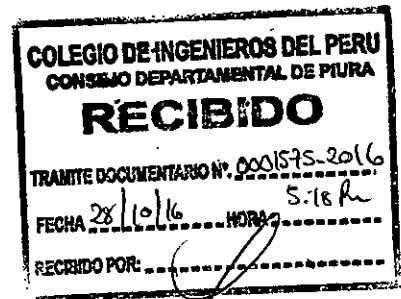


Expediente N° 030-2011-CCA-CIP-CDP
Caso Arbitral
Consortio Las Mercedes
Gobierno Regional de Piura



LAUDO ARBITRAL

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO EN EL PROCESO SEGUIDO POR EL CONSORCIO LAS MERCEDES CONTRA EL GOBIERNO REGIONAL DE PIURA, ANTE EL TRIBUNAL ARBITRAL CONFORMADO POR LOS ABOGADOS NAPOLEÓN ZAPATA AVELLANEDA (PRESIDENTE), CÉSAR BENAVENTE LEIGH Y MARCO ANTONIO MARTÍNEZ ZAMORA.

Resolución N° 14

Lima, 28 de octubre de 2016

VISTOS:

I.

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

1. El día 17 de diciembre de 2009, el **Consortio Las Mercedes (en adelante, CONSORCIO o DEMANDANTE)** y el **Gobierno Regional de Piura (en adelante, ENTIDAD o DEMANDADA)** suscribieron el Contrato N° 013-2009 derivado del Proceso de Selección bajo el ámbito del D.U N° 041-2009-N° 004-2009/GGR-GRI-DGC, convocado para la "Construcción de Infraestructura de la Institución Educativa Nuestra Señora de las Mercedes del distrito de Paita", por un monto ascendente de S/8 536,107.88 (Ocho Millones Quinientos Treinta y Seis Mil Ciento Siete con 88/100 Soles), (en adelante, CONTRATO).
2. En la Cláusula Vigésima del CONTRATO, se estipuló que cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar arbitraje bajo la organización y administración del Centro de Conciliación y Arbitraje del Colegio de Ingenieros del Perú, Consejo Departamental de Piura, de acuerdo con sus Reglamentos Procesales de Arbitraje respectivos. Las partes, con su participación y actos en el presente proceso, han ratificado su conformidad con la competencia arbitral y con el desarrollo del presente proceso.

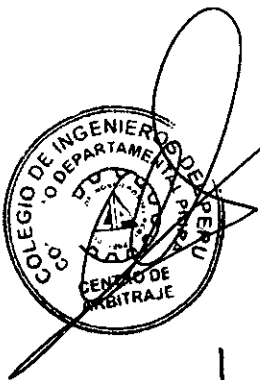
II. INSTALACIÓN DE ARBITRAJE

3. El día 23 de mayo de 2012 se llevó a cabo la Audiencia de instalación del Tribunal Arbitral, conformado por los abogados Napoleón Zapata Avellaneda (Presidente), César Benavente Leigh y Marco Antonio Martínez Zamora, quienes declararon haber sido debidamente designados de acuerdo a la ley y al convenio arbitral celebrado, ratificando su aceptación al cargo y señalando que no tenían ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes, obligándose a desempeñar con imparcialidad y probidad la labor encomendada.

III. DE LA DEMANDA PRESENTADA POR EL CONSORCIO

4. Mediante escrito ingresado con fecha 15 de junio del 2012, el CONSORCIO presenta su escrito de demanda, solicitando lo siguiente:

- A) **Pretensión N° 1:** Que, se disponga al Gobierno Regional Piura pague al accionante los mayores gastos generales por los cuarenta y tres (43) días calendario del periodo comprendido entre el 08 de enero del 2010 al 19 de febrero del 2010, lapso de tiempo que demoró para absolver las observaciones formuladas al Expediente Técnico en virtud del art. 152° del D.S. N° 184-2008-EF y que suman ciento cuarenta y un mil ochocientos cuarenta y siete con 07/100 nuevos soles (S/.141,847.07), mas sus respectivos intereses hasta la fecha de su efectivo pago.
- B) **Pretensión N° 2:** Que, se ordene a la Entidad tenga por válidas las Resoluciones Ejecutivas Regionales N° 897 y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR, del 18 de octubre del 2010, al haber sido emitidas dentro de la ejecución de un contrato administrativo de obra, como lo es el contrato N° 013-2009; y, como consecuencia de ello, se declare nula la Resolución Ejecutiva Regional N° 1136-2011/GOBIERNO REGIONAL PIURA-PR del 14 de diciembre del 2011, mediante la cual se autoriza a la Procuraduría Pública Regional a obtener la nulidad de las resoluciones antes aludidas, en sede judicial.
- C) **Pretensión N° 3:** Que, se disponga a la Entidad efectúe el pago de las Valorizaciones N° 02 y N° 03 del Adicional de Obra N° 02, que fueran presentadas con fecha 07 de noviembre del 2011 y 05 de enero del 2012 al supervisor de obra, por un monto total de S/ 316,660.06 (trescientos dieciséis mil seiscientos sesenta con 06/100 nuevos soles) más el correspondiente pago de los intereses hasta la fecha efectivo del pago.
- D) **Pretensión N° 4:** Que, la Entidad asuma los gastos ocasionados al contratista por mantener vigente innecesariamente la carta fianza por la ampliación de la garantía de fiel cumplimiento por el adicional de obra N° 02 los mismos que ascienden hasta la fecha a S/. 2,193.01 (dos mil ciento noventa y tres con 07/100 nuevos soles) con el correspondiente reconocimiento de los intereses hasta la fecha efectiva de su pago.
- E) **Pretensión N° 5:** Que, la Entidad asuma el pago de los mayores gastos generales por los treinta y cinco (35) días calendario de la ampliación de plazo N° 05 aprobada con la Resolución Gerencial Regional N° 285-2011/GOB.REG.PIURA-GGR del 01 de diciembre del 2011; y como consecuencia de ello, pague al accionante la suma de ciento ocho mil ochocientos cincuenta y nueve con 38/100 nuevos soles (S/. 108,859.38) más sus respectivos intereses hasta la fecha de su efectivo pago a nuestro favor.



F) **Pretensión N° 6:** Que, se disponga a la Entidad corrija el artículo primero de la Resolución Gerencial Regional N° 2855-2011/GOB.REG.PIURA-GRI del 01 de diciembre del 2011, en el extremo referido al pago de los gastos generales; el cual deber ser por los treinta y cinco (35) días calendario de ampliación de plazo aprobada y no por siete (07) días calendario como lo pretende.

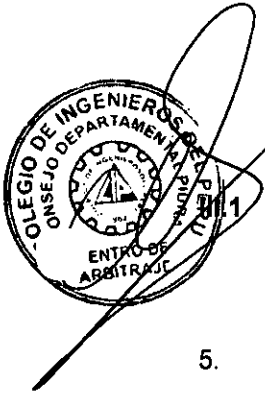
G) **Pretensión N° 7:** Que, se ordene a la Entidad pague por concepto de Indemnización de daños y perjuicios la suma de Doscientos mil nuevos soles (S/. 200,000.00) por todos los daños causados al consorcio por la indebida retención del pago de las valorizaciones N° 02 y N° 03 del Adicional de Obra N° 02.

H) **Pretensión N° 8:** Que, se ordene a la Entidad asuma el pago de los costos del presente proceso arbitral.

Fundamentos de Hecho

Sobre el reconocimiento de los mayores gastos generales de la ampliación de plazo N° 01

5. Con fecha 17 de diciembre del 2009, el CONSORCIO demandante y el Gobierno Regional de Piura suscribieron el Contrato N° 013-2009, para la ejecución de la Obra: *"Construcción de Infraestructura de la Institución Educativa Nuestra Señora de Las Mercedes del Distrito de Paita"*.
6. Posteriormente, con fecha 30 de diciembre del 2009, mediante Carta N° 004-2009-CLM, el CONSORCIO formuló Observaciones al Expediente Técnico por la omisión de Partidas, Mayores Metrados y Cuantificación de Sub Partidas en las Especialidades de Estructuras, Arquitectura e Instalaciones Eléctricas, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 152° del Reglamento.
7. La ENTIDAD responde las observaciones realizadas por el CONSORCIO mediante Oficio N° 016-2010/GRP-440300 recepcionado el día 13 de enero del 2010; sin embargo, dicho documento no reúne las formalidades previstas en el Art. 152° del Reglamento, pues, si bien se acogieron algunas de las observaciones formuladas, la ENTIDAD no hizo entrega de las modificaciones o correcciones; simplemente se limitó a comunicar al CONSORCIO las absoluciones realizadas por el Proyectista.
8. Frente a ello, mediante Carta con fecha 07 de enero del 2010, el CONSORCIO solicitó la cuantificación de Mayores Metrados en las Obras Provisionales, con las cuales se daba inicio a la Ruta Crítica de la Obra y se dejó constancia de la imposibilidad de iniciar los trabajos en Obra, en tanto no se aprobara el correspondiente Adicional de Obra. Asimismo, el CONSORCIO señala que el plazo de ejecución de obra se iniciaba el día 08 de enero del 2010, día siguiente de la efectivización del Adelanto Directo.
9. La ENTIDAD, mediante Resolución Gerencial Regional N° 012-2010/GOB.REG.PIURA-GRI notificada el 03 de Febrero del 2010, aprobó la Modificación N° 01 del Expediente Técnico de la Obra: Construcción de Infraestructura de la Institución Educativa Nuestra Señora de Las Mercedes del Distrito de Paita, por la inclusión de las Partidas 01.06 Caseta de Almacén, Guardianía, Ing. Supervisor, Ing. Residente, Vestuario Obrero y Comedor; y, 01.07 Cerco Provisional de Esteras, cuyos precios



unitarios fueron pactados, según Acta de Pactación de Precios del 20 de Enero del 2010 suscrita entre el Residente y la Supervisión.

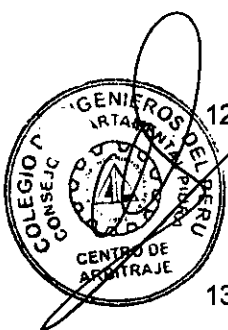
10. En este sentido, ésta modificación originó que, mediante Carta N° 012-2010-CLM del 05 de febrero del 2010, se solicitara la aprobación del Presupuesto Adicional de Obra N° 01 por la inclusión de las Partidas '01.06 y 01.07. Asimismo, el CONSORCIO señala que dicho presupuesto fue aprobado con la Resolución Ejecutiva Regional N° 098-2010/GOB.REG.PIURA-PR notificada el 19 de febrero del 2010.

11. Por ello, mediante Carta N° 016-2010-CLM del 26 de febrero del 2010, el CONSORCIO solicita la Ampliación de Plazo N° 01 por ochenta y seis (86) días calendario: cuarenta y tres (43) días calendario por los atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al Contratista, del 08 de Enero del 2010 al 19 de Febrero del 2010; y, cuarenta y tres (43) días calendario para la ejecución de los trabajos de las partidas nuevas del Adicional de Obra N° 01.

12. En consecuencia, la ENTIDAD emite la Resolución Gerencial Regional N° 049-2010/GOB.REG.PIURA-GRI notificada el 18 de marzo del 2010, con la cual se aprobó la Ampliación de Plazo N° 01 por Treinta y Seis (36) días calendario para la ejecución de los trabajos de las Partidas Nuevas del Adicional de Obra N° 01.

13. En tal sentido, el CONSORCIO señala que la fecha de inicio de Obra se computaba a partir del 08 de enero del 2010, por lo que, al emitirse con fecha 18 de Febrero del 2010 la Resolución Ejecutiva Regional N° 098-2010/GOB.REG.PIURA-PR mediante la cual se aprueba el Adicional de Obra N° 01 que incluye las Partidas 01.06 y 01.07 han transcurrido cuarenta y tres (43) días calendario, que si bien no fueron reconocidos como parte de la Ampliación de Plazo N° 01 -aprobada mediante la Resolución Gerencial Regional N° 049-2010/GOB.REG.PIURA-GRI- en dicho resolutivo sí se expuso que le correspondía al CONSORCIO el pago de los Mayores Gastos Generales Variables por dicho período:

- En el Cuarto Considerando, se ha transcrito la Carta N° 005-2010-AGG/SUPERVISION/LAS MERCEDES del 04 de Marzo del 2010, emitida por el Supervisor de Obra y quien en dicho documento señala "Que no corresponde ampliación de plazo por el inicio de la ejecución de obra el 08 de Enero del 2010 por aprobación del Adicional N° 01, y que la Entidad Ejecutora solo reconozca al Contratista Consortio Las Mercedes, los Gastos Generales Variables que deben ser debidamente sustentados por el contratista".
- En el Quinto Considerando, se hace alusión al Oficio N° 012-2010-CONSULT-CONSORCIO A/S. MERCEDES/J. SUP. del 10 de Marzo del 2010, suscrito por el Jefe de la Supervisión y en el cual recomienda "1) Que la Entidad Ejecutora reconozca al contratista los gastos generales variables incurridos durante los 43 días calendario, los mismos que deberán ser debidamente sustentados por el contratista, indicando que esto no significa reconocimiento de ampliación de plazo por este concepto".
- En el Sexto Considerando, se señala que con el Informe N° 573-2010/GRP-440310 del 16 de Marzo del 2010, el Director de Obras del Gobierno Regional de Piura, Entidad contratante, hace suyo lo indicado en el Oficio N° 012-2010-CONSULT-CONSORCIO N.S. MERCEDES/J. SUP., de donde se desprende que la mencionada



Dirección estaba de acuerdo con que se pague al contratista los gastos generales variables incurridos durante los 43 días calendario.

- En el Séptimo Considerando, se transcribe el Memorando N° 812-2010/GRP-440300 de fecha 16 de Marzo del 2010, emitido por la Dirección General de Construcción, en el cual se indica que *"sobre los primeros 43 días calendario del 08 de Enero del 2010 al 19 de Febrero del 2010 por el inicio de obra el contratista deberá sustentar los gastos generales en este periodo, indicando que esto no genera reconocimiento de ampliación de plazo"*.

14. En efecto, el CONSORCIO indica que, de los considerandos de la Resolución Gerencial Regional N° 049-2010/GOB.REG.PIURA-GRI antes glosados, se desprende que tanto la Supervisión Externa-Supervisor de Obra y Jefe de Supervisión-, como la Dirección de Obras y la Dirección General de Construcción se han pronunciado favorablemente porque se reconozca al contratista los Gastos Generales Variables incurridos durante los cuarenta y tres (43) días calendario del 08 de Enero al 19 de Febrero de 2010; sin embargo, la ENTIDAD sin sustentar su decisión opto por no reconocer dichos gastos, siendo ella la única responsable del no inicio de la ejecución contractual a partir del 08 de Enero del 2010.

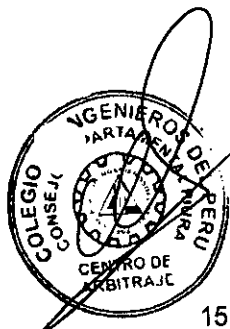
15. Posteriormente, mediante Carta N° 049-2010/CLM notificada el 25 de junio de 2010 el CONSORCIO reiteró el requerimiento de pago, el cual no había sido atendido hasta la fecha.

16. Por otro lado, el CONSORCIO señala que la ENTIDAD, mediante Oficio N° 016-2010/GRP-440300 notificado el 12 de Enero del 2010, mediante el cual absuelve las Observaciones formuladas al Expediente Técnico, trasgredió el procedimiento señalado en el Art. 152° del Reglamento.

17. Conforme a todo lo antes mencionado, se señala que, habiendo solicitado el CONSORCIO con fecha 07 de enero del 2010, la cuantificación de Mayores Metrados en las Obras Provisionales, con las cuales se daba inicio a la Ruta Crítica de la Obra, resultaba físicamente imposible iniciar la ejecución de los trabajos en Obra el día 08 de enero del 2010.

18. Se sostiene que, dichos trabajos recién se pudieron ejecutar a partir del 20 de febrero del 2010, día siguiente de la notificación de la Resolución Ejecutiva Regional N° 098-2010/GOB.REG.PIURA-PR, mediante la cual se Aprueba el Adicional de Obra N° 01 que incluye las Partidas 01.06 y 01.07.

19. Finalmente, el CONSORCIO alega que, desde el 08 de Enero del 2010 al 19 de Febrero del 2010, no se pudo ejecutar trabajo alguno por causas imputables a la Entidad; por lo que corresponde que los Gastos Generales que tuvo que asumir el Consorcio durante dicho lapso de tiempo y cuya Valorización se presentó oportunamente, sean pagados por la Entidad.

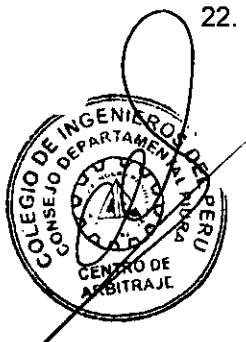


Sobre la validez de las Resoluciones Ejecutivas Regionales que aprueban el Deductivo N° 01 y el Adicional de Obra N° 02

20. Al respecto, el CONSORCIO señala que resulta conveniente se tenga presente lo dispuesto en los artículos 5 y 41 de la Ley de Contrataciones del Estado, así como el artículo 153 y 207 del Reglamento.
21. Conforme a ello, se señala que la ENTIDAD, mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 1136-2011/GOBIERNO REGIONAL PIURA-PR del 14 de Diciembre del 2011, ha autorizado a la Procuradora Pública Regional para que realice las acciones tendientes a obtener la Nulidad de las Resoluciones Ejecutivas Regionales N° 897 y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR, ambas de fecha 18 de Octubre del 2010, mediante las cuales se aprobó el Deductivo de Obra N° 01 y el Adicional de Obra N° 02, respectivamente.
22. En tal sentido, el CONSORCIO alega que la ENTIDAD al emitir ésta Resolución, está desconociendo que en la Cláusula Vigésima del Contrato N° 013-2009 suscrito, se ha estipulado que para todos los efectos de la solución de controversias, ambas partes acuerdan aplicar la siguiente cláusula arbitral:

Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieren a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, bajo la organización y administración del Centro de Conciliación y Arbitraje del Colegio de Ingenieros del Perú, Consejo Departamental de Piura, de acuerdo con sus Reglamentos Procesales de Arbitraje respectivos. Acordándose que cada una de las partes designará un árbitro, y los árbitros así nombrados, en el plazo máximo de quince (15) días, de producirse la aceptación del último de los árbitros, nombrarán al tercero, quién presidirá el Tribunal, de no existir acuerdo, dicha designación la efectuara la Institución Arbitral seleccionada. Acordándose que las designaciones recaerán necesariamente en profesionales que cuenten con especialización acreditada en contrataciones del Estado.

23. Al respecto, la ENTIDAD mediante la Resolución Ejecutiva Regional N° 897-2010/GOB.REG.PIURA-PR del 18 de Octubre del 2010, se aprobó el Presupuesto Deductivo N° 01, por la modificación del Precio Unitario de la Partida 03.03.02 relleno con material de préstamo dentro de la Especialidad de Estructuras en la ejecución de la Obra, por el monto de SI. 66,608.68 (Sesenta y Seis Mil Seiscientos Ocho con 68/100 Nuevos Soles), que representa el 0.77% del monto del contrato.
24. Asimismo, mediante la Resolución Ejecutiva Regional N° 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR del 18 de Octubre del 2010, se aprobó el Presupuesto Adicional de Obra N° 02, por la inclusión de las siguientes Partidas:
- 02.19.00 Empalme de Media Tensión
 - 02.19.01 Empalme de Media Tensión a la Red ENOSA dentro de la Especialidad de Instalaciones Eléctricas.
 - Modificación del Precio Unitario de la Partida 03.03.02 relleno con Material de Préstamo dentro de la Especialidad de Estructuras; y, Mayores Metrados en el Sub presupuesto de Estructuras.
 - 03.01.01 Excavación manual hasta fondo de cimentación
 - 03.01.02 Excavación para cimentación (inc. Cisterna -Obras EXT)



- 03.02 Corte
- 03.03.01 Relleno con material propio
- 03.06 Eliminación de material excedente (Dp=5 Km.) en la ejecución de la Obra: Construcción de Infraestructura de la Institución Educativa Nuestra Señora de Las Mercedes del Distrito de Paita, por el monto de S/. 409,281.29 (Cuatrocientos Nueve Mil Doscientos Ochenta y Uno con 29/100 Nuevos Soles), que representa el 4.77% del monto del contrato.

25. El CONSORCIO expone que dichas Resoluciones fueron emitidas como consecuencia de la Modificación del Expediente Técnico de la Obra, el cual fue aprobado con la Resolución Gerencial Regional N° 068-2010/GOBIERNO REGIONAL PIURA-GRI del 19 de Abril del 2010.

26. En esta línea, se resalta que la Resolución Gerencial Regional N° 068-2010/GOBIERNO REGIONAL PIURA-GRI del 19 de Abril del 2010, ha sido emitida de conformidad con el artículo 5 de la Ley de Contrataciones con el Estado donde se señala que "El Titular de la Entidad puede delegar, mediante resolución, la autoridad que la presente norma le otorga", y conforme al artículo 153 del Reglamento, que dispone que "La Entidad es responsable frente al contratista de las modificaciones que ordene y apruebe en los proyectos, (...) o de 'aquellos cambios que se generen debido a la necesidad de la ejecución de los mismos'".

27. Consecuentemente, el CONSORCIO ratifica que la modificación N° 02 del Expediente Técnico, deviene en válida y eficaz, siendo que la ENTIDAD, de igual modo, procedió a emitir las Resoluciones Ejecutivas Regionales N° 897 y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR, ambas de fecha 18 de Octubre del 2010, mediante las cuales se Aprobó el Deductivo de Obra N° 01 y el Adicional de Obra N° 02, respectivamente, conforme lo establece el artículo 207 del Reglamento.

28. Aunado a ello, el CONSORCIO resalta que el Adicional de Obra N° 02 ha sido ejecutado al 100% tal como se puede verificar en el Asiento N° 974 del Cuaderno de Obra, de fecha 05 de Noviembre del 2011, en el cual su Residente de Obra anotó que "(...) *dicho Adicional en lo concerniente a estructuras esta ya al 100%; razón por la cual indicamos sus metrados para presentar Valorización N° 02 (...)*". Esta información fue confirmada por el Supervisor de Obra, en el Asiento N° 975 del Cuaderno de Obra, del 05 de Noviembre del 2011, en el cual anoto que "*La Supervisión verifica que se han ejecutado las partidas del Adicional indicado por el Residente en el Asiento N° 974. Por lo que el Contratista debe presentar la Valorización correspondiente al Adicional N° 02 para su revisión y presentación a la Entidad*".

29. Conforme a ello, el CONSORCIO señala que los hechos antes expuestos no se enmarcan dentro de lo señalado en el Art. 41° de la Ley, que estipula lo siguiente:

"(...) La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no podrá ser sometida a arbitraje. Tampoco 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 (...)"



30. En vista de ello, se afirma que la materia sería arbitrable, toda vez que el Deductivo de Obra N° 01 y el Adicional de Obra N° 02, que fueran aprobados por medio de las Resoluciones Ejecutivas Regionales N° 897 y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR, al no existir norma legal alguna que prohíba que los Deductivos de Obra sean sometidos al procedimiento arbitral, y en el caso del Adicional de Obra éste fue aprobado por la Entidad contratante y ejecutado al 100%, lo cual es muy diferente a cuestionar la decisión de la Entidad de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales.
31. También se precisa que, de igual manera sucede en el caso de la Resolución Gerencial Regional N° 068-2010/GOBIERNO REGIONAL PIURA-GRI, con la que se Aprobó la Modificación N° 02 del Expediente Técnico de la Obra ya mencionada, pues, éste resolutivo fue emitido de conformidad con lo señalado en el Art. 153° del Reglamento, vale decir, bajo responsabilidad de la ENTIDAD.
32. Bajo tal escenario, corresponde evaluar si concurren los presupuestos legales para que se declare la Nulidad de Oficio de las Resoluciones Ejecutivas Regionales N° 897 y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR, máxime si las mismas fueron emitidas por la ENTIDAD contratante en la ejecución de un Contrato Administrativo de Obra y los trabajos contenidos en el Adicional de Obra N° 02 han sido ejecutados al 100%.

El CONSORCIO afirma que, en el presente caso no concurren los requisitos para que se declare la nulidad de las Resoluciones Ejecutivas Regionales N° 897 y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR, puesto que no existe causal de nulidad contemplada en el Art. 10° de la Ley N° 27444; y más aún, no concurre el presupuesto *sine qua non* que es el agravio al interés público.

34. Respecto a lo analizado y dispuesto por la ENTIDAD a la Procuradora Pública Regional, en la Resolución Ejecutiva Regional N° 1136-2011/GOBIERNO REGIONAL PIURA-PR del 14 de Diciembre del 2011, el CONSORCIO manifiesta que resulta inaudito y evidencia un desconocimiento absoluto de las normas de contrataciones públicas de parte de los profesionales y funcionarios involucrados en la emisión de la mencionada Resolución, pues los mismos tienen una confusión terrible respecto al "hecho administrativo", "acto administrativo", "acto de administración" y "contrato administrativo".
35. En consecuencia, se precisa que la ENTIDAD no puede pretender aplicar una norma que regula el acto administrativo, a una relación contractual, ya que se regula por su propia normatividad; la misma que no ha previsto la nulidad de la Resolución que Aprueba el Adicional de Obra.

Sobre el pago de las Valorizaciones N° 02 y 03 por la ejecución del Adicional de Obra N° 02

36. El CONSORCIO, conforme a la Resolución Ejecutiva Regional N° 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR del 18 de Octubre del 2010, donde se aprueba el Presupuesto Adicional de Obra N° 02, mediante Carta N° 006-2010/EGG recepcionada el 04 de diciembre de 2010, presentó su Valorización N° 01 del Adicional de Obra N° 02 por la suma de S/. 202,186.91 (Doscientos Dos Mil Ciento Ochenta y Seis con 91/100 Nuevos Soles).

37. La ENTIDAD responde ésta carta, con el Informe N° 01-2010-JSCV-S.O. CNSDLM del 06 de Diciembre del 2010; pagando la suma de SI. 89,928.68 (Ochenta y Nueve Mil Novecientos Veintiocho con 68/100 Nuevos Soles, lo que a su vez evidencia que para la propia ENTIDAD, la Resolución Ejecutiva Regional N° 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR, resulta válida y eficaz.

38. Mediante Carta S/N recepcionada el 07 de Noviembre del 2011 por el Supervisor de Obra, el CONSORCIO remitió la Valorización N° 02 del Adicional de Obra N° 02, por el monto de S/. 306,815.78 (Trescientos Seis Mil Ochocientos Quince con 78/100 Nuevos Soles); la cual no ha sido cancelada por la ENTIDAD, pese a que la Obra ha sido recepcionada a su conformidad, el 17 de Febrero del 2012, tal como consta en el Acta de Recepción de Obra respectiva.

39. Por lo mencionado, el CONSORCIO solicitó que se programe la recepción de Obra lo cual fue verificado por el Supervisor de Obra, quien en el Asiento N° 1020 del Cuaderno de Obra, de fecha 23 de Diciembre del 2011, anotó que "La Supervisión deja constancia que el Contratista Consorcio Las Mercedes ha culminado la ejecución de la obra al 100% y que ha cumplido las especificaciones técnicas y planos del expediente técnico y sus adicionales y deductivos (...)".

40. Por consiguiente, mediante Carta S/N recepcionada el 05 de Enero del 2012, el CONSORCIO presentó su Valorización N° 03 del Adicional de Obra N° 02, ascendente a S/. 9,844.28 (Nueve Mil Ochocientos Cuarenta y Cuatro con 28/100 Nuevos Soles), la misma que no ha sido cancelada por la ENTIDAD.

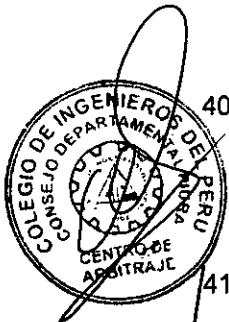
41. Frente a ello, el CONSORCIO sostiene que el retraso en el pago de las Valorizaciones N° 02 y N° 03 del Adicional de Obra N° 02, por parte de la ENTIDAD, trasgrede el Art. 197° del Reglamento, toda vez que, para la ejecución de los trabajos contenidos en el Adicional de Obra N° 02, se contaba con el presupuesto debido y la autorización del Titular de la ENTIDAD; no existiendo, por tanto, razón valedera para que se dilate el pago de sus Valorizaciones.

42. En relación a lo anterior, el CONSORCIO informa que - habiéndose emitido la Resolución Ejecutiva Regional N° 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR con la que se Aprobó el Presupuesto Adicional de Obra N° 02- procedió a ejecutar los trabajos comprendidos en dicho Adicional; los mismos que conforme a lo anotado en el Cuaderno de Obra han sido ejecutados al 100%; por lo que se procedió a practicar las Valorizaciones correspondientes, de las cuales sólo la Valorización N° 01 ha sido cancelada parcialmente, faltando de cancelar las Valorizaciones N° 02 y N° 03.

Sobre el reconocimiento de los gastos por renovación de Carta Fianza de fiel cumplimiento del Adicional de Obra N° 02

43. Mediante Carta S/N del 29 de noviembre del 2010, el CONSORCIO presentó la Carta Fianza N° 0011-0278-9800033632-95, con la cual se ampliaba la Garantía de Fiel Cumplimiento por el Adicional de Obra N° 02, garantía que sigue vigente pese a que el Adicional de Obra ya se ejecutó al 100% y la Obra ha sido recepcionada por la ENTIDAD. Además indican, que la mencionada Carta Fianza ha sido renovada constantemente.

44. Al respecto, el CONSORCIO muestra que la Carta Fianza N° 0278-9800033632-95, ha estado vigente innecesariamente más de doce (12) meses, superando el costo de su

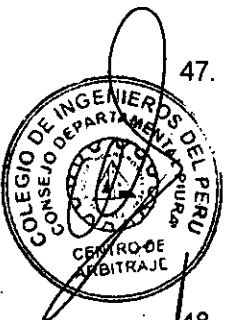


mantenimiento, y lo calculado en el Presupuesto del Adicional de Obra N° 02; por lo que corresponde que dicho gasto sea asumido por la ENTIDAD.


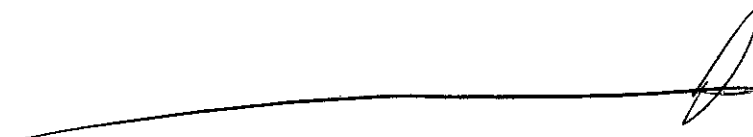
Sobre el reconocimiento de los mayores gastos generales de la ampliación de plazo N° 05

45. El CONSORCIO se basa en lo establecido en el artículo 202 del Reglamento, el cual prescribe que las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación.
46. En tal sentido, el CONSORCIO señala que al haberse aprobado mediante Resolución Gerencial Regional N° 285-2011/GOB.REG.PIURA-GRI del 01 de Diciembre del 2011, la Ampliación de Plazo N° 05 por Treinta y Cinco (35) días calendario, corresponde que se paguen los Mayores Gastos Generales Variables por dicho lapso de tiempo, y no por los Siete (07) días calendario, como pretende la ENTIDAD.

Sobre la rectificación de la resolución que aprueba la Ampliación de Plazo N° 05

- 
47. En la Demanda se indica que, de ampararse la pretensión N° 5, y siendo que con la Resolución Gerencial Regional N° 285-2011/GOB.REG.PIURA-GRI del 01 de Diciembre del 2011 se aprobó la Ampliación de Plazo N° 05 por Treinta y Cinco (35) días calendario, corresponde que los Mayores Gastos Generales por dicha ampliación de plazo, en aplicación estricta del Art. 202° del Reglamento, sean pagados por los Treinta y Cinco (35) días calendario.
 48. En consecuencia, el CONSORCIO solicita que se ordene a la ENTIDAD, corrija el Artículo Primero de la resolución ya mencionada, en el extremo que los Mayores Gastos Generales a pagar al CONSORCIO ejecutor son por los Treinta y Cinco (35) días calendario de la Ampliación de Plazo aprobada.

Sobre la indemnización por daños y perjuicios generados por el incumplimiento en el pago de las Valorizaciones N° 02 y 03 del Adicional de Obra N° 02

49. En relación a ésta pretensión, el CONSORCIO recalca que, al no haberse hecho efectivo el pago de las Valorizaciones N° 02 y N° 03 del Adicional de Obra N° 02, y habiendo realizado los trabajos al 100% que cuentan con la aprobación del supervisor de obra, se le ha causado un serio "daño moral y económico".
 50. Asimismo, se señala que por la falta de pago no se ha podido cumplir con las obligaciones con sus acreedores, más aún, que ellos tienen conocimiento que la Obra ha sido recepcionada por la ENTIDAD, desde el 17 de Febrero del 2012; y, hasta la fecha no pueden cobrar sus facturas pendientes de pago. Y al no poder cumplir con sus acreedores, la ENTIDAD ha incurrido en responsabilidad civil, por inexecución de obligaciones comprometidas.
 51. Por lo expuesto, el CONSORCIO solicita se le indemnice, con la suma ascendente a S/. 200,000.00 (Doscientos Mil y 00/100 Nuevos Soles); pues, se entiende que las partes contratantes deben interactuar en un plano de cooperación basados y fundamentados en los principios que rigen las Contrataciones y Adquisiciones del Estado, lo cual no ha ocurrido en la ejecución del contrato.
- 
- 

Sobre el pago de las costas y costos del proceso

52. Siendo de los hechos descritos en líneas anteriores, el CONSORCIO señala que la ENTIDAD es la responsable del inicio del proceso arbitral al pretender dejar sin efecto el resolutivo que Aprobó el Presupuesto del Adicional de Obra N° 02 que fue autorizado y ejecutado conforme a Ley. También se determina que es el causante de que las Valorizaciones N° 02 y N° 03 del Adicional de Obra N° 02 no hayan sido canceladas dentro del plazo estipulado por Ley.
53. El CONSORCIO señala también que corresponde que los costos de los honorarios de árbitros, gastos administrativos de la institución arbitral, los gastos incurridos por el demandante en su defensa, que en su caso ascienden a S/. 10,000.00, entre otros, sean cubiertos por la ENTIDAD.

III.2 Fundamentos de Derecho

54. El CONSORCIO ampara sus fundamentos en lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, así como en los dispositivos del Código Civil que resulten aplicables.

IV. CONTESTACIÓN DE DEMANDA Y RECONVENCIÓN PRESENTADA POR LA ENTIDAD

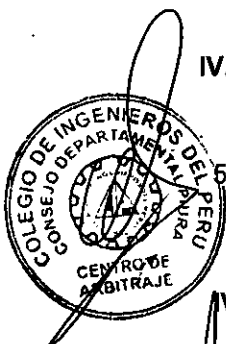
55. Con fecha 31 de julio de 2012, la ENTIDAD presentó un escrito mediante el cual contesta la demanda interpuesta por el CONSORCIO, formula excepción e interpone reconvención, conforme lo siguiente:

IV.1. Defensa de Forma: Excepción de Incompetencia

56. La ENTIDAD formula excepción de incompetencia respecto de la Segunda Pretensión de la demanda planteada por el CONSORCIO, la cual señala lo siguiente:

"Que se ordene a la entidad tenga por válidas las resoluciones ejecutivas regionales N° 897 y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR, del 18 de octubre del 2010, al haber sido emitidas dentro de la ejecución de un contrato administrativo de obra, como lo es el contrato N° 013-2009; y, como consecuencia de ello, se declare nula la resolución ejecutiva regional n° 1136-2011/GOBIERNO REGIONAL PIURA-PR del 14 de diciembre del 2011, mediante la cual se autoriza a la procuraduría pública regional a obtener la nulidad de las resoluciones antes aludidas, en sede judicial".

57. Como fundamento de la excepción interpuesta, la ENTIDAD cita el artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado, norma que establece que no constituye materia arbitrable la decisión de la Entidad de aprobar, o no, la ejecución de prestaciones adicionales, además de las controversias relacionadas a la ejecución de prestaciones adicionales de obra y las mayores prestaciones de supervisión en las cuales se necesite la aprobación de la Contraloría General de la república.
58. En dicha medida, la ENTIDAD sostiene que no pueden ser sometidas a arbitraje las Resoluciones Ejecutivas Regionales N° 897 y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR, en tanto las mismas versan sobre aprobaciones de adicional de obra, como son la aprobación del Deductivo N° 01 y el Adicional de Obra N° 02 respectivamente; de igual manera,



tampoco puede serlo la Resolución Ejecutiva Regional N° 1136-2011/GOBIERNO REGIONAL PIURA-PR, al versar sobre la nulidad de las referidas resoluciones que están relacionadas a la aprobación de adicionales de obra.

59. En consecuencia, se solicita que el Tribunal declare fundada la excepción de Incompetencia interpuesta y se abstenga de conocer la segunda pretensión del CONSORCIO.

IV.2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA

RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 1

60. La ENTIDAD menciona que la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 01, por cuarenta y tres (43) días calendario, por la absolución de observaciones al Expediente Técnico, fue atendida por la ella mediante Resolución Gerencial Regional N° 049-2010/GOB.REG.PIURA-GRI y notificada al contratista el 19 de Marzo del 2010. Además señala que, en esta Resolución se puede apreciar que en su Artículo Primero la Entidad resuelve aprobar la Ampliación de Plazo N° 01, sólo por 36 días calendario, y sin reconocimiento de gastos generales.

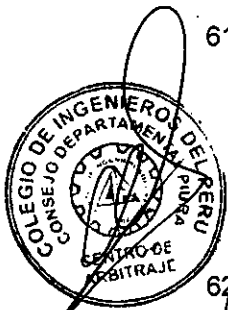
61. Asimismo, indican que dicha Resolución no ha sido objeto de impugnación por parte de el DEMANDANTE, dentro de los quince (15) días que establece el último párrafo del artículo 201° del Reglamento, ya que el contratista cuestiona dicha Resolución recién el 19 de Diciembre del 2011, con la presentación de la solicitud arbitral, es decir, después de haber transcurrido 01 año con nueve (09) meses. En este sentido, dicha ampliación de plazo ha quedado consentida y firme, por lo que surte efectos entre las partes.

62. Por otro lado, la ENTIDAD señala que las opiniones citadas por el DEMANDANTE y que han sido transcritas en el considerando Quinto, Sexto y Séptimo considerando de la Resolución Gerencial Regional N° 049-2010/GOB.REG.PIURA-GRI, no constituyen, en modo alguno una obligación por parte de la Entidad de reconocer Gastos Generales por el periodo comprendido entre el 08 de Enero del 2010 al 19 de febrero del 2010, ya que simplemente, la ampliación de plazo fue otorgada Sin Gastos Generales, y por sólo treinta y seis (36) días.

63. La ENTIDAD subraya que en el supuesto negado que ella haya autorizado el pago de gastos generales, estos se realizarían sólo si se encuentran debidamente acreditados. Situación que no ocurre en el presente caso, dado que no se han presentado medios probatorios destinados a acreditar los gastos generales variables, ni tampoco se ha presentado el desagregado de gastos generales de la propuesta económica.

RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 2

64. La ENTIDAD señala que de acuerdo a lo señalado en la Resolución Ejecutiva Regional N° 1136-2011/GOBIERNO REGIONAL PIURA-PR, el Deductivo de Obra N° 01, por la suma de S/. 66,608.68, se produjo por la modificación del precio unitario de la Partida 03.03.02 "Relleno con Material de Préstamo", la cual fue aprobada mediante la Resolución Ejecutiva Regional N° 897-2010/GOB.REG.PIURA-PR. Asimismo, señala que el deductivo que se ha expedido, trasgrede las normas que rigen las contrataciones del Estado, entre las cuales consignan las siguientes:



- **52.1.** *Que, el Deductivo de Obra N° 01 se realiza cuando la partida materia del deductivo se encontraba ejecutada al 80%*

La ENTIDAD señala que, el CONSORCIO al mes de junio del 2010, había ejecutado un total de 819.27m³ de la partida "Relleno con Material de Préstamo", de los cuales, 512.04 m³ correspondían al mes de marzo y 307.23m³ correspondían al mes de Junio, con un precio unitario de SI. 45.75 (Cuarenta y Cinco con 75/100 Nuevos Soles).

Por lo tanto, la ENTIDAD sostiene que si el deductivo de obra se aprobó el 18 de Octubre del 2010, mediante la Resolución Ejecutiva Regional N° 897-2010/GOB.REG.PIURA-PR, quiere decir que cuatro meses antes de aprobarse el deductivo de la Partida 03.03.02 "Relleno con Material de Préstamo", ésta ya se había ejecutado al 80% y además se había cancelado, con un precio unitario de SI. 45.75 (Cuarenta y Cinco con 75/100 Soles), que es el mismo precio con el cual la Entidad aprobó el expediente técnico.

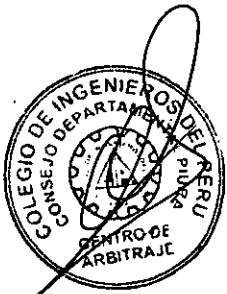
En tal sentido, se considera que teniendo este porcentaje de avance de ejecución no se justificaba la modificación ni el deductivo aprobado. Asimismo, ésta misma partida ha formado parte del Presupuesto Adicional N° 02, con un mayor precio unitario, desnaturalizando el sentido del deductivo de obra que no viene a ser otra cosa que aquella prestación considerada en el contrato que no puede ejecutarse por razones de orden técnico o por haber sido considerada en mayor medida de la realmente requerida.

Por otro lado, la ENTIDAD señala que respecto al Adicional de Obra N° 02, aprobado mediante la Resolución Ejecutiva Regional N° 989-2010/GOB.REG.PIURA-PR resulta contrario a ley, ya que según ella, el adicional de Obra N° 2 en la parte que corresponde a la partida 03.03.02 "Relleno con Material de Préstamo" no se ajusta a ninguno de los tipos de adicionales que están definidos en el Reglamento de la Ley de Contrataciones.

La ENTIDAD argumenta que esta Partida 03.03.02 ya se encontraba en el expediente original y ya se había ejecutado y pagado en un 80%, por lo que se puede hablar de una partida nueva. Del mismo modo señala que, no se puede afirmar que se trate de mayores metrados, dado que el metrado resulta ser el mismo del expediente original.

Aunado a ello, la ENTIDAD recalca que conforme lo señala el artículo 207 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se está frente a un contrato ejecutado bajo el sistema de Precios Unitarios, por lo tanto, los presupuestos adicionales se formulan con los precios del contrato, ya que la Partida 03.03.02, es una partida existente.

No obstante, la ENTIDAD aclara que la partida no se formuló con el precio unitario contratado, sino que en la propia Resolución en cuestión se ha indicado que es por la modificación del precio unitario de la partida en comentario. Y que con ello, se estaría corroborando que el adicional de obra N° 02 contraviene lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 207 del Reglamento.



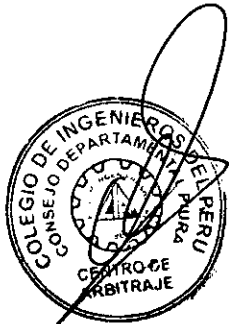
- **52.2.** Imposibilidad jurídica de modificar el precio unitario de partidas en procesos de selección convocados bajo el sistema de Precios Unitarios

La ENTIDAD subraya que el metrado original de la Partida 03.03.02 "Relleno con material de Préstamo" ascendía a 1,024.08 m3 con un costo unitario ascendente a S/45.75 (Cuarenta y Cinco con 75/100 soles), costo unitario que fue el que ofertó el CONSORCIO en su propuesta económica. Y según el artículo 207 del Reglamento, lo adicionales de obra en contratos bajo el Sistema de Precios Unitarios, se formulan con los precios del contrato.

En ésta línea, la ENTIDAD reitera que no se puede variar el precio unitario de la Partida 03.03.02 por lo establecido en el inciso 2 del artículo 40 del Reglamento, ya que señala que uno de los factores que determina la oferta ganadora es el precio unitario ofertado.

Asimismo, ello lo sustenta en el artículo 143 del Reglamento, donde se advierte que la modificación del precio unitario de la Partida en cuestión modifica las condiciones originales que motivaron la selección del CONSORCIO, dado que incrementaría el monto de la propuesta económica e incidiría en el resultado del ganador de la Buena Pro.

Por otro lado, otro de los argumentos que utiliza la ENTIDAD es que la modificación del precio unitario de la Partida 03.03.02 trasgrede el principio de trato justo e igualitario, dado que coloca al CONSORCIO en una situación de ventaja respecto de los otros postores, pues obtuvo la buena pro en función al precio unitario ofertado, el cual resulta ser mucho menor que el precio unitario aprobado en el Adicional de Obra N° 02.



RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 3

65. La ENTIDAD sostiene que no puede cancelar dicho adicional ya que la aprobación se ha realizado en trasgresión de las normas que rigen las contrataciones del Estado, como lo dispuesto en el literal k) del artículo 4 de la Ley de Contrataciones, así como lo dispuesto en el artículo 143 y tercer párrafo del artículo 207 del Reglamento.

RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 4

66. Respecto a este punto, la ENTIDAD alega que, la garantía de fiel cumplimiento debe mantenerse vigente hasta el consentimiento de la liquidación; e incluso hasta el pago del saldo en contra del contratista, de ser el caso. Por lo tanto, se indica que dado que la obra no se encuentra liquidada por haber controversias pendientes de resolver, persiste la obligación de mantener vigentes las garantías de fiel cumplimiento. En tal sentido, la ENTIDAD determina que no corresponde que ella cancele o asuma los gastos de renovación de la Garantía de Fiel Cumplimiento.

RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 5

67. Respecto de este punto, la ENTIDAD señala que no existe justificación alguna para amparar el reconocimiento de S/108,859.38 (Ciento Ocho Mil Ochocientos Cincuenta y Nueve con 38/100 Soles) por los mayores gastos generales por los Treinta y Cinco días de la Ampliación de Plazo N° 05, ya que la Resolución Gerencial Regional N° 285-2011/GOB.REG.PIURA-GRI que aprobó dicha ampliación de plazo establecía que solo

se reconocerían siete (07) días por mayores gastos generales, en tanto los veintiocho (28) restantes fueron tiempo de espera en los cuales el CONSORCIO no ejecutó trabajo alguno.

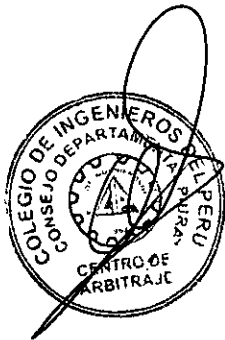
68. Se señala que el fundamento técnico de la decisión contenida en la Resolución Gerencial Regional N° 285-2011/GOB.REG.PIURA-GRI se establece en su sexto considerando, en el cual se sustenta que el proceso constructivo especifica que se requiere de un plazo de veintiocho (28) días calendario para el desencofrado de fondo de vigas y secado de tarrajeos, periodo en el que el CONSORCIO no efectuó ningún trabajo, por lo que el reconocimiento de los gastos generales debe limitarse a los siete (07) días calendario. Asimismo, la ENTIDAD señala que el CONSORCIO estuvo de acuerdo con dicha decisión, lo cual se evidencia de la presentación de la valorización única presentada mediante la Carta S/N de fecha 12 de diciembre de 2012 por el monto de S/ 21,771.87.
69. De igual manera, la ENTIDAD señala que, al momento de solicitar la Ampliación de Plazo N° 05, el CONSORCIO renunció de manera expresa y por escrito, a los gastos generales por los veintiocho (28) días calendario mediante la Carta N° 50-2012/CLM del 29 de noviembre de 2011 y notificada el 30 de noviembre de 2011, a través de la Hoja de Control y Registro N° 44766, por lo que en este caso corresponde la aplicación de la Teoría de los Actos Propios, la cual prohíbe realizar acciones contra los propios actos.

RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 6

70. Respecto a este extremo, la ENTIDAD solicita que se declare INFUNDADA la pretensión por la cual se solicita la corrección de la Resolución Gerencial Regional N° 285-2011/GOB.REG.PIURA-GRI, reconociéndose los gastos generales por treinta y cinco (35) días calendario y no por los siete (07) consignados, ya que el CONSORCIO ha asentido todos los extremos de la referida resolución, al haber renunciado a los gastos generales por los veintiocho (28) días calendarios de la Ampliación solicitada e inclusive, haber gestionado la Valorización por gastos generales en función a los siete (07) días calendario otorgados.

RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 7

71. La ENTIDAD aduce que debe ser declarada Infundada la demanda en el extremo que solicita el reconocimiento de Indemnización, ya que el sustento que utiliza el CONSORCIO es el incumplimiento del pago de las Valorizaciones N° 02 y 03 del Adicional de Obra N° 02, sin tomar en cuenta que dicho adicional fue aprobado en vulneración al literal k) del artículo 4 de la Ley de Contrataciones del Estado, así como los artículos 143 y 207 de su Reglamento, por lo que fue declarado Nulo, de conformidad con lo regulado en el inciso 1) del Artículo 10° de la Ley N° 27444.
72. Adicionalmente, se expresa que el CONSORCIO no ha cumplido con demostrar el daño causado por la no cancelación de las Valorizaciones N° 02 y 03, conforme lo ordena el artículo 1331 del Código Civil, debido a que si bien se alega que no ha podido pagar a sus proveedores, no se presenta documento de prueba alguno que demuestre la deuda. De igual modo, tampoco se ha demostrado la concurrencia de los demás elementos de la Responsabilidad civil como son: la antijuridicidad, la relación de causalidad y los factores de atribución, conforme se establece en el artículo 1321 y siguientes del Código Civil.



73. Sobre la condena de costos y costas, la ENTIDAD trae a colación lo señalado por el inciso 1) del artículo 73 del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, el cual regula los criterios que deberá valorar el Tribunal al momento de pronunciarse sobre la condena de costas y costos, siendo el primero de ellos el acuerdo entre las partes sobre dicha cuestión y ante la falta de acuerdo, como segundo criterio se establece que los costos serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, se expresa que el Tribunal arbitral podrá prorratear los costos entre las partes, si lo estima conveniente y teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
74. Por lo señalado, se señala que en vista de que las partes no han estipulado acuerdo alguno sobre las costas y costos, corresponde al Tribunal Arbitral emitir pronunciamiento sobre dicha cuestión bajo un criterio de prudencia y tomando en cuenta que las partes han tenido motivos suficientes para litigar para defender sus pretensiones en la presente sede, por lo que corresponde que cada parte asuma sus propios gastos, costas y costos devenidos del presente proceso.

IV.3. RECONVENCIÓN

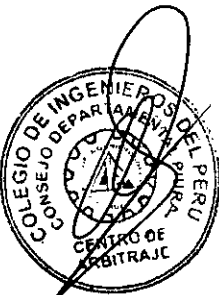
75. En el literal IV, del Escrito de Contestación de la Demanda, la ENTIDAD interpone reconvención solicitando lo siguiente:

- A) **Pretensión N° 1:** Que, se declare la Nulidad de la Resolución Gerencial Regional N° 068-2010/GOB.REG.PIURA-GRI de fecha 19 de abril de 2011, en el extremo que dispone aprobar la Modificación del Precio Unitario de la Partida 03.03.02 "Relleno con Material de Préstamo", así como la Nulidad de las Resoluciones Ejecutivas Regionales N° 897 y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR, del 18 de Octubre de 2010, que aprueban el Deductivo de Obra N° 01 y el Adicional de Obra N° 02, dado que se sustentan en la modificación del Precio Unitario de la Partida 03.03.02 "Relleno con Material de Préstamo", por cuanto dicha modificación contraviene las normas que rigen las contrataciones del Estado.

FUNDAMENTOS DE LA RECONVENCIÓN

76. La modificación N° 02 del Expediente Técnico, en el extremo de la modificación del Precio Unitario de la Partida 03.03.02: "Relleno con Material de Préstamo" resulta contraria a ley, así como también el Deductivo de Obra N° 01 y el Adicional de Obra N° 02 aprobados mediante las Resoluciones Ejecutivas Regionales N° 897 y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR, del 18 de Octubre de 2010, al tener como fundamento la referida modificación.
77. Respecto del Deductivo de Obra N° 01, la ENTIDAD señala que el mismo no fue justificado, en tanto la partida 03.03.02: "Relleno con Material de Préstamo" objeto de la reducción ya se encontraba ejecutada al ochenta por ciento (80%) cuatro meses antes de su aprobación, además de haberse cancelado con el mismo precio unitario con que se aprobó el Expediente Técnico, es decir, S/ 45.75 (Cuarenta y Cinco con 75/100 Soles). Asimismo, la partida en cuestión formó parte del presupuesto del Adicional N° 02, con un mayor precio unitario, por lo que el CONSORCIO desnaturalizó la figura del Deductivo con la finalidad de cambiar el precio unitario ofertado, lo que no es posible en dicho Sistema de Contratación.

78. El sustento de lo afirmado en el párrafo precedente viene constituido por las Valorizaciones N° 02 y 05 que corresponden a los meses de Marzo y Junio de 2010 y que fueron presentadas mediante las Cartas N° 025-2010-CLM y 050-2010-CLM, evidenciándose que al periodo de junio del 2010 el CONSORCIO había ejecutado un total de 819.27 m3 de la partida, dentro de los cuales, 512.04 m3 correspondían al mes de marzo y 307.23 m3 al mes de junio, con el precio unitario de S/ 45.75 (Cuarenta y Cinco con 75/100 Soles).
79. Respecto del Adicional de Obra N° 02, la ENTIDAD señala que ha sido aprobado en contravención a la ley, ya que la Partida 03.03.02: "Relleno con Material de Préstamo" se encontraba en el Expediente Técnico original y se había ejecutado en un 80%, por lo que no nos encontramos ante una partida nueva y por lo tanto, no se ajusta a la definición de Adicional establecida en el numeral 40 del Anexo de Definiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado en cuyo texto expresa que la Prestación Adicional de Obra es aquella *"no considerada en el expediente técnico ni en el Contrato cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para alcanzar la meta prevista de la obra principal"*.
80. Por otro lado, afirma la ENTIDAD que el artículo 207 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que cuando se trata de contratos ejecutados bajo el Sistema de Precios Unitarios, los presupuestos adicionales se formulan con los precios de contrato, por lo que en el caso materia de la controversia nos encontramos ante una partida existente, como lo es la Partida 03.03.02: "Relleno con Material de Préstamo" y en consecuencia, correspondía que el Adicional N° 02 sea contratado bajo el precio originalmente pactado, lo cual no ocurrió, contraviniendo lo dispuesto en la norma citada.
81. Finalmente, la ENTIDAD establece que existe una imposibilidad jurídica de modificar el precio unitario de partidas en procesos de selección convocados bajo el sistema de Precios Unitarios, al vulnerarse variadas disposiciones de la normativa de contrataciones públicas, conforme al siguiente detalle:
- Vulneración del artículo 207 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en cuyo tercer párrafo se expresa que los adicionales de Obra en contratos bajo el Sistema de Precios Unitarios se formulan con los precios del contrato, aspecto que no se ha cumplido, ya que del Expediente Técnico aprobado mediante Resolución N° 162-2009/GOB.REG.PIURA-GRI, se evidencia que el metrado original de la Partida 03.03.02: "Relleno con Material de Préstamo", ascendía a 1,024.08 m3 con un costo unitario de S/ 45.75 (Cuarenta y Cinco con 75/100 Soles).
 - Vulneración del artículo 40, inciso 2 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado en cuyo texto establece que bajo el sistema de Precios Unitarios, el Postor elabora su propuesta ofertando precios unitarios de acuerdo a las partidas y cantidades referenciales de las bases y los planos, siendo que uno de los factores que determina la oferta es el precio unitario ofertado.
 - Vulneración del literal k) del Artículo 4 de la Ley de Contrataciones del Estado, que regula el Principio de Trato Justo e Igualitario, estableciendo que los postores de bienes, servicios y obras deben tener participación y acceso para contratar con Entidades en condiciones semejantes, por lo que se encuentra



prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas, norma que se ha visto trasgredida en tanto el CONSORCIO se ha colocado en una situación de ventaja respecto de los demás postores, ya que obtuvo la Buena Pro en función a un precio unitario menos al que se ha aprobado mediante el Adicional de Obra N° 02.

- Finalmente, las resoluciones en cuestión constituyen actos administrativos con un vicio de Nulidad al contravenir las leyes y normas reglamentarias, conforme a lo dispuesto por el inciso 1) del artículo 10 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, por lo que procede que el Tribunal declare su Nulidad, en tanto la propia administración se encuentra imposibilitada para hacerlo de oficio, ya que ha transcurrido más de un año, desde que se emitieron tales resoluciones, de acuerdo a lo regulado en el artículo 202, inciso 3 de la misma norma.

V. DE LA ABSOLUCIÓN A LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA Y CONTESTACIÓN A LA RECONVENCIÓN

V.1 Absolución a la Excepción de Incompetencia planteada

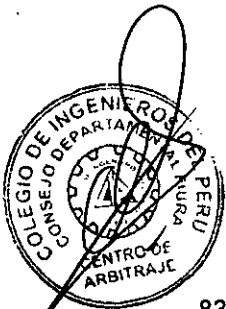
82. El CONSORCIO establece que el supuesto del artículo 41 del Decreto Legislativo N° 1017, que establece las materias que no pueden ser sometidas a arbitraje, no se configura en el caso de las Resoluciones Ejecutivas Regionales N° 897 y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR, con las que se aprobó el Deductivo de Obra N° 01 y el Adicional de Obra N° 02, respectivamente, ya que no existe norma que prohíba someter a arbitraje los Deductivos de Obra y en el caso del Adicional de Obra, el mismo ya fue aprobado y ejecutado al 100%, por lo que no se está sometiendo a discusión la decisión de la ENTIDAD de aprobar o no su ejecución.

83. Como mayor fundamento a lo señalado en el párrafo precedente, el CONSORCIO establece que el árbitro decide sobre su propia competencia sin necesidad de recurrir a otra instancia o autoridad, siendo dicha decisión inapelable, conforme se desprende de los incisos 1, 2, 3 y 4 del artículo 3 del Decreto legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.

84. Adicionalmente, se reafirma que el Adicional de Obra N° 02 ya fue aprobado y ejecutado al 100% habiéndose cancelado la Valorización N° 01 por el monto de S/ 89,928.68 (Ochenta y Nueve Mil Novecientos Veintiocho con 68/100 Soles) lo cual se evidencia del Comprobante de pago N° 9752 de fecha 30 de diciembre de 2010 y en consecuencia, tales hechos no constituyen el supuesto normativo del artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado resultando el Tribunal Arbitral competente para conocer y pronunciarse sobre dicha materia; caso contrario, se ampararía un enriquecimiento sin causa. Finalmente, se ampara en lo resuelto por Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 6167-2015-PHC/TC en cuyo fundamento 13 consagra el Principio de la *Kompetenz-Kompetenz*.

V.2 Contestación a la Reconvención

85. El CONSORCIO afirma que tanto la solicitud de Nulidad de la Resolución Gerencial Regional N° 068-2010/GOBIERNO REGIONAL PIURA-GRI, que aprueba la Modificación N° 02 del Expediente Técnico de la Obra objeto del CONTRATO, así como la solicitud de



Nulidad de las Resoluciones Ejecutivas Regionales N° 897 y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR que aprueban el Deductivo de Obra N° 01 y el Adicional de Obra N° 02, no se ajustan a ley, por los siguientes aspectos:

Respecto de la modificación del Expediente Técnico

86. Sobre este extremo, se señala que la modificación del Expediente Técnico de la Obra es válida y eficaz en base a los siguientes fundamentos:

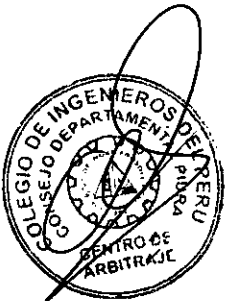
- El artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1017 dispone que dicha ley especial y su Reglamento prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre las de derecho privado que le resulten aplicables. Dicha norma también establece que el titular de la Entidad podrá delegar mediante resolución, la autoridad que la norma le otorga, con excepción de la aprobación de exoneraciones, la declaración de nulidad de oficio y las autorizaciones de prestaciones adicionales de obra, además de otros supuestos establecidos en el Reglamento.
- El artículo 142 del Reglamento consagra la obligatoriedad del CONTRATO y su regulación, siendo que en el caso de los Contratos de Obras se regula por el Capítulo III y en lo no previsto por la Ley y el Reglamento es de aplicación las normas de derecho privado.
- El artículo 153 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado determina la responsabilidad de la ENTIDAD frente al contratista respecto de las modificaciones que sean ordenadas y aprobadas en los proyectos o similares, o cambios que se generen por la necesidad de los mismos.
- El artículo 207 del Reglamento regula los requisitos para la aprobación de una ejecución adicional de obras, estableciéndose que en los contratos de obras a precios unitarios, los presupuestos adicionales de obras serán formulados con los precios del contrato y/o precios pactados.

87. Del fundamento legal expuesto, principalmente en el contenido en el artículo 153 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se concluye que la Resolución Gerencial Regional N° 068-2010/GOBIERNO REGIONAL PIURA-GRI que aprobó la Modificación N° 02 del Expediente Técnico de la OBRA deviene en válida y eficaz.

88. De igual manera, la Resolución Gerencial Regional N° 068-2010/GOBIERNO REGIONAL PIURA-GRI no adolece de vicios de nulidad, ya que el artículo 207 del Reglamento establece que el Presupuesto Adicional se puede formular mediante precios iniciales o pactando nuevos precios, siendo este último caso lo configurado mediante el "Acta de Pactación de Precios" suscrita con fecha 12 de marzo de 2010 por el ingeniero residente Juan Silva Benites y el Ingeniero Supervisor de Obra, Agustín Gómez Gutiérrez y aprobada por la citada resolución.

Respecto del Adicional y Deductivo de Obra

89. Respecto a lo expuesto por la ENTIDAD, el CONSORCIO afirma que resulta sorprendente que se requiera la Nulidad de las Resoluciones Ejecutivas Regionales N° 897 y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR, al haber sido tales resoluciones emitidas como



resultado de la Modificación del Expediente Técnico aprobada por la Resolución Gerencial Regional N° 068-2010/GOBIERNO REGIONAL PIURA-GRI, que modificó el precio unitario de la partida: 03.03.02: "Relleno con Material de Préstamo", resolución que fue emitida conforme al artículo 153 del Reglamento siendo la única responsable la Entidad, por lo que no existe trasgresión alguna de los 4, literal k) de la Ley ni del 143 del Reglamento.

90. Asimismo, la ENTIDAD ha afirmado que al mes de junio de 2010 ya se había ejecutado el ochenta por ciento (80%) de la partida 03.03.02, lo cual resulta una afirmación tendenciosa y alejada de la realidad, ya que desde el 19 de abril de 2010, la citada partida tenía un precio unitario que no podía ser cancelado, por falta de presupuesto suficiente y en dicha medida, recién el 18 de octubre de 2010 (06 meses después) pudieron valorizarse sus metrados con el precio modificado. Como prueba de lo mencionado, el CONSORCIO señala que en el presente proceso arbitral se está solicitando solo el pago de las Valorizaciones N° 02 y 03, ya que la Valorización N° 01 fue cancelada por su contraparte.

Respecto del vicio de nulidad alegado por la ENTIDAD

91. Sobre dicho extremo, el CONSORCIO aduce que no se han configurado los requisitos para que se declare la Nulidad de las Ejecutivas Regionales N° 897 y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR, en tanto no existe causal de nulidad contemplada en el artículo 10 de la Ley N° 27444 en el presente caso y por otro lado, no puede aplicarse una norma de derecho público que regula la relación entre administrados en el marco del CONTRATO objeto de la controversia, en el que las partes tienen las mismas prerrogativas.

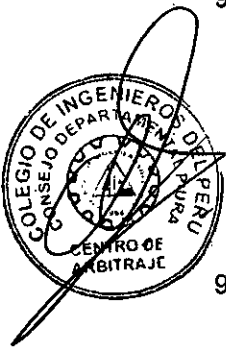
92. Finalmente, se señala que la reconvencción no cuenta con sustento legal, carece de verosimilitud y evidencia una mala fe procesal por parte del emplazado, en vista de que se ha deducido una excepción de incompetencia afirmando que el Tribunal Arbitral no sería competente para pronunciarse sobre el Adicional de Obra N° 02 y el Deductivo N° 01 aprobados por las resoluciones N° 897 y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR, pero interpone reconvencción solicitando la nulidad de estas últimas por lo que reconoce una competencia que cuestiona, transgrediéndose lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, que consagra el Principio de Buena fe en las actuaciones arbitrales.

VI. DEL PROCESO ARBITRAL

V.1 Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y admisión de Medios Probatorios

93. Conforme a lo programado, con fecha 14 de diciembre de 2012 se llevó a cabo la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y admisión de Medios Probatorios, con la asistencia del representante del CONSORCIO, y el Procurador Público en representación de la ENTIDAD.

94. De otro lado, no habiéndose podido llevar adelante una conciliación sobre los temas en disputa, el Tribunal Arbitral, con la anuencia de las partes, estableció los siguientes puntos controvertidos:



DE LA DEMANDA:

Primer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no, se disponga al Gobierno Regional Piura pague al accionante los mayores gastos generales por los cuarenta y tres (43) días calendario, del periodo comprendido entre el 08 de enero de 2010 al 19 de febrero de 2010, lapso de tiempo que demoró para absolver las observaciones formuladas al expediente técnico en virtud del Art. 152 del D.S. N° 184-2008-EF y que suman Ciento Cuarenta y Un Mil Ochocientos Cuarenta y Siete con 07/100 Nuevos Soles (S/. 141,847.07), más sus respectivos intereses hasta la fecha de su efectivo pago a nuestro favor.

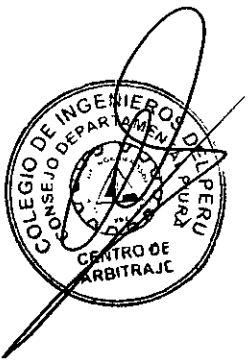
Segundo Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no, se ordene al emplazado tenga por válidas las resoluciones ejecutivas regionales N° 897 y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR del 18 de octubre de 2010; al haber sido emitidas dentro de la ejecución de un Contrato Administrativo de Obra, como lo es el Contrato N° 013-2009 y como consecuencia de ello se declare nula la Resolución Ejecutiva Regional N° 1136-2011/GOBIERNO REGIONAL PIURA-PR del 14 de diciembre de 2011, mediante la cual se autoriza a la Procuradora Pública Regional a obtener la nulidad de las resoluciones antes aludida en sede judicial.

Tercer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no, se disponga al demandado efectúe el pago de las valorizaciones N° 02 y N° 03 del Adicional de Obra N° 02, que fueran presentadas con fecha 07 de noviembre del 2011 y 05 de enero de 2012 al supervisor de Obra, por un monto total de S/ 316,660.06 (Trescientos dieciséis mil seiscientos sesenta con 06/100 Soles), más el correspondiente pago de los intereses hasta la fecha efectiva del pago.

Cuarto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no, se ordene al emplazado asuma los gastos ocasionados al Contratista por mantener vigente innecesariamente la Carta Fianza por la ampliación de la garantía de fiel cumplimiento por el Adicional de Obra N° 02, los mismos que ascienden hasta la fecha a S/ 2,193.07 (Dos Mil Ciento Noventa y Tres con 07/100 Soles) con el correspondiente reconocimiento de los intereses hasta la fecha efectiva del pago.

Quinto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no, se disponga al demandado asuma el pago de los mayores gastos generales por los treinta y cinco (35) días calendario de la Ampliación de Plazo N° 05 aprobada con la Resolución Gerencia Regional N° 285-2011/GOB.REG.PIURA-GGR del 01 de diciembre del 2011; y como consecuencia de ello, pague al accionante la suma de S/. 108,859.38 (Ciento Ocho Mil Ochocientos Cincuenta y Nueve con 38/100 Soles), más sus respectivos intereses hasta la fecha de su efectivo pago a nuestro favor.

Sexto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no, que de ampararse la quinta pretensión deberá disponerse al demandado corrija el artículo primero de la Resolución Gerencia Regional N° 285-2011/GOB.REG.PIURA-GGR del 01 de diciembre del 2011, en el extremo referido al pago de gastos generales; el cual debe ser por los treinta y cinco (35) días calendario de ampliación de plazo aprobada y no por siete (07) días calendario como lo pretende.



Séptimo Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no se ordene al emplazado pague al demandante por concepto de indemnización de daños y perjuicios la suma de S/ 200,000.00 (doscientos mil Soles) por todos los daños causados al consorcio por la indebida retención del pago de las valorizaciones N° 02 y N° 03 del Adicional de obra N° 02.

Octavo Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no se condene al demandado asuma el pago de los costos del presente proceso arbitral.

DE LA RECONVENCIÓN:

Noveno Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no se declare la nulidad de la Resolución Gerencia Regional N° 068-2010/GOB.REG.PIURA.GRI de fecha 19 de abril de 2010, en el extremo que dispone aprobar la modificación del precio unitario de la partida 03.03.02: "Relleno con Material de Préstamo"; así como la nulidad de las Resoluciones Ejecutivas Regionales N° 897 y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR del 18 de octubre de 2010, que aprueban el Deductivo de Obra N° 01 y el Adicional de Obra N° 02, dado que se sustenta en la modificación del precio unitario de la partida 03.03.02: "Relleno con Material de Préstamo", por cuanto dicha modificación contraviene las normas que rigen las contrataciones del Estado.

95.

Acto seguido, el Tribunal Arbitral procedió a admitir los siguientes medios probatorios, de conformidad con lo dispuesto en el acta de instalación:

Del DEMANDANTE:

De la demanda:

Se admitieron los documentos ofrecidos en el acápite "VI MEDIOS PROBATORIOS", del escrito "Demanda" de fecha 15 de junio de 2012, consignados del numeral 01 al 24.

De la DEMANDADA:

De la contestación de la demanda y reconvención:

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos en el acápite "VI. MEDIOS PROBATORIOS" del escrito de contestación de demanda presentado el 31 de julio de 2012, consignados del numeral 6.1 al 6.15.

96.

Luego de la admisión de los medios probatorios ofrecidos por las partes, el Tribunal Arbitral, dio por concluida la etapa probatoria y otorga el plazo de cinco (05) días hábiles para que las partes presenten sus alegatos escritos y asimismo, soliciten se determine fecha para informar oralmente, si así lo estiman conveniente.

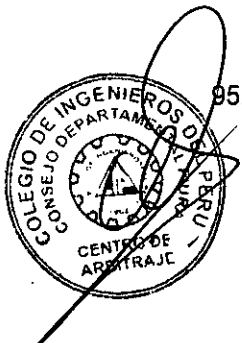
V.2 Presentación de Alegatos y Audiencia de Informes Orales

97.

Con fecha 22 de febrero de 2013, la ENTIDAD, mediante escrito S/N con la Sumilla: "Téngase presente" presenta sus Alegatos escritos.

98.

Conforme a lo programado, el día 22 de febrero de 2013, se llevó a cabo la Audiencia de informes Orales, en el Centro de Arbitraje del Colegio de Ingenieros del Perú del Consejo Departamental de Piura, estando presentes los miembros del tribunal arbitral conformado por los abogados Napoleón Zapata Avellaneda (Presidente), César Benavente Leigh y Marco Antonio Martínez Zamora y desarrollándose la audiencia con el consentimiento de las partes.



99. Durante el desarrollo de la Audiencia, el Presidente otorgó el Uso de la Palabra a los representantes del CONSORCIO, a fin de que expongan lo concerniente a su derecho. Igualmente y por el mismo término, se otorgó el uso de la palabra al representante de la ENTIDAD.

100. Posteriormente, se otorgó el derecho y réplica a ambas partes y finalmente, el Tribunal Arbitral realizó las preguntas que consideró convenientes las cuales fueron absueltas por ambas partes.

CONSIDERANDO:

VII. CUESTIONES PRELIMINARES

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

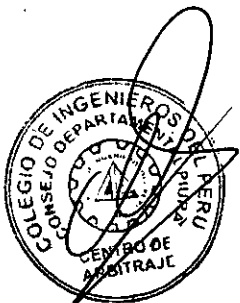
- (i) Que el Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes;
- (ii) Que en momento alguno se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación;
- (iii) Que el CONSORCIO presentó su escrito de demanda dentro del plazo dispuesto;
- (iv) Que la ENTIDAD fue debidamente emplazada con la demanda contestó ésta, ejerció plenamente su derecho de defensa e interpuso reconvencción;
- (v) Que el CONSORCIO fue debidamente emplazado con el escrito de Reconvencción.
- (vi) Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos; y,
- (vii) Que, el Tribunal Arbitral está procediendo a laudar dentro del plazo que corresponde a las reglas de este proceso.

102. 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.

103. Asimismo, se deja constancia que el Tribunal Arbitral, conforme lo ha establecido la Constitución Política del Estado Peruano y ha sido reiterado por uniformes pronunciamientos del Tribunal Constitucional, ejerce función jurisdiccional y, como tal, sus decisiones no se encuentran supeditadas ni subordinadas a ningún tipo de autoridad administrativa.

VIII. NORMA APLICABLE

104. Desde el punto de vista sustantivo, atendiendo a la fecha de convocatoria y suscripción del contrato materia de análisis, que corresponde al Contrato N°013-2009 suscrito como consecuencia del proceso de selección bajo el ámbito del D.U. N° 041-2009-N° 004-2009/GOB.REG.PIURA-GGR-GRI-DGC. Proyecto: "Construcción de Infraestructura de la Institución Educativa Nuestra Señora de las Mercedes del Distrito de Paita", con



Código SNIP N° 19093ⁿ; la norma aplicable es el Decreto Legislativo N° 1017 – Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, que rigen para todos los contratos derivados de procesos de selección convocados antes del 20 de septiembre de 2012.

DE LA DEMANDA:

Primer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no, se disponga al Gobierno Regional Piura pague al accionante los mayores gastos generales por los cuarenta y tres (43) días calendario, del periodo comprendido entre el 08 de enero de 2010 al 19 de febrero de 2010, lapso de tiempo que demoró para absolver las observaciones formuladas al expediente técnico en virtud del Art. 152 del D.S. N° 184-2008-EF y que suman Ciento Cuarenta y Un Mil Ochocientos Cuarenta y Siete con 07/100 Nuevos Soles (S/. 141,847.07), más sus respectivos intereses hasta la fecha de su efectivo pago a nuestro favor.

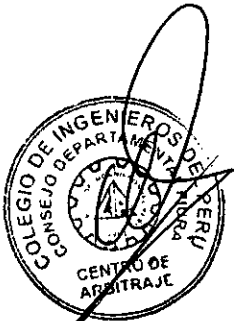
Segundo Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no, se ordene al emplazado tenga por válidas las resoluciones ejecutivas regionales N° 897 y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR del 18 de octubre de 2010; al haber sido emitidas dentro de la ejecución de un Contrato Administrativo de Obra, como lo es el Contrato N° 013-2009 y como consecuencia de ello se declare nula la Resolución Ejecutiva Regional N° 1136-2011/GOBIERNO REGIONAL PIURA-PR del 14 de diciembre de 2011, mediante la cual se autoriza a la Procuradora Pública Regional a obtener la nulidad de las resoluciones antes aludida en sede judicial.

Tercer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no, se disponga al demandado efectúe el pago de las valorizaciones N° 02 y N° 03 del Adicional de Obra N° 02, que fueron presentadas con fecha 07 de noviembre del 2011 y 05 de enero de 2012 al supervisor de Obra, por un monto total de S/ 316,660.06 (Trescientos dieciséis mil seiscientos sesenta con 06/100 Soles), más el correspondiente pago de los intereses hasta la fecha efectiva del pago.

Cuarto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no, se ordene al emplazado asuma los gastos ocasionados al Contratista por mantener vigente innecesariamente la Carta Fianza por la ampliación de la garantía de fiel cumplimiento por el Adicional de Obra N° 02, los mismos que ascienden hasta la fecha a S/ 2,193.07 (Dos Mil Ciento Noventa y Tres con 07/100 Soles) con el correspondiente reconocimiento de los intereses hasta la fecha efectiva del pago.

Quinto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no, se disponga al demandado asuma el pago de los mayores gastos generales por los treinta y cinco (35) días calendario de la Ampliación de Plazo N° 05 aprobada con la Resolución Gerencia Regional N° 285-2011/GOB.REG.PIURA-GGR del 01 de diciembre del 2011; y como consecuencia de ello, pague al accionante la suma de S/ 108,859.38 (Ciento Ocho Mil Ochocientos Cincuenta y Nueve con 38/100 Soles), más sus respectivos intereses hasta la fecha de su efectivo pago a nuestro favor.

Sexto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no, que de ampararse la quinta pretensión deberá disponerse al demandado corrija el artículo primero de la Resolución Gerencia Regional N° 285-2011/GOB.REG.PIURA-GGR del 01 de diciembre del 2011, en el extremo referido al pago de gastos generales; el cual debe



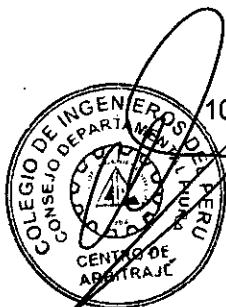
ser por los treinta y cinco (35) días calendario de ampliación de plazo aprobada y no por siete (07) días calendario como lo pretende.

Séptimo Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no se ordene al emplazado pague al demandante por concepto de indemnización de daños y perjuicios la suma de S/ 200,000.00 (doscientos mil Soles) por todos los daños causados al consorcio por la indebida retención del pago de las valorizaciones N° 02 y N° 03 del Adicional de obra N° 02.

Octavo Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no se condene al demandado asuma el pago de los costos del presente proceso arbitral.

DE LA RECONVENCIÓN:

Noveno Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no se declare la nulidad de la Resolución Gerencia Regional N° 068-2010/GOB.REG.PIURA.GRI de fecha 19 de abril de 2010, en el extremo que dispone aprobar la modificación del precio unitario de la partida 03.03.02: "Relleno con Material de Préstamo"; así como la nulidad de las Resoluciones Ejecutivas Regionales N° 897 y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR del 18 de octubre de 2010, que aprueban el Deductivo de Obra N° 01 y el Adicional de Obra N° 02, dado que se sustenta en la modificación del precio unitario de la partida 03.03.02: "Relleno con Material de Préstamo", por cuanto dicha modificación contraviene las normas que rigen las contrataciones del Estado.



105.

En los acápites siguientes y agrupados según el tema involucrado en cada análisis, se procederá a analizar tales nueve pretensiones, partiéndose de la naturaleza y características del contrato administrativo y de la solución de controversias efectuada bajo su ámbito, la determinación de la validez de las resoluciones ejecutorias regionales emitidas por la ENTIDAD, la procedencia o no de los mayores gastos generales por las ampliaciones de plazo solicitadas, el pago de valorizaciones devenidas del Adicional de Obra aprobado, la pretensión indemnizatorias y las costas y costos del proceso.

IX.

SOLICITUD DE SUSPENSIÓN, CONCLUSIÓN Y ARCHIVAMIENTO DEL PROCESO ARBITRAL POR PARTE DE LA ENTIDAD

106.

Con fecha 22 de febrero de 2013, la ENTIDAD, mediante escrito S/N presentado con la Sumilla: "*Téngase presente*", solicita la suspensión del proceso arbitral hasta la resolución definitiva de la causa judicial incoada por su Procuraduría Pública, alegando la salvaguarda de la "Seguridad jurídica".

107.

Posteriormente, con fecha 07 de marzo de 2013, la ENTIDAD, mediante escrito S/N presentado con la Sumilla: "*Solicita conclusión y archivamiento del proceso arbitral por renuncia tácita al arbitraje*", solicita la conclusión y archivo del proceso en curso, comunicando que el 23 de abril de 2012, la Procuraduría Pública demandó, en sede judicial, la Nulidad de las Resoluciones N° 897 (Aprobación de Deductivo N° 01), 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR (Aprobación de Adicional de Obra N° 02) y N° 068-2010/GOB.REG.PIURA.GRI (Aprobación de la modificación del precio unitario de la partida 03.03.02: "Relleno con Material de Préstamo"), proceso en el cual el CONSORCIO no interpuso oportunamente la Excepción del Convenio Arbitral, por lo que tácitamente habría renunciado al presente proceso arbitral.

108. Sobre la solicitud de la ENTIDAD, el tribunal estimó conveniente tomar en cuenta lo señalado, sin perjuicio de señalar que dicha comunicación, no importaba la suspensión, ni mucho menos el archivo del proceso, dejando a salvo la posibilidad de tomar las acciones pertinentes en caso el pronunciamiento incida en el conocimiento de las pretensiones, aspecto que se reflejará (de ser el caso) en la parte considerativa del presente laudo.

X. SOBRE LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA

109. En el presente caso, la DEMANDADA en su escrito de contestación de la demanda y reconvención, ha planteado una Excepción de Incompetencia respecto de la Segunda Pretensión de la demanda arbitral planteada, conforme se ha establecido en el Acta de Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios realizada el día 14 de diciembre de 2012, por lo que es necesario su análisis previo para efectos de posteriormente resolver el segundo punto controvertido.
110. Cabe recordar que el artículo 41 del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, vigente desde el 1 de septiembre de 2008, regula las cuestiones relativas al cuestionamiento de la competencia del tribunal arbitral, conforme al siguiente texto:

"Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.

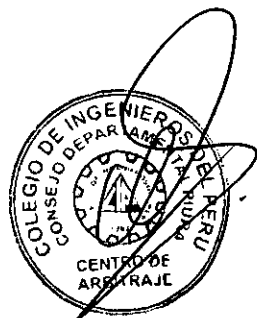
1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.

(...)

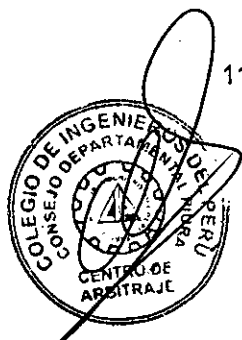
3. Las excepciones u objeciones deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber nombrado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. La excepción u objeción basada en que el tribunal arbitral ha excedido el ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como sea planteada durante las actuaciones arbitrales, la materia que supuestamente exceda su competencia. El tribunal arbitral sólo podrá admitir excepciones u objeciones planteadas con posterioridad si la demora resulta justificada. El tribunal arbitral podrá considerar, sin embargo, estos temas por iniciativa propia, en cualquier momento.

4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativa al fondo de la controversia. Si el tribunal arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, su decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo

(...)"



111. El inciso 1 del artículo 41 expresa que el tribunal arbitral está facultado para resolver, de manera exclusiva y excluyente, los cuestionamientos a su competencia, incluyéndose cualquier objeción que impida conocer el fondo de la controversia. Seguidamente, el inciso 3, dispone que la excepción a la competencia (o a otros aspectos que permitan el pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, como bien se anotó), se deberá realizar, a más tardar, al momento de presentar la contestación.
112. En la misma línea, el artículo 446, inciso 1, del Código Procesal Civil (CPC), de aplicación supletoria conforme a su Primera Disposición Final Complementaria, establece que el demandado puede interponer la Excepción de Incompetencia, para el cuestionamiento de la misma en el marco de cualquier ordenamiento procesal.
113. Teniendo claro el marco normativo aplicable, corresponde tener presente que, en el presente caso, la DEMANDADA, vía excepción, ha cuestionado la competencia de este tribunal arbitral para resolver la segunda pretensión de la Demanda planteada, en tanto mediante la misma se pretende declarar la validez de las Resoluciones Ejecutivas Regionales N° 897 y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR, ambas emitidas el 18 de octubre de 2010 y asimismo, mediante la misma pretensión, se solicita la declaración de Nulidad de la Resolución Ejecutiva Regional N° 1136-2011/GOBIERNO REGIONAL PIURA-PR del 14 de diciembre de 2011, que autoriza la obtención de la Nulidad de las resoluciones ejecutivas antes mencionadas.
114. Como sustento del cuestionamiento de la competencia de este tribunal respecto de las materias expuestas en el párrafo precedente, la DEMANDADA ha afirmado lo siguiente:
- El artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado establece que no puede someterse a arbitraje la decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar, o no, la ejecución de prestaciones adicionales, incluidas las relacionadas a la ejecución de prestaciones adicionales de obra.
 - Las Resoluciones Ejecutivas Regionales N° 897 y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR versan sobre materia de aprobación de adicionales de obra, como son la Aprobación del Deductivo N° 01 y el Adicional de Obra N° 02, por lo que, en aplicación del artículo 41 de la citada ley, no cabría su sometimiento a sede arbitral.
 - La Resolución Ejecutiva Regional N° 1136-2011/GOBIERNO REGIONAL PIURA-PR, al versar sobre la nulidad de las Resoluciones Ejecutivas Regionales N° 897 y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR, tampoco puede ser sometida a conocimiento del tribunal arbitral, en aplicación del artículo 41 de la misma ley.
115. Por otro lado, el DEMANDANTE absolvió la excepción planteada por la ENTIDAD, afirmando que la misma debía ser desestimada y en dicha medida, solicitó el pronunciamiento de este tribunal sobre las materias cuestionadas, en base a los siguientes argumentos:
- No se ha configurado el supuesto del artículo 41 del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado respecto del Deductivo de Obra N° 01 y el Adicional de Obra N° 02, aprobados por las Resoluciones Ejecutivas Regionales N° 897 y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR, respectivamente, toda vez que (i) los Deductivos de Obra son arbitrables al no existir norma legal que lo prohíba y (ii) el Adicional de Obra N°



02 fue aprobado y ejecutado al 100%, por lo que no se está sometiendo la decisión de la Entidad de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales.

- La Procuraduría Pública ha sido autorizada para la obtención de la Nulidad de las Resoluciones Ejecutivas N° 897 y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR y habiéndose aprobado y ejecutado el Adicional de Obra N° 02 en su totalidad, el Tribunal se encuentra facultado para pronunciarse sobre dicha cuestión; caso contrario se ampararía un enriquecimiento sin causa por parte de la ENTIDAD.
- El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales y está facultado para decidir sobre su propia competencia, como bien lo establece el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje y lo recoge el fundamento 13 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 6167-2005-PHC/TC al reconocer el *Principio de la Kompetenz-Kompetenz*.

116. Teniendo claro lo anterior, corresponde que este tribunal se pronuncie sobre la Excepción de Incompetencia deducida por la ENTIDAD, para lo cual, en primer lugar, se analizará el alcance del artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable al presente caso y en segundo, se analizarán los hechos alegados y probados por las partes y los propios alcances de la segunda pretensión de la Demanda, con la finalidad de analizar si se encuentran subsumidos en el supuesto de hecho de la norma.

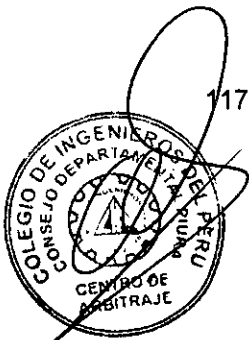
117. En dicha medida, corresponde analizar los alcances del artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado, en cuyo texto establece lo siguiente:

“Artículo 41.- Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones

Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios hasta por el veinticinco por ciento (25%) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, podrá reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.

Tratándose de obras, las prestaciones adicionales podrán ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados, entendidos como aquellos derivados de las sustituciones de obra directamente relacionadas con las prestaciones adicionales de obra, siempre que ambas respondan a la finalidad del contrato original. Para tal efecto, los pagos correspondientes serán aprobados por el Titular de la Entidad.

En el supuesto de que resultara indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del Expediente Técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el segundo párrafo del presente artículo y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad podrá decidir autorizarlas. Para ello se requerirá contar con la autorización del Titular de la Entidad, debiendo para la ejecución y el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la



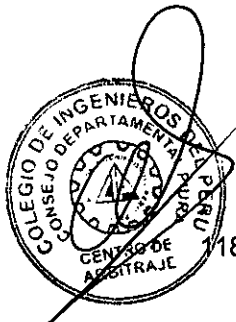
comprobación de que se cuentan con los recursos necesarios. En el caso de adicionales con carácter de emergencia dicha autorización se emitirá previa al pago. La Contraloría General de la República contará con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento. Dicha situación debe ponerse en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

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

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

El contratista podrá solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones ajenas a su voluntad, debidamente comprobados y que modifiquen el cronograma contractual.

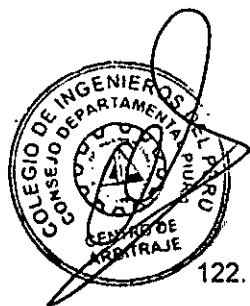
Las discrepancias respecto de la procedencia de la ampliación del plazo se resuelven de conformidad con lo establecido en el inciso b) del artículo 40 de la presente norma”.



18. Conforme se puede deducir de una interpretación literal de la norma transcrita, no pueden someterse a arbitraje: i) las decisiones de la Entidad o de la Contraloría General de la República que establecen la aprobación o no de la ejecución de prestaciones adicionales y ii) toda controversia referida a ejecución de prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran, en ambos casos, la aprobación previa de la Contraloría General de la República.
119. Cabe recordar que el artículo 41 de la ley antes citada constituye una norma de excepción y restrictiva, ya que la regla general en materia de contratación pública es que la solución de controversias en la etapa de ejecución contractual se resuelva por la vía arbitral conforme lo expresan los artículos 40, inciso b) y el artículo 52, primer párrafo de la citada ley, por lo que, en consecuencia, los supuestos contemplados en la norma bajo análisis no pueden ser interpretados de manera extensiva ni analógica.
120. Mencionado lo anterior, de los documentos y escritos aportados al presente proceso, se evidencia que durante la ejecución del CONTRATO materia de la controversia, la ENTIDAD emitió las Resoluciones Ejecutivas Regionales N° 897 y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR, las cuales se circunscribían a la modificación del expediente técnico N° 02 del CONTRATO y de manera posterior, se emite la Resolución Ejecutiva Regional N° 1136-2011/GOBIERNO REGIONAL PIURA-PR, con la finalidad de emitir una autorización a su Procuraduría.
121. Sobre el contenido de las resoluciones, el tribunal ha tenido a la vista los documentos, pudiendo analizar su contenido, llegando a la convicción de que: i) la Resolución Ejecutiva Regional N° 897-2010/GOB.REG.PIURA-PR constituye la aprobación del

Deductivo N° 01, ii) la Resolución Ejecutiva Regional N° 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR aprueba la Prestación Adicional N° 02 y iii) la Resolución Ejecutiva Regional N° 1136-2011/GOBIERNO REGIONAL PIURA-PR contiene la autorización a la Procuraduría de la ENTIDAD, para la obtención de la Nulidad de las dos resoluciones anteriormente aludidas, por contener un vicio que afecta su validez.

| Resolución Ejecutiva Regional | Acto contenido en la resolución |
|---|--|
| Resolución Ejecutiva Regional N° 897-2010/GOB.REG.PIURA-PR | <u>Aprobación del Presupuesto Deductivo N° 01 del Precio Unitario de la Partida 03.03.02 Relleno con Material de Préstamo dentro de la especialidad de estructuras en la ejecución de la Obra.</u> |
| Resolución Ejecutiva Regional N° 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR | <u>Aprobación del Presupuesto Adicional N° 02 por la inclusión de la Partida 02.19.00 Empalme de Media Tensión – 02.19.01 a la red ENOSA dentro de la especialidad de Instalaciones Eléctricas.</u> |
| Resolución Ejecutiva Regional N° 1136-2011/GOBIERNO REGIONAL PIURA-PR | <u>Autorización a la Procuraduría Pública Regional del Gobierno Regional de Piura, para que realice las acciones tendientes a la obtención de la Nulidad de las Resoluciones Ejecutivas Regionales N° 897-2010/GOB.REG.PIURA-PR y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR, ante el Poder Judicial.</u> |



122. Es importante anotar que solo en el caso de la Resolución N° 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR, nos encontramos ante un pronunciamiento sobre la aprobación de un Adicional de Obra N° 02, ya que en el caso de la Resolución N° 897-2010/GOB.REG.PIURA-PR el objeto de aprobación es el Deductivo N° 01 y en lo referido a la Resolución N° 1136-2011/GOBIERNO REGIONAL PIURA-PR, constituye una autorización de la ENTIDAD al órgano responsable de la representación y defensa jurídica de sus derechos e intereses. En estos dos últimos casos, no estamos ante el pronunciamiento sobre la aprobación, o no, de un Presupuesto Adicional.

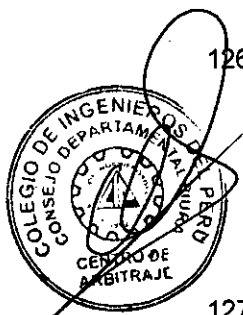
123. Dicho lo anterior, corresponde analizar si en el presente caso, el CONSORCIO demandante pretende que este tribunal se pronuncie sobre la aprobación, o no, de una Prestación Adicional de Obra, conforme lo proscribe el propio artículo 41 del Decreto Legislativo N° 1017, en cuyo caso deberá ampararse la excepción, ya que nos encontraríamos ante un supuesto de materia no arbitrable establecida por una norma legal expresa.

Para el análisis, corresponde analizar el pedido contenido en la Segunda Pretensión Principal de la demanda, en cuyo texto establece:

“Pretensión N° 2: Que, se ordene a la Entidad tenga por válidas las Resoluciones Ejecutivas Regionales N° 897 y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR, del 18 de octubre del 2010, al haber sido emitidas dentro de la ejecución de un contrato administrativo de obra, como lo es el contrato N° 013-2009; y, como consecuencia de ello, se declare nula la Resolución Ejecutiva Regional N° 1136-2011/GOBIERNO REGIONAL PIURA-PR del 14 de diciembre del 2011, mediante

la cual se autoriza a la Procuraduría Pública Regional a obtener la nulidad de las resoluciones antes aludidas, en sede judicial".

124. Es importante anotar que si bien solo en la Resolución Ejecutiva Regional N° 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR la ENTIDAD se pronuncia sobre la aprobación de un presupuesto Adicional de Obra N° 02, la pretensión formulada por el CONSORCIO no pretende que este tribunal se pronuncie sobre la aprobación o no de dicho adicional en tanto el mismo fue aprobado por la propia ENTIDAD con anterioridad; sino, por el contrario, se busca un pronunciamiento declarativo sobre la validez de un acto que existe en el plano de lo jurídico.
125. En efecto, se advierte que la pretensión bajo cuestionamiento no cuestiona una aprobación o desaprobación de un adicional, en otras palabras, no se está solicitando al tribunal que emita un pronunciamiento sobre el fondo de la aprobación del Adicional de Obra N° 02; sino, por el contrario, se solicita la declaración de que un acto que existe en el plano de lo jurídico, por lo que, al parecer de este colegiado, no existe impedimento legal para que, de una constatación de la realidad jurídica, se emita un pronunciamiento negando o afirmando la emisión de un acto formal, como lo es una Resolución Ejecutiva Regional, independientemente del acto que contenga.
126. Por otro lado, en el caso de la solicitud de Nulidad de la Resolución N° 1136-2011/GOBIERNO REGIONAL PIURA-PR, el CONSORCIO pretende dejar sin efecto una autorización de la ENTIDAD a su órgano de defensa jurídica, no existiendo un pronunciamiento sobre los temas relacionados a la aprobación del Presupuesto del Adicional N° 02 y en dicha medida, nos encontramos ante una materia sobre la cual no existe prohibición expresa para su sometimiento a la vía arbitral.
127. Por los fundamentos expuestos, corresponde declarar **INFUNDADA** la Excepción de Incompetencia deducida por la DEMANDADA y en consecuencia, se declara la competencia del Tribunal Arbitral para emitir un pronunciamiento sobre la Segunda Pretensión de la Demanda que corresponde al Segundo Punto Controvertido.



XI. ANALISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

128. Como puede apreciarse de los puntos controvertidos consolidados, estos pueden agruparse en los siguientes rubros: i) Pretensiones relativas a la validez de las resoluciones que aprueban la Prestación Adicional N° 02 y el Deductivo N° 01 (Segundo y Noveno Puntos Controvertidos); ii) Pretensiones relativas al pago de valorizaciones devenidas del Adicional N° 02 y mayores costos (Tercer y Cuarto Puntos Controvertidos); iii) Pretensiones relativas al pago de mayores gastos generales (Primero, Quinto y Sexto Puntos Controvertidos); iv) Pretensiones relativas a la Indemnización por daños y perjuicios (Séptimo Punto Controvertido); vi) Costos y costas procesales (Octavo Punto Controvertido).
129. Cabe precisar que la clasificación arriba descrita tiene únicamente efectos metodológicos, pudiendo analizarse en el orden que se estime pertinente para la mejor comprensión de los fundamentos expuestos por las partes y del razonamiento y análisis del Tribunal Arbitral.

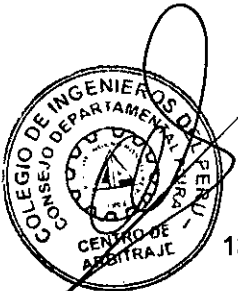
XI.1. Aspectos generales de la materia a analizar

130. Podemos definir, de modo general y amplio que, desde el punto de vista subjetivo, el régimen de contrataciones pública regido por la Ley de Contrataciones del Estado¹ comprende la totalidad de entidades públicas, incluidas las empresas estatales y dentro de ellas las empresas mixtas en las que se mantenga el control público de sus decisiones, así como los diversos fondos, sociedades de beneficencia y juntas de participación social. Ello involucra una posición totalizadora del Legislador, que ha optado por eliminar cualquier posible resquicio respecto al ámbito de aplicación de dicho régimen, de modo tal que en los hechos no existe administración alguna, que pueda sostener per se su exclusión del régimen de contrataciones del Estado².
131. Como contraparte del ámbito subjetivo de aplicación del régimen de la LCE, tenemos a su vez, su ámbito objetivo, es decir el conjunto de contrataciones que se encuentran dentro de sus alcances, puesto que si bien todas las entidades públicas (o simplemente entidades como las llama la LCE) están sujetas a su ámbito, ello no implica que todos los contratos que suscriban sigan igual suerte. Todo depende, en estricto, de la materia contractual involucrada.
132. Esto quiere decir, que en principio toda contratación efectuada por una institución considerada estatal con cargo a recursos, debería hacerse bajo un régimen y procedimiento especial, que se denomina en el Perú como Régimen de Contratación Estatal, actualmente regido por el Decreto Legislativo N° 1017 (En adelante la LCE) y su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 184-2008-EF (En adelante el RCE) y sus normas modificatorias y complementarias.
133. El sustento constitucional para dicha obligación, es el artículo 76° de la Constitución Política del Estado, en cuanto establece que "Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes", agregando la parte final de dicha disposición que corresponde a la ley establecer el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades³.

¹ En adelante la LCE.

² Este hecho en su momento constituyó un cambio dramático en el modo de afrontar las contrataciones y adquisiciones del Estado, puesto que con anterioridad a la Ley N° 26850 del 27 de julio de 1997, que aprobó el texto original de la actual Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, existía en el Perú un régimen disperso y desconcentrado, en el que existía normativa distinta para los casos de obras, consultorías de obras, servicios y bienes, siendo que dentro de estos últimos supuestos resultaba paradigmático el caso de las empresas estatales, las que estaban sometidas a sus propias disposiciones internas, que no siempre resultaban igualmente accesibles, de facto, entre los potenciales proveedores del mercado en su conjunto. Es justamente en el ámbito de las empresas estatales donde se da aún la mayor tensión entre las disposiciones aplicables a todas las entidades estatales y las propias necesidades de un mercado en competencia, tal como ocurrió que con el caso de Petróleos del Perú S.A. – PETROPERU S.A., que obtuvo un régimen privativo especial para seleccionar al postor merecedor de la Buena Pro, pero siempre engarzado en las normas generales del régimen común, al igual que las Cajas Municipales a partir del ejercicio presupuestal 2010.

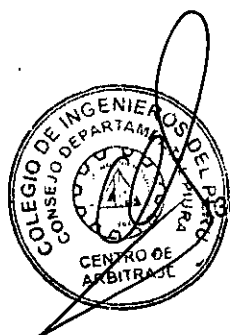
³ Al respecto, cabe traer a colación la sentencia del Tribunal Constitucional en el acápite 12 de los Fundamentos de la sentencia recaída en el Expediente N° 020-2003-AI/TC³, que al referirse al objeto del artículo 76° de la Constitución Política, relativo a la constitucionalidad de dicho régimen, sostiene que: "La función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar



El contrato en general

134. En esa línea, en la relación contractual existen un conjunto de obligaciones que rigen tanto para la parte privada o contratista, como también para la parte estatal. Manuel de la Puente y Lavalle⁴ expresa sobre el particular que la obligatoriedad del contrato es la fuerza que obliga a tal cumplimiento, siendo que, el contrato como categoría general es obligatorio sea un contrato de derecho privado o público, pues en ambos casos ocurre exactamente lo mismo: *"un acuerdo de declaraciones de voluntad para crear, regular, modificar o extinguir entre las partes una relación obligacional de carácter patrimonial. Asimismo, en uno y otro Derechos (público y privado) el contrato es obligatorio en cuanto se haya expresado en él"*.

135. En general, incluyendo el caso de los contratos en los que participa como parte el Estado (para adquirir o contratar según el caso un bien, un servicio o la ejecución de una obra), estos tienen como característica ser uno de prestaciones recíprocas, es decir un contrato en el cual las partes que lo celebran son deudoras y acreedoras la una de la otra, con independencia de la cantidad de prestaciones a las que cada una de ellas se obliga frente a la otra, es decir, son aquellos en los que los beneficios o ventajas que las partes pretenden lograr a través de la celebración y ejecución del contrato son recíprocos.



136. Sobre el particular De la Puente y Lavalle⁵ señala que "Basta que los contratantes acuerden, mediante el consentimiento, que existen obligaciones vinculadas entre sí por ese mismo consentimiento, para que en virtud de la fuerza obligatoria que la ley concede al contrato, la obligación de un contratante sea correlativa a la obligación del otro y corran paralelas durante toda la vida del contrato, de tal manera que si una de ellas deja de cumplirse se pierde ese paralelismo, o al menos hay peligro de que se pierda, por lo cual el remedio es el dejar la otra parte de estar obligada por su obligación correlativa, con lo cual se recupera el equilibrio perdido".

En estos contratos se genera un nexo especial que la doctrina denomina "correspondencia o reciprocidad" y que consiste en la interdependencia entre las partes, por lo que en tal sentido cada una no está obligada por sus propias prestaciones sino porque la otra parte, debe otras prestaciones. En conclusión, la o las prestaciones a cargo de una de las partes constituyen el presupuesto indeclinable de la o las prestaciones de la otra.

La reciprocidad, encuentra su fundamento en una correlación de prestaciones, como señalan Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón⁶, "Los deberes de prestación se encuentran

que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados (...)" (El subrayado es nuestro).

⁴ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Vol. XI, Primera Parte, Tomo I, Lima, 1991, pág. 360

⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios del contrato privado. Cultural Cuzco S.A. editores, Lima 1983. Tomo I. Pág. 477.

⁶ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Editorial Tecnos,

entre sí ligados por un nexo de interdependencia, puesto que cada parte acepta el sacrificio que para ella supone realizar la prestación que le incumbe, con la finalidad de lograr como resultado la prestación que la otra parte debe realizar.”, esta es pues la característica que tipifica a los contratos con prestaciones recíprocas, como el CONTRATO que nos ocupa.

Al respecto, resulta válida la descripción efectuada por Hedemann de lo que significa para cada una de las partes contratantes su posición jurídica, y que ha sido expresada en la siguiente frase: “yo estoy obligado frente a ti, al igual que tú lo estás frente a mí, no con carácter retorsivo, sino como una manifestación de un acuerdo integral”⁷.

137. Adicionalmente a las características de los contratos, en los casos en los que una de las partes sea la Administración, deberán tenerse en cuenta las disposiciones contenidas en el régimen de contratación estatal, es decir principalmente en la Ley y su Reglamento. En estos casos, las disposiciones civiles serán únicamente supletorias en defecto de la norma de contratación pública u otras normas de Derecho Público, debiendo primar la normativa específica, tal como se detallará en el acápite siguiente.

El Contrato Administrativo en especial

138. En el caso de los contratos en los que sea parte una entidad estatal y que se celebren para adquirir un bien, contratar un servicio o la ejecución de una obra, existen disposiciones especiales que le dan un carácter especial, tanto desde el punto de vista formal (necesidad de forma escrita), como sustancial (cláusulas obligatorias y prerrogativas especiales) que en estricto desigualan a las partes y constituyen, en los hechos, una suerte de contrato de adhesión en el cual el marco de negociación de las partes es limitado, dentro de los propios lineamientos establecidos en la respectiva normativa, las Bases del procesos y en los márgenes dentro de los cuales se puede tener por válida una propuesta y por subsistente un contrato.

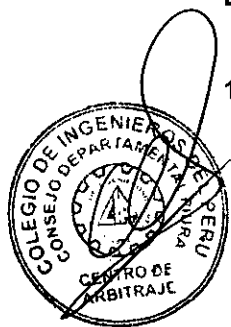
139. Así, el artículo 142° del Reglamento vigente, establece que:

“El contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato.

El contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título. Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo III de este Título. En lo no previsto en la Ley y el presente Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado”.

140. En este esquema, no puede negarse que existe una preeminencia de la parte estatal, que establece las condiciones de la convocatoria, los requerimientos técnicos mínimos y las propias Bases integradas a las que debe someterse todo postor que desee optar por la Buena Pro del proceso de selección convocado. No obstante, aún bajo dicho marco desigual, existen garantías o normas mínimas de protección para la parte privada, como lo vienen a ser los silencios positivos, la solución vía arbitral de las potenciales

⁷ Citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. Cit. Pág. 476.



controversias entre las partes y, la propia presunción de licitud de los actos de la Administración, de modo tal que emitidos estos, el Contratista pueda tener la relativa certeza de su validez y permanencia en el tiempo.

141. Debe tenerse en cuenta que, en estos casos, la vinculación de la entidad con el otro, así como la relación de derechos y deberes que nacen como consecuencia de ello, no nacen de un acto unilateral, sea este un acto administrativo o un acto reglamentario, sino por el contrario, de un acto bilateral, en el que existe una conjunción de voluntades entre la entidad susceptible de ser considerada administración pública y su contraparte privada, pero delimitando dicha voluntad común a un conjunto de prerrogativas de la Administración y garantías que se otorga a quienes actúan como su contraparte contractual.
142. Por los primeros, la entidad sigue actuando con prerrogativas unilaterales bajo condiciones preestablecidas – tal y como ocurre con la aprobación de adicionales, con la nulidad administrativa del contrato o la aprobación de reducciones, mientras que por los segundos se establece como contraparte, un mínimo establecido por el Estado como aceptable, para un adecuado funcionamiento del mercado en el que participa como contraparte contractual – tal y como ocurre con la cláusula arbitral para la solución de controversias y la aprobación de sus solicitudes en los casos en los cuales la LCE o el Reglamento le da valor afirmativo al silencio que se genere en el contrato, como ya se ha mencionado.
143. En este sentido, tales cláusulas tienen una doble función: por un lado, velar por el adecuado uso de los recursos públicos, pero por otro, otorgar la suficiente predictibilidad del contratista, que le permita conocer los alcances de sus obligaciones y prerrogativas.

X.1. Sobre la validez de las resoluciones emitidas por la ENTIDAD sobre la prestación adicional N° 02, el deductivo N° 01 y la aprobación del precio unitario de la partida 03.03.02

144. Respecto de este extremo, se encuentra en discusión la validez de las Resoluciones Ejecutivas Regionales N° 897 (Aprobación de Deductivo N° 01), 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR (Aprobación de Adicional de Obra N° 02) y 1136-2011/GOBIERNO REGIONAL PIURA-PR (Autorización de la ENTIDAD a la Procuraduría Pública para obtención de la Nulidad de las Resoluciones Ejecutivas Regionales N° 897 y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR) y finalmente, la validez de la Resolución Gerencia Regional N° 068-2010/GOB.REG.PIURA.GRI (Aprobación de la modificación del precio unitario de la partida 03.03.02: "Relleno con Material de Préstamo").

a) Breve análisis de los hechos relevantes

145. De la revisión de los antecedentes y los documentos aportados por las partes, podemos afirmar que durante la ejecución del CONTRATO, se presentaron los siguientes hechos que motivaron las presentes controversias:

- La ENTIDAD, mediante Resolución Gerencia Regional N° 068-2010/GOB.REG.PIURA.GRI de fecha 19 de abril de 2010, aprobó la Modificación

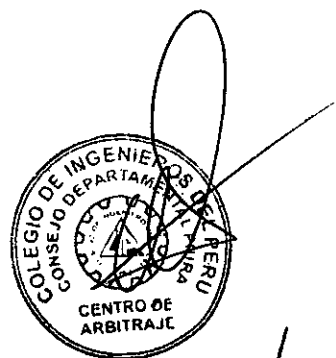
N° 02 del Expediente Técnico de la Obra objeto del CONTRATO, que consistía en la Modificación del Precio Unitario de la Partida 03.03.02: "Relleno con material de Préstamo", además de incluirse la Partida 02.19.0 "Empalme de Media Tensión – 02.19.01 "Empalme de media tensión a la red de ENOSA".

- La ENTIDAD, mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 897-2010/GOB.REG.PIURA-PR de fecha 18 de octubre de 2010, dispuso la aprobación del Deductivo N° 01, por la modificación de la Partida 03.03.02: "Relleno con material de Préstamo", dentro de la especialidad de Estructuras en la ejecución de la Obra objeto del CONTRATO, por el monto de S/ 66,608.68 (Sesenta y Seis Mil Seiscientos Ocho con 68/100 Soles).
- La ENTIDAD, mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR de fecha 18 de octubre de 2010, dispuso la aprobación del Presupuesto del Adicional de Obra N° 02, por la inclusión de la Partida 02.19.00 "Empalme de media tensión a la red de ENOSA" dentro de la Especialidad de Instalaciones Eléctricas; Modificación del Precio Unitario de la Partida 03.03.02 "Relleno con material de préstamo" dentro de la especialidad de Estructuras; y Mayores Metrados en el Sub presupuesto de Estructuras, Partidas: 03.01.01 ("Excavación manual hasta el fondo de cimentación"), 03.01.02 ("Excavación para cimentación") 03.02 ("Corte"), 03.03.01 ("Relleno con material propio") y 03.06 ("Eliminación del Material excedente –DP=5 km) en la ejecución de la Obra materia del CONTRATO.
- La ENTIDAD, mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 1136-2011/GOBIERNO REGIONAL PIURA-PR de fecha 14 de diciembre de 2011, autorizó a su Procuraduría Pública para obtención de la Nulidad de las Resoluciones Ejecutivas Regionales N° 897 y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR, en tanto dichos actos presentaban un vicio de Nulidad por afectación del artículo 143 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, mandato que se realizaba atendiendo a que había transcurrido el plazo de prescripción para su pronunciamiento de oficio, conforme lo dispone el artículo 202, inciso 4 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

146. Conforme los hechos expuestos, queda claro a este tribunal que la sucesión de actos de la ENTIDAD tiene su origen en la emisión de la Resolución Gerencia Regional N° 068-2010/GOB.REG.PIURA.GRI por la que se aprobó la Modificación N° 02 del Expediente Técnico de la Obra objeto del CONTRATO, en tanto dicho acto generó la posterior aprobación del Deductivo N° 01 (Resolución Ejecutiva Regional N° 897-2010/GOB.REG.PIURA-PR) y el Adicional de Obra N° 02 (Resolución Ejecutiva Regional N° 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR), que justamente versaban sobre la Modificación del Precio Unitario de la Partida 03.03.02: "Relleno con material de Préstamo" y la inclusión de la Partida nueva: 02.19.01 "Empalme de media tensión a la red de ENOSA", siendo la última de las resoluciones (Resolución Ejecutiva Regional N° 1136-2011/GOBIERNO REGIONAL PIURA-PR) un mero mandato a la procuraduría pública por el cual se solicita la Nulidad de las resoluciones que aprobaron tanto el deductivo, como el adicional de obra.

b) Imposibilidad de pronunciamiento por sustracción de la materia

147. Teniendo clara la vinculación de los actos cuya validez se está sometiendo a este proceso, este tribunal considera prudente valorar que la DEMANDADA, mediante escrito



[Handwritten signature and scribbles at the bottom of the page]

con la sumilla: "Solicita conclusión y archivamiento del proceso arbitral por renuncia tácita al arbitraje" comunicó que, con fecha 23 de abril de 2012 se interpuso demanda ante al Poder Judicial solicitando la Nulidad de las Resoluciones N° 068-2010/GOB.REG.PIURA.GRI, 897-2010/GOB.REG.PIURA-PR y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR, siendo que ante dicho accionar, el CONSORCIO (Consortio Las Mercedes) no interpuso excepción alguna cuestionando la validez de la Relación Jurídico Procesal.

148. Es así que, el tribunal, mediante la Carta N° 0030-2011-CCA-CIP-CDP de fecha 06 de enero de 2015, dispuso solicitar a la Secretaría de la Sala a cargo del expediente judicial referido que cumpla con informar el estado del proceso, recibiendo la respuesta del responsable del expediente, Señor Edwin Madrid Castro, mediante Carta S/N de fecha 25 de enero de 2016, notificada el 17 de febrero del mismo año, en la cual se comunicaban los siguientes documentos:

- Resolución N° 18 del Expediente N° 0821-2012, que comunica la Sentencia de vista que revoca la decisión de la primera instancia, declarando FUNDADA la demanda interpuesta por la ENTIDAD y en consecuencia, la nulidad de los actos cuestionados en los siguientes términos:

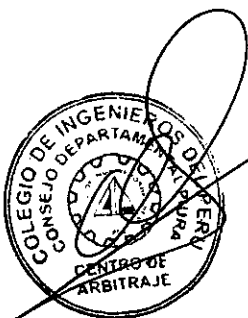
"IV DECISIÓN:

Por los fundamentos expuestos, los integrantes de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura RESUELVEN: REVOCAR la sentencia contenida en la resolución N° 1 de fojas 246, su fecha 10 de octubre del 2013 que declara infundada la demanda, REFORMÁNDOLA declaran FUNDADA dicha demanda, en consecuencia, se declara la nulidad parcial de la Resolución N° 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR del 18 de octubre del 2010 en el extremo que aprobó el adicional de obra 02 (PARTIDA 03.03.02 RELLENO CON MATERIAL DE PRÉSTAMO), asimismo, se declara la nulidad de los demás actos vinculados al adicional de obra 02 (PARTIDA 03.03.02 RELLENO CON MATERIAL DE PRÉSTAMO), como son la Resolución Ejecutiva Regional N° 897-2010/GOB.REG.PIURA-PR, Resolución Gerencia Regional N° 068-2010/GOB.REG.PIURA.GRI y Nulidad del Acta de Pactación de Precios de Presupuesto Adicional de Obra 02 y se ordena al Gobierno Regional de Piura emita una nueva resolución, teniendo en cuenta los precios unitarios pactados conforme a la fundamentos de la presente"

(El subrayado es nuestro).

- Auto Calificadorio del Recurso CAS. N° 10739-2014 emitido por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 11 de agosto de 2015, por la cual resolvieron declarar IMPROCEDENTE el recurso de casación planteado por el codemandado Consortio Las Mercedes de fecha 30 de julio de 2014, en los siguientes términos:

"Por las razones expuestas, al no haberse satisfecho las exigencias de fondo a que hace referencia el artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364, en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 392 del anotado Código, declararon: IMPROCEDENTE el recurso de casación



interpuesto por el codemandado Consortio Las Mercedes de fecha treinta y uno de julio de dos mil catorce, obrante a fojas trescientos veintidós, contra la sentencia de vista de fecha trece de junio de dos mil catorce, obrante a fojas trescientos siete, en los seguidos por el Gobierno Regional de Piura contra el Consortio Las Mercedes y otros, sobre Proceso Contencioso Administrativo: DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano" conforme a ley; y los devolvieron".

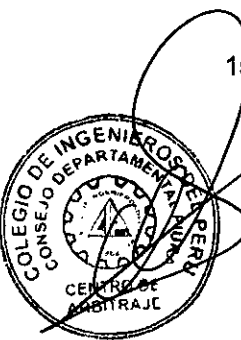
(El subrayado es nuestro).

149. Conforme se evidencia, la sentencia de la jurisdicción ordinaria, cuya impugnación inclusive ha sido desestimada en vía de Casación, ha declarado la Nulidad de las Resoluciones N° 068-2010/GOB.REG.PIURA.GRI, 897-2010/GOB.REG.PIURA-PR y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR, afectándose la cuestión controvertida del proceso arbitral respecto de los puntos controvertidos segundo y noveno correspondientes a la validez de las citadas resoluciones, incluyéndose el extremo referido a la solicitud de invalidez de la Resolución N° 1136-2011/GOBIERNO REGIONAL PIURA-PR, en tanto este último aspecto fue solicitado por el DEMANDANTE como una consecuencia de la validez de las dos últimas resoluciones comentadas (Resoluciones N° 897-2010/GOB.REG.PIURA-PR y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR).

150. Precisándose lo mencionado, este tribunal concluye que la sentencia bajo comentario, repercute directamente en la Segunda Pretensión de la Demanda correspondiente al segundo punto controvertido, en tanto el interés de la parte DEMANDANTE se refería a la declaración de validez de las Resoluciones Ejecutivas Regionales N° 897 y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR y por dicho efecto, la invalidez de la Resolución N° 1136-2011/GOBIERNO REGIONAL PIURA-PR que constituía la Autorización de la ENTIDAD a la Procuraduría Pública para obtención de la Nulidad de tales Resoluciones, por lo que tales controversias se han sustraído del conocimiento de este tribunal.

151. Asimismo, la misma sentencia de segunda instancia también trae consecuencias directas que afectan la pretensión única de la Reconvención planteada por la ENTIDAD, mediante la cual se pretendía la declaración de nulidad de la Resolución Gerencia Regional N° 068-2010/GOB.REG.PIURA.GRI y de las Resoluciones Ejecutivas Regionales N° 897 y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR que aprueban el Deductivo de Obra N° 01 y el Adicional de Obra N° 02, en la medida en que, como se ha mencionado, dichas resoluciones han sido declaradas Nulas en sede judicial, precisándose que en la última resolución cuestionada (Resolución Ejecutiva Regional N° 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR) se declara la Nulidad del extremo que aprueba el Adicional N° 02.

152. En tal medida, nos encontramos ante un supuesto de sustracción de la materia, conforme lo establece el artículo 321 del Código Procesal Civil (CPC), el cual establece que el proceso concluye sin declaración sobre el fondo cuando se sustrae la pretensión del ámbito jurisdiccional. Dicho artículo es aplicable a las actuaciones arbitrales, conforme se establece la Primera Disposición Final Complementaria de dicha norma adjetiva y en atención a que el árbitro ejerce función jurisdiccional conforme se ha



establecido en reiterados pronunciamientos del Tribunal Constitucional entre los cuales destaca el precedente vinculante recaído en el expediente N° 6167-2005-PHC/TC⁸.

"Artículo 321.- Concluye el proceso sin declaración sobre el fondo cuando:

1. Se sustrae la pretensión del ámbito jurisdiccional;

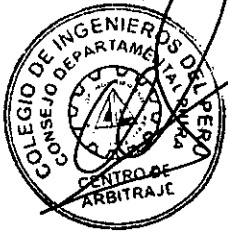
(...)"

153. Sobre la sustracción de la materia, Jorge Peyrano afirma lo siguiente:

"(...) Dicho modo extintivo, se configura por la circunstancia de que la materia justiciable sujeta a decisión deja de ser tal por razones extrañas a la voluntad de las partes; no pudiendo el tribunal interviniente emitir un pronunciamiento de mérito (acogiendo o desestimando) la pretensión deducida. Resulta perfectamente posible que lo que comienza siendo un caso justiciable, no lo sea más por motivos – digámoslo así- exógenos⁹"

154. En la misma línea, Marianella Ledesma, comentando el artículo 321 ha señalado que:

"(...) Toda pretensión al ser postulada al proceso encierra una declaración de voluntad para solicitar una actuación al órgano jurisdiccional frente a determinada persona distinta al accionante. Esta pretensión tiene elementos intrínsecos que justifican esa postulación como el llamado interés para obrar, pero puede darse el caso que ese interés desaparezca antes que el derecho haga su obra porque la pretensión ha sido satisfecha fuera del ámbito jurisdiccional¹⁰"



155. Conforme las citas expuestas, podemos afirmar que en el presente caso, el Tribunal Arbitral no puede emitir un pronunciamiento sobre el fondo, en tanto el juez ordinario se ha pronunciado sobre las mismas cuestiones materia de los puntos controvertidos segundo y noveno, por lo que ha operado el supuesto de hecho del artículo 321 del CPC y en consecuencia, se ha sustraído la Litis o materia controvertida del presente extremo de la demanda.

156. Así las cosas y conforme al análisis efectuado, corresponde resolver el segundo y noveno punto controvertido, de la siguiente forma:

Declarar IMPROCEDENTE el segundo punto controvertido del proceso arbitral, que corresponde a la Segunda Pretensión Principal de la demanda y, por su efecto, determinese que no corresponde emitir pronunciamiento sobre la validez de las resoluciones ejecutivas regionales N° 897 y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR del 18 de

⁸ "(...) 12. El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139° de la Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. (...)". En: Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N°6167-2005-PHC/TC. Fundamento N°12 emitido por el Tribunal Constitucional con fecha 28 de febrero de 2006 (Precedente Vinculante).

⁹ PEYRANO, Jorge W., "La extinción del proceso por sustracción de materia", en el "Proceso Atípico", por Jorge W. Peyrano, Bs. As. 1983, Ed. Universidad, p. 126.

¹⁰ LEDESMA, Marianella. "Comentarios al Código Procesal Civil" Gaceta Jurídica S.A. TOMO I.

octubre de 2010; al haber sido emitidas dentro de la ejecución de un Contrato Administrativo de Obra, como lo es el Contrato N° 013-2009 y en consecuencia, no corresponde emitir pronunciamiento sobre la nulidad de la Resolución Ejecutiva Regional N° 1136-2011/GOBIERNO REGIONAL PIURA-PR del 14 de diciembre de 2011, mediante la cual se autoriza a la Procuradora Pública Regional a obtener la nulidad de las resoluciones antes aludida en sede judicial.

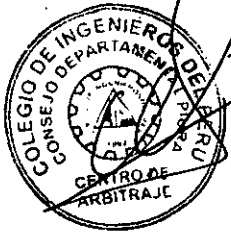
Declarar **IMPROCEDENTE** el noveno punto controvertido del proceso arbitral, que corresponde a la Primera Pretensión Principal de la reconvención y, por su efecto, determinese que no corresponde emitir pronunciamiento sobre la nulidad de la Resolución Gerencia Regional N° 068-2010/GOB.REG.PIURA.GRI de fecha 19 de abril de 2010, en el extremo que dispone aprobar la modificación del precio unitario de la partida 03.03.02: "Relleno con Material de Préstamo"; así como respecto de la nulidad de las Resoluciones Ejecutivas Regionales N° 897 y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR del 18 de octubre de 2010, que aprueban el Deductivo de Obra N° 01 y el Adicional de Obra N° 02, dado que se sustenta en la modificación del precio unitario de la partida 03.03.02: "Relleno con Material de Préstamo".

XI.2. Sobre el pago de valorizaciones devenidas del Adicional N° 02 y mayores costos por renovación de Carta fianza

157. Tal como se evidencia de los Antecedentes del presente laudo, un punto a dilucidar, corresponde a determinar la procedencia o no del reconocimiento del pago de las Valorizaciones N° 02 y 03 devenidas de la aprobación del Adicional de Obra N° 02, cuyo monto asciende a la suma de S/ 316,660.06 (Trescientos Dieciséis Mil Seiscientos Sesenta con 06/100 Soles) y asimismo, los mayores gastos generados por la renovación de la Carta Fianza de fiel cumplimiento en atención a la citada aprobación de Adicional N° 02, monto que asciende a S/ 2,193.07 (Dos Mil Ciento Noventa y Tres con 07/100 Soles), incluyendo el pago de intereses legales.

158. Sobre el particular, conviene traer a colación que lo señalado en los considerandos del 143 al 145, del acápite precedente, en los cuales se ha determinado la sustracción de la materia sobre la validez del Adicional de Obra N° 02, ya que el Juez de la Primera Sala Civil especializada en lo Contencioso Administrativo (Expediente N° 000821-2012) ha emitido sentencia firme declarando, entre otros puntos, la Nulidad de Resolución Ejecutiva Regional N° 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR de fecha 18 de octubre de 2010, en el extremo que dispuso la aprobación del Presupuesto del Adicional de Obra N° 02 (Partida 03.03.02 Relleno con material de préstamo), siendo importante señalar que dicha decisión de segunda instancia fue objeto de Recurso de Casación, siendo declarado Improcedente mediante el Auto Calificadorio del Recurso CAS. N° 10739-2014 de fecha 15 de agosto de 2015 emitido por la Sala Suprema de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

159. Cae recordar que, al haberse interpuesto el Recurso de Casación, sin el cumplimiento de los requisitos de fondo estipulados en el 388, no puede interponerse medio impugnatorio alguno, por lo que la decisión ha adquirido carácter de Cosa Juzgada, en aplicación de los artículos 123 en concordancia con el 378 del CPC.



"Cosa Juzgada.-

Artículo 123.- Una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando:

1. No proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos; o
2. Las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan transcurrir los plazos sin formularlos.

La cosa juzgada sólo alcanza a las partes y a quienes de ellas deriven sus derechos. Sin embargo, se puede extender a los terceros cuyos derechos dependen de los de las partes o a los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes, si hubieran sido citados con la demanda.

La resolución que adquiere la autoridad de cosa juzgada es inmutable, sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 178 y 407.

(...)

Artículo 378.- Contra las sentencias de segunda instancia sólo proceden el pedido de aclaración o corrección y el recurso de casación, siempre que se cumplan los requisitos de forma y fondo para su admisión".

160. Ahora bien, nos encontramos ante una Sentencia firme que ha declarado la Nulidad parcial de la Resolución Ejecutiva Regional N° 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR de fecha 18 de octubre de 2010, en el extremo que dispuso la aprobación del Presupuesto del Adicional de Obra N° 02 y consecuencia, proceden los efectos de la Nulidad del Acto Administrativo declarado por la autoridad jurisdiccional.

161. Sobre la declaración de Nulidad de un Acto Administrativo, los artículos 12 y 13 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General establecen:

"Artículo 12.- Efectos de la declaración de nulidad

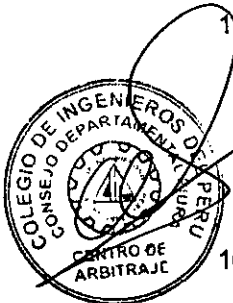
12.1 La declaración de nulidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha del acto, salvo derechos adquiridos de buena fe por terceros, en cuyo caso operará a futuro.

12.2 Respecto del acto declarado nulo, los administrados no están obligados a su cumplimiento y los servidores públicos deberán oponerse a la ejecución del acto, fundando y motivando su negativa.

12.3 En caso de que el acto viciado se hubiera consumado, o bien sea imposible retrotraer sus efectos, sólo dará lugar a la responsabilidad de quien dictó el acto y en su caso, a la indemnización para el afectado".

Artículo 13.- Alcances de la nulidad

13.1 La nulidad de un acto sólo implica la de los sucesivos en el procedimiento, cuando estén vinculados a él.



13.2 La nulidad parcial del acto administrativo no alcanza a las otras partes del acto que resulten independientes de la parte nula, salvo que sea su consecuencia, ni impide la producción de efectos para los cuales no obstante el acto pueda ser idóneo, salvo disposición legal en contrario.

13.3 Quien declara la nulidad, dispone la conservación de aquellas actuaciones o trámites cuyo contenido hubiere permanecido igual de no haberse incurrido en el vicio”.

162. De la lectura de los artículos citados, en lo que refiere al presente caso, podemos concluir que un acto administrativo declarado Nulo -ya sea por actuación de la propia administración o por vía sentencia judicial-, i) reviste efectos declarativos y retroactivos desde el momento de la emisión del acto viciado, ii) no revisten obligatoriedad alguna de cumplimiento, al no producir efectos jurídicos válidos e iii) implica la nulidad de actos sucesivos en el procedimiento cuando se encuentren vinculados al mismo.

163. Sobre los efectos de la Nulidad, el jurista Juan Carlos Morón Urbina, comenta los artículos 12 y 13 afirmando lo siguiente sobre los efectos de una declaración judicial de Nulidad:

“La declaración administrativa o judicial de nulidad del acto administrativo hace que desaparezca la presunción que lo cobijaba y se descorra el velo de su engañosa legalidad. En tal sentido, la declaración operará hasta el momento mismo de su emisión, sin favorecer ni perjudicar a ningún administrado.

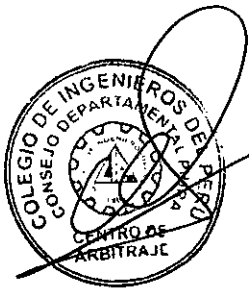
Solo si existieran terceros que de buena fe hubieran obtenido derechos al amparo de la apariencia de legalidad que el acto posea, la nulidad para ellos únicamente se referirá a futuro. No debe entenderse que para ellos permanece ultractivo el acto nulo, ni que esta regla a futuro pueda favorecer a los administrados directamente partícipes en el procedimiento administrativo que constituyó el acto nulo.

Inexigibilidad del acto declarado nulo

Por si alguna autoridad o administrado persistiera en intentar mantener los efectos de un acto declarado nulo, se ha establecido un mandato directo y universal para administrados y autoridades. Todos deben oponerse a la ejecución de un acto nulo, motivando su negación para advertir a los partícipes del vicio que lo afectaba y la declaración de nulidad que ha sido objeto.

Imposibilidad de declarar la nulidad

La constatación de la nulidad puede atravesar por vicisitudes adicionales: que se hayan consumado los efectos del acto viciado (ej. si la actividad autorizada ya se realizó) o sea imposible retrotraer sus efectos (ej. Si los resultados se han consolidado en tal grado que declararlo retroactivo solo sea formal). En ambos casos, el pronunciamiento de la administración no se contendrá con una declaración formal de ilegalidad y la responsabilidad administrativa del autor, sino que además necesitará disponer se inicie acciones para satisfacer la indemnización por responsabilidad económica contra el beneficiado por el acto.



(...)

Actos sucesivos

La nulidad de un acto que integra el procedimiento administrativo determina la nulidad de los actos sucesivos y por lo tanto, implica retrotraer las actuaciones administrativas al momento al momento del trámite en que se cometió la infracción. Esta regla está condicionada a que los actos procedimentales se encuentren vinculados unos a otros causalmente. De ser actos independientes la declaración de invalidez no es transmitida desde el acto viciado a los sucesivos¹¹

164. Complementando lo señalado por Morón, Christian Guzmán Napurí, ratifica el hecho de que los actos administrativos declarados nulos se configuran como inexistentes para la realidad jurídica, salvaguardando los derechos obtenidos de buena fe:

"En primer término la declaración de Nulidad tiene efectos retroactivos a la fecha de emisión del acto que se anula, dado que se reputa inexistente, una vez declarada la nulidad desde la fecha de su emisión. (...)"

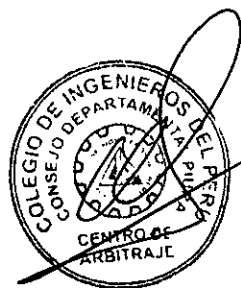
Sin embargo, cabe la posibilidad de que dicho acto administrativo haya generado efectos a favor de administrados que han obrado de buena fe, desconociendo la existencia de causales de nulidad del citado acto. En este último supuesto, la nulidad produce efectos hacia delante y en cuanto a dichos administrados.

Asimismo, si un acto administrativo es declarado nulo, los administrados no están obligados a su cumplimiento y los servidores públicos deberían oponerse a la ejecución del acto, fundando y motivando su negativa. El acto administrativo nulo es inexigible para los administrados, y a la vez, se debe ser inaplicado por los funcionarios de las entidades¹².

165. Teniendo claro el fundamento doctrinal sobre el que se expresa los alcances y efectos de la Nulidad de un Acto Administrativo, este tribunal llega a la conclusión de que (i) el acto administrativo declarado Nulo se reputa inexistente jurídicamente y no puede ser exigible tanto a los particulares como a los servidores públicos, (ii) salvo en los supuestos en los que el particular haya obtenido derechos y actuado de buena fe.
166. Dicho lo anterior, el DEMANDANTE solicita el reconocimiento del pago de dos Valorizaciones N° 02 y 03, sustentándose, justamente, en el Adicional de Obra N° 02 que ha sido declarado NULO por la jurisdicción ordinaria; de igual manera, solicita que se le reconozcan los gastos generados por renovación de Carta Fianza de fiel cumplimiento más los intereses legales, teniendo como sustento el mismo adicional N° 02.

¹¹ MORÓN, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Gaceta Jurídica S.A.

¹² GUZMAN, Christian. "Tratado de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo". Ediciones Caballero Bustamante.



167. Sin embargo, para este tribunal no puede reconocerse derechos patrimoniales sobre el pago formal de valorizaciones de una Aprobación de Adicional de Obra que ha sido declarado NULO, en tanto como se ha mencionado, dicha declaración importa la inexistencia del acto y su imposibilidad para producir efectos jurídicos válidos. En dicha medida, tampoco se ha generado la convicción de que exista la obtención de derechos de buena fe.

168. Respecto de los mayores gastos por renovación de carta fianza, el supuesto en que se ampara el DEMANDANTE tiene como base la validez del Adicional de Obra que fue declarado nulo, por lo que tampoco corresponde que se otorgue dicho concepto, ya que, como se ha mencionado nos encontramos ante un acto administrativo que no ha producido efectos válidos.

169. Sin perjuicio de lo mencionado, al parecer de este tribunal, no puede obviarse el hecho de que el DEMANDANTE ha padecido un menoscabo en su patrimonio, que no cuenta con título válido alguno para que pueda reconocerse, por lo que la misma puede solicitar el reclamo en la vía pertinente.

170. Por lo expuesto y conforme al análisis efectuado, corresponde resolver el tercer y cuarto punto controvertido, de la siguiente forma:

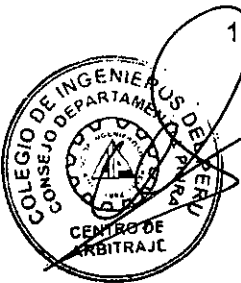
*Declarar **INFUNDADO** el tercer punto controvertido del proceso arbitral, que corresponde a la Tercera Pretensión Principal de la demanda y, por su efecto, determínese que no corresponde que se disponga al demandado efectúe el pago de las valorizaciones N° 02 y N° 03 del Adicional de Obra N° 02, que fueran presentadas con fecha 07 de noviembre del 2011 y 05 de enero de 2012 al supervisor de Obra, por un monto total de S/ 316,660.06 (Trescientos dieciséis mil seiscientos sesenta con 06/100 Soles), más el correspondiente pago de los intereses hasta la fecha efectiva del pago.*

*Declarar **INFUNDADO** el cuarto punto controvertido del proceso arbitral, que corresponde a la Cuarta Pretensión Principal de la demanda y, por su efecto, determínese que no corresponde que se ordene al emplazado asuma los gastos ocasionados al Contratista por mantener vigente innecesariamente la Carta Fianza por la ampliación de la garantía de fiel cumplimiento por el Adicional de Obra N° 02, los mismos que ascienden hasta la fecha a S/ 2,193.07 (Dos Mil Ciento Noventa y Tres con 07/100 Soles) con el correspondiente reconocimiento de los intereses hasta la fecha efectiva del pago.*

XI.3. Sobre el reconocimiento de los mayores gastos generales devenidos de las Ampliaciones de Plazo solicitadas

171. Corresponde, en este extremo, que este tribunal se pronuncie sobre el reconocimiento de los mayores gastos generales solicitados por el CONSORCIO demandante durante la ejecución del CONTRATO, en función a lo siguiente:

- Reconocimiento del pago de mayores gastos generales por cuarenta y tres (43) días calendario, del periodo comprendido entre el 08 de enero de 2010 al 19 de febrero de



2010, lapso de tiempo utilizado por la ENTIDAD para absolver las observaciones formuladas al expediente técnico y que suman Ciento Cuarenta y Un Mil Ochocientos Cuarenta y Siete con 07/100 Nuevos Soles (S/. 141,847.07), incluyéndose los respectivos intereses legales.

- Reconocimiento del pago de mayores gastos generales por los treinta y cinco (35) días calendario de la Ampliación de Plazo N° 05 aprobada con la Resolución Gerencia Regional N° 285-2011/GOB.REG.PIURA-GGR del 01 de diciembre del 2011; y como consecuencia de ello, pague al accionante la suma de S/. 108,859.38 (Ciento Ocho Mil Ochocientos Cincuenta y Nueve con 38/100 Soles), incluyéndose los respectivos intereses legales.
- Corrección del artículo primero de la Resolución Gerencia Regional N° 285-2011/GOB.REG.PIURA-GGR del 01 de diciembre del 2011, en el extremo referido al pago de gastos generales; el cual debe ser por los treinta y cinco (35) días calendario de ampliación de plazo aprobada y no por siete (07) días calendario como lo pretende.

172. Para el análisis de los puntos controvertidos, en primer lugar, se analizará el supuesto de hecho de la norma y sus alcances; en segundo, se definirán los hechos en función al material probatorio documental que obra en el proceso y lo alegado por las partes; finalmente, se realizará el proceso de subsunción normativa atendiendo a las particularidades del caso en concreto.

a) **Marco legal aplicable al reconocimiento de mayores gastos generales en materia de obras**

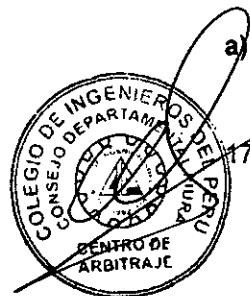
173. Sobre el marco legal aplicable conviene citar lo dispuesto por el artículo 202, 203 y 204 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable a la presente controversia, en cuyos textos expresan lo siguiente:

"Artículo 202.- Efectos de la modificación del plazo contractual

Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de obras adicionales que cuentan con presupuestos específicos.

Sólo en el caso que la ampliación de plazo sea generada por la paralización de la obra por causas no atribuibles al contratista, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso.

En el supuesto que las reducciones de prestaciones afecten el plazo contractual, los menores gastos generales variables se calcularán siguiendo el procedimiento establecido en el párrafo precedente.



En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad ampliará el plazo de los otros contratos celebrados por ésta y vinculados directamente al contrato principal".

Artículo 203.- Cálculo del Gasto General Diario

En los contratos de obra a precios unitarios, el gasto general diario se calcula dividiendo los gastos generales variables ofertados entre el número de días del plazo contractual, ajustado por el coeficiente "Ip/Io", en donde "Ip" es el Índice General de Precios al Consumidor (Código 39) aprobado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática-INEI correspondiente al mes calendario en que ocurre la causal de ampliación del plazo contractual, e "Io" es el mismo índice de precios correspondiente al mes del valor referencial.

En los contratos de obra a suma alzada, el gasto general diario se calcula dividiendo los gastos generales variables del presupuesto que sustenta el valor referencial entre el número de días del plazo contractual, ajustado por el factor de relación y por el coeficiente "Ip/Io", en donde "Ip" es el Índice General de Precios al Consumidor (Código 39) aprobado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI correspondiente al mes calendario en que ocurre la causal de ampliación del plazo contractual, e "Io" es el mismo índice de precios correspondiente al mes del valor referencial.

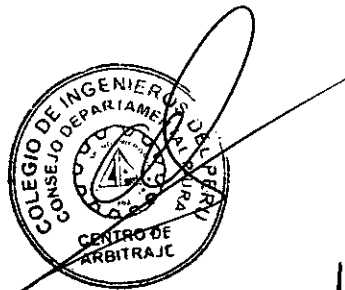
"En el caso de obras adicionales y prestaciones adicionales de servicios de supervisión de obras, los gastos generales se determinarán considerando lo necesario para su ejecución.

Artículo 204.- Pago de Gastos Generales

Para el pago de los mayores gastos generales se formulará una Valorización de Mayores Gastos Generales, la cual deberá ser presentada por el residente al inspector o supervisor; dicho profesional en un plazo máximo de cinco (5) días contados a partir del día siguiente de recibida la mencionada valorización la elevará a la Entidad con las correcciones a que hubiere lugar para su revisión y aprobación. La Entidad deberá cancelar dicha valorización en un plazo máximo de treinta (30) días contados a partir del día siguiente de recibida la valorización por parte del inspector o supervisor.

A partir del vencimiento del plazo establecido para el pago de esta valorización, el contratista tendrá derecho al reconocimiento de los intereses legales, de conformidad con los artículos 1244, 1245 y 1246 del Código Civil. Para el pago de intereses se formulará una Valorización de Intereses y se efectuará en las valorizaciones siguientes".

174. De las normas anteriormente citadas, se concluye que la aprobación de Ampliaciones de Plazo durante la ejecución de un Contrato de Obra traerá como consecuencia el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales, siendo que para el cálculo de dichos montos el artículo 203 establece una formula en función al Sistema de Contratación aplicable, ya sea un contrato de obra a Precios Unitarios o a Suma Alzada.



[Handwritten signature]

175. Seguidamente, el artículo 204 establece de manera clara el procedimiento para la solicitud del reconocimiento de los mayores gastos generales, siendo que el contratista debe emitir una Valorización única por mayores gastos, a través de su residente, al inspector o supervisor, el cual tendrá cinco (05) días para elevar dicha valorización a la Entidad con las correcciones que considere para su revisión y aprobación; y finalmente, la Entidad contará con treinta (30) días para la formalización del pago correspondiente.

b) Plazo para solicitar el pago de los mayores gastos generales

176. Al respecto, del procedimiento regulado en el artículo 204 del Reglamento para gestionar el pago de los mayores gastos generales, se puede evidenciar que no se ha establecido un plazo perentorio para dichos fines, por lo que el contratista, en el marco de un contrato de obra tiene la posibilidad de exigirlos en cualquier momento posterior a la aprobación correspondiente.

177. Sobre el particular, teniendo claro que las opiniones de la Dirección Técnico Normativa del OSCE no tiene efectos vinculantes para un órgano que ejerce Función Jurisdiccional, este tribunal coincide con lo dispuesto por la Opinión N° 12-2014-DTN, la cual establece:

Opinión N° 12-2014-DTN

1.1.1 Realizadas las precisiones anteriores, debe señalarse que el primer párrafo del artículo 204 del Reglamento regula el procedimiento de pago de los mayores gastos generales variables, indicando expresamente que "Para el pago de los mayores gastos generales se formulará una Valorización de Mayores Gastos Generales, la cual deberá ser presentada por el residente al inspector o supervisor; dicho profesional en un plazo máximo de cinco (5) días contados a partir del día siguiente de recibida la mencionada valorización la elevará a la Entidad (...) para su revisión y aprobación. La Entidad deberá cancelar dicha valorización en un plazo máximo de treinta (30) días contados a partir del día siguiente de recibida la valorización (...)" (El resaltado es agregado).

Como puede apreciarse, el procedimiento de pago de los mayores gastos generales no establece un plazo perentorio para que el contratista, a través de su residente, formule y presente la valorización de mayores gastos generales; pudiéndose inferir de ello que la referida disposición tiene por finalidad otorgarle al contratista la flexibilidad necesaria para acreditar los mayores gastos generales que le correspondan.

En esa medida, el contratista puede presentar su valorización de mayores gastos generales en cualquier momento posterior a la aprobación de la ampliación de plazo correspondiente.

1.1.2 De otro lado, es importante indicar que la liquidación de un contrato de obra puede definirse¹³ como un proceso de cálculo técnico, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene por finalidad

¹³ SALINAS SEMINARIO, Miguel. *Costos, Presupuestos, Valorizaciones y Liquidaciones de Obra*, Lima: Instituto de la Construcción y Gerencia (ICG), 2003, 2° edición, pág. 44.

determinar, principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico, que puede ser a favor o en contra del contratista o de la Entidad.

Así, la liquidación de un contrato de obra debe contener todas las valorizaciones, los reajustes, los mayores gastos generales, la utilidad y los impuestos que afectan la prestación, conceptos que siempre forman parte del costo total de la obra. Adicionalmente, también pueden incorporarse otros conceptos autorizados por la normativa de contrataciones del Estado como las penalidades aplicables al contratista, los adelantos otorgados y sus amortizaciones, entre otros conceptos que se incluyen al cumplirse determinados supuestos y que determinan el saldo económico a favor de una de las partes.

En esa medida, considerando que la liquidación de obra determina el costo total de la misma y el saldo económico pendiente de pago, en la liquidación de obra deben incluirse los mayores gastos generales pendientes de pago.

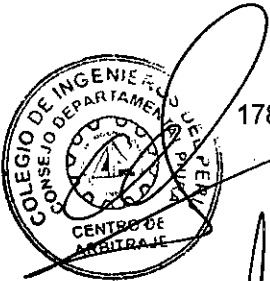
1.1.3 *En virtud de lo expuesto, una vez aprobada una ampliación de plazo, el contratista puede solicitar el pago de los mayores gastos generales originados por dicha ampliación, en cualquier momento posterior a la aprobación de la ampliación de plazo correspondiente, pudiendo incluso requerirlos hasta en la etapa de liquidación final de obra.*

178. El texto de la opinión citada expresa que la solicitud del pago de mayores gastos generales puede realizarse en cualquier momento posterior a su aprobación, siendo posible gestionar dicha solicitud inclusive al momento de presentar la liquidación final, por lo que en el presente caso, no ha operado ningún plazo perentorio sobre dicha cuestión.

179. Lo mencionado en líneas anteriores, debe ser complementado atendiendo a que el marco legal aplicable al CONTRATO (Decreto Legislativo N° 1017 y Decreto Supremo N° 184-2008) establecía un plazo corto de caducidad (quince días) fijado vía reglamentaria, el cual resultaba a todas luces ilegal debido a que el artículo 2004 del Código Civil ordenaba que los plazos de caducidad solo podían ser fijados por ley y en consecuencia era de aplicación el plazo regulado en la ley que disponía la posibilidad de someter a controversias hasta la culminación del contrato, es decir, hasta la emisión de la conformidad y el pago (Artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, en concordancia con el 42 de la misma norma).

c) Sobre los Mayores Gastos Generales por cuarenta y tres (43) días calendario por el periodo enero-febrero de 2010 (Ampliación de plazo N° 01)

180. Sobre dicho punto, el CONSORCIO señala que solicitó la Ampliación de Plazo N° 01, por ochenta y seis (86) días calendario, de los cuales cuarenta y tres (43) se destinaban a cubrir el retraso por causas no imputables al mismo desde las fechas 08 de enero de 2010 hasta el 19 de febrero de 2010, siendo los restantes cuarenta y tres (43), para la ejecución de las partidas nuevas del Presupuesto Adicional N° 01.

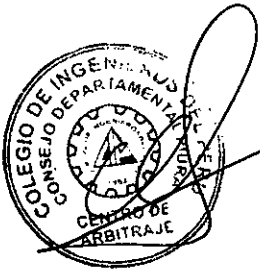


181. Al parecer del CONSORCIO, los retrasos fueron causados por hecho de la propia ENTIDAD, al ocasionar la dilación en la ejecución de la obra, conforme a las siguientes razones:

- La ENTIDAD no dio respuesta oportuna y eficaz a las Observaciones al Expediente Técnico por la omisión de Partidas, Mayores Metrados y Cuantificación de Sub Partidas en las Especialidades de Estructuras, Arquitectura e Instalaciones Eléctricas, formulada por el CONSORCIO el 30 de diciembre del 2009, mediante Carta N° 004-2009-CLM.
- El CONSORCIO solicitó la cuantificación de Mayores Metrados en las Obras Provisionales, con las cuales se daba inicio a la Ruta Crítica de la Obra y se dejó constancia, de la imposibilidad de iniciar los trabajos en Obra, en tanto no se aprobara el correspondiente Adicional de Obra con fecha 07 de enero del 2010.
- La ENTIDAD, con fecha 03 de febrero de 2010, emite la Resolución Gerencial Regional N° 012-2010/GOB.REG.PIURA-GRI que aprobó la Modificación N° 01 del Expediente Técnico de la Obra, por la inclusión de las Partidas 01.06 Caseta de Almacén, Guardianía, Ing. Supervisor, Ing. Residente, Vestuario Obrero y Comedor; y, 01.07 Cerco Provisional de Esteras.
- La aprobación del Presupuesto Adicional de Obra N° 01 por la inclusión de las Partidas 01.06 y 01.07, mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 098-2010/GOB.REG.PIURA-PR se produjo con fecha 19 de febrero del 2010, originándose un retraso no imputable al CONSORCIO.
- La ENTIDAD emitió la Resolución Gerencial Regional N° 049-2010/GOB.REG.PIURA-GRI notificada el 18 de marzo del 2010, con la cual se aprobó la Ampliación de Plazo N° 01 por Treinta y Seis (36) días calendario para la ejecución de los trabajos de las Partidas Nuevas del Adicional de Obra N° 01; en dicha resolución se expuso que le correspondía al CONSORCIO el pago de los Mayores Gastos Generales Variables por el periodo no reconocido, conforme se establece en sus considerandos cuarto, quinto, sexto y séptimo.

182. Por su parte, la DEMANDADA establece que no corresponde el reconocimiento de mayores gastos generales por la Ampliación de Plazo N° 01, por las siguientes razones:

- La Resolución Gerencial Regional N° 049-2010/GOB.REG.PIURA-GRI se resuelve aprobar la Ampliación de Plazo N° 01, sólo por 36 días calendario, y sin reconocimiento de gastos generales.
- La Resolución no ha sido objeto de impugnación por parte del DEMANDANTE, dentro de los quince (15) días que establece el último párrafo del artículo 201° del Reglamento, ya que el contratista cuestiona dicha Resolución recién el 19 de Diciembre del 2011, con la presentación de la solicitud arbitral, es decir, después de haber transcurrido 01 año con nueve (09) meses. En este sentido, dicha ampliación de plazo ha quedado consentida y firme, por lo que surte efectos entre las partes.
- Las opiniones citadas por el DEMANDANTE y que han sido transcritas en el considerando Cuarto, Quinto, Sexto y Séptimo considerando de la Resolución Gerencial Regional N° 049-2010/GOB.REG.PIURA-GRI, no constituyen, en modo



alguno una obligación por parte de la Entidad de reconocer Gastos Generales por el periodo comprendido entre el 08 de Enero del 2010 al 19 de febrero del 2010, ya que simplemente, la ampliación de plazo fue otorgada Sin Gastos Generales, y por sólo treinta y seis (36) días.

- En el supuesto negado que ella haya autorizado el pago de gastos generales, estos se realizarían sólo si se encuentran debidamente acreditados, situación que no ocurre en el presente caso, dado que no se han presentado medios probatorios destinados a acreditar los gastos generales variables, ni tampoco se ha presentado el desagregado de gastos generales de la propuesta económica.

183. Teniendo claro la posición de ambas partes, para el tribunal constituye un hecho no controvertido que existieron retrasos durante la ejecución de la obra objeto del CONTRATO que no fueron imputables al CONSORCIO y que motivaron la solicitud de ampliación de plazo N° 01 por Ochenta y Seis (86) días calendario, de los cuales solo fueron aprobados treinta y seis (36) días y sin gastos generales.

| Detalle de la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 01 por 86 días calendario (Desagregado) | | |
|--|---|-------------------------------|
| Días solicitados | Fundamento | Días otorgados/Mayores Gastos |
| 43 días calendario | Retraso por causas no imputables al mismo desde las fechas 08 de enero de 2010 hasta el 19 de febrero de 2010 | 0 |
| 43 días calendario | Ejecución de partidas nuevas del Adicional de Obra N° 01 | 36 días /sin mayores gastos |

184. Ahora bien, del análisis de la Resolución que aprueba parcialmente la Ampliación N° 01, Resolución Gerencial Regional N° 049-2010/GOB.REG.PIURA-GRI, podemos observar que de los considerandos cuarto, quinto, sexto y séptimo, se establecen las opiniones del Ingeniero Supervisor de Obra, Ing. Agustín Gómez Gutiérrez; Jefe de Supervisión de Obra, Ing. Edwin Omar Vences Martínez; así como el pronunciamiento de la Dirección General de Construcciones, manifestando su opinión sobre el reconocimiento de los mayores gastos generales por los cuarenta y tres días solicitados por el retraso originado entre las fechas 08 de enero de 2010 y 19 de febrero de 2010, siempre que sean debidamente acreditados.

185. Seguidamente de la revisión de la parte resolutive, extraemos el siguiente texto:

"(...)

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: APROBAR la Ampliación de Plazo N° 01 por treinta y seis (36) días calendario, en la ejecución de la Obra: "CONSTRUCCIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA DE LA INSTITUCIÓN EDUCATIVA NUESTRA SEÑORA DELAS MERCEDES DEL DISTRITO DE PAITA", con código SNIP 19093, sin reconocimiento de Gastos Generales, quedando establecida como nueva fecha de término de la Obra el 21 de febrero de 2011, de acuerdo a los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

(El subrayado es nuestro)

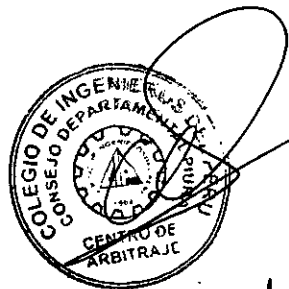
186. Sobre lo mencionado, es importante tomar en cuenta que las Entidades, como representantes de la Administración pública, emite actos de diversa índole como pueden ser actos administrativos, actos internos y/o actos de ejecución contractual, a través de los cuales manifiesta su voluntad, la misma que se ve expresada, concretamente, en la parte resolutive de tales actos, por lo que no cabría tener como parte de la voluntad sus considerandos o antecedentes, máxime cuando recogen opiniones no vinculantes de representantes de áreas internas de la Entidad.
187. Teniendo claro el análisis anterior, este tribunal concluye que no se existe reconocimiento de derecho alguno a la percepción de Mayores Gastos Generales por los cuarenta y tres (43) días solicitados en razón del retraso producido entre las las fechas 08 de enero de 2010 hasta el 19 de febrero de 2010.
188. Dicho lo anterior, cabe cuestionarse si es posible el reconocimiento de mayores gastos generales de días que no han sido aprobados o incluidos como parte del plazo contractual, para lo cual conviene traer a colación lo dispuesto en el artículo 202, el cual establece los siguiente:

"Artículo 202.- Efectos de la modificación del plazo contractual

Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de obras adicionales que cuentan con presupuestos específicos.

Sólo en el caso que la ampliación de plazo sea generada por la paralización de la obra por causas no atribuibles al contratista, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso.
(...)"

189. Conforme se expresa en la norma, solo podrán realizarse la cuantificación de mayores gastos generales en función al número de días que han sido efectivamente aprobados, por lo que no cabría el pago de tales conceptos, si no se ha emitido un pronunciamiento favorable sobre los días que se pretenden cuantificar.
190. Por lo expuesto, este tribunal concluye que no corresponde reconocer los mayores gastos generales por los por cuarenta y tres (43) días calendario, del periodo comprendido entre el 08 de enero de 2010 al 19 de febrero de 2010, lapso de tiempo que demoró para absolver las observaciones formuladas al expediente técnico y que suman S/. 141,847.07 (Ciento Cuarenta y Un Mil Ochocientos Cuarenta y Siete con 07/100 Soles) y en consecuencia, tampoco procederá el pago de los intereses legales.



d) Sobre los Mayores Gastos Generales por los treinta y cinco (35) días calendario aprobada parcialmente por Resolución Gerencia Regional N° 285-2011/GOB.REG.PIURA-GGR (Ampliación de plazo N° 05)

191. Sobre este extremo, el CONSORCIO afirma que al haberse aprobado mediante Resolución Gerencial Regional N° 285-2011/GOB.REG.PIURA-GRI del 01 de Diciembre del 2011, la Ampliación de Plazo N° 05 por Treinta y Cinco (35) días calendario, corresponde que se paguen los Mayores Gastos Generales Variables por dicho lapso de tiempo, y no por los Siete (07) días calendario, como pretende la ENTIDAD; asimismo, se ampara en lo dispuesto por el artículo 202 del Reglamento, el cual prescribe que las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación.

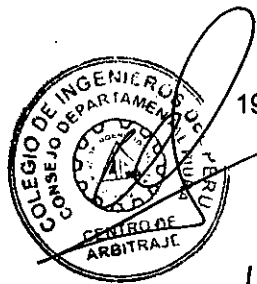
192. Por el contrario, para la ENTIDAD no existe justificación alguna para amparar el reconocimiento de S/108,859.38 (Ciento Ocho Mil Ochocientos Cincuenta y Nueve con 38/100 Soles) por los mayores gastos generales por los Treinta y Cinco días de la Ampliación de Plazo N° 05, ya que la Resolución Gerencial Regional N° 285-2011/GOB.REG.PIURA-GRI que aprobó dicha ampliación de plazo establecía que solo se reconocerían siete (07) días por mayores gastos generales, en tanto los veintiocho (28) restantes fueron tiempo de espera en los cuales el CONSORCIO no ejecutó trabajo alguno.

193. Como fundamento de lo anterior, se trae a colación el fundamento técnico de la decisión contenida en la Resolución Gerencial Regional N° 285-2011/GOB.REG.PIURA-GRI se establece en su sexto considerando, en el cual se sustenta que el proceso constructivo especifica que se requiere de un plazo de veintiocho (28) días calendario para el desencofrado de fondo de vigas y secado de tarrajeos, periodo en el que el CONSORCIO no efectuó ningún trabajo. Asimismo, la ENTIDAD señala que el CONSORCIO estuvo de acuerdo con dicha decisión, lo cual se evidencia de la presentación de la valorización única presentada mediante la Carta S/N de fecha 12 de diciembre de 2012 por el monto de S/ 21,771.87.

194. Finalmente, la ENTIDAD señala que, al momento de solicitar la Ampliación de Plazo N° 05, el CONSORCIO renunció de manera expresa y por escrito, a los gastos generales por los veintiocho (28) días calendario mediante la Carta N° 50-2012/CLM del 29 de noviembre de 2011 y notificada el 30 de noviembre de 2011, a través de la Hoja de Control y Registro N° 44766, además de haber gestionado la Valorización por gastos generales en función a los siete (07) días calendario otorgados, por lo que solicita la aplicación de la Teoría de los Actos Propios.

195. Teniendo claros los hechos expuestos y el material probatorio aportado por las partes, puede concluirse que existen dos puntos que constituyen el principal punto de discrepancia entre las posturas para resolver los puntos controvertidos. El primero de ellos, sobre es si es válida, o no, la renuncia efectuada -tácita o expresamente- a los mayores gastos generales de manera previa a su otorgamiento. El segundo, sobre si los veintiocho (28) días calendario restantes deben formar parte de los mayores gastos generales solicitados.

196. Sobre el primero de los extremos, pese a que las Opiniones de la Dirección Técnico Normativa del OSCE (En adelante DTN-OSCE) no son vinculantes para un órgano que



ejerce Función Jurisdiccional, este tribunal coincide con la Opinión N° 14-2014/DTN, que establece lo siguiente:

Opinión N° 14-2014/DTN

"(...)

2.1.4 De conformidad con lo expuesto, debe señalarse que, cuando se produce un retraso o paralización por causas no atribuibles al contratista, surge la obligación en la Entidad de pagar los mayores gastos generales variables al contratista y, en consecuencia, un derecho de crédito de este de cobrarle los mayores gastos generales a la Entidad, derivados del incremento del plazo de la obra.

Al respecto, debe señalarse que el pago de los mayores gastos generales tiene por objeto reconocer los mayores costos indirectos que asume el contratista como consecuencia del incremento del plazo de ejecución de la obra por causas ajenas a su voluntad, evitándose, de esta manera, la afectación del equilibrio económico de las prestaciones asumidas por las partes, en aplicación de lo dispuesto por el Principio de Equidad¹⁴, el mismo que establece que "Las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad (...)." (El subrayado es agregado).

Sin perjuicio de ello, toda vez que el derecho a cobrar los mayores gastos generales originado por la aprobación de una ampliación de plazo es un derecho de crédito del contratista y, en consecuencia, de su libre disposición, este podría renunciar¹⁵ al mismo, una vez aprobada la ampliación del plazo; máxime si la normativa de contrataciones del Estado no ha prohibido tal renuncia¹⁶, ni se vulnera alguna norma imperativa o de orden público.

En esa medida, el contratista, libre y voluntariamente, sin que exista coerción¹⁷ o algún vicio al manifestar su voluntad¹⁸, puede renunciar al pago de los mayores gastos generales variables.

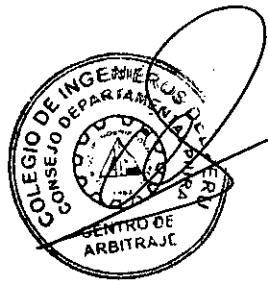
¹⁴ Definido por el literal l) del artículo 4 de la Ley.

¹⁵ En este punto, debe señalarse que si bien la renuncia no está regulada expresamente en el Código Civil, la doctrina la define como "(...) un acto unilateral, ejercitado sólo por el acreedor de la relación obligacional, pues si contara con el asentimiento oportuno del deudor -sin dejar de encontramos dentro del campo de la renuncia- se trataría de una condonación." A su vez, de conformidad con el artículo 1295 del Código Civil, la doctrina también señala que "Condonar es perdonar una deuda o, en expresiones distintas, renunciar a un crédito, con la anuencia del deudor. Así, cuando el acreedor perdona una deuda y el deudor conviene en ello, se extingue la obligación a cargo de este último." (El subrayado es agregado). OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las obligaciones, Vol. XVI, Tercera Parte, Tomo IX, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, Segunda Edición, págs. 263 y 245.

¹⁶ Este criterio se sostiene en lo expresado en el literal a) del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, que señala expresamente que "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe". (El resaltado es agregado).

¹⁷ Según el diccionario de la Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición, "coerción", en su primera acepción, significa "Presión ejercida sobre alguien para forzar su voluntad o su conducta". <http://lema.rae.es/drae/?val=coacci%C3%B3n>

¹⁸ De conformidad con los artículos 201 y siguientes del Código Civil.

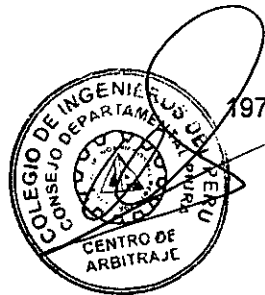


En este orden de ideas, aun cuando la Entidad está obligada a pagar oportunamente al contratista los mayores gastos generales una vez aprobada una ampliación del plazo de un contrato de obra, el contratista puede renunciar a este derecho libre y voluntariamente con posterioridad a la aprobación de la ampliación de plazo, en tanto constituye un derecho patrimonial de libre disposición”.

2.2 “¿Cuál son Los supuestos que determinen la improcedencia a la renuncia al pago de mayores gastos generales?” (sic).

La normativa de contrataciones del Estado no ha regulado la figura de la renuncia al pago de los mayores gastos generales ni establece supuestos específicos de improcedencia de la misma.

No obstante, como se indicó al absolver la consulta anterior, en tanto el derecho a exigir el pago de los mayores gastos generales variables constituye un derecho patrimonial de libre disposición del contratista, este puede renunciar al mismo libre y voluntariamente con posterioridad a la ampliación de plazo, sin que exista coacción o algún vicio de manifestación de la voluntad”.



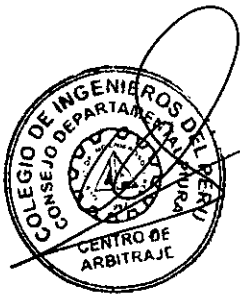
197. Conforme lo establece la opinión citada, la renuncia a los mayores gastos generales es posible, siempre y cuando la misma se lleve a cabo de manera posterior a la aprobación, en tanto que, desde tal momento, forma parte de la esfera jurídica del contratista, pudiendo ejercer su libre disposición como cualquier otro derecho de naturaleza patrimonial.

198. En el presente caso, si bien es cierto el DEMANDANTE, mediante la Carta N° 050-2011/CLM presentada en fecha 30 de noviembre de 2011, manifestó su voluntad de renunciar a los mayores gastos generales de la Ampliación de Plazo N° 05, dicho acto se llevó a cabo antes de la aprobación formal de la Ampliación (01 de diciembre de 2011, conforme se consigna en el cargo de recepción de la Resolución Gerencia General N° 285-2011/GOB.REG.PIURA-GRI); es decir, antes de ser titular del derecho patrimonial. En consecuencia, dicha renuncia no puede ser válida jurídicamente, en tanto no se puede disponer de un derecho cuya titularidad no se ostenta.

199. Respecto del segundo extremo, corresponde analizar si los veintiocho (28) días calendario que fueron materia de la ampliación de plazo (aprobada por treinta y cinco días) corresponde ser incluidos para el reconocimiento de los mayores gastos generales, para lo cual resulta fundamental establecer si en dicho lapso de tiempo, se ejecutaron trabajos destinados al avance de la Obra o propios de la naturaleza de la actividad y de la paralización o retraso ocasionado por hechos no imputables al CONSORCIO demandante.

200. La DEMANDADA ha sustentado su postura en los informes o pronunciamientos documentales que han sido recogidos en la Resolución Gerencial Regional N° 285-2011/GOB.REG.PIURA-GRI y que corresponden al Asistente Técnico de la Dirección General de Construcción (Carta N° 020-2011/GRP-440300-JATG) y del Abogado de la Dirección de Licitaciones, Contratos y Programación, concluyéndose que solo deberá proceder el reconocimiento de siete (07) días por concepto de mayores gastos generales, en tanto los veintiocho (28) días restantes fueron catalogados como tiempo de espera, en el cual el contratista no habría ejecutado trabajo alguno.

201. Por otro lado, el DEMANDANTE no ha cumplido con aportar medio de prueba alguno que respalde su pretensión, mediante la acreditación de los mayores gastos generales en los que incurrió en los veintiocho (28) días de los treinta y cinco (35) solicitados en la Ampliación de Plazo N° 05.
202. En dicha medida, el citado artículo 202° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado dispone que: *"Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo los casos de obras adicionales que cuentan con presupuestos específicos (...)".*
203. En consecuencia, el DEMANDANTE debió acreditar cuáles fueron los gastos generales variables diarios en los que incurrió, cosa que no hizo, limitando su defensa a indicar que: *"(...) al haberse aprobado con la Resolución Gerencial Regional N° 285-2011/GOB.REG.PIURA-GRI del 01 de Diciembre del 2011, la Ampliación de Plazo N° 05 por Treinta y Cinco (35) días calendario, corresponde que se paguen los Mayores Gastos Generales Variables por dicho lapso de tiempo, y no por los Siete (07) días calendario, como lo pretende la Entidad emplazada (...)".*
204. Por lo expuesto, queda claro que no basta que se disponga la aprobación de los treinta y cinco (35) días calendario para que le paguen los mayores gastos generales variables por dicho lapso de tiempo, toda vez que la norma exige que éstos se acrediten, cuando dispone que los mayores gastos generales variables se determinan multiplicando el número de días correspondientes a la ampliación, multiplicados por el gasto general variable diario, no habiéndose probado de autos cuáles son esos gastos generales variables diarios; asimismo.



Por lo expuesto y conforme al análisis efectuado, corresponde resolver el tercer y cuarto punto controvertido, de la siguiente forma:

*Declarar **INFUNDADO** el primer punto controvertido del proceso arbitral, que corresponde a la Primera Pretensión Principal de la demanda y, por su efecto, determínese que no corresponde disponer al Gobierno Regional Piura pague al accionante los mayores gastos generales por los cuarenta y tres (43) días calendario, del periodo comprendido entre el 08 de enero de 2010 al 19 de febrero de 2010, lapso de tiempo que demoró para absolver las observaciones formuladas al expediente técnico en virtud del Art. 152 del D.S. N° 184-2008-EF y que suman Ciento Cuarenta y Un Mil Ochocientos Cuarenta y Siete con 07/100 Nuevos Soles (S/. 141,847.07), más sus respectivos intereses hasta la fecha de su efectivo pago a nuestro favor.*

*Declarar: **INFUNDADO** el quinto punto controvertido del proceso arbitral, que corresponde a la Quinta Pretensión Principal de la demanda y, por su efecto, determínese que no corresponde el disponer que demandado asuma el pago de los mayores gastos generales por los treinta y cinco (35) días calendario de la Ampliación de Plazo N° 05 aprobada con la Resolución Gerencia Regional N° 285-2011/GOB.REG.PIURA-GGR del 01 de diciembre del 2011; y como consecuencia de ello, pague al accionante la suma de S/ 108,859.38 (Ciento Ocho Mil Ochocientos Cincuenta y Nueve con 38/100 Soles), más sus respectivos intereses hasta la fecha de su efectivo pago a nuestro favor.*

*Declarar: **INFUNDADO** el sexto punto controvertido del proceso arbitral, que corresponde a la Sexta Pretensión Principal de la demanda y, por su efecto, determinese que no corresponde disponer al demandado corrija el artículo primero de la Resolución Gerencia Regional N° 285-2011/GOB.REG.PIURA-GGR del 01 de diciembre del 2011, en el extremo referido al pago de gastos generales; el cual debe ser por los treinta y cinco (35) días calendario de ampliación de plazo aprobada y no por siete (07) días calendario como lo pretende.*

XI.4. Sobre la Indemnización por daños y perjuicios

205. En este extremo de los puntos controvertidos, corresponde que el tribunal emita pronunciamiento sobre el reconocimiento de una indemnización por daños y perjuicios ascendente a la suma de S/ 200,000.00 (Doscientos Mil Soles), en atención a los daños que se habrían causado por la indebida retención del pago de las valorizaciones N° 02 y 03 del Adicional de obra N° 02.
206. Sobre la indemnización solicitada, el DEMANDANTE ha afirmado que el incumplimiento del pago de las Valorizaciones N° 02 y 03 del Adicional de Obra N° 02, luego de haber realizado los trabajos al 100% con la aprobación del supervisor de obra, le ha causado un serio "daño moral y económico" al resultar imposible cumplir con las obligaciones con sus acreedores, más aún, que ellos tienen conocimiento que la Obra ha sido recepcionada por la ENTIDAD, desde el 17 de Febrero del 2012; y, hasta la fecha no pueden cobrar sus facturas pendientes de pago, por lo que solicita se le indemnice, con la suma ascendente a S/. 200,000.00 (Doscientos Mil y 00/100 Nuevos Soles) al haberse configurado la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones y afectar principios que rigen las Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
207. Por otro lado, la DEMANDADA aduce que tal pretensión debe ser declara infundada en tanto se solicita el reconocimiento de una Indemnización, por el incumplimiento del pago de las Valorizaciones N° 02 y 03 de un Adicional de Obra N° 02 que fue aprobado en vulneración del literal k) del artículo 4 de la Ley de Contrataciones del Estado, así como de los artículos 143 y 207 de su Reglamento; adicionalmente, señala que no se ha demostrado el daño causado conforme lo ordena el artículo 1331 del Código Civil, ni la concurrencia de los demás elementos de la Responsabilidad civil como son: la antijuridicidad, la relación de causalidad y los factores de atribución, conforme se establece en el artículo 1321 y siguientes del Código Civil.
208. Como paso previo al análisis, corresponde hacer una breve conceptualización de los elementos de la responsabilidad civil de acuerdo a la norma y la doctrina y en segundo, analizaremos si existen hechos o documentos mediante los cuales el DEMANDANTE ha probado su configuración.
209. Siguiendo en esquema planteado, los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, conforme lo establece el reconocido jurista Juan Espinoza Espinoza¹⁹, son: i) la Imputabilidad, ii) la ilicitud o antijuridicidad, iii) el factor de atribución, iv) el nexo causal y v) el daño, siendo definidos de la siguiente manera:

a) La imputabilidad, entendida como la capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente de los daños que ocasiona.

b) La Ilícitud o antijuridicidad, vale decir, la constatación que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico.

c) El factor de atribución, o sea, el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del sujeto.

d) El nexo causal, concebido como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido.

e) El daño, que comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado"

210. Como se puede observar los cinco (05) elementos detallados son copulativos (su presencia es necesaria y conjunta para que se pueda producir la Tutela resarcitoria), lo que implica que la ausencia de uno de ellos, traerá como consecuencia la no configuración de la responsabilidad civil ni la indemnización correspondiente.

211. Cabe anotar que el DEMANDANTE ha solicitado la indemnización por los daños ocasionados con motivo de la inejecución de obligaciones, es decir, se alega que nos encontramos en un supuesto de responsabilidad civil contractual, por lo que corresponde el análisis de la configuración de los elementos de la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones, conforme pasaremos a exponer:

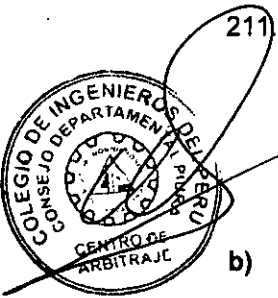
b) Elemento de Imputabilidad

212. Sobre la IMPUTABILIDAD, se entiende que un sujeto es imputable, en tanto tiene la capacidad para constituirse como civilmente responsable por los daños que ocasiona. En dicha medida, Espinoza Espinoza establece que "la imputabilidad o capacidad de imputación es la aptitud del sujeto de derecho de ser responsable por los daños que ocasiona (...)".

213. Por la claridad y falta de controversia que irradia este primer elemento, debemos señalar que las partes del proceso y que a su vez han sido parte material en la celebración y ejecución del CONTRATO son plenamente imputables en tanto sujetos de derechos y obligaciones.

b) Elemento de Ilícitud o antijuridicidad

214. Respecto de la ILICITUD O ANTIJURIDICIDAD, la doctrina representada por el jurista Juan Espinoza Espinoza, establece que dicho elemento responde a la vulneración que no solo se limita al plano de la norma materialmente entendida, siendo "(...) se afirma que una conducta es antijurídica no solo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores y principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico. Por ello, en materia de conductas humanas que puedan causar daños, se puede



distinguir la atipicidad de las mismas en materia extra contractual, de la tipicidad en materia contractual”.

215. Sobre este hecho, el DEMANDANTE se ha limitado a señalar que la ENTIDAD ha incumplido con el contrato suscrito por las partes, en lo referido al pago de la Prestación Adicional N° 02 en relación a las Valorizaciones N° 02 y 03, por lo que este tribunal, se remite a lo señalado en los considerandos del 143 al 145 del acápite “X1” y los considerandos del 157-162 del acápite “X2” del presente laudo, en los cuales se ha desarrollado que, al haber sido declarada la Nulidad del Adicional de Obra N° 02, no puede extraerse consecuencias u obligaciones jurídicas patrimoniales, por lo que no existe conducta antijurídica alguna respecto de dicho extremo, sin perjuicio de la responsabilidad que conlleva para la ENTIDAD demandada la nulidad de un acto administrativo y la posibilidad del CONSORCIO de reclamar todo concepto patrimonial en la vía pertinente.

c) Elemento del factor de atribución

216. Sobre el FACTOR DE ATRIBUCIÓN, podemos señalar que, este elemento *“contesta a la pregunta ¿a título de qué es responsable?, vale decir, constituye “el fundamento del deber de indemnizar. Existen factores de atribución subjetivos (culpa y dolo), objetivos (realizar actividades o ser titular de determinadas situaciones subjetivas que el ordenamiento jurídico considera –si se quiere ser redundante-objetivamente o –si se quiere optar por una definición residual, prescindiendo del criterio de la culpa)”²⁰. En otras palabras, quién pretenda sustentar una indemnización deberá probar y/o argumentar si la parte contractual debía actuar bajo un criterio subjetivo u objetivo.*

217. Sobre dicho extremo, el DEMANDANTE no ha emitido pronunciamiento alguno sobre si subsiste la presencia de un factor de atribución objetivo o subjetivo, aspecto que será tomado en cuenta por este tribunal al momento de emitir resolución sobre dicho punto controvertido.

d) Elemento del Daño

218. Respecto del DAÑO, debemos mencionar que el mismo puede ser entendido como la lesión de un interés jurídicamente tutelado (denominado “daño-evento”) o las consecuencias negativas de la lesión (denominado “daño-consecuencia”) como lo es el lucro cesante, daño emergente y daño moral, siendo importante señalar que la doctrina es unánime al clasificar el mismo en dos clases: i) Daño patrimonial, el cual engloba el daño emergente y el lucro cesante y ii) El daño extrapatrimonial, el cual abarca el daño moral y el daño a la persona²¹.
219. Es importante complementar lo mencionado, señalando que todo daño debe ser debidamente probado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1331 del CC, el cual establece que “la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”; ello constituye una premisa básica del Derecho de

20

ESPINOZA, Juan., op. Cit., 154.

21

ESPINOZA, Juan., op. Cit., 252-253.

Responsabilidad civil, en tanto la misma tiene una naturaleza no punitiva, conforme lo expresa la doctrina²²:

"Toda reclamación de daños y perjuicios, aunque se funde en un derecho inobjetable a exigirlos, requiere la prueba de su existencia. Para declarar la responsabilidad no basta comprobar judicialmente la infracción de la obligación; es preciso demostrar la existencia de los daños y perjuicios.

(...)

Por ello, el incumplimiento de un contrato no origina necesariamente el derecho a una indemnización. Tiene que haber un daño. La responsabilidad civil, a diferencia de la responsabilidad penal, no es punitiva. Así, si el deudor incumple su obligación por dolo o por culpa y el acreedor no sufre daño alguno, entonces no hay lugar a la indemnización"

220. Tomando como premisa que todo daño debe ser probado, este tribunal ha analizado la documentación aportada por las partes, además de lo afirmado por las mismas, no existiendo un documento que constituya prueba plena de la producción de un daño ocasionado por la inexecución de obligaciones contractuales en contra del DEMANDANTE, por lo que no se ha generado convicción sobre la existencia de perjuicio o menoscabo alguno.

d) Elemento del Nexo Causal

221. Sobre el NEXO CAUSAL debemos señalar que este elemento implica la existencia o probanza de existencia de una relación de causa-efecto entre el hecho material y el daño presuntamente producido, siendo importante lo señalado por el jurista, Lizardo Taboada²³ Córdova, el cual establece que "En lo relativo a la relación de causalidad, la misma es un requisito de toda responsabilidad civil, pues si no existe una relación jurídica de causa efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, no habrá responsabilidad de ninguna clase", con lo que, en el presente caso, el DEMANDANTE debió probar:

- i) La inexecución de obligaciones definiendo si las mismas se debían a un criterio objetivo o subjetivo (lo cual no ha sido probado conforme se mencionó en el párrafo precedente),
- ii) El daño
- iii) La relación intrínseca (causa-efecto) entre el presunto daño y el hecho generador.

222. Sobre dicha relación, el DEMANDANTE no ha especificado expresamente esta relación causal entre la presunta actuación del CONSORCIO y el presunto daño manifestado, siendo que, más allá del ejercicio lógico o fundamentación normativa que se pudiese alegar, como se ha manifestado, este tribunal no se ha generado la convicción de que exista un daño, por lo que tampoco cabría el reconocimiento o probanza de una relación de causalidad entre el hecho dañoso y un daño inexistente.

²² OSTERLING, Felipe. La Indemnización de daños y perjuicios. En: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20indemnizacion%20de%20da%C3%B1os.pdf>

²³ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Editora Jurídica Grijley. 2ª Ed., p35.

223. Por lo expuesto y conforme al análisis efectuado, corresponde resolver el séptimo punto controvertido, de la siguiente forma:

*Declarar **INFUNDADO** el séptimo punto controvertido del proceso arbitral, que corresponde a la Séptima Pretensión Principal de la demanda y, por su efecto, determinese que no corresponde que se ordene al emplazado pague al demandante por concepto de indemnización de daños y perjuicios la suma de S/ 200,000.00 (doscientos mil Soles).*

XII. COSTAS Y COSTOS DEL ARBITRAJE

224. En cuanto a costas y costos se refiere, los artículos 56° 69°, 70° y 73° de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, 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.

225. Los costos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones del Tribunal Arbitral y de los abogados de las partes; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral. Además, el artículo 73° en su inciso primero establece que en el laudo los árbitros se pronunciarán por 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.

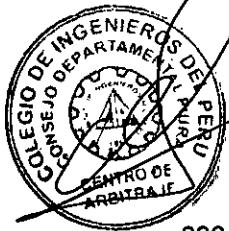
226. En este sentido, el Tribunal Arbitral ha apreciado durante la prosecución del proceso que ambas partes han actuado, finalmente, basadas en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultan atendibles, y que por ello, han litigado honestamente y convencidas de sus posiciones ante la controversia. Por consiguiente, considera que no corresponde condenar a ninguna de ellas al pago exclusivo de los gastos del proceso arbitral, es decir, cada parte debe asumir el 50% de todas las costas y costos del presente proceso.

Por lo que el Tribunal Arbitral, en derecho;

LAUDA:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la Excepción de Incompetencia deducida por la DEMANDADA y en consecuencia, se declara la competencia del Tribunal Arbitral para emitir un pronunciamiento sobre la Segunda Pretensión de la Demanda que corresponde al Segundo Punto Controvertido.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADO** el primer punto controvertido del proceso arbitral, que corresponde a la Primera Pretensión Principal de la demanda y, por su efecto, determinese que no corresponde disponer al Gobierno Regional Piura pague al accionante los mayores gastos generales por los cuarenta y tres (43) días calendario, del periodo comprendido entre el 08 de enero de 2010 al 19 de febrero de 2010, lapso de tiempo que demoró para absolver las



Expediente N° 030-2011-CCA-CIP-CDP

Caso Arbitral

Consortio Las Mercedes

Gobierno Regional de Piura

observaciones formuladas al expediente técnico en virtud del Art. 152 del D.S. N° 184-2008-EF y que suman Ciento Cuarenta y Un Mil Ochocientos Cuarenta y Siete con 07/100 Nuevos Soles (S/. 141,847.07), más sus respectivos intereses hasta la fecha de su efectivo pago a nuestro favor.

TERCERO: Declarar **IMPROCEDENTE** el segundo punto controvertido del proceso arbitral, que corresponde a la Segunda Pretensión Principal de la demanda y, por su efecto, determinese que no corresponde emitir pronunciamiento sobre la validez de las resoluciones ejecutivas regionales N° 897 y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR del 18 de octubre de 2010; al haber sido emitidas dentro de la ejecución de un Contrato Administrativo de Obra, como lo es el Contrato N° 013-2009 y en consecuencia, no corresponde emitir pronunciamiento sobre la nulidad de la Resolución Ejecutiva Regional N° 1136-2011/GOBIERNO REGIONAL PIURA-PR del 14 de diciembre de 2011, mediante la cual se autoriza a la Procuradora Pública Regional a obtener la nulidad de las resoluciones antes aludida en sede judicial.

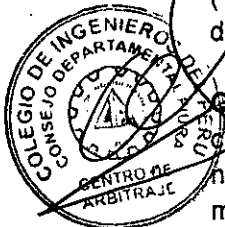
CUARTO: Declarar **INFUNDADO** el tercer punto controvertido del proceso arbitral, que corresponde a la Tercera Pretensión Principal de la demanda y, por su efecto, determinese que no corresponde que se disponga al demandado efectúe el pago de las valorizaciones N° 02 y N° 03 del Adicional de Obra N° 02, que fueran presentadas con fecha 07 de noviembre del 2011 y 05 de enero de 2012 al supervisor de Obra, por un monto total de S/ 316,660.06 (Trescientos dieciséis mil seiscientos sesenta con 06/100 Soles), más el correspondiente pago de los intereses hasta la fecha efectiva del pago.

QUINTO: Declarar **INFUNDADO** el cuarto punto controvertido del proceso arbitral, que corresponde a la Cuarta Pretensión Principal de la demanda y, por su efecto, determinese que no corresponde que se ordene al emplazado asuma los gastos ocasionados al Contratista por mantener vigente innecesariamente la Carta Fianza por la ampliación de la garantía de fiel cumplimiento por el Adicional de Obra N° 02, los mismos que ascienden hasta la fecha a S/ 2,193.07 (Dos Mil Ciento Noventa y Tres con 07/100 Soles) con el correspondiente reconocimiento de los intereses hasta la fecha efectiva del pago.

SEXTO: Declarar: **INFUNDADO** el quinto punto controvertido del proceso arbitral, que corresponde a la Quinta Pretensión Principal de la demanda y, por su efecto, determinese que no corresponde el disponer que demandado asuma el pago de los mayores gastos generales por los treinta y cinco (35) días calendario de la Ampliación de Plazo N° 05 aprobada con la Resolución Gerencia Regional N° 285-2011/GOB.REG.PIURA-GGR del 01 de diciembre del 2011; y como consecuencia de ello, pague al accionante la suma de S/. 108,859.38 (Ciento Ocho Mil Ochocientos Cincuenta y Nueve con 38/100 Soles), más sus respectivos intereses hasta la fecha de su efectivo pago a nuestro favor.

SÉPTIMO: Declarar **INFUNDADO** el sexto punto controvertido del proceso arbitral, que corresponde a la Sexta Pretensión Principal de la demanda y, por su efecto, determinese que no corresponde disponer al demandado corrija el artículo primero de la Resolución Gerencia Regional N° 285-2011/GOB.REG.PIURA-GGR del 01 de diciembre del 2011, en el extremo referido al pago de gastos generales; el cual debe ser por los treinta y cinco (35) días calendario de ampliación de plazo aprobada y no por siete (07) días calendario como lo pretende.

OCTAVO: Declarar **INFUNDADO** el séptimo punto controvertido del proceso arbitral, que corresponde a la Séptima Pretensión Principal de la demanda y, por su efecto, determinese



Expediente N° 030-2011-CCA-CIP-CDP

Caso Arbitral

Consorcio Las Mercedes

Gobierno Regional de Piura

que no corresponde que se ordene al emplazado pague al demandante por concepto de indemnización de daños y perjuicios la suma de S/ 200,000.00 (doscientos mil Soles).

NOVENO: Declarar **IMPROCEDENTE** el octavo punto controvertido del proceso arbitral, que corresponde a la Octava Pretensión Principal de la demanda en cuanto se solicitó la condena de costos y costas procesales a la parte demandada y en consecuencia, **DISPÓNGASE** que corresponde a cada parte asumir el 50% de los honorarios del Tribunal Arbitral y la Secretaría Arbitral, debiendo asumir cada parte los propios gastos que le hubiese devengado su defensa en el presente caso arbitral.

DECIMO: Declarar **IMPROCEDENTE** el noveno punto controvertido del proceso arbitral, que corresponde a la Primera Pretensión Principal de la reconvención y, por su efecto, determinese que no corresponde emitir pronunciamiento sobre la nulidad de la Resolución Gerencia Regional N° 068-2010/GOB.REG.PIURA.GRI de fecha 19 de abril de 2010, en el extremo que dispone aprobar la modificación del precio unitario de la partida 03.03.02: "Relleno con Material de Préstamo"; así como respecto de la nulidad de las Resoluciones Ejecutivas Regionales N° 897 y 898-2010/GOB.REG.PIURA-PR del 18 de octubre de 2010, que aprueban el Deductivo de Obra N° 01 y el Adicional de Obra N° 02, dado que se sustenta en la modificación del precio unitario de la partida 03.03.02: "Relleno con Material de Préstamo".

DÉCIMO PRIMERO: ESTABLÉZCASE los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral en los montos establecidos en la liquidación final, que para tal efecto será efectuado por la Secretaría Arbitral del presente caso arbitral.

DÉCIMO SEGUNDO: REMÍTASE al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, copia del presente laudo arbitral.

Notifíquese a las partes.



NAPOLEÓN ZAPATA AVELLANEDA
Presidente del Tribunal Arbitral



CÉSAR BENAVENTE LEIGH
Arbitro



MARCO ANTONIO MARTÍNEZ ZAMORA
Arbitro



**COLEGIO DE INGENIEROS DEL PERU
CONSEJO DEPARTAMENTAL DE PIURA
CENTRO DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE**

ABOG. WALDIR EMILIANO SÁNCHEZ RANGEL
SECRETARIO ARBITRAL