

NÚMERO DE EXPEDIENTE DE INSTALACIÓN : I-271-2016/AD HOC

DEMANDANTE : CONSORCIO SANTA ROSA

DEMANDADO : GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD

CONTRATO : Contrato N° 045-2014-GRLL-GRCO, para el Mejoramiento del Servicio Educativo de Nivel Secundario de la Institución Educativa Antenor Orrego de Laredo – Distrito de Laredo – La Libertad”.

MONTO DEL CONTRATO : S/. 7 214,796.20

CUANTÍA DE LA CONTROVERSIA : Indeterminada.

TIPO Y NÚMERO DE PROCESO DE SELECCIÓN : Licitación Pública N° 001-2014-GRLL-GRCO.

HONORARIOS TRIBUNAL ARBITRAL : S/. 27,539.88

HONORARIOS SECRETARÍA ARBITRAL : S/. 6,548.00

TRIBUNAL ARBITRAL : DR. RICHARD JAVIER ESQUIVEL LAS HERAS. (Presidente)
DR. RAMIRO RIVERA REYES. (Miembro)
DR. COLBERTH REYNA RODRIGUEZ. (Miembro)

SECRETARÍA ARBITRAL : SILVANA MARIA PORTOCARRERO DENEGRI

FECHA DE EMISIÓN DEL LAUDO : 19 de junio de 2017

NÚMERO DE FOLIOS : 30 folios.

PRETENSIONES :

- Nulidad de Resolución Ejecutiva Regional.
- Validez de monto contractual.
- Costos y costas.



DR. RICHARD JAVIER ESQUIVEL LAS HERAS. (Presidente)
DR. RAMIRO RIVERA REYES. (Miembro)
DR. COLBERTH REYNA RODRIGUEZ. (Miembro)

ARBITRAJE AD HOC

Arbitraje seguido entre

CONSORCIO SANTA ROSA

(DEMANDANTE)

y

GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD
(DEMANDADA)

EXPEDIENTE ARBITRAL N° I-271-2016/AD HOC


LAUDO

TRIBUNAL ARBITRAL

DR. RICHARD JAVIER ESQUIVEL LAS HERAS (Presidente)
DR. RAMIRO RIVERA REYES (Miembro)
DR. COLBERTH REYNA RODRIGUEZ. (Miembro)

SECRETARIA DEL TRIBUNAL
DRA. SILVANA MARÍA PORTOCARRERO DENEGRI

1



RESOLUCIÓN N° 11: En Lima, a los diecinueve días del mes de junio del año dos mil diecisiete, el Tribunal Arbitral integrado en la forma señalada, dicta el laudo siguiente:

I. CONVENIO ARBITRAL:

En la Cláusula Décimo Novena: **"SOLUCION DE CONTROVERSIAS"** del Contrato N° 045-2014-GRLL-GRCO "Mejoramiento del Servicio Educativo de Nivel Secundario de la Institución Educativa Antenor Orrego de Laredo - Distrito de Laredo - Trujillo - La Libertad"

"Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170, 175°, 177°, 199°, 201° 209°, 210° y 211° del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley.

En consecuencia, todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje ad hoc, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, bajo la organización y administración del Tribunal Arbitral.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El Laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia.

Se establece como sede, a la ciudad de Trujillo, para la solución de controversias derivadas del presente contrato."

II. INSTALACIÓN Y COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL :

Conforme aparece en el Acta de Instalación de fecha 02 de setiembre del 2016, el Tribunal Arbitral procedió a instalarse con la presencia de los representantes del **CONSORCIO SANTA ROSA** y del **GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD**, estableciéndose las normas aplicables, reglas del proceso, actuación de pruebas, plazos y términos, régimen de pago de los gastos arbitrales y los demás conceptos que aparecen en el acta respectiva, debidamente suscrita.

III. OPORTUNIDAD DE LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA Y CONTESTACIÓN:

La demanda fue presentada con fecha 30 de setiembre del 2016, dentro del plazo establecido, asimismo, con Resolución N° 04 de fecha 30 de diciembre de 2016, se declaró parte renuente al GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD, de conformidad con el inciso b) del artículo 46 de la Ley de Arbitraje – Decreto Legislativo 1071.


IV. DEMANDA:

CONSORCIO SANTA ROSA, solicita:

- A. PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que el Tribunal Arbitral declare la nulidad de la Resolución Ejecutiva Regional N° 069-2015 – GRLL/PRE de fecha 20 de enero de 2015, la cual dispone la Reducción de Meta N° 01 en el Contrato N° 045 – 2014 – GRLL – GRCO de fecha 22 de octubre del 2014, de la obra denominada: "Mejoramiento del Servicio Educativo de Nivel Secundario de la Institución Educativa Antenor Orrego de Laredo- Distrito de Laredo – Trujillo – La Libertad", al haber incurrido en vicios de derecho inmersos en las causales de nulidad de los actos administrativos además de contravenir la normatividad de contrataciones con el estado.
- B. PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que se declare la validez absoluta del monto contractual establecido en la cláusula tercera del Contrato N° 045 – 2014 – GRLL – GRCO de fecha 22 de octubre del 2014, para la ejecución de la Obra "Mejoramiento del Servicio Educativo de Nivel Secundario de la Institución Educativa Antenor Orrego de Laredo - Distrito de Laredo – Trujillo – La Libertad", el mismo que asciende a la suma de S/. 7'214,796.20 (Siete millones doscientos catorce mil setecientos noventa y seis con 20/100 nuevos soles).
- C. SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que disponga que la demandada asuma el pago integral de las costas y costos del presente proceso arbitral, de conformidad con lo dispuesto por ley.

FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA:

A. PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

 "Que el Tribunal Arbitral declare la nulidad de la Resolución Ejecutiva Regional N° 069-2015 – GRLL/PRE de fecha 20 de enero de 2015, la cual dispone la Reducción de Meta N° 01 en el Contrato N° 045 – 2014 –

GRLL – GRCO de fecha 22 de octubre del 2014, de la obra denominada: “Mejoramiento del Servicio Educativo de Nivel Secundario de la Institución Educativa Antenor Orrego de Laredo- Distrito de Laredo – Trujillo – La Libertad”, al haber incurrido en vicios de derecho inmersos en las causales de nulidad de los actos administrativos además de contravenir la normatividad de contrataciones con el estado.”

- Con fecha 22 de octubre del 2014, el Gobierno Regional de La Libertad y el Consorcio Santa Rosa, suscribieron el Contrato de Ejecución de Obra N° 045 – 2014 – GRLL – GRCO, “Mejoramiento del servicio educativo de nivel secundario de la institución educativa Antenor Orrego De Laredo- distrito de Laredo – Trujillo – La Libertad”, en la modalidad de suma alzada, conforme aparece de la cláusula segunda del citado contrato.
- Iniciados los trabajos de la obra en referencia, la cual se mantiene en etapa de ejecución, el Gobierno Regional La Libertad, mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 069 – 2015-GRLL/PRE, de fecha 20 de Enero del 2015 en el octavo considerando señala: *“Que a través del Informe N° 294 – 2014-GRLL-GGR-GRI-SGED, la Sub Gerencia de Estudios Definitivos de la Gerencia Regional de Infraestructura, recepcionado por la Gerencia Regional de Contrataciones el 31 de Diciembre del 2014 refiriendo el Informe N° 110 – 2014- GRLL-GRI/SGED/LAVF de fecha 30 de Diciembre del 2014, elaborado por el Ing. Luis Angel Vallejos Florián evaluador de Proyectos de la Sub Gerencia de Estudios definitivos, el evaluador concluye, que en virtud de la solicitud del Director, se ha revisado el Expediente Técnico, advirtiéndose la existencia de un error en la cantidad del insumo Ladrillo KK 18 huecos 9x13x24 cm, al haber consignado que la cantidad del insumo asciende a 33.000 millar de ladrillos, siendo lo correcto 0.033 millar de ladrillos por ello se deberá proceder a la reducción de la partida Mesa de Concreto revestido c/mayólica y no proceder a la ejecución de la mencionada partida”.*
- La Resolución Ejecutiva Regional N° 069 – 2015-GRLL/PRE, transgrede el Contrato suscrito con la demandada, toda vez que la modalidad contractual que se encuentra estipulada en las bases y a su vez en el contrato de obra es a **suma alzada**.
- Dentro de los criterios jurisprudenciales y doctrinarios se ha dejado sentado que una de las clasificaciones de la nulidad de los actos administrativos es la nulidad absoluta y relativa. En el presente caso nos encontramos con un supuesto de nulidad absoluta del acto administrativo.
- Conforme a lo regulado en el artículo 3° de la Ley de Procedimiento Administrativo General – Ley 27444, los elementos constitutivos del acto

administrativo son: la competencia¹, objeto o contenido², finalidad pública³ y motivación⁴. El citado artículo debe concordarse con lo prescrito en el artículo 10° de la citada Ley 27444.

Artículo 10 ° Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

- 1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.*
- 2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14°.*
- 3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquieren facultades, o derecho, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.*
- 4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma”.*

Se precisa, que la Resolución Ejecutiva Regional antes citada, adolece de dos vicios en sus elementos constitutivos, el primero que abarca el contenido esencial del acto administrativo y el segundo vicio es la motivación del acto administrativo, los cuales acarrearán la nulidad absoluta.

RESPECTO AL PRIMER VICIO DE NULIDAD: Contravención al Inciso 1 del Artículo 40 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado.

- ¹ Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión
- ² Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.
- ³ Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.
- ⁴ El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico. 5. Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

- Conforme a lo establecido en el inciso e) del artículo 26 del Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones con el Estado⁵, las bases incluirán la definición del sistema de contratación que considere la entidad pertinente.
- Existen dos sistemas de contratación contemplados por la Ley, el Sistema por Suma Alzada y el Sistema de Precios Unitarios, ambos con sus propias características. En el presente caso, en la cláusula segunda del Contrato de Ejecución de Obra N° 045 – 2014 – GRLL – GRCO, se ha establecido que el Sistema de Contratación sea a **Suma Alzada**.
- El artículo 40° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184 – 2008 – EF, ha establecido que:

"Sistema a Suma Alzada, es aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia, o en el caso de obras, en los planos y especificaciones técnicas respectivas. El Postor formulará su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución."

- Tratándose de Obras, el postor formulará dicha propuesta considerando los trabajos que resulten necesarios para el cumplimiento de la prestación requerida, según los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra que forman parte del expediente técnico, en ese orden de prelación, considerándose que el desagregado por partidas que da origen a su propuesta y que debe presentar para la suscripción del contrato, es referencial. El mismo orden de prelación se aplicará durante la ejecución de la Obra.
- Del análisis del artículo 40° del Reglamento, cuando una Entidad decide contratar una obra a suma alzada, se establece un precio por la totalidad de las prestaciones a ejecutar, precio que es invariable para la ejecución total de la obra, la misma que se ejecutará estrictamente de conformidad con los planos y especificaciones Técnicas contenidas en el Expediente Técnico.
- Se precisa que el Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado, en diferentes opiniones ha refrendado lo antes señalado, destacando las siguientes: Opinión N° 064 – 2009/DTN, de fecha 16 de

⁵ Aplicable para el presente proceso, puesto a que es la Ley que rige el Proceso de Selección y Ejecución del contrato materia de Litis.

julio del 2009; Opinión N° 021 – 2012/DTN, de fecha 17 de febrero del 2011, Opinión N° 008 – 2012/DTN, de fecha 23 de enero del 2012,

- Conforme a los pronunciamientos de OSCE y la normatividad aludida, cuando una entidad conviene en optar por el sistema de contratación de suma alzada, se somete a la invariabilidad del precio pactado, toda vez que lo que prima en orden de prelación son los planos y las especificaciones técnicas a efectos de la determinación de las obligaciones de las partes.
- Se concluye que la Resolución Ejecutiva Regional, transgrede lo dispuesto por el Reglamento, toda vez que con ella no solo se reduce supuestamente la meta de la obra en cuestión, sino también se disminuye el monto del contrato, lo cual es imposible en los contratos regidos por la modalidad de contratación a suma alzada.

RESPECTO AL SEGUNDO VICIO DE NULIDAD: Contravención al Artículo 174 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado.

- El primer párrafo del artículo 41 de la Ley establece: *“Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede 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, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.”*
- Por otro lado, el artículo 174 del Reglamento precisa que el Titular de la Entidad, mediante resolución previa, podrá disponer la reducción de prestaciones hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original⁶, cuando ello sea necesario para alcanzar la finalidad del contrato.
- Como se desprende de los artículos citados, la normativa de contrataciones del Estado ha establecido que, de manera excepcional y previa sustentación por el área usuaria, el Titular de la Entidad mediante una resolución puede disponer la reducción de prestaciones hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original,

⁶ De conformidad con el numeral 14 del Anexo Único del Reglamento, “Anexo de Definiciones”, el contrato original “Es el contrato suscrito como consecuencia del otorgamiento de la Buena Pro en las condiciones establecidas en las Bases y en la oferta ganadora.” (El subrayado es agregado).

siempre que ello sea indispensable para alcanzar la finalidad del contrato.

- Que las prerrogativas especiales del Estado, se enmarcan dentro de lo que la doctrina denomina "*cláusulas exorbitantes*" que caracterizan a los regímenes jurídicos especiales de derecho público –como es el régimen de contrataciones del Estado–, en los que la Administración Pública representa al interés general, el servicio público, y su contraparte representa al interés privado.⁷
- El OSCE se ha pronunciado al respecto que tanto las reducciones como los adicionales no deben transgredir las bases y las especificaciones técnicas que dan origen al contrato de obra.
- Que, la reducción de meta que se dispone, versa directamente de una especificación técnica, lo cual conllevaría a una mala aplicación del artículo 174 del Reglamento, lo que configuraría un ejercicio abusivo de la potestad de la administración pública en este aspecto.

RESPECTO AL TERCER VICIO DE NULIDAD: Contravención a los artículos 201 a 204 del Código Civil.

- Que, la Resolución Ejecutiva Regional N° 069 – 2015 – GRLL / PRE, por la cual se resuelve aprobar la Reducción de Meta N° 01, en el Contrato de Ejecución de Obra N° 045 – 2014 – GRLL – GGR – GRI – SGED, y el Informe N° 001 – 2015 – GRLL – GGR – GRI – SGED/ LAVF, ambos de fecha 05 de Enero del 2015, de la Sub Gerencia de Estudios Definitivos de la Gerencia Regional de Infraestructura, parten de la postura sobre la existencia de un error en la Partida 03.00 Arquitectura – 03.13 Varios, limpieza y jardinería – 03.13.03. Mesa de concreto revestida con mayólica donde la cantidad de ladrillo a utilizar es 0.033 de millar, y que al costo unitario por Millar de S/. 810.00, el valor de la partida sería S/. 26.73 Soles, y considerando el presunto error de haber consignado 33 Millares al Costo Unitario de S/. 810.00, hace un total de S/. 26,730.00 por los 33 millares que sería el valor máximo a deducir, consecuentemente, el valor del deductivo estimado en S/. 995,991.95 soles no corresponde a la realidad de los hechos, y contraviene el Artículo 40° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. La citada reducción de meta representa un porcentaje del – 13.8 % del monto contractual.

⁷ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Las cláusulas exorbitantes*, en: THEMIS, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 39, Pág. 7.

- Se señala que la Entidad pretende modificar el precio unitario de la partida 03.13.03, no obstante que este fue ofertado por el Consorcio Santa Rosa y es invariable, esto último de acuerdo a la **Opinión N° 021 – 2012/DTN** de fecha 17 de Febrero del 2011, que especifica: *"De ello se desprende que en una obra contratada a suma alzada, el precio pactado solo podría ser modificado si durante la ejecución contractual, la Entidad, con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato, decide modificar los planos o especificaciones técnicas"*.
- La Entidad no modificó en el transcurso de la obra los planos o especificaciones técnicas de la partida 03.13.03 MESA DE CONCRETO REVESTIDO C/ MAYOLICA, por lo que no puede modificar dicho precio unitario. La Entidad ni el Contratista puede modificar los precios unitarios ofertados.
- La entidad justifica la decisión de reducir la meta en un supuesto error, sin embargo, no todo error tiene consecuencias jurídicas para poder anular un acto, el legislador ha restringido esta posibilidad a que se presenten dos supuestos; el primero es la **esencialidad del error** y el segundo es la **cognocibilidad del error**. El error para que permita la anulación requiere necesariamente encontrarse dentro de los supuestos de los artículos 202 y 203 del Código Civil.
- El **error es esencial** cuando ataca cualquiera de los tres supuestos siguientes: objeto de la contratación, alcances jurídicos de la contratación o sobre la persona o grupo de personas con las que se va a contratar.
- Por otro lado, el **error es cognoscible** si de las circunstancias se puede prever la existencia o padecimiento del mismo, es decir requiere que las circunstancias hagan imposible que se prevea un error, para ello se debe evaluar la capacidad del sujeto que erro para determinar si pudo prever la existencia del erro.
- Que, el error al que alude la entidad, no guarda relación con ninguno de los presupuestos toda vez que, el error que se imputa se concentra sobre uno de los materiales que contienen el expediente técnico que se aprueba en función de las bases con las que la entidad puso en oferta publica el contrato materia de litis.
- El tipo de error por el cual justifica su decisión la entidad, es un error de cálculo o cantidad, el cual está regulado en el artículo 204 del Código Civil, el cual no incide sobre la validez del acto, por el contrario es uno de los errores susceptibles de ser confirmados o rectificados y que no

Se.

afectan el sentir del acto. La justificación de la entidad en un supuesto error de cálculo en el material, no guarda asidero legal y por el contrario se ha empleado una figura jurídica inadecuada para justificar su decisión.

RESPECTO AL CUARTO VICIO DE NULIDAD: Violación a la debida motivación.

- El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que la administración pública, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso.
- El derecho a la debida motivación de los actos administrativos, así como de las resoluciones judiciales, es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad.
- El Tribunal Constitucional en su sentencia del Expediente N° 00728-2008-PHC/TC, (Caso Llamuja), deja sentados los preceptos en los cuales se infringe el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, entre los que destacan: **inexistencia de motivación o motivación aparente, deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas, falta de motivación interna del razonamiento**, entre otras.
- Que, la Resolución recurrida también adolece de **inexistencia de motivación o motivación aparente**. Se precisa, que el Tribunal Constitucional Constitucional ha establecido en el Exp. N° 03179-2004-AA/TC. FJ 23, que el canon interpretativo que permite realizar, legítimamente, el control constitucional de las resoluciones está compuesto, en primer lugar, por un examen de razonabilidad; en segundo lugar, por el examen de coherencia; y, finalmente, por el examen de suficiencia.

B. PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que, como consecuencia de la declaración de la nulidad de la resolución recurrida, se declare la validez absoluta del monto contractual establecido en la cláusula tercera del Contrato N° 045 – 2014 – GRLL – GRCO de fecha 22 de octubre del 2014, para la ejecución de la Obra "Mejoramiento del Servicio Educativo de Nivel Secundario de la Institución Educativa Antenor Orrego de

Laredo - Distrito de Laredo – Trujillo – La Libertad”, el mismo que asciende a la suma de S/. 7'214,796.20 (Siete millones doscientos catorce mil setecientos noventa y seis con 20/100 nuevos Soles).

C. PAGO DE COSTAS Y COSTAS:

Que el Tribunal Arbitral disponga que la demandada asuma el pago integral de las costas y costos del presente proceso arbitral, de conformidad con lo dispuesto por ley.

V. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Mediante Resolución N° 04 de fecha 30 de diciembre de 2016, se declaró parte renuente al GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD, de conformidad con lo dispuesto en el inciso b) del artículo 46° de la Ley de Arbitraje – Decreto Legislativo 1071.

VI. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

Con fecha 02 de marzo de 2017, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, fijándose los siguientes puntos controvertidos:

1. Determinar si corresponde o no, declarar la nulidad de la Resolución Ejecutiva Regional N° 069-2015 – GRLL/PRE de fecha 20 de enero de 2015, la cual dispone la Reducción de Meta N° 01 en el Contrato N° 045 – 2014 – GRLL – GRCO de fecha 22 de octubre del 2014 de la obra denominada: “Mejoramiento del Servicio Educativo de Nivel Secundario de la Institución Educativa Antenor Orrego de Laredo- Distrito de Laredo – Trujillo – La Libertad”, al haber incurrido en vicios de derecho inmersos en las causales de nulidad de los actos administrativos además de contravenir la normatividad de contrataciones con el estado.

En caso se declara fundada el punto N° 1:

2. Determinar si corresponde o no, se declare la validez absoluta del monto contractual establecido en la cláusula tercera del Contrato N° 045 – 2014 – GRLL – GRCO de fecha 22 de octubre del 2014, para la ejecución de la Obra “Mejoramiento del Servicio Educativo de Nivel Secundario de la Institución Educativa Antenor Orrego de Laredo - Distrito de Laredo – Trujillo – La Libertad”, el mismo que asciende a la suma de S/. 7'214,796.20 (Siete millones doscientos catorce mil setecientos noventa y seis con 20/100 nuevos soles).

3. Determinar a quién corresponde asumir el pago de los costos y las costas del presente proceso arbitral.

En los últimos párrafos del punto "FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS" de la referida acta, se estableció que el tribunal arbitral se reserva el derecho de pronunciarse respecto a la materia controvertida, no necesariamente en el orden en el que han sido señalados los puntos controvertidos; asimismo, podrá omitir, con expresión de razones, el pronunciamiento sobre algún punto controvertido si ello careciera de objeto en razón del pronunciamiento sobre otro u otros puntos controvertidos con los que el omitido guarde vinculación. Del mismo modo, los puntos controvertidos podrán ser ajustados o reformulados por el tribunal arbitral si ello resultara, a su juicio, más conveniente para resolver las pretensiones planteadas por las partes, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo, sin excederse de la materia sometida a este arbitraje.

VII. MEDIOS PROBATORIOS:

Los medios probatorios admitidos y actuados fueron los siguientes:

1. Medios probatorios de la parte Demandante:

Se admitieron y actuaron los medios probatorios ofrecidos en los numerales 1) al 5) del **título VI "MEDIOS PROBATORIOS"** del escrito de demanda presentada por el **CONSORCIO SANTA ROSA** con fecha 30 de setiembre de 2016.

2. Medios probatorios de la parte demandada:

Mediante Resolución N° 04 de fecha 30 de diciembre de 2016, se declaró parte renuente al GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD, de conformidad con el inciso b) del artículo 46 de la Ley de Arbitraje – Decreto Legislativo 1071.

3. Medios probatorios de oficio:

Con la facultad establecida en las reglas 31 y 34 del Acta de Instalación, el Tribunal Arbitral dispuso que, el **GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD** cumpla con exhibir, en el plazo de 10 días hábiles contados a partir de la fecha de celebración de la audiencia, los siguientes documentos: a) El Oficio N° 02-2015-GRLL-GGE-GRI-SGED y el Informe N° 294-2014-GRLL.GGR-GRI-SGED, de la Subgerencia de Estudios Definitivos de la Gerencia Regional de Infraestructura, b) El Informe N° 001-2015-GRLL-

GRI/SGED/LAVF de fecha 05 de enero de 2015, y el Informe N° 0110-2014-GRLL-GGR-GRI/SGED/LAVF de fecha 30 de diciembre de 2014, ambos elaborados por el Ing. Luis Angel Vallejos Florián, evaluador de proyectos de la Sub Gerencia de Estudios Definitivos del Gobierno Regional, y c) El Oficio N° 1823-2014-GRLL-GGR/GRCO del 31 de diciembre de 2014, de la Gerencia Regional de Contrataciones; bajo apercibimiento de tenerse presente su conducta procesal.

El **GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD** mediante el documento de fecha 10 de marzo de 2017 cumplió con presentar los documentos cuya exhibición solicitó el Tribunal Arbitral, asimismo presentó como medio probatorio adicional un CD conteniendo "Presupuesto Base y Análisis de costos unitarios".

Mediante Resolución N° 07 de fecha 15 de marzo de 2017, se tuvo por cumplido el mandato por parte del **GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD**, sobre las exhibiciones solicitados en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, por ofrecido el medio probatorio adicional presentado, teniéndose por actuados dicho medios probatorios documentales, declarándose el cierre de la etapa probatoria, concediéndose a las partes el plazo de 10 (diez) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos y de considerarlo conveniente, soliciten la realización de una Audiencia de Informes Orales.

VIII. ALEGATOS E INFORME ORAL:

Con fecha 05 y 06 de abril de 2017 el **GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD** y el **CONSORCIO SANTA ROSA** respectivamente, cumplieron con presentar sus alegatos escritos.

Con fecha 08 de mayo del 2017 se realizó la Audiencia de Informes Orales, en la que informó oralmente el representante de la empresa **CONSORCIO SANTA ROSA** y del **GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD**, procediendo los miembros del Tribunal Arbitral a realizar las preguntas que estimaron pertinentes para el esclarecimiento de los hechos materia de controversia.

IX. PLAZO PARA LAUDAR:

Mediante Resolución N° 10 notificada al demandante y demandada el 23.05.2017, se fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, contados a partir del día siguiente de notificada dicha resolución, conforme a lo establecido en el numeral 45 del Acta de Instalación.

X. CUESTIONES PRELIMINARES:

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que, este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, modificado por la Ley 29873, en adelante la **LCE** y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, en adelante el **RLCE**, al que las partes se sometieron de manera incondicional, (ii) que, en ningún momento se declaró procedente recusación alguna contra los miembros del Tribunal Arbitral, o se declaró procedente algún reclamo contra las disposiciones establecidas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral, (iii) que, **CONSORCIO SANTA ROSA**, presentó su demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa, (iv) que, el **GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD**, fue debidamente emplazado con la demanda para que pueda ejercer plenamente su derecho de defensa; (v) que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos e inclusive de solicitar e informar oralmente; y, (vi) que, este Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro del plazo establecido.

Conforme se señala en el artículo 40º, literal b), de la **LCE**, toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. En el presente caso conforme aparece del Contrato N° 045-2014-GRLL-GRCO "Mejoramiento del Servicio Educativo de Nivel Secundario de la Institución Educativa Antenor Orrego de Laredo-Distrito de Laredo – Trujillo – La Libertad" de fecha 22 de octubre del 2014, las partes en la Cláusula Décimo Novena han pactado expresamente dichos mecanismos de solución de controversias.

XI. CONSIDERANDOS:

Que la cuestión sometida a arbitraje y que debe resolverse mediante el presente laudo está determinada en los puntos controvertidos fijados por el Tribunal Arbitral y aceptados por las partes conforme consta del Acta de Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos de fecha 2.03.2017, procediendo a continuación al análisis de cada uno de ellos, considerando para el efecto la facultad del Tribunal Arbitral fijada en los últimos párrafos del punto "Fijación de Puntos Controvertidos" de la referida acta. En adelante se denominará al demandante **CONSORCIO SANTA ROSA**, como "**CONTRATISTA**" y a la demandada **GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD**, como "**ENTIDAD**".

XII. DETERMINACIÓN DE LA PROCEDENCIA DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

El Tribunal Arbitral procederá a continuación a desarrollar los puntos controvertidos en un orden que tenga en cuenta la relación estrecha entre éstos, no siendo necesariamente el fijado en el Acta de Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos de fecha 02.03.2017, para el efecto se tendrá en consideración lo señalado en los últimos párrafos del punto "Fijación de puntos controvertidos" de la referida Acta.

El pronunciamiento respecto a cada uno de los puntos controvertidos se efectuará teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso y su valoración conjunta, debiendo tenerse presente que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar su posición, de modo que logre crear certeza en el árbitro respecto de la tales hechos.

En aplicación del Principio de la Comunidad de Prueba, también llamado de la Adquisición de la Prueba, la prueba pertenece al proceso y no a la parte que la propuso o la aportó. Las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, ingresaron al proceso y dejan de pertenecer a las partes, por consiguiente, deben ser objeto de valoración para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie los intereses de la parte que la ofreció, pudiendo acreditar hechos que incluso vayan en su contra.

Para la emisión del presente laudo, el Tribunal Arbitral ha realizado una valoración razonada de la totalidad de los medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite, conforme a las reglas de la sana crítica, por tanto, la no referencia a alguno de los medios probatorios no significa que no haya sido valorados.

Por otro lado, debe considerarse que los puntos controvertidos son una referencia para el Tribunal Arbitral, pudiendo realizar un análisis conjunto en los casos que se encuentren íntimamente ligados.

12.1 PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no, declarar la nulidad de la Resolución Ejecutiva Regional N° 069-2015 – GRLL/PRE de fecha 20 de enero de 2015, la cual dispone la Reducción de Meta N° 01 en el Contrato N° 045 – 2014 – GRLL – GRCO de fecha 22 de octubre del 2014 de la obra denominada: "Mejoramiento del Servicio Educativo de Nivel Secundario de la Institución Educativa Antenor Orrego de Laredo- Distrito de Laredo – Trujillo – La Libertad", al haber incurrido en vicios de derecho inmersos en las causales de nulidad de los actos administrativos

además de contravenir la normatividad de contrataciones con el estado."

PROCEDENCIA DEL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

1. Se encuentra probado que con fecha 22 de octubre del 2014, el Gobierno Regional de La Libertad y el Consorcio Santa Rosa, suscribieron el Contrato de Ejecución de Obra N° 045 – 2014 – GRLL – GRCO, "Mejoramiento del servicio educativo de nivel secundario de la institución educativa Antenor Orrego De Laredo- distrito de Laredo – Trujillo – La Libertad".
2. Conforme se establece en la cláusula segunda del citado contrato, la obra se ejecuta bajo el **sistema de contratación a suma alzada**, de acuerdo con las Bases y la Propuesta Técnica – Económica del CONTRATISTA.

CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO

Mediante el presente contrato, LA ENTIDAD encarga al CONTRATISTA la EJECUCIÓN DE LA OBRA: "MEJORAMIENTO DEL SERVICIO EDUCATIVO DE NIVEL SECUNDARIO DE LA INSTITUCIÓN EDUCATIVA ANTENOR ORREGO DE LAREDO – DISTRITO DE LAREDO – TRUJILLO – LA LIBERTAD", bajo el sistema de contratación a suma alzada, de acuerdo con las Bases y la Propuesta Técnica - Económica de EL CONTRATISTA.

Asimismo, EL CONTRATISTA se obliga además a cumplir con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada, que haya aportado adicionalmente en el curso del proceso de selección y en la formalización del contrato. En ese sentido, se obliga a prestar el servicio con los siguientes profesionales:

Asimismo, en la Cláusula Tercera se estableció que la ENTIDAD pagará al CONTRATISTA el monto total de S/. 7'214,796.20 de conformidad con su propuesta económica y teniendo en cuenta que el sistema de contratación es bajo el sistema de suma alzada.

CLÁUSULA TERCERA: MONTO CONTRACTUAL

LA ENTIDAD pagará al CONTRATISTA, con R.U.C. N° 20560147300, a nombre del CONSORCIO SANTA ROSA, por el presente Contrato, el monto total de S/. 7'214,796.20 (SIETE MILLONES DOSCIENTOS CATORCE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS CON 20/100 NUEVOS SOLES), incluido todos los tributos, seguros, transportes, inspecciones, pruebas, de conformidad con su propuesta económica, teniendo en cuenta que los servicios se hayan realizado de manera satisfactoria para LA ENTIDAD y según se indica en las cláusulas del presente contrato, bajo el sistema de suma alzada.

Dicho contrato, se encuentra conformado por las **Bases Integradas**, la oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes, al respecto en la Cláusula Sexta se establece:

CLÁUSULA SEXTA: PARTES INTEGRANTES DEL CONTRATO

El presente contrato está conformado por las bases integradas (que incluyen planos, memoria descriptiva, especificaciones técnicas, cláusulas de medición, fórmula polinómica, presupuesto y toda otra documentación del Expediente Técnico), la oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes.

3. Las partes se encuentran obligadas a cumplir lo pactado en el citado contrato y a lo dispuesto en la **LCE** y su reglamento vigentes al momento de haberse convocado el Proceso de Selección.

El contrato se entenderá cumplido por el **CONTRATISTA** cuando éste lo haya realizado de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la **ENTIDAD** la totalidad de su objeto, y del mismo modo cumplido por la **ENTIDAD**, cuando ésta realice el pago de la contraprestación para satisfacer el interés económico del contratista.

4. Iniciada la ejecución de la obra, el Gobierno Regional La Libertad, mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 069 – 2015-GRLL/PRE de fecha 20 de enero de 2015, aprobó una reducción de meta por S/. 995 991.95 con un porcentaje de incidencia de 13.80% en relación al monto contractual. La base legal conforme a la cual se ha aprobado dicha reducción es el artículo 41° LCE y el artículo 207° del RLCE que regulan las prestaciones adicionales y reducciones de obra.

"Artículo 41. Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones

41.1. Excepcionalmente y **previa sustentación por el área usuaria de la contratación**, la Entidad puede 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, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.**



(...)"

5. Dicha reducción de obra tiene como sustento corregir la **partida 03.13.03 mesa de concreto revestido con mayólica**, debido a un error en el análisis

DR. RICHARD JAVIER ESQUIVEL LAS HERAS. (Presidente)
DR. RAMIRO RIVERA REYES. (Miembro)
DR. COLBERTH REYNA RODRIGUEZ. (Miembro)

ARBITRAJE AD HOC

de costos unitario del insumo Ladrillo KK 18 huecos 9x13x24⁸, y de esta forma reducir el monto contractual pactado en la Cláusula Tercera del Contrato de Ejecución de Obra N° 045 – 2014 – GRLL – GRCO en el monto de S/. 995 991.95.



SE RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO.- APROBAR la Reducción de Meta N° 01 en el CONTRATO N° 045-2014-GRLL-GRCO de fecha 22 de octubre del 2014, suscrito entre el Gobierno Regional La Libertad y el contratista **CONSORCIO SANTA ROSA** para la ejecución de Obra: **"MEJORAMIENTO DEL SERVICIO EDUCATIVO DE NIVEL SECUNDARIO DE LA INSTITUCIÓN EDUCATIVA ANTENOR ORREGO DE LAREDO - DISTRITO DE LAREDO - TRUJILLO - LA LIBERTAD"**, generada por las consideraciones de carácter técnico sustentadas en el Oficio N° 02-2015-GRLL-GGR-GRI-SGED e INFORME N° 001-2015-GRLL-GGR-GRI-SGED/LAVF ambos de fecha 05 de enero del 2015 de la Sub Gerencia de Estudios Definitivos de la Gerencia Regional de Infraestructura. La reducción de Meta N° 01° asciende al monto ascendente a **S/. 995,991.95** **Novecientos noventa y cinco mil novecientos noventa y uno con 95/100 Nuevos Soles** el cual representa un porcentaje de incidencia de **-13.80 %** en relación al monto contractual.

En el séptimo considerando de la Resolución Ejecutiva Regional N° 069 – 2015-GRLL/PRE se señala que a través del Oficio N° 002-2014-IEAO, el Director de la Institución Educativa "Antenor Orrego" solicitó que la mesa de concreto revestida con mayólica (**partida 03.13.03**) sea revestida con acero, por cuanto su uso, utilización de residuos químicos y la humedad ocasionaría el deterioro prematuro, asimismo, solicitó variaciones en el expediente técnico relacionadas a las instalaciones de gas de las mesas y a las válvulas de gas que deberían ser de bronce.

Sobre dicho aspecto, en el considerando décimo de la citada resolución se precisa que la supervisión de obra **CORPORACIÓN DARIKSON INGENIERIA SAC**, a través del Informe N° 002-2014-SUP-CODARING-IEAO, sustentó que los cambios propuestos por el Director de la Institución Educativa "Antenor Orrego" no tenían consistencia, toda vez que el laboratorio se encuentra en el segundo piso, siendo imposible la contaminación de los muros por efecto de la ascensión capilar de sales y además dichas mesas estarían revestidas de mayólica, lo cual descarta la posibilidad de ataque por los insumos químicos.

Como se podrá advertir, queda claro que para cumplir la finalidad del contrato era necesario **que el laboratorio cuente con la mesa de concreto revestida con mayólica**, es decir se ejecute la partida 03.13.03.

No obstante lo indicado, en el considerando octavo se precisa: "Que a través del Informe N° 294 – 2014-GRLL-GGR-GRI-SGED, la Sub Gerencia de Estudios Definitivos de la Gerencia Regional de Infraestructura, recepcionado por la Gerencia Regional de Contrataciones el 31 de Diciembre de 2014 refiriendo el Informe N° 110 – 2014- GRLL-GRI/SGED/LAVF, de fecha 30 de Diciembre de 2014, elaborado por el Ing. Luis Angel Vallejos Florián evaluador de Proyectos de la Sub Gerencia de Estudios definitivos, el evaluador concluye, que en virtud de la solicitud del Director, se ha revisado el Expediente Técnico, advirtiéndose la existencia de un error en la cantidad del insumo Ladrillo KK 18 huecos 9x13x24 cm, al haber consignado que la cantidad del insumo asciende a 33.000 millar de ladrillos, siendo lo correcto 0.033 millar de ladrillos por ello se deberá proceder a la reducción de la partida Mesa de Concreto revestido con mayólica y no proceder a la ejecución de la mencionada partida.

Se colige de los considerandos de la Resolución Ejecutiva Regional N° 069 – 2015-GRLL/PRE, que la ejecución de la **partida 03.13.03 mesa de concreto revestido con mayólica** resulta necesaria para cumplir la finalidad del Contrato de Ejecución de Obra N° 045 – 2014 – GRLL – GRCO, cuyo objetivo es el mejoramiento del servicio educativo de nivel secundario de la Institución Educativa Antenor Orrego, más aún si dicha mesa es parte esencial de un laboratorio.

Por tanto, cabe analizar si la reducción de meta aprobada mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 069 – 2015-GRLL/PRE, se encuentra acorde a la normativa de contrataciones del Estado, es decir, si procede dentro del sistema de contratación a suma alzada (numeral 1) del artículo 40° del RLCE) y si cumple con los requisitos que requiere una reducción de prestación (artículo 41.1 de la LCE y el artículo 207° del RLCE)

6. Al respecto, debe considerarse que el artículo 11^º del RLCE establece que el área usuaria¹⁰ es la responsable de definir con precisión las características, condiciones, cantidad y calidad de los bienes, servicios u obras que requiera

⁹ "Artículo 11.- Características técnicas de lo que se va a contratar

El área usuaria es la responsable de definir con precisión las características, condiciones, cantidad y calidad de los bienes, servicios u obras que requiera para el cumplimiento de sus funciones, debiendo desarrollar esta actividad de acuerdo a lo indicado en el Artículo 13 de la Ley. El órgano encargado de las contrataciones, con la autorización del área usuaria y, como producto del estudio de las posibilidades que ofrece el mercado, podrá ajustar las características de lo que se va a contratar. (...)"

¹⁰ Conforme al numeral 2 del Artículo 5° del RLCE, el área usuaria es uno de los órganos encargados de las contrataciones, cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada contratación, o que, dada su especialidad y funciones, canaliza los requerimientos formulados por otras dependencias.

para el cumplimiento de sus funciones, debiendo desarrollar esta actividad de acuerdo a lo indicado en el Artículo 13° de la Ley de Contrataciones del Estado.

Del artículo citado se desprende que es responsabilidad del área usuaria de la Entidad definir con precisión la cantidad de obra a ser ejecutada.

Asimismo, debe señalarse que en el expediente técnico¹¹ necesariamente debe considerarse la memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, **metrados, presupuesto de obra**, fecha de determinación del presupuesto de obra, Valor Referencial, **análisis de precios**, calendario de avance de obra valorizado, fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios.

Conforme lo señala el artículo 26°¹² del LCE las Bases de un proceso de selección serán aprobadas por el Titular de la Entidad o por el funcionario al

¹¹ Conjunto de documentos de carácter técnico y/o económico, que permiten la adecuada ejecución de una obra.

¹² Artículo 26.- Condiciones mínimas de las Bases

Las Bases de un proceso de selección serán aprobadas por el Titular de la Entidad o por el funcionario al que le hayan delegado esta facultad y deben contener obligatoriamente, con las excepciones establecidas en el Reglamento para la adjudicación de menor cuantía, lo siguiente:

- a) Los mecanismos que fomenten la mayor concurrencia y participación de postores en función al objeto del proceso y la obtención de la propuesta técnica y económica más favorable. No constituye tratamiento discriminatorio la exigencia de requisitos técnicos y comerciales de carácter general establecidos por las Bases;
 - b) El detalle de las características técnicas de los bienes, servicios u obras a contratar; el lugar de entrega, elaboración o construcción, así como el plazo de ejecución, según el caso. Este detalle puede constar en un Anexo de Especificaciones Técnicas o, en el caso de obras, en un Expediente Técnico;
 - c) Las garantías, de acuerdo a lo que establezca el Reglamento;
 - d) Los plazos y mecanismos de publicidad que garanticen la efectiva posibilidad de participación de los postores;
 - e) La definición del sistema y/o modalidad a seguir, conforme a lo dispuesto en la presente norma y su Reglamento;
 - f) El cronograma del proceso de selección;
 - g) El método de evaluación y calificación de propuestas;
 - h) La proforma de contrato, en la que se señale las condiciones de la contratación, salvo que corresponda sólo la emisión de una orden de compra o de servicios. En el caso de contratos de obras, figurarán necesariamente como anexos el Cronograma General de Ejecución de la obra, el Cronograma de los Desembolsos previstos presupuestalmente y el Expediente Técnico;
 - i) El Valor Referencial y las fórmulas de reajuste en los casos que determine el Reglamento;
 - j) Las normas que se aplicarán en caso de financiamiento otorgado por entidades Multilaterales o Agencias Gubernamentales; y,
 - k) Los mecanismos que aseguren la confidencialidad de las propuestas.
- Lo establecido en las Bases, en la presente norma y su Reglamento obliga a todos los postores y a la Entidad convocante.

que le hayan delegado esta facultad y deben contener obligatoriamente, entre otros requisitos, el detalle de las características técnicas de las obras a contratar, la definición del sistema, el **Valor Referencial**, proforma de contrato, etc.

De esta manera, la normativa de contrataciones del Estado ha establecido que es responsabilidad de la Entidad determinar con precisión entre otros, los metrados, presupuesto de obra, valor referencial y análisis de precios, toda vez, que la propuesta económica de los postores se realizará teniendo en cuenta entre otros aspectos el valor referencial determinado por la Entidad.

7. El artículo 41.1 de la LCE establece que "Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede 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, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje." (El subrayado es agregado).

Por su parte, conforme al artículo 207° del RLCE el Titular de la Entidad, mediante resolución previa, puede disponer la reducción de prestaciones hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original¹³, **cuando ello sea necesario para alcanzar la finalidad del contrato**¹⁴.

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, mediante Directivas, aprobará Bases Estandarizadas, cuyo uso será obligatorio por las Entidades.

¹³ De conformidad con el numeral 14 del Anexo Único del Reglamento, "Anexo de Definiciones", el contrato original "Es el contrato suscrito como consecuencia del otorgamiento de la Buena Pro en las condiciones establecidas en las Bases y en la oferta ganadora." (El subrayado es agregado).

¹⁴ "Artículo 207.- Prestaciones adicionales de obras menores al quince por ciento (15%) Sólo procederá la ejecución de prestaciones adicionales de obra cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestario y la resolución del Titular de la Entidad y en los casos en que sus montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, sean iguales o no superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original.

(...)

En los contratos de obra a suma alzada, los presupuestos adicionales de obra serán formulados con los precios del presupuesto referencial ajustados por el factor de relación y/o los precios pactados, con los gastos generales fijos y variables propios de la prestación adicional para lo cual deberá realizarse el análisis correspondiente teniendo como base o referencia los montos asignados en el valor referencial multiplicado por el factor de relación. Asimismo, debe incluirse la utilidad del valor referencial multiplicado por el factor de relación y el Impuesto General a las Ventas correspondiente.

(...)

Como se desprende de los artículos citados, la normativa de contrataciones del Estado establece que, de manera excepcional y previa sustentación por el área usuaria, el Titular de la Entidad mediante resolución puede disponer la reducción de prestaciones hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, **siempre que ello sea indispensable para alcanzar la finalidad del contrato.**

Por tanto, corresponde al área usuaria de la contratación sustentar técnicamente las razones por las que las reducciones a realizarse resultan necesarias para alcanzar la finalidad del contrato.

De los considerandos de la Resolución Ejecutiva Regional N° 069 – 2015-GRLL/PRE, se evidencia que la ejecución de la partida 03.13.03 mesa de concreto revestido con mayólica resulta necesaria para cumplir la finalidad del Contrato de Ejecución de Obra N° 045 – 2014 – GRLL – GRCO, cuyo objetivo es el mejoramiento del servicio educativo de nivel secundario de la Institución Educativa Antenor Orrego, por tanto, la reducción aprobada contraviene flagrantemente lo señalado en el artículo 41.1 de la LCE y en el artículo 207° del RLCE, ya que no se puede reducir una partida que se va a ejecutar. Se encuentra probado que la motivación real de la denominada reducción de meta es subsanar un error en el análisis de precios de la partida 03.13.03 mesa de concreto revestido con mayólica y no la reducción de obra que sea necesaria para cumplir la finalidad del contrato.

En el noveno considerando de la citada resolución la entidad sustenta que la reducción de meta se encuentra dirigida a corregir un error de cálculo del insumo ladrillo KK 18 Huecos 9x13x24 correspondiente a la partida 03.13.03 mesa de concreto revestida con mayólica, pero sin dejar de ejecutar dicha partida por ser necesaria para el correcto funcionamiento de la Institución Educativa y porque el área usuaria no ha solicitado dejar de ejecutar, es decir, que ratifican el haberse aprobado una reducción de meta sin reducción alguna de obra, sino para corregir un error de cálculo y reducir el monto pactado del Contrato.

Lo señalado se encuentra ratificado por la Entidad demandada en su escrito de alegatos, en cuyo numeral 17 se señala: *"En el presente caso debe*

Quando se apruebe la prestación adicional de obra, el contratista estará obligado a ampliar el monto de la garantía de fiel cumplimiento. Igualmente, cuando se apruebe la reducción de prestaciones, el contratista podrá reducir el monto de dicha garantía.

Los adicionales o reducciones que se dispongan durante la ejecución de proyectos de inversión pública deberán ser comunicados por la Entidad a la autoridad competente del Sistema Nacional de Inversión Pública."

tenerse en consideración que la Reducción de la Meta N° 01 no tuvo como objeto reducción de los metrados contemplados en el expediente técnico para la ejecución de la partida 03.13.03 "Mesa de Concreto revestido con mayólica"; sino la modificación de un error material, que atentaba contra el equilibrio económico del contrato y contra el interés público; ya que conforme puede apreciarse, los metrados a ejecutarse en relación a la partida antes mencionada, son en ambos casos (con o sin la reducción de meta) los mismos, es decir 30.54 m2."

Como se podrá advertir, la Entidad por la vía de reducción prestaciones de obra, aprueba una corrección de un error de cálculo del análisis de precio de una partida que sirvió de base para determinar el valor referencial del proceso de selección y modifica el monto contractual pactado en la cláusula tercera del Contrato de Ejecución de Obra N° 045 – 2014 – GRLL – GRCO, no obstante, que una reducción de obra implica necesariamente **dejar de ejecutar una parte de ésta para cumplir con la finalidad del contrato** cumpliendo con los requisitos que exige dicha normativa y verificando que el sistema de contratación lo permita.

Si el error de cálculo en la determinación de los precios unitarios hubieran sido en sentido contrario, el Contratista hubiera estado obligado a ejecutar la mesa de concreto revestida de mayólica conforme a los planos, sin que se modifique el monto contractual ni se apruebe un adicional de obra, ya que su obligación es cumplir con el objeto del contrato por el precio pactado al haberse contratado bajo el sistema de contratación a suma alzada.

8. Respecto al Sistema de Contratación a Suma Alzada, debe indicarse que el primer párrafo del numeral 1) del artículo 40^o15 del RLCE establece que en

15 "Artículo 40.- Sistemas de Contratación
De acuerdo a lo establecido en el Artículo 26, inciso e) de la Ley, las Bases incluirán la definición del sistema de contratación.

Los sistemas de contratación son:

1. Sistema a suma alzada, aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos y especificaciones técnicas respectivas. El postor formulará su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución.

Tratándose de obras, el postor formulará dicha propuesta considerando los trabajos que resulten necesarios para el cumplimiento de la prestación requerida según los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra que forman parte del Expediente Técnico, en ese orden de prelación; **considerándose que el desagregado por partidas que da origen a su propuesta y que debe presentar para la suscripción del contrato, es referencial.** El mismo orden de prelación se aplicará durante la ejecución de la obra.

(...)"

dicho sistema "(...) El postor formulará su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución." (El resaltado es nuestro).

Por tanto, con la presentación de sus propuestas, el postor se obliga a ejecutar el íntegro de los trabajos necesarios para la ejecución de las prestaciones requeridas por la Entidad, en el plazo y por el monto ofertados en sus propuestas técnica y económica, respectivamente, las que son parte del contrato¹⁶; a su vez, la Entidad se obliga a pagar al contratista el monto o precio ofertado en su propuesta económica.

En el referido sistema de contratación, la **regla general**, es la invariabilidad del precio pactado en las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada.

Sin embargo, existen **excepciones** a dicha regla general, la Entidad puede modificar el precio de un contrato de obra ejecutado bajo el sistema a suma alzada al ordenar al contratista la ejecución de prestaciones adicionales de obra o su reducción, siempre que los planos o especificaciones técnicas fueran modificados durante la ejecución contractual con la finalidad de alcanzar la finalidad del contrato, conforme lo exige el numeral 1 del artículo 40° de la LCE.

Como se ha señalado, en el presente caso no existe modificación de planos y/o de especificaciones técnicas en cuanto a la ejecución de la obra; sino que la supuesta reducción de metas se debe a un error en la consignación de la cantidad de uno de los suministros que conforman la partida 03.13.03 "mesa de concreto revestido con mayólica", con lo cual a decir de la Entidad se distorsionó el costo real del referido insumo. Error que no es imputable al Contratista, ya que éste presentó su oferta económica en función a lo establecido en las bases administrativas y en las especificaciones técnicas, que dieron origen al Contrato en los términos pactados y que debe ser respetado en aplicación irrestricta de la Ley y en aras de otorgar seguridad jurídica a las partes contratantes.

En las obras ejecutadas bajo el sistema de contratación a suma alzada, no es posible valorizar ni pagar los mayores metrados ejecutados por el contratista,

¹⁶ De conformidad con el primer párrafo del artículo 142 del Reglamento.

"Artículo 142.- Contenido del Contrato

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."

sino que únicamente se valorizará y pagará los metrados previstos en el presupuesto de obra. En estos supuestos la liquidación final de obra se realiza teniendo en cuenta únicamente los metrados contratados, de tal forma que el costo de la ejecución de mayores metrados es asumido por el contratista y, en consecuencia, la Entidad no debe efectuar pago adicional alguno.

Bajo el mismo criterio, el costo de la ejecución de menores metrados es asumido por la Entidad, dado que esta se encuentra obligada a pagar el íntegro del precio ofertado por el contratista en su oferta, atendiendo a la naturaleza del sistema a suma alzada y a que la liquidación final de obra se realiza teniendo en cuenta los metrados contratados.

El concepto a suma alzada es a todo costo, independientemente si hay errores por exceso o por defecto en las partidas, ese es el propósito de dicha modalidad de ejecución, ya que no existe un expediente técnico perfecto. Se mantiene siempre que no cambien las condiciones pactadas, el objeto, plazo y monto a pagarse.

En conclusión, en el sistema de contratación a suma alzada, los errores por exceso son asumidos por el contratista y por defecto por la Entidad, no pudiendo ante dichas circunstancias el contratista exigir adicionales o la Entidad aprobar deductivos y/o reducciones de meta para corregir supuestamente dichas variaciones, más aún si en dicho sistema de contratación el desagregado por partidas que da origen a la propuesta económica del Contratista es referencial.

Como ya se ha indicado precedentemente, de la propia Resolución Ejecutiva Regional N° 069 – 2015-GRLL/PRE, se evidencia que la ejecución de la partida 03.13.03 mesa de concreto revestido con mayólica, resulta necesaria para cumplir la finalidad del Contrato de Ejecución de Obra N° 045 – 2014 – GRLL – GRCO, por tanto, la reducción de meta aprobada contraviene flagrantemente el artículo 41.1 de la LCE y el artículo 207° del RLCE.

La Entidad ha soslayado los requisitos que exige dicha normativa para aprobar una reducción de obra bajo el sistema de contratación a suma alzada, desvirtuando su naturaleza jurídica, y bajo dicha vía aprobar una reducción de meta cuyo objeto es corregir errores de cálculo en los análisis de precios de una de las partidas que fue el sustento para la determinación del valor referencial del proceso de selección y en vista a la cual el contratista presentó la propuesta económica con la que obtuvo la buena pro y suscribió el contrato respectivo. Con la irregular reducción de meta se modifica el monto del contrato, no obstante de haberse contratado bajo el sistema a suma alzada, consecuentemente, conforme a lo señalado en el numeral 1 y 3

del artículo 10¹⁷ de la Ley N° 27444 "Ley del Procedimiento Administrativo General" corresponde, declarar la nulidad de la Resolución Ejecutiva Regional N° 069-2015 – GRLL/PRE de fecha 20 de enero de 2015, la cual dispone la Reducción de Meta N° 01 en el Contrato N° 045 – 2014 – GRLL – GRCO, al haber incurrido en vicios de derecho inmersos en las causales de nulidad de los actos administrativos además de contravenir la normatividad de contrataciones con el Estado.

Por tanto, este Tribunal Arbitral concluye que se debe declarar fundada la **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL** del escrito de demanda presentado por el contratista con fecha 30 de setiembre del 2016.

12.2 SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no, se declare la validez absoluta del monto contractual establecido en la cláusula tercera del Contrato N° 045 – 2014 – GRLL – GRCO de fecha 22 de octubre del 2014, para la ejecución de la Obra "Mejoramiento del Servicio Educativo de Nivel Secundario de la Institución Educativa Antenor Orrego de Laredo - Distrito de Laredo – Trujillo – La Libertad", el mismo que asciende a la suma de S/. 7'214,796.20 (Siete millones doscientos catorce mil setecientos noventa y seis con 20/100 nuevos soles)."

PROCEDENCIA DEL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

9. El CONTRATISTA en forma accesoria a la primera pretensión principal del escrito de demanda, (segundo punto controvertido) solicita se declare la validez absoluta del monto contractual establecido en la cláusula tercera del Contrato N° 045 – 2014 – GRLL – GRCO, el mismo que asciende a la suma de S/. 7'214,796.20 (Siete millones doscientos catorce mil setecientos noventa y seis con 20/100 nuevos soles).

En la Cláusula Tercera del Contrato N° 045-2014-GRLL-GRCO, se establece el monto contractual:

¹⁷ "Artículo 10.- Causales de nulidad
Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:
1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
(...)"

CLÁUSULA TERCERA: MONTO CONTRACTUAL

LA ENTIDAD pagará al CONTRATISTA, con R.U.C. N° 20560147300, a nombre del CONSORCIO SANTA ROSA, por el presente Contrato, el monto total de S/. 7'214,796.20 (SIETE MILLONES DOSCIENTOS CATORCE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS CON 20/100 NUEVOS SOLES), incluido todos los tributos, seguros, transportes, inspecciones, pruebas, de conformidad con su propuesta económica, teniendo en cuenta que los servicios se hayan realizado de manera satisfactoria para LA ENTIDAD y según se indica en las cláusulas del presente contrato, bajo el sistema de suma alzada.

10. El presente punto controvertido ha sido propuesto por la **CONTRATISTA** como accesoria del primer punto controvertido. Conforme a la teoría del derecho procesal, la acumulación de pretensiones puede ser subordinada, alternativa o accesoria. Es accesoria cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás, contrario sensu, que de declararse infundada la principal, las demás siguen la misma suerte; por tanto, la suerte de la pretensión accesoria depende de la pretensión principal, siendo requisito "sine qua non" de una pretensión accesoria la existencia de la pretensión principal, es decir, que para su procedencia debían ser declaradas fundadas las pretensiones principales.
11. En el presente caso, en los considerandos 1 al 8 del numeral 12.1. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO, este Tribunal Arbitral ha explicado las consideraciones por las cuales, se debe declarar fundada la **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL** del escrito de demanda presentado por el contratista con fecha 30 de setiembre del 2016, en consecuencia, procede declarar la nulidad de la Resolución Ejecutiva Regional N° 069-2015 – GRLL/PRE, de fecha 20 de enero de 2015, la cual dispone la Reducción de Meta N° 01 en el Contrato N° 045 – 2014 – GRLL – GRCO de fecha 22 de octubre del 2014 de la obra denominada: "Mejoramiento del Servicio Educativo de Nivel Secundario de la Institución Educativa Antenor Orrego de Laredo- Distrito de Laredo – Trujillo – La Libertad", al haber incurrido en vicios de derecho inmersos en las causales de nulidad de los actos administrativos además de contravenir la normatividad de contrataciones con el estado.
12. Consecuentemente, debe declararse fundada la presente pretensión que ha sido formulada como accesoria, por tanto, declararse la validez absoluta del monto contractual establecido en la cláusula tercera del Contrato N° 045 – 2014 – GRLL – GRCO, el mismo que asciende a la suma de S/. 7'214,796.20 (Siete millones doscientos catorce mil setecientos noventa y seis con 20/100 nuevos soles); sin embargo, cabe señalar que dicha declaración no significa de modo alguno que dicho monto no pueda variar en la ejecución del contrato, ya que como se ha sustentado, bajo el sistema de contratación a suma alzada, si bien es cierto la regla general, es la invariabilidad del precio

pactado, excepcionalmente se puede ordenar al contratista la ejecución de prestaciones adicionales o reducción, siempre que estas resulten necesarias para alcanzar la finalidad del contrato, y que para dicho fin los planos o especificaciones técnicas fueran modificados durante la ejecución contractual, justamente, con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato.

En armonía con lo desarrollado, este Tribunal Arbitral concluye que debe declararse **FUNDADA** la **PRETENSIÓN ACCESORIA DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL** formulada por la **CONTRATISTA** en su escrito de demanda, por tanto, declararse la validez absoluta del monto contractual establecido en la cláusula tercera del Contrato N° 045 – 2014 – GRLL – GRCO, el mismo que asciende a la suma de S/. 7'214,796.20 (Siete millones doscientos catorce mil setecientos noventa y seis con 20/100 nuevos soles); sin embargo, cabe señalar que dicha declaración no significa de modo alguno que dicho monto no pueda variar en la ejecución del contrato, de darse los supuestos señalados precedentemente.

12.3 TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

“Determinar a quién corresponde asumir el pago de los costos y las costas del presente proceso arbitral.”

PROCEDENCIA DEL NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO:

- 13.** El numeral 2 del artículo 56° de la Ley de Arbitraje, dispone que los árbitros deben pronunciarse en el laudo arbitral sobre los costos¹⁸ del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral.

El artículo 73° de la Ley de Arbitraje señala que el Tribunal Arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

- 14.** En el presente caso, no existe pacto sobre los costos del arbitraje en el convenio arbitral celebrado entre las partes, razón por la cual, corresponde a

¹⁸ Conforme al Artículo 70° del Decreto Legislativo 1071 los costos del arbitraje comprenden:

- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.
- b. Los honorarios y gastos del secretario.
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales

este Tribunal Arbitral establecer a quien corresponde asumir los costos de este proceso.

En ese sentido el Tribunal Arbitral, a efectos de imputar la asunción de los costos del arbitraje ha considerado el desarrollo de las actuaciones arbitrales, circunstancias del caso, la conducta procesal de las partes, así como el resultado del proceso; por lo que considera que debe disponerse que los costos del arbitraje correspondientes a los honorarios de los miembros del Tribunal Arbitral, honorarios de la Secretaría Arbitral, sean asumidos en partes iguales por la **CONTRATISTA (50%)** y la **ENTIDAD (50%)**; por otro lado, las partes asumirán los gastos en que hayan incurrido en su defensa.

En el presente caso, la **CONTRATISTA** y la **ENTIDAD** han asumido en partes iguales la totalidad de los gastos arbitrales correspondientes a los honorarios del Tribunal Arbitral, honorarios de la Secretaría Arbitral, conforme a la siguiente liquidación.

	TOTAL DEL GASTO 100%¹⁹ (S/.)	DEMANDANTE 50% (S/.)	DEMANDADO 50% (S/.)	GASTO TOTAL ASUMIDO POR DEMANDANTE. (S/.)	GASTO TOTAL ASUMIDO POR LA DEMANDADA (S/.)
Honorarios Tribunal Arbitral /netos sin Impuesto	27,539.88	13,769.94	13,769.94	13,769.94	13,769.94
Honorarios Secretaría Arbitral/ netos sin Impuesto	6,548.00	3,274.00	3,274.00	3,274.00	3,274.00
	34,087.88	17,043.94	17,043.94	17,043.94	17,043.94

Por último, el Tribunal Arbitral deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.

Por las razones expuestas y de acuerdo a lo establecido por la **LCE**, el **RLCE** y la **LA**, este Tribunal Arbitral en Derecho y dentro del plazo correspondiente;

¹⁹ Los honorarios de los miembros del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral fueron fijados en el Acta de Instalación de fecha 02.09.2016.

DR. RICHARD JAVIER ESQUIVEL LAS HERAS. (Presidente)
DR. RAMIRO RIVERA REYES. (Miembro)
DR. COLBERTH REYNA RODRIGUEZ. (Miembro)

ARBITRAJE AD HOC

LAUDA:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL** de la demanda presentada por el **CONSORCIO SANTA ROSA**, por las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la **PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA** a la **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL** de la demanda presentada por el **CONSORCIO SANTA ROSA**, conforme a las razones expuestas en la parte considerativa.

TERCERO: Disponer que el **CONSORCIO SANTA ROSA** y **EL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD**, asuman en partes iguales el pago total (100%) de los costos del arbitraje correspondiente a los honorarios de los miembros del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral, conforme a la liquidación efectuada en la parte considerativa, y **DISPONER** que cada una de las partes asuma los gastos en que han incurrido para su defensa.

CUARTO: Establecer los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral en los montos previamente cancelados a este Tribunal Arbitral.

QUINTO: Disponer la remisión de un ejemplar del presente Laudo Arbitral a la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE para su posterior publicación.

Notifíquese a las partes.


RICHARD JAVIER ESQUIVEL LAS HERAS
Presidente del Tribunal Arbitral


RAMIRO RIVERA REYES
Miembro del Tribunal Arbitral


Silvana Portocarrero Denegri
Secretaría Arbitral

VOTO EN DISCORDIA EMITIDO POR EL ABG. MARIO COLBERTH REYNA RODRIGUEZ EN EL PROCESO SEGUIDO POR CONSORCIO SANTA ROSA CONTRA EL GOBIERNO REGIONAL DE LA LIBERTAD

Lima, 16 de Junio del 2017

Con la más alta muestra de respeto y consideración a la posición discrepante de mis colegas integrantes de este Tribunal Arbitral, mi voto en discordia es como sigue:

RESPECTO A LA PRETENSION DE NULIDAD DE LA RESOLUCION EJECUTIVA REGIONAL Nro. 069-2015-GRLL/PRE

1. Que, con fecha 22 de octubre del 2014, el Gobierno Regional de La Libertad y el Consorcio Santa Rosa, suscribieron el Contrato de Ejecución de Obra N° 045 – 2014 – GRLL – GRCO, "Mejoramiento del servicio educativo de nivel secundario de la institución educativa Antenor Orrego de Laredo - Distrito de Laredo – Trujillo – La Libertad", en la modalidad de suma alzada, conforme aparece de la cláusula segunda del citado contrato.
2. Que, con fecha 20 de enero del 2015 se expide la Resolución Ejecutiva Regional Nro. 069-2015-GRLL/PRE, que resuelve APROBAR la Reducción de Meta Nro. 01 en el Contrato de Ejecución de Obra N° 045 – 2014 – GRLL – GRCO, "Mejoramiento del servicio educativo de nivel secundario de la institución educativa Antenor Orrego de Laredo - Distrito de Laredo – Trujillo – La Libertad", en la modalidad de suma alzada, conforme aparece de la cláusula segunda del citado contrato.

3. Que, la referida reducción de Meta Nro. 01, tiene como fundamento técnico las consideraciones expuestas en el Oficio Nro. 02-2015-GRLL.GGR-GRI-SGED e Informe Nro. 01-2015-GRLL-GGR-GRI-SGED/LAVF, ambos de fecha 05 de enero del 2015 emitidos por la Sub Gerencia de Estudios Definitivos de la Gerencia Regional de Infraestructura. Asimismo, conforme lo dispuesto por la referida resolución regional, la reducción de Meta Nro. 01 asciende al monto de S/. 995,991.95 (Novecientos noventa y cinco mil novecientos noventa y uno con 95/100 Nuevos Soles), el cual representa un porcentaje de incidencia de -13.80% en relación al monto contractual.
4. Que, el citado oficio Nro. 02-2015-GRLL.GGR-GRI-SGED e Informe Nro. 01-2015-GRLL-GGR-GRI-SGED/LAVF, ambos de fecha 05 de enero del 2015, dan cuenta de:

"... en cuanto a la partida 03.13.03 Mesa de Concreto revestido con mayólica, la existencia de un error en la cantidad del insumo LADRILLO KK 18 Huecos 9x13x24 cm al haber consignado que la cantidad asciende a 33.00 millar de ladrillos en lugar de 0.033 millar generando que se distorsione el costo real del insumo antes mencionado, en consecuencia, en dicha partida se ha considerado S/. 1'004,137.21 (Un millón cuatrocientos mil ciento treinta y siete con 21/100) Nuevos Soles, cuando lo correcto es S/. 8,145.26 (Ocho mil ciento carenticinco y 26/100 Nuevos Soles)"

"... que se verificó un error involuntario apreciado en el análisis de costos unitarios de la partida 03.00 Arquitectura – 03.13 Varios, limpieza y jardinería – 03.13.03 Mesa de concreto revestido c/mayólica en cuyo metrado manifiesta una cantidad de 30.54 m2, y en su análisis de costos unitarios de dicha partida, el insumo LADRILLO KK 18 HUECOS 9x13x24 cm, que tiene como unidad de medida: millar, por lo que en la cantidad se colocó 33 millares en lugar de 0.33

millares, generando este error un costo sobredimensionado de la obra en S/. 995,991.95".

"... es necesario y prudente realizar la reducción de costo, por estar sobredimensionado el costo real de obra. Se anexa el nuevo costo unitario del presupuesto, asimismo el cálculo de porcentaje de incidencia es de 13.80% en relación al monto del contrato suscrito"

5. Que, conforme a lo prescrito por el Art. 41.1 del D.L 1071 (Ley de Contrataciones del Estado - LCE): "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**".

En este mismo sentido, el segundo párrafo del Art. 174 del Reglamento de la Ley de Contrataciones (aprobado por D.S 184-2008-EF), señala: "Igualmente, podrá disponerse la reducción de las prestaciones hasta el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto contractual"

6. Que, conforme a las normas legales señaladas, son dos los requisitos para que las entidades públicas puedan reducir bienes, servicios u obras: a) Que sea una medida excepcional y b) Que se cuente con la debida sustentación del área usuaria de la contratación. Cabe advertir, que la ley ni el reglamento, señalan requisito distinto a los ya señalados para que una entidad proceda a ejercer su atribución legal de reducir la prestación.

7. Asimismo, respecto de la reducción de prestaciones, es importante citar lo señalado por la **OPINION 042-2015/DTN** del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), que señala:

"... que la potestad de aprobar la reducción de prestaciones le ha sido conferida a la Entidad en reconocimiento de su calidad de garante del interés público en los contratos que celebra a efectos de abastecerse de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones".

"Así, esta potestad responde al ejercicio de las prerrogativas especiales del Estado, pues se enmarca dentro de lo que la doctrina denomina "*cláusulas exorbitantes*"¹ que caracterizan a los regímenes jurídicos especiales de derecho público –como es el régimen de contrataciones del Estado–, en los que la Administración Pública representa al interés general, el servicio público, y su contraparte representa al interés privado. De esta manera, considerando el rol de representante del interés general que cumple la Administración Pública, el Titular de la Entidad puede aprobar la reducción de prestaciones hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, sin que ello implique el reconocimiento de una indemnización a favor del contratista por las consecuencias económicas que se deriven de dicha reducción².

8. En este mismo orden de ideas, la **OPINIÓN 021-2011-DTN-OSCE**, respecto de si en un contrato a suma alzada es posible la existencia de adicionales o deductivos, señala (pág. 05):

¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Las Clausulas exorbitantes, en THEMIS. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Nro. 39, Pág. 7.

² Conforme la Opinión Nro. 042-2015/DTN – OSCE

- a) Que es potestad del Estado ordenar adicionales o reducir prestaciones.
 - b) Dicha potestad podrá ser utilizada cuando se considere necesaria para alcanzar la finalidad del contrato.
 - c) En los contratos a suma alzada la entidad sólo podrá ordenar adicionales o reducciones de prestaciones cuando ello sea necesario **debido a la modificación de los planos o especificaciones técnicas** y no debido a la mayor o menor ejecución de metros.
9. Que, conforme se desprende de autos, la controversia gira en torno a la potestad de la entidad pública para reducir prestaciones (en aplicación del Art. 41.1 de la LCE) en el marco de un contrato adjudicado bajo la modalidad de suma alzada.
10. En principio debemos señalar que la redacción legal de la potestad de reducir la prestación (Art. 41 LCE) no se encuentra sujeta a condición especial alguna, salvo la búsqueda del cumplimiento de la finalidad pública de la contratación.

No obstante lo señalado, mediante las citadas opiniones de la DTN – OSCE, se ha incorporado a modo interpretativo, que la reducción sólo procede cuando exista modificación de planos o especificaciones técnicas.

11. Que, la controversia gira a raíz de la corrección del error advertido por la entidad y plasmado en la Resolución Ejecutiva Regional Nro. 069-2015-GRLL/PRE que dispone la Reducción de la Meta 01, por "error material" en la partida 03.13.03 "Mesa de concreto revestida con mayólica, partida en la cual se consignó 33,00 millares del insumo ladrillo KK 18 huecos 9x13x24 cm, cuando lo correcto debió ser la cantidad de 0.033 millar de ladrillo". En este sentido, corresponde analizar si la solución planteada por la entidad encuadra de los alcances legales de la atribución de reducción de prestaciones.

12. Que, en atención a lo señalado por las normas de contrataciones del Estado, la ley ha otorgado en calidad de atribución a las entidades públicas contratantes, la posibilidad de reducir la prestación hasta en un 25%, bastando para ello sólo acreditar la existencia de informe técnico sustentatorio y que dicha medida revista la calidad de excepcional, razón por la cual a la luz de lo normado jurídicamente, la fórmula utilizada para corregir el referido error resulta completamente válida y correcta al acreditarse la existencia del referido informe técnico y que la decisión ha sido tomada en el marco del reconocimiento de un error (excepcionalidad).
13. Que, al contrastar esta misma fórmula usada para corregir el error material a la luz de la Opinión 021-2011/DTN, debemos recordar que dicha opinión reconoce también la atribución del Estado para reducir la prestación, sin embargo la enmarca en dos supuestos: a) modificación de planos y b) modificación de especificaciones técnicas.
14. Conforme al Art. 13 de la LCE (D. Leg. 1017), "el área usuaria al plantear su requerimiento, deberá describir el bien, servicio u obra a contratar, definiendo con precisión su cantidad y calidad, indicando la finalidad pública para la que debe ser contratado.
- En este mismo orden de ideas, la opinión 048-2016/DTN, punto 2.3, el concepto de Especificación Técnica comprenden las características, condiciones, cantidad y calidad de aquello que se requiere contratar, en función de las necesidades del área usuaria, las que se encuentran vinculadas con el logro de los objetivos institucionales.
15. Que, debemos señalar que el propio demandante en el punto 24 de su escrito de demanda, señala:

"... en el caso de la resolución Recurrida, se evidencia que la reducción de meta que se dispone, versa directamente de una especificación técnica, lo cual conllevaría a una mala aplicación del Art. 174 del Reglamento, ...". (SIC)

(Resaltado es nuestro)

16. Asimismo, es preciso señalar que la corrección (reducción) realizada por la entidad no altera en el más mínimo el metrado, puesto que con reducción o sin que se hubiese producido esta, el metrado siempre seguirá siendo 30.54 m2 de la partida 03.13.03 mesa de concreto revestido con mayólica, conforme se encuentra acreditado en autos. Es decir, no existe variación del metrado.

En consecuencia, la corrección realizada por la entidad corrige el error en las especificaciones técnicas - cantidades de insumo ladrillo - sin alterar de forma alguna el metrado contratado, razón por la cual el acto administrativo objeto de controversia se encuadra dentro de los alcances de la ley e incluso de las opiniones hasta aquí expuestas.

17. Que, en nuestro ordenamiento legal la validez de un acto administrativo obedece al cumplimiento irrestricto de las normas jurídicas vigentes, así como al cumplimiento de los elementos esenciales establecidos en el Art. 3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPA).
18. Que, en ese sentido la LPA en su Art. 10 señala como causales de nulidad de pleno derecho: a) la contravención a la constitución, b) el defecto o la omisión de algunos de sus requisitos de validez, c) los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que adquieren facultades, o derechos cuando son contrarios al ordenamiento jurídico o cuando no se cumplen los requisitos, documentación o

tramites esenciales para su adquisición, d) los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal o que se dicten como consecuencia de la misma.

19. Que, la pretensión demandada solicita la declaración de nulidad de la Resolución Regional No. 069-2015-GRLL/PRE, de fecha 20 de enero del 2015, por incurrir en "vicios de derecho" y "contravenir normatividad de contrataciones del Estado", no obstante, teniendo en cuenta los considerandos precedentes, considero que la resolución objeto de impugnación, fue emitida siguiendo el procedimiento, la normatividad administrativa, la de contrataciones y debido procedimiento administrativo, velando por el interés y cautela de los recursos públicos al subsanar un error material que conforme las reglas de reducción de prestación, en atención a ser una atribución Estatal enmarcada en el deber de protección y resguardo de los intereses públicos.
20. Que, adicionalmente los principios y normas jurídicas que enmarcan toda actuación Estatal (sea que se encuentren contenidas en LPAG, LCE o RLCE) obliga a estas entidades a procurar maximizar y cautelar los recursos públicos del Estado, en el entendido que su actividad está orientada a garantizar la satisfacción del interés general y el servicio público, razón por la que cuando se expide la resolución que corrige el error material (objeto de análisis en el presente proceso), se entiende que es expedida en cumplimiento del deber – garantía de cuidar y proteger los fondos públicos, así previstos en la ley.
21. Que, en atención a lo expuesto, mi voto dirimente, llega al convencimiento que el Gobierno Regional al emitir la Resolución Ejecutiva Regional Nro. 069-2015-GRLL/PRE y disponer la reducción de Meta Nro. 01, por la suma de S/. 995,991.95 (-13.80% porcentaje de incidencia respecto del monto contractual), derivado de un error en la especificación de cantidades, sin variación o alteración de los metrados (estos metrados con o sin reducción de meta siguen siendo 30.54 m2),

HA EJERCIDO LA ATRIBUCIÓN QUE LA LEY LE OTORGA PARA REDUCIR LA PRESTACIÓN DE HASTA UN 25% DEL MONTO CONTRACTUAL , PREVISTA EN EL Art. 41.1 del D. Leg 1017 - LCE, estando por lo tanto dentro de los límites y requisitos que esta misma señala, consecuentemente, dicha resolución tiene plena validez y eficacia, razón por la que debe denegarse el pedido del contratista.

22. Que, atendiendo al ejercicio regular de un derecho por parte de la entidad y a las consideraciones expuestas que sustentan la plena eficacia, considero que los gastos arbitrales deben ser asumidos por el contratista.

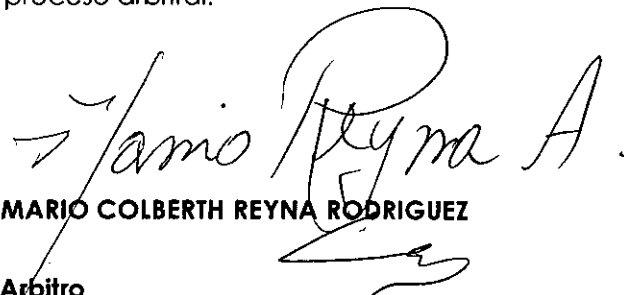
POR LO EXPUESTO

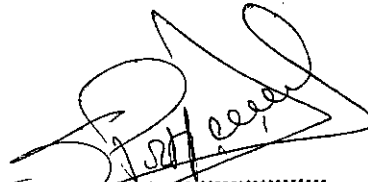
FALLO:

Declarando **INFUNDADA** la demanda en el extremo de declarar la NULIDAD de la Resolución Ejecutiva Regional Nro. 069-2015-GRLL/PRE. Consecuentemente valida y con pleno efecto legal la misma.

Declarando **INFUNDADA** la pretensión accesoria, relativa a declarar la validez absoluta del monto contractual del contrato Nro. 045-2014-GRLL-GRCO de fecha 22.10.2014 por la suma de S/. 7'214,796.20

Declarar **INFUNDADA** la pretensión accesoria, relativa a pago de costos y costas del proceso arbitral.


MARIO COLBERTH REYNA RODRIGUEZ
Arbitro


Silvana Portocarrero Denegri
Secretaria Arbitral