitrable.
232. Queda claro, que el título que invoca la CORPORACIÓN en la Pretensión Alternativa a la Primera Pretensión Principal y en la Pretensión Alternativa a la Quinta Pretensión Principal de la Demanda es la de una "acción por enriquecimiento sin causa".
233. De ahí que corresponde determinar si esa materia controvertida consistente en la imputación de enriquecimiento sin causa resulta arbitrable o no.
234. A este efecto, hay que reparar que la competencia del Tribunal Arbitral se encuentra enmarcada en el convenio arbitral, que conforme al inciso 1 del artículo 13º del Decreto Legislativo 1071 es el "acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza".
235. Por esa razón, corresponde señalar que la competencia del Tribunal Arbitral se basa en el convenio arbitral suscrito por las partes y que consta en la cláusula vigésima tercera del Contrato, en donde las partes acordaron en el convenio arbitral lo siguiente:

"En caso no haya acuerdo para la Conciliación, las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato será resuelta mediante arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley y su Reglamento de Contrataciones del Estado.".
236. Ese convenio se enmarca en el alcance del arbitraje obligatorio previsto en la LEY, la que contemplada en el segundo párrafo del artículo 52, una enumeración de las materias arbitrables en los aspectos puntuales de: "controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato".

El soporte ideal para su arbitraje

237. Para el Tribunal Arbitral no cabe duda que el convenio arbitral está ceñido y constreñido a las controversias contractuales. Es únicamente sobre estos temas que el convenio arbitral celebrado entre las partes habilita el acceso de las controversias a arbitraje.
238. Por ende, ninguna controversia ajena al convenio arbitral, esto es ninguna que sea distinta a las controversias derivadas o relacionadas con el contrato, puede ser sometida a arbitraje.
239. Si bien el contrato es una fuente de las obligaciones, ciertamente no es la única, constituyendo el enriquecimiento sin causa una fuente distinta a la contractual donde existe "un desplazamiento patrimonial injusto, en cuya virtud una persona se enriquece, sin causa jurídica a expensas de otro"¹³.
240. En el caso de la segunda pretensión se está ante una acción de enriquecimiento sin causa que no puede ser sometida a arbitraje en virtud al convenio arbitral suscrito entre las partes, por cuanto no deriva propiamente del Contrato sino que obedece a una fuente distinta de obligaciones, ajena al convenio arbitral y por ende ajenita también a la competencia del Tribunal Arbitral.
241. En efecto, para que exista el supuesto de enriquecimiento sin causa tendría que haberse configurado los siguientes requisitos: i) el enriquecimiento de una persona, ii) el empobrecimiento de otra, iii) la relación causal entre los hechos, iv) la ausencia de causa justificante del enriquecimiento y v) la carencia de otra acción útil para remediar el perjuicio.
242. Adviértase que tales requisitos no se derivan del Contrato ni están relacionados con éste, por lo que el enriquecimiento sin causa no se encuentra dentro de los alcances del convenio arbitral contenido en la cláusula vigésima tercera.

243. Para el Tribunal Arbitral, en el caso de autos, la competencia del Colegiado solo y únicamente se encuentra vinculada a resolver los conflictos referidos al contrato y/o relacionados con el mismo, por lo que otras controversias distintas a

¹³ ORAMAS GROSS, Alfonso. "El enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones". Pág. 40.

El SOPORTE IDEAL PARA SU ARBITRAJE

aquellas que pudiesen haber surgido o que surgiesen entre las partes, no se encuentran sometidas a este medio de solución de conflictos, al ser ajena al convenio arbitral.

244. En ese sentido, no corresponde que el Tribunal se avogue a conocer por esta vía arbitral una imputación de enriquecimiento sin causa, materia no contractual y por tanto ajena al convenio arbitral. Dicho convenio arbitral es el que enmarca la competencia del Tribunal Arbitral, no pudiendo éste exceder su conocimiento a materias que tienen una fuente distinta al Contrato, por lo que evidentemente escapan del alcance del convenio arbitral, al ser ajena a aquellas materias contractuales que las partes han decidido someter a arbitraje.
245. El Tribunal Arbitral tiene la convicción racional que una pretensión sobre enriquecimiento sin causa no está cubierta por esta reserva de la cláusula arbitral a materia contractual. Esto es, el Árbitro entiende que la controversia sobre enriquecimiento sin causa no es ni derivada ni relacionada con el Contrato.
246. Para ello basta verificar de una simple revisión de la estructura del Código Civil, que el enriquecimiento sin causa es una de las fuentes de las obligaciones, claramente distinta a la contractual. De esta manera, su alegación difiere del ámbito de ejecución contractual o relacionada con éste.
247. Sin perjuicio de lo indicado, este Tribunal Arbitral reconoce que las partes podían ampliar a otros temas distintos (como puede ser el enriquecimiento sin causa) la cobertura de la vía arbitral. Empero en el presente caso, ello no ha ocurrido, pues la cláusula arbitral no incluyó otros temas no contractuales.
248. En efecto, ante las pretensiones planteadas por la CORPORACIÓN sobre enriquecimiento sin causa, el MINISTERIO en término oportuno ha impugnado la competencia de este Tribunal Arbitral, razón por la cual no se puede afirmar que hubiere operado una ampliación de las materias arbitrables ante la aceptación de ambas partes en el proceso arbitral.

El soporte ideal para su arbitraje

249. Consecuentemente, no existe duda para este Tribunal Arbitral, que carece de competencia para conocer y resolver en este arbitraje de cualquier controversia distinta a la que surja derivada o relacionada con el Contrato, y siendo que la pretensión de enriquecimiento sin causa es una controversia ajena al Contrato, no resulta posible someter la misma al arbitraje.
250. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal aprecia que en la Opinión N° 126-2012/DTN de OSCE no se concluye que la acción de enriquecimiento sin causa sea materia arbitrable en el marco de la Contratación del Estado.
251. Es así que, expresamente en el punto 2.1 y 2.2 de dicha Opinión se establece que:

"En tal sentido, se advierte que la ejecución de prestaciones adicionales implica, necesariamente, la ejecución de presupuestos adicionales que se encuentran fuera del alcance original del contrato, e involucran la erogación de mayores recursos públicos, motivo por lo cual resulta indispensable que para su ejecución se cuente previamente con la autorización del Titular de la Entidad o del funcionario que cuenta con facultades para ello, mediante la emisión de la resolución o acto administrativo en el cual conste la voluntad de aprobar la ejecución de prestaciones adicionales; es decir, sólo procede el pago de prestaciones adicionales que han sido debidamente aprobadas de manera previa a su ejecución. En otros términos, no cabe reconocer prestaciones adicionales ejecutadas sin previa autorización."

2.2 (...)

Sobre la base de lo expuesto, se puede concluir que a una Entidad sólo la vincula válidamente los contratos u obligaciones contractuales en los que el acuerdo de voluntades se ha formado conforme a los procedimientos y formalidades establecidos en la normativa de contrataciones del Estado; en caso contrario, no resulta pertinente referirse a prestaciones o cumplimiento de obligaciones contractuales, ya que no es propiamente una relación contractual la que surge cuando la administración pública no observa los procedimientos o formalidades señaladas en la normativa de contrataciones del Estado".

252. En esos casos, es evidente que no se está ante una materia propiamente de la relación contractual, ante un mecanismo de tutela diferente que debe hacerse valer en la vía judicial.

El soporte ideal para su arbitraje

253. Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que la acción por enriquecimiento sin causa tiene carácter subsidiario o residual, tal como lo consagra el artículo 1955º del Código Civil, de manera que no procede dicha acción cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización.
254. En el presente caso, conforme se ha señalado en el punto 226, si bien la materia no arbitrable referida a la primera y quinta pretensiones principales no puede ser competencia de este Tribunal, las controversias derivadas de ella sí pueden ser objeto de conocimiento de la jurisdicción común, vía en la cual la CORPORACIÓN deberá hacer valer los derechos que considere convenientes. Consecuentemente, es claro que la CORPORACIÓN puede ejercitar otra acción en la vía común para hacer valer los derechos que invoca en sus pretensiones principales, no siendo improcedente recurrir a la acción de enriquecimiento sin causa el DEMANDANTE debe hacer valer el otro medio de tutela del que dispone.
255. Por lo tanto, la Oposición como Defensa Previa contra la Pretensión Alternativa a la Primera Pretensión Principal; así como la Excepción de Incompetencia contra la Pretensión Alternativa a la Quinta Pretensión Principal de la Demanda deben ser declaradas FUNDADAS.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL RESPECTO DE LA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y DE LA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA.

256. Como se sabe las pretensiones accesorias deben guardar estricta dependencia de la pretensión arbitral. Por consiguiente, si se ampara la pretensión principal, en principio ocurre lo propio con la accesoria; o, en sentido contrario, si se desestima la pretensión señalada como principal, también serán rechazadas las pretensiones determinadas como accesorias.
257. En el presente caso, siendo las pretensiones bajo análisis satélites de su principal, lo que se ha decidido respecto de la pretensión principal, determina la decisión a tener sobre su accesoria.

El soporte ideal para su arbitraje

258. Atendiendo el criterio lógico en que han sido propuestas las pretensiones de la Demanda, al haberse declarado INFUNDADA la Segunda y la Tercera Pretensiones Principales de la Demanda, sus accesorias deviene también en INFUNDADAS.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL RESPECTO DE LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA.

259. Con esta pretensión, la CORPORACIÓN busca que se declare la ineficacia de la Resolución Jefatural N° 1176-2013-ED que declaró procedente parcialmente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 09 por 40 días calendarios y se tenga por aceptada dicha solicitud por el plazo de cien (100) días calendarios como pidió el Contratista.
260. De acuerdo a lo señalado por el DEMANDANTE, del plazo solicitado corresponden 25 días por la ejecución del Adicional N° 02 y 90 días por ejecución de las partidas posteriores relacionadas con la pista atlética y que no pudieron ser ejecutadas hasta la aprobación y ejecución del adicional, a lo que se descuentan los 15 días de plazo entre la fecha de notificación de la aprobación del adicional de obra y el vencimiento del plazo contractual.
261. Conforme consta en la Resolución Jefatural N° 1176-2013-ED, el Supervisor mediante informe N° 024-2012-GYMSAC-IET recomendó declarar procedente la ampliación por 85 días calendarios, de los cuales 25 días para la ejecución del Adicional N° 02; 30 días son para la colocación de la pista atlética y 30 días para el curado que debe tener el asfalto antes de la colocación de la pista atlética, eventos que son de ejecución posterior al Adicional N° 02.
262. El MINISTERIO mediante la Resolución Jefatural N° 1176-2013-ED reconoce 40 días calendarios de ampliación, basado en el Informe N° 098-2013-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-GPS de la Coordinadora de Obra, de los cuales 25 días para la ejecución del Adicional N° 02 y 30 días son para la ejecución posterior de las partidas referentes a la construcción de la pista atlética, que hacen un total de 55 días, a los cuales se restan 15 días debido a que la fecha del término contractual estuvo prevista para el 28 de marzo de 2013, y la fecha de

El soporte ideal para su arbitraje

notificación del Adicional N° 02 fue el 13 de marzo de 2013. También precisó que la pista atlética corresponde a la Partida 13.15.00 y se encuentra en el Cronograma de Ejecución de Obra vigente y aprobado por la Entidad.

263. Como puede apreciarse, el Contratista, el Supervisor y la Coordinadora de Obra concuerdan en que para la ejecución del Adicional N° 02 se necesitaban 25 días.
264. Lo que resulta en discusión es el número de días que se requería para ejecutar las partidas sucesoras propias de la ejecución de la pista atlética (tales como movimiento de tierras, curado, colocación del material sintético y demarcación). En efecto, para el Contratista se requerían 90 días, para el Supervisor 75 y para la Coordinadora de Obra 30. Los tres reconocen que se debía restar los 15 días de plazo entre la fecha de notificación de la aprobación del adicional de obra y el vencimiento del plazo contractual.
265. Según su Informe N° 098-2013-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-GPS, la Coordinadora de Obra para calcular el número de días para ejecutar las partidas propias de la de la pista atlética, tomó el plazo de ejecución de acuerdo al cronograma valorizado programado de obra y PERT CPM aprobado por la Entidad, donde se estableció 30 días calendario correspondiente a la Partida 13.15.00.
266. En ese sentido, resulta inexacta la apreciación de la CORPORACIÓN de considerar que estaría probado que el MINISTERIO sin mayor sustento aprobó un plazo absurdo para la ampliación de plazo por únicamente 40 días. Como se verifica en el Informe N° 098-2013-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-GPS ese cálculo es el resultado de verificar que en el cronograma valorizado programado de obra y PERT CPM se contempló sólo 30 días calendario correspondiente a la Partida 13.15.00 de ejecución de la pista atlética.
267. El Contratista no ha explicado la razón por la cual el plazo original previsto para ejecutar la referida partida se extiende en 90 días, tampoco ha aportado prueba pertinente que corrobore sus cálculos.

El SOPORTE IDEAL PARA SU ARBITRAJE

268. No obstante, lo anterior, este Colegiado repara en el hecho que el Supervisor en su Informe N° 024-2012-GYMSAC-IET advierte que "para el movimiento de tierras se requieren 30 días calendarios para realizar los trabajos con las mismas maquinarias a utilizarse ya que no solo se realizará en la zona del acolchonamiento sino también en toda la pista atlética porque dicha partida, se realiza en conjunto para uniformizar el material". El Colegiado entiende que el Supervisor está reconociendo que como consecuencia de la ejecución del Adicional N° 02, la partida de movimiento de tierras de la pista atlética amplió su alcance, lo que conlleva un plazo más extenso de los 30 días en el cronograma valorizado programado de obra y PERT CPM.
269. Atendiendo a la evaluación del Supervisor, el Tribunal llega a la convicción racional que el cálculo de la Coordinadora de Obra no tuvo en cuenta la observación del Supervisor, representando el cálculo de este último la estimación más racional del número de días necesarios para la ejecución de todas las partidas de la pista atlética.
270. Por tanto, al llegar al convencimiento que la ampliación de plazo N° 09 debió otorgarse por 85 días calendarios conforme determinó el Supervisor, el Tribunal llega a la convicción que la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda debe declararse FUNDADA EN PARTE.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL RESPECTO DE LA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA.

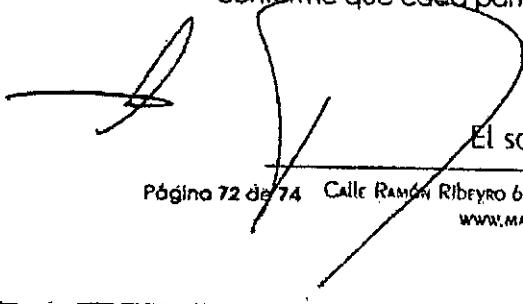
271. Como se señaló, las pretensiones accesorias deben guardar estricta dependencia de la pretensión arbitral. Por consiguiente, si se ampara la pretensión principal, en principio, ocurre lo propio con la accesoria.
272. Sin embargo, en el presente caso, al existir renuncia del Contratista al cobro de mayores gastos generales no corresponde amparar la pretensión accesoria.
273. En efecto, mediante la Carta N° 017-2013-CCTM, el Contratista renuncia a los mayores gastos generales que se deriven de la Ampliación de Plazo N° 9.

El soporte ideal para su arbitraje

274. Siendo los mayores gastos generales un derecho de crédito disponible, cabe la renuncia a tales gastos.
275. El Tribunal aprecia que este argumento de la renuncia está en los considerandos de la Resolución Jefatural N° 1176-2013-ED, así como también en la contestación a la ampliación de la Demanda, no habiendo sido contradicho por la CORPORACIÓN.
276. Por lo expuesto, este Tribunal considera que la Pretensión Accesoria a la Cuarta Pretensión Principal debe declararse INFUNDADA.

XV. DE LOS COSTOS Y COSTAS DEL ARBITRAJE

277. En relación a las costas y costos, los artículos 56, 69, 70 y 73 de la LEY DE ARBITRAJE, disponen que los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre los costos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio, y que, si el convenio no contiene pacto alguno, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo. Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones.
278. Al respecto, los costos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones de los árbitros y de los abogados de las partes; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral o secretaría arbitral.
279. En este sentido, el Tribunal Arbitral ha apreciado durante la prosecución del proceso que ambas partes han actuado, finalmente, basadas en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultan atendibles, y que, por ello, han litigado honestamente y convencidas de sus posiciones ante la controversia. Por consiguiente, considera que no corresponde condenar a ninguna de ellas al pago exclusivo de los gastos del proceso arbitral, y en consecuencia, resulta conforme que cada parte asuma la porción que les corresponde.

El SOPORTE IDEAL PARA SU ARBITRAJE

Por lo que el Tribunal Arbitral por unanimidad:

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la OPOSICIÓN contra la Primera, Segunda y Tercera Pretensión Principal de la Demanda, por las consideraciones expuestas en este laudo.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA contra la Quinta Pretensión Principal de la Demanda, por las consideraciones expuestas en este laudo.

TERCERO: DECLARAR FUNDADA la OPOSICIÓN contra la Pretensión Alternativa a la Primera Pretensión Principal de la Demanda, por las consideraciones expuestas en este laudo.

CUARTO: DECLARAR FUNDADA la EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA contra la Pretensión Alternativa a la Quinta Pretensión Principal de la Demanda, por las consideraciones expuestas en este laudo.

QUINTO: DECLARAR INFUNDADAS la Pretensión Accesoria a la Segunda Pretensión Principal y la Pretensión Accesoria a la Tercera Pretensión Principal de la Demanda, por las consideraciones expuestas en este laudo.

SEXTO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda, consecuentemente declarar la ineficacia de la Resolución Jefatural N°1176-2013-ED en el extremo que aprueba la Ampliación de Plazo N° 09 por 40 días calendario y, procede otorgarse por 85 días calendarios, por las consideraciones expuestas en este laudo.

SÉPTIMO: DECLARAR INFUNDADA la Pretensión Accesoria a la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda, por las consideraciones expuestas en este laudo.

OCTAVO: DECLARAR que no corresponde condenar a ninguna de las partes al pago exclusivo de los gastos del proceso arbitral, y en consecuencia, resulta conforme que cada parte asuma la porción que les corresponde.

El soporte ideal para su arbitraje

Laudo de Derecho.

Casa Arbitral N° 016-2013

Arbitraje seguido por Corporación Constructora Tercer Milenio S.A.C. — Ministerio de Educación U. E. N° 108

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Maccañ (Presidente)

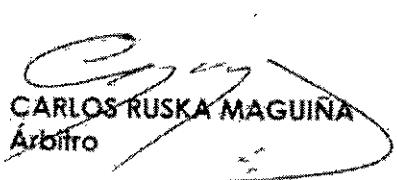
Carlos Ruska Maguina

Marco Antonio Martínez Zamora

NOVENO: FIJAR los honorarios del Tribunal Arbitral en la cantidad de S/. 36,268.14 (Treinta y seis mil doscientos sesenta y ocho y 14/100 Soles) y los servicios de la secretaría arbitral en la cantidad de S/. 9,086.00 (Nueve mil ochenta y seis y 00/100 Soles) incluido el Impuesto General a las Ventas, conforme a las liquidaciones de honorarios dispuestas en su oportunidad.

DÉCIMO: FACULTAR a la secretaría arbitral a remitir copia del laudo al OSCE.

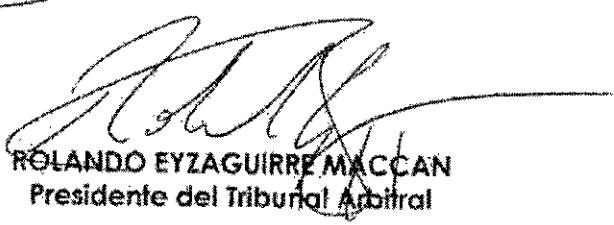
Notifíquese a las partes,


CARLOS RUSKA MAGUINA

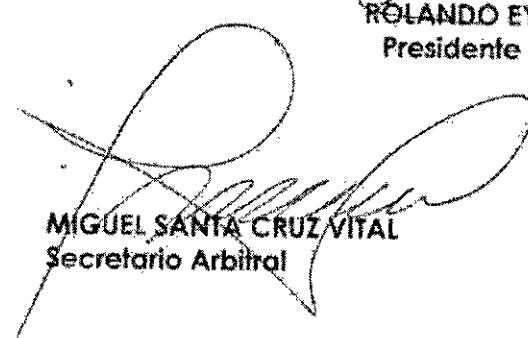
Árbitro


MARCO MARTÍNEZ ZAMORA

Árbitro


ROLANDO EYZAGUIRRE MACCAN

Presidente del Tribunal Arbitral


MIGUEL SANTA CRUZ VITAL

Secretario Arbitral

El soporte ideal para su arbitraje

**INTERPRETACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE
SEGUIDO POR CORPORACIÓN CONSTRUCTORA TERCER MILENIO S.A.C. CONTRA EL
MINISTERIO DE EDUCACIÓN UNIDAD EJECUTORA N° 108, ANTE EL TRIBUNAL
ARBITRAL CONFORMADO POR LOS ABOGADOS ROLANDO EYZAGUIRRE MACCAN
(PRESIDENTE), CARLOS RUSKA MAGUIÑA (ÁRBITRO) Y MARCO ANTONIO MARTÍNEZ
ZAMORA (ÁRBITRO).**

Resolución N° 41

Lima, 10 de enero del
año dos mil diecisiete.-

VISTOS:

El escrito con sumilla "Solicita interpretación del laudo arbitral", presentado el 20 de octubre del año 2016, por el procurador Público del MINISTERIO DE EDUCACIÓN (en adelante, MINISTERIO o DEMANDADO).

I. ANTECEDENTES.

1. El día 05 de octubre del año 2016, a través de la Resolución N° 36, el Tribunal Arbitral por unanimidad expidió el Laudo de Derecho, el mismo que fue notificado a las partes, conforme es de verse en los cargos que obran en estos actuados.
2. Mediante escrito de Vistos presentado por el MINISTERIO, el día 27 de octubre del año 2016, dicha parte formula la solicitud de interpretación del laudo dictado en estos autos,

en los términos que constan del mencionado escrito.

3. En atención al escrito de Vistos, el Tribunal Arbitral, a través de la Resolución N° 37 del 25 de octubre del año 2016, corrió traslado a CORPORACION CONSTRUCTORA TERCER MILENIO (en adelante, DEMANDANTE) de la solicitud presentada por el MINISTERIO, otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles para que manifieste lo que consideren conveniente a su derecho.
4. A través de la Resolución N° 38 del 25 de noviembre del año 2016, el Tribunal Arbitral dejó constancia que el Demandante no cumplió con absolver el traslado de la solicitud de interpretación del laudo formulada por el MINISTERIO a través del escrito de Vistos, y dispuso resolver la misma dentro del plazo de quince (15) días, prorrogables por igual término.
5. Posteriormente, mediante la Resolución N° 39 del 15 de diciembre del año 2016, el Tribunal Arbitral amplió en quince (15) días adicionales el plazo para resolver la solicitud de interpretación del laudo arbitral formulada por el MINISTERIO, el mismo que vencerá indefectiblemente el día 12 de enero del año 2017.

6. En consecuencia, este colegiado arbitral por unanimidad procede a resolver dentro del plazo establecido.

II. MARCO CONCEPTUAL Y LEGAL APLICABLE.-

7. El Tribunal Arbitral considera que antes de iniciar el análisis de la solicitud presentada por el MINISTERIO, resulta pertinente realizar un apretado resumen del marco conceptual que se aplicará para analizar la misma y que servirá de sustento de ésta resolución.
8. El análisis del marco conceptual estará orientado a definir los alcances, desde el punto de vista legal y doctrinario, de la solicitud de interpretación del laudo formulada por el DEMANDADO y, a partir de ello, se evaluará si ésta se condice con el citado marco conceptual.

INTERPRETACIÓN.-

9. En relación con la solicitud de interpretación del laudo, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1) literal b) del artículo 58º del Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, LEY DE ARBITRAJE), se establece que corresponde a los árbitros interpretar el laudo cuando exista:

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Macan (Presidente)
Carlos Ruska Maguña
Marco Antonio Martínez Zamora

"algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución".

(El resultado es nuestro)

10. Sobre la base de lo señalado en el numeral precedente, se concluye que la interpretación tiene por objeto solicitar al Tribunal Arbitral que aclare:

- a. **Los extremos de la parte resolutiva que resulten oscuros o que aparezcan dudosos.**
- b. **Los eslabones de la cadena de razonamiento que por ser oscuros o dudosos resulten determinantes en el entendimiento de la parte resolutiva del laudo, es decir, en aquello que se declara u ordena hacer o dejar de hacer a las partes del arbitraje.**

11. En ese sentido, queda claro para los árbitros que suscriben la presente resolución que, lo único que procede interpretar es la parte resolutiva de un laudo, es decir, la parte decisoria y únicamente de manera excepcional la parte considerativa, en cuanto ésta pudiera influir en los alcances de la parte resolutiva.

12. Sobre este particular, la doctrina arbitral es muy estricta al calificar las facultades de los árbitros para interpretar su laudo. Al respecto, Craig, Park y Paulsson se pronuncian en los siguientes términos:

*"El propósito de la norma es permitir la aclaración de un laudo para permitir su correcta ejecución (como, por ejemplo, si pareciera haber mandatos en conflicto en la parte operativa del laudo). Esta no puede ser usada para requerir al Tribunal que explique, o que reformule, sus razones. Esta no provee una ocasión para que el Tribunal reconsideré su decisión. Si esa fuera la base de la solicitud de la parte el Tribunal tendría fundamentos de sobra de encontrar como innecesario o inapropiado el conceder la "interpretación" requerida"*¹.

(El subrayado es nuestro)

13. De igual forma, Williams y Buchanan, comentando las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL que inspiraron nuestra LEY DE ARBITRAJE, señalan lo siguiente:

"Durante la redacción de las Reglas de Uncitral (...) se consideró reemplazar la palabra "interpretación" por "aclaración" o "explicación". Sin embargo, en la versión final de las Reglas se mantuvo el término "interpretación". La historia legislativa de las Reglas de UNCITRAL indica que el término

¹ Traducción libre del siguiente texto: "The purpose of the provision is to permit clarification of an award so as to permit its correct execution (as, for instance, if there would appear to be conflicting commands in the operative sections of the award). It is not to be used to require the tribunal to explain, or to reformulate, its reasons. It does not provide an occasion for the reconsideration by the tribunal of its decision. Should this be the basis of the party's application the tribunal will be quite justified in finding it unnecessary or inappropriate to render the requested 'interpretation'". W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, "International Chamber of Commerce Arbitration", ob. cit., 3era. Ed., 408.

*"interpretación" tuvo la intención de referirse a la aclaración de la parte dispositiva del laudo. El Tribunal puede ser requerido para clarificar el propósito del laudo y las obligaciones y derechos resultantes para las partes, pero no para volver a visitar o reelaborar las razones del laudo"*².

(El subrayado es nuestro)

14. Por su parte, la española Silvia Barona Vilar³, señala sobre la interpretación del laudo:

"(...) por definición no debe suponer en ningún caso un cambio de sentido y espíritu del fallo de la resolución arbitral, de modo que no es posible en la función aclaratoria por el órgano arbitral extralimitarse del contexto interpretativo de lo anteriormente manifestado o razonado...".

(Lo resaltado es nuestro)

15. La doctrina nacional sigue la misma línea que la internacional, tal y como se aprecia de lo

² Traducción libre del siguiente texto: "During the drafting of the UNCITRAL Rules, the Working Party considered replacing the word 'interpretation' with 'clarification' or 'explanation'. However in the final version of the Rules 'interpretation' was retained. The legislative history of the UNCITRAL Rules indicates that the term 'interpretation' was intended to refer to clarification of the dispositiive part of the award. The tribunal can be requested to clarify 'the purpose of the award and the resultant obligations and rights of the parties' but not to revisit or elaborate upon the reasons for the award". David A.R. WILLIAMS & Amy BUCHANAN, Correction and Interpretation of Awards Under Article 33 of the Model Law. En: International Arbitration Law Review, Vol. 4, No. 4, 2001.p. 121.

³ BARONA VILAR, Silvia, "Comentarios a la Ley de Arbitraje" segunda edición 2011, Civitas-Thomson Reuters, Edit Arazandi S.A Navarra, España, p. 1597.

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Macan (Presidente)
Carlos Ruska Maguina
Marco Antonio Martínez Zamora

señalado por el doctor Juan Monroy⁴ quien expresa:

"(...) otro tema trascendente del pedido de aclaración es su límite objetivo: no puede ir más allá de la resolución que aclara, es decir, no es una vía para que la resolución termine diciendo aquello que antes de la aclaración no aparecía esencialmente".

(El subrayado es nuestro)

16. Sobre la base de lo antes expuesto, el Tribunal Arbitral considera, que a través de una solicitud de interpretación (antes denominada aclaración por la Ley de Arbitraje derogada), no será posible solicitar la alteración o modificación del contenido o de los fundamentos de la decisión adoptada en el laudo, pues de ser así, se estaría concediendo a la interpretación la naturaleza de recurso impugnatorio, que es propia del recurso de apelación.

17. Debe tenerse en cuenta que, cualquier solicitud de interpretación que esté referida a cuestionar los fundamentos, la evaluación de las pruebas o al razonamiento efectuado por los árbitros al dictar el laudo, en la medida que encubra en realidad un cuestionamiento al fondo de lo

⁴ MONROY GÁLVEZ, Juan. La formación del proceso peruano. Escritos reunidos. Lima; Editorial Comunidad, 2003, p. 219.

decidido, deberá de ser declarada improcedente.

III. CONSIDERANDOS.-

III.1. Solicitud de interpretación del laudo formulada por el MINISTERIO

18. Se aprecia de estos actuados que el MINISTERIO, mediante el escrito de Vistos presentado el día 20 de octubre del año 2016, solicita la interpretación respecto del quinto resolutivo del laudo dictado por el Tribunal Arbitral por unanimidad, sobre la base de los siguientes argumentos que en un apretado resumen pasamos a exponer en los siguientes numerales.

19. Señala el MINISTERIO que en el quinto resolutivo se ha declarado infundadas la primera pretensión accesoria a la segunda pretensión principal. Así como la pretensión accesoria a la tercera pretensión principal de la demanda.

20. Asimismo, dentro de las consideraciones expuestas por el Tribunal en el Laudo Arbitral, específicamente en su numeral 258, se concluyó que al haberse declarado INFUNDADAS la segunda y tercera pretensiones principales de la demanda, sus accesorias devienen también en INFUNDADAS

21. Sobre este particular, el MINISTERIO considera que el Tribunal Arbitral en el primer resolutivo del Laudo Arbitral no declaró INFUNDADAS la primera, segunda y tercera pretensiones principales de la demanda, sino por el contrario declaró FUNDADA la Oposición interpuesta por el Demandado contra dichas pretensiones, toda vez que el Colegiado reconoció expresamente que carecía de competencia para pronunciarse sobre el fondo de las mencionadas pretensiones.

22. Al respecto, el MINISTERIO entiende que bajo un criterio lógico se desprende que la primera, segunda y tercera pretensiones principales de la demanda devinieron en IMPROCEDENTES y no en INFUNDADAS como ha señalado el Colegiado.

23. Precisa el MINISTERIO, que de igual manera, al depender las pretensiones accesorias de sus pretensiones principales, tanto la primera pretensión accesoria a la segunda pretensión principal como la primera pretensión accesoria a la segunda pretensión principal también devendrían en IMPROCEDENTES.

24. Sobre la base de lo señalado anteriormente, el MINISTERIO expresa en su escrito de Vistos que al advertirse claramente un extremo impreciso del laudo Arbitral, solicita la INTERPRETACIÓN DEL QUINTO RESOLUTIVO DEL LAUDO ARBITRAL.

III.2. Posición del Tribunal Arbitral respecto a la solicitud de interpretación formulada por el MINISTERIO.

25. Luego de haber efectuado un apretado resumen de la posición del MINISTERIO respecto de la solicitud de interpretación formulada a través del escrito de Vistos, corresponde a continuación que el Tribunal Arbitral efectúe el análisis de la misma a fin de poder emitir su pronunciamiento.
26. Como ha sido señalado por el MINEDU, en el primer punto resolutivo del Laudo se declaró Fundada la Oposición contra la la primera, segunda y tercera pretensiones principales de la demanda, es decir, se admitió el cuestionamiento a la competencia del Tribunal para conocer respecto de dichas pretensiones.
27. En consecuencia, no cabe duda que dichas pretensiones resultan IMPROCEDENTES y no como se declaró INFUNDADAS, dado que se ha amparado la defensa de forma y no ha habido pronunciamiento sobre los fundamentos de fondo de tales pretensiones.
28. Siendo ello así, en la medida que las pretensiones accesorias siguen la suerte de sus principales, es evidente que éstas también devienen en IMPROCEDENTES y no como se declaró INFUNDADAS.
29. Por esas consideraciones, el Tribunal acusa imprecisión en el tenor del quinto resolutivo del Laudo Arbitral, por lo que con la finalidad de generar plena claridad en la manera como debe interpretarse el Quinto Resolutivo del Laudo, el Tribunal Arbitral precisa que se Declaran IMPROCEDENTES la Primera Accesoria a la Segunda Pretensión Principal y la Pretensión Accesoria a la Tercera Pretensión Principal de la Demanda.
30. Por las consideraciones antes expuestas, el Tribunal Arbitral considera que la

solicitud de interpretación del laudo formulada por el MINISTERIO deberá ser declarada FUNDADA.

Por lo que el Tribunal Arbitral, por unanimidad;

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la solicitud de interpretación respecto del Quinto Resolutivo del Laudo Arbitral promovida por el MINISTERIO, y en consecuencia, se precisa que se declaran **IMPROCEDENTES** la **Pretensión Accesoria** a la **Segunda Pretensión Principal** y la **Pretensión Accesoria** a la **Tercera Pretensión Principal de la Demanda**.

SEGUNDO: La presente resolución forma parte del laudo, conforme a lo dispuesto en el artículo 58 numeral 2 de la LEY DE ARBITRAJE.

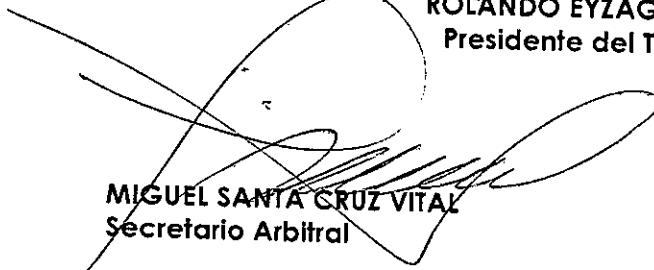
TERCERO: Se autoriza a la secretaría para que remita copia de la presente resolución a la OSCE.

Notifíquese a las partes,


CARLOS RUSKA MAGUINA
Árbitro


MARCO MARTÍNEZ ZAMORA
Árbitro


ROLANDO EYZAGUIRRE MACCAN
Presidente del Tribunal Arbitral


MIGUEL SANTA CRUZ VITAL
Secretario Arbitral