

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Laudo de Derecho dictado por el Tribunal Arbitral presidido por Halley Esterhazy Lopez Zaldívar e integrado por Marco Antonio Gutarra Baltazar y el Jorge Pedro Morales Morales (en adelante, en conjunto, el Tribunal Arbitral o Tribunal, indistintamente), en la controversia surgida entre el Consortio María José (en adelante, el Contratista), de una parte; y, de la otra, el Gobierno Regional de Huancavelica (en adelante, la Entidad).

Resolución N° 13

Huancayo, 30 de octubre de 2017.

I. Antecedentes

1. Convenio arbitral

El convenio arbitral está constituido por la cláusula décimo octava del Contrato N° 359-2015/ORA, contrato de servicios de voladura de rocas para la obra: "construcción y mejoramiento de la carretera Chicchicancha-Putacca-Carhuac-Antipahuasin-Pitecc-Pucarapata-Acocra, distrito de Huaribamba, provincia de Tayacaja, departamento de Huancavelica" (en adelante, el Contrato). En dicha cláusula las partes acuerdan expresamente que cualquier controversia que surja desde la celebración de dicho Contrato será resuelta mediante arbitraje de derecho, conforme a las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, la Ley), aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, y su Reglamento (en adelante, el Reglamento), aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

Asimismo, se aplicarán las correspondientes disposiciones normativas del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje (en adelante, la Ley de Arbitraje).

2. Sede del Tribunal Arbitral

Las instalaciones ubicadas en el jirón Cusco N° 160, interior 04, del distrito y provincia de Huancayo, departamento de Junín, república de Perú.

3. Hechos del caso

En el presente acápite se describen los hechos del caso que van desde los antecedentes del contrato materia de litigio, pasando por la ejecución del mismo hasta las controversias originadas a partir de ello. Estos hechos han sido elaborados teniendo en cuenta los documentos presentados por las partes así como lo alegado por las partes a lo largo del proceso; siendo que por ello su inclusión en esta sección no significa el reconocimiento de la veracidad de los hechos reseñados.

1. Que, con fecha 20 de julio de 2015, mediante acta, el Comité Especial de la Entidad otorgó la buena pro a favor del Contratista, esto es, como fase final en el proceso de selección de Adjudicación de Menor Cuantía N° 268-2015/GOB.REG.HVCA/CEP-Primera convocatoria-proceso clásico, derivado del proceso de selección de Concurso Público N° 001-2015/GOB.REG.HVCA/CEP.
2. Que, con fecha 06 de enero de 2016, mediante documento, las partes suscriben el Contrato.
3. Que, con fecha 06 de enero de 2016, mediante documento, las partes suscriben la Adenda N° 01 al Contrato, ampliando el plazo contractual hasta el 13 de febrero de 2016.
4. Que, con fecha 09 de febrero de 2016, mediante Carta N° 012-2016/CONSORCIO MARÍA JOSÉ, el Contratista solicita la prestación adicional.
5. Que, con fecha 12 de agosto de 2016, la Entidad emite Resolución Gerencial Regional N° 076-2016-GR.HVCA/GRI aprueba expediente técnico adicional de obra N° 01.
6. Que, con fecha 07 de setiembre de 2016, mediante documento, las partes suscriben la Adenda N° 02 al Contrato, ampliando el plazo contractual hasta el 15 de setiembre de 2016, para ejecución de adicional aprobado.
7. Con fecha 28 de setiembre de 2016, la Entidad emite conformidad del servicio adicional de voladura de rocas.
8. Mediante Carta Notarial N° 423, de fecha 11 de octubre de 2016, la Contratista solicita pago de pago por servicio adicional.

9. Con fecha 04 de noviembre de 2016, la Entidad emite la Resolución Ejecutiva Regional N° 384-2016/GOB.REG-HVCA/PR, que aprueba adicional de prestación de servicios que contiene el Contrato N° 359-2015/ORÁ.

4. Hechos del presente arbitraje

En el presente acápite, se describen los hechos del arbitraje, los mismos que van desde la solicitud de arbitraje, pasando por la presentación de los escritos más relevantes, así como las audiencias más importantes, concluyendo con la emisión del presente Laudo.

1. Que, con fecha 21 de noviembre de 2016, mediante escrito, el Contratista da inicio al arbitraje, designando como árbitro al señor Jorge Pedro Morales Morales, aceptando tal designación.
3. Que, con fecha 16 de diciembre de 2016, mediante escrito, la Entidad responde la solicitud de arbitraje, designando como árbitro al señor Marco Antonio Gutarra Baltazar.
4. Que, con fecha 19 de diciembre de 2016, mediante escrito, el señor Marco Antonio Gutarra Baltazar acepta la designación como árbitro.
5. Que, con fecha 03 de enero de 2017, mediante acta, los señores Jorge Pedro Morales Morales y Marco Antonio Gutarra Baltazar designan como tercer árbitro y Presidente del Tribunal Arbitral al señor Halley Esterhazy Lopez Zaldívar, comunicando dicho acuerdo mediante escrito del 04 de enero de 2017.
6. Que, con fecha 10 de enero de 2017, mediante escrito, el señor Halley Esterhazy Lopez Zaldívar acepta la designación como tercer árbitro y Presidente del Tribunal Arbitral.
7. Que, con fecha 10 de enero de 2017, mediante escrito, el Presidente del Tribunal Arbitral comunica su aceptación al Contratista y cita a la Instalación del Tribunal.
8. Que, con fecha 12 de enero de 2017, mediante escrito, el Presidente del Tribunal Arbitral comunica su aceptación a la Entidad y cita a la Instalación del Tribunal.
9. Que, con fecha 20 de enero de 2017, mediante acta, se consigna la realización de la Instalación del Tribunal Arbitral, señalándose las reglas, plazos y costos del proceso,

así como reconociendo la administración del arbitraje por parte del Centro de Arbitraje de la Asociación de Prevención y Resolución de Conflictos, esto es, contando con la aceptación de los representantes de ambas partes.

10. Que, con fecha 26 de enero de 2017, mediante escrito 01, el Contratista formula demanda.
11. Que, con fecha 30 de enero de 2017, mediante Resolución N° 01, el Tribunal Arbitral admite a trámite la demanda formulada, da traslado de la misma a la Entidad para su absolución y remite copia del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje APREC a la Entidad para su conocimiento y observancia.
12. Que, con fecha 24 de febrero de 2017, mediante escrito, la Entidad absuelve la demanda formulada por el Contratista. Asimismo, deduce excepción de caducidad y formula objeción a las materias sometidas por el Contratista referidas al enriquecimiento sin causa y prestaciones adicionales.
13. Que, con fecha 26 de febrero de 2017, mediante Resolución N° 02, se admite a trámite la contestación de demanda formulada por la Entidad, con conocimiento al Contratista. Asimismo, se da traslado de la excepción y objeción deducidas al Contratista para su absolución. Finalmente, se requiere el pago a las partes bajo apercibimiento de suspensión del proceso arbitral.
14. Que, con fecha 14 de marzo de 2017, mediante escrito, el Contratista absuelve la excepción y objeción formuladas por la Entidad.
15. Que, con fecha 21 de marzo de 2017, mediante escrito, el Contratista da cuenta del pago de los costos arbitrales asignados mediante Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.
16. Que, con fecha 23 de marzo de 2017, mediante Resolución N° 03, se tienen por absueltas la excepción y objeción formuladas por la Entidad, se tienen por pagados los costos arbitrales por el Contratista, y se dispone que la excepción y objeción sean resueltas con el fondo de la controversia al momento de laudar.
17. Que, con fecha 23 de marzo de 2017, mediante Resolución N° 04, se cita a las partes a la Audiencia de determinación de puntos controvertidos y admisión de

medios probatorios. Asimismo, se otorga a las partes un plazo para que formulen sus propuestas de puntos controvertidos.

18. Que, con fecha 05 de abril de 2017, mediante Resolución N° 05, se programada la Audiencia de determinación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios ante la demora en la notificación conforme fue advertido por la Secretaría Arbitral mediante Razón del 05 de abril de 2017. Asimismo, se otorga a la Entidad un plazo adicional para que la Entidad formule su propuesta de puntos controvertidos.

19. Que, con fecha 20 de abril de 2017, mediante escrito, la Entidad formula su propuesta de puntos controvertidos.

20. Que, con fecha 24 de abril de 2017, mediante escrito, la Entidad delega representación en el señor Juan Carlos Gonzáles Apaza para su actuación en la Audiencia de determinación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios.

21. Que, con fecha 24 de abril de 2017, mediante acta, se consigna la realización de la Audiencia de determinación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios en el siguiente orden:

- a. Se da cuenta de la asistencia de los representantes de ambas partes.
- b. Se intentó crear un camino de diálogo entre las partes para la composición de sus controversias a través de la transacción. No obstante, pese al pedido las partes no lograron transigir sus conflictos, quedando a salvo su derecho de hacerlo en la oportunidad que estimen conveniente.
- c. Se determinaron los puntos controvertidos bajo la siguiente fórmula:

Primer punto controvertido: Determinar si corresponde o no declarar fundada la excepción de caducidad interpuesta por el Gobierno Regional de Huancavelica.

Segundo punto controvertido: Determinar si corresponde o no declarar fundada la objeción formulada por el Gobierno Regional de Huancavelica, teniendo en consideración lo dispuesto en la Resolución N° 03 del 23 de marzo de 2017.

Tercero punto controvertido: Determinar si corresponde o no ordenar al Gobierno Regional de Huancavelica el pago a favor del Consortio María José del monto de S/180,011.59 (ciento ochenta mil once con 59/100 Soles), por concepto de ejecución de la

prestación adicional de servicios del Contrato N° 359-2015/ORA, aprobada mediante Resolución Ejecutiva N° 384-2016/GOB.REG.HVCA/PR.

Subsidiariamente, determinar si corresponde o no ordenar al Gobierno Regional de Huancavelica el pago a favor del Consortio María José del monto de S/180,011.59 (ciento ochenta mil once con 59/100 Soles), por concepto de indemnización por enriquecimiento sin causa por la ejecución de la prestación adicional de servicios del Contrato N° 359-2015/ORA.

Cuarto punto controvertido: Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir los costos arbitrales que irroge la tramitación del presente proceso arbitral.

d. Se requirió a la Entidad precisar si lo invocado como punto controvertido III de su escrito presentado el 20 de abril de 2017, tiene la calidad de pretensión.

e. Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por las partes en sus escritos postulatorios de demanda, y contestación de demanda y otros.

22. Que, con fecha 10 de mayo de 2017, mediante Resolución N° 06, se deja constancia del incumplimiento al requerimiento de precisión de punto controvertido propuesto realizado por el Tribunal en el Acta de la Audiencia de determinación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios, procediendo a desestimar dicho punto controvertido. Asimismo, se faculta al Contratista al pago de los costos arbitrales no asumidos por la Entidad, bajo apercibimiento de declarar la suspensión del proceso arbitral.

23. Que, con fecha 10 de mayo de 2017, mediante Resolución N° 07, se requiere a la Entidad comunique el registro del Acta de Instalación en el Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado, bajo apercibimiento de informar al Órgano de Control Institucional de dicho incumplimiento.

24. Que, con fecha 24 de mayo de 2017, mediante escrito, el Contratista solicita una ampliación de plazo para el pago de los costos arbitrales facultados.

25. Que, con fecha 01 de junio de 2017, mediante Resolución N° 08, se concede al Contratista un plazo para el pago de los costos arbitrales facultados.

26. Que, con fecha 16 de junio de 2017, mediante escrito, la Entidad da conocimiento al Tribunal del cumplimiento del registro del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral en el Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado.

27. Que, con fecha 26 de junio de 2017, mediante Resolución N° 09, se declara la suspensión del proceso arbitral ante el impago de los costos arbitrales facultados al Contratista, bajo apercibimiento de proceder a la declarar la terminación de las actuaciones arbitrales de verificar la renuencia al pago.
28. Que, con fecha 26 de julio de 2017, mediante escrito, el Contratista solicita una ampliación de plazo para el pago de costos arbitrales facultados.
29. Que, con fecha 02 de agosto de 2017, mediante escrito, el Contratista da cuenta al Tribunal Arbitral del pago de los costos arbitrales facultados.
30. Que, con fecha 09 de agosto de 2017, mediante Resolución N° 10, se deja constancia del pago realizado por el Contratista de los costos arbitrales facultados, se levanta la suspensión del proceso arbitral, se actúan los medios probatorios admitidos, se prescinde de la realización de la Audiencia de Pruebas y se otorga a las partes un plazo para la presentación de sus alegaciones y conclusiones finales por escrito, además de solicitar el uso de la palabra en audiencia.
31. Que, con fecha 25 de agosto de 2017, mediante escrito, la Entidad formula sus alegatos y conclusiones finales, y solicita el uso de la palabra.
32. Que, con fecha 25 de agosto de 2017, mediante escrito, el Contratista formula sus alegatos y conclusiones finales por escrito.
33. Que, con fecha 01 de setiembre de 2017, mediante Resolución N° 11, se tienen por presentados los escritos de alegatos y conclusiones finales. Asimismo, se cita a las partes a la Audiencia de Informes Orales.
34. Que, con fecha 13 de setiembre de 2017, mediante documento, el señor José Rodrigo Torres Suárez, delega representación a favor del señor José Alexander Torres Pizarro en referencia a la Audiencia de Informes Orales.
35. Que, con fecha 15 de setiembre de 2017, mediante escrito, la Entidad delega representación en el señor Juan Carlos Gonzáles Apaza en referencia a la Audiencia de Informes Orales.

36. Que, con fecha 15 de setiembre de 2017, mediante acta, se consigna la realización de la Audiencia de Informes Orales. Asimismo, se otorga el plazo para la emisión del laudo arbitral que compondrá definitivamente las controversias suscitadas entre las partes.

37. Que, con fecha 23 de octubre de 2017, mediante Resolución N° 12, se prorroga el plazo para la emisión del laudo arbitral.

II. Análisis de los puntos controvertidos

Del marco normativo para la resolución de las controversias suscitadas entre las partes se advierten diferentes reglas y principios aplicables al presente caso, esto es, en estricto respeto del orden prelatorio dispuesto por el numeral 52.3 del artículo 52 de la Ley.

Con base en ello, la metodología que será utilizada para el análisis de cada punto controvertido (y –por ende– de cada pretensión puesta a la consideración de éste órgano arbitral) seguirá el siguiente orden: primero se identificará la normas o normas jurídicas aplicables (premisa mayor), luego se realizará un análisis sobre las alegaciones y medios probatorios dispuestos en el presente proceso (premisa menor), a los efectos de identificar la subsunción del hecho concreto en el supuesto abstracto de la norma (o normas); finalmente se identificará la consecuencia jurídica que determinará un cambio de status en las partes o la ratificación de aquel que vienen poseyendo.

Por supuesto, cabe precisar que los principios determinarán un camino para la debida interpretación y aplicación de las reglas al caso.

Asimismo, de conformidad a lo dispuesto en el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje APREC, concordante con lo prescrito en el artículo 34 en la Ley de Arbitraje, el Tribunal Arbitral conviene en analizar los puntos controvertidos en el mejor orden que estime conveniente.

1. Primer punto controvertido

Determinar si corresponde o no declarar fundada la excepción de caducidad interpuesta por el Gobierno Regional de Huancavelica.

1.1. Posición del Contratista

- a. Tanto la Ley como el Reglamento no establecen un plazo de caducidad para el inicio del arbitraje a propósito de las controversias derivadas del pago de prestaciones adicionales.
- b. El artículo 181 del Reglamento dispone un plazo de caducidad para aquellas controversias que deriven de pagos previstos en la Bases Administrativas y en el Contrato, por lo que ante la inexistencia de un plazo de caducidad especial, corresponde el inicio del arbitraje.

1.2. Posición de la Entidad

- a. Teniendo en consideración que el Contratista solicita el pago de la contraprestación por la prestación adicional mediante carta notarial el 11 de octubre de 2016, se tiene que la solicitud de arbitraje ha sido presentado fuera del plazo de caducidad señalado en el artículo 181 del Reglamento, esto es, 15 días hábiles después de haber vencido el plazo para el respectivo pago.
- b. Debe considerarse que la caducidad es la institución jurídica por la cual se extingue el derecho material por la inactividad de su titular.

1.3. Análisis del Tribunal Arbitral

- a. El artículo 52 de la Ley, en su numeral 52.2, dispone lo siguiente:

"Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. Para los casos específicos en los que la materia se refiere a nulidad del contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento. La parte que solicita la conciliación y/o el arbitraje debe ponerla en conocimiento del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en el plazo establecido en el reglamento, salvo cuando se trate de un arbitraje administrado por dicho organismo o cuando éste designe a los árbitros." (Énfasis agregado).

De su parte, el artículo 181 del Reglamento determina lo siguiente:

"Las controversias en relación a los pagos que la Entidad debe efectuar al contratista podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes de vencido el plazo para hacer efectivo el pago."

De las citas colegimos que, en primer lugar, que todo conflicto que se suscite durante la ejecución del contrato estatal debe ser resuelto mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.

Ahora bien, en caso de optar por el arbitraje, éste debe ser iniciado dentro del plazo de caducidad dispuesto de forma específica o genérica.

El dispositivo reconoce ambos tipos de plazo de caducidad. De un lado, los plazos de caducidad especiales o específicos son aquellos que se determinan para el reclamo de conflictos que versan sobre materias particulares como la resolución, nulidad, ampliación, recepción y conformidad, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago de contraprestación. De su parte, el plazo de caducidad genérico es aquel que dispone que el arbitraje puede ser iniciado en cualquier momento antes de la culminación del Contrato.

Dicho en otros términos, cuando la Ley no establezca un plazo de caducidad específico el arbitraje deberá iniciarse antes de la culminación del Contrato.

Asimismo, podemos identificar que en el caso de pago de contraprestación, el plazo de caducidad para el inicio del arbitraje es de 15 días hábiles, siguientes a vencido el plazo para la realización de dicha actuación por parte de la Entidad.

b. Corresponde ahora identificar el objeto del plazo de caducidad para el cobro de acreencias dinerarias debidas por la Entidad conforme a lo indicado por el numeral 52.2 de la Ley, así como el artículo 181 del Reglamento.

Partimos de la siguiente pregunta, ¿el plazo de caducidad para el inicio del arbitraje con referencia al pago de la contraprestación es aplicable a cualquier tipo de controversia?

Podemos señalar que existen dos controversias que tienen relación con el pago de la contraprestación en un contrato para la prestación de servicios a favor del Estado: i) aquellas referidas a su determinación y/o cálculo; y ii) aquellas que, habiendo sido determinadas, se relacionan con la renuencia a su efectivización.

Entender ligeramente y sin realizar mayor análisis que el plazo de caducidad aplica los dos grupos de controversias podría conllevar a la misma negación del derecho a la acreencia del Contratista.

Por un lado, es entendible que la determinación y/o cálculo de la contraprestación del Contratista deba ser analizada a nivel de un proceso arbitral, donde la autoridad arbitral señale cuál es el monto debido al Contratista, teniendo en consideración los parámetros del Contrato, las Bases Administrativas y el principio de equilibrio económico financiero del contrato. Por ejemplo que, debido a cuestiones fuera del dominio de las partes, uno de los componentes del servicio brindado sufra una modificación en su valor que conlleve al necesario reajuste de la prestación, a los efectos de vulnerar el equilibrio económico del contrato, a través del cual ambas partes deben salir beneficiadas como producto de la ejecución de las prestaciones de sus respectivas contrapartes. El contrato es un instrumento de ganancia mutua, indistintamente si una de las partes contratantes es el mismo Estado.

En cuanto a las controversias relativas a la efectivización del pago, suponer que ésta tienen un plazo de caducidad, sobre todo uno muy corto como el señalado en la Ley, limita peligrosamente el derecho a exigir una contraprestación por parte del Contratista, esto es, si entendemos que exigir un pago en vía arbitral está sujeto a un plazo de caducidad de 15 días siguientes al vencimiento del plazo para el pago de la contraprestación, entonces después de haber superado dicho término el Contratista ya no tendría derecho a exigir pago alguno, pues (conforme a lo dicho por la Entidad) se extingue el derecho material, quedando el Contratista a la buena voluntad de la Entidad de realizar el pago.

Asimismo, realizar una interpretación como la sugerida por la Entidad, conllevaría a afirmar que lo señalado por el segundo párrafo del artículo 181 del Reglamento no tendría mayor objeto y se constituiría en un despropósito, pues no beneficiaría casi en nada que el Contratista tenga un derecho al pago de intereses por retraso injustificado de la Entidad, pues ni siquiera podría exigir el pago de la contraprestación pactada por haber superado el plazo de caducidad.

Resulta entonces que la única norma jurídica extraíble de ambos dispositivos normativos (numeral 52.2 del artículo 52 de la Ley y el artículo 181 del Reglamento) determina que el plazo de caducidad es aplicable solo a controversias que tenga relación con la determinación del pago, más no con su exigibilidad, evitando así una lesión a un derecho legítimamente logrado por una imprecisión lingüística del legislador en materia de contrataciones del Estado.

c. Aunado a los argumentos expuestos, cabe señalar que el acto administrativo que reconoce la obligación a favor del Contratista (Resolución Ejecutiva Regional N° 384-2016/GOB.REG.HVCA/PR) fue emitida el 04 de noviembre de 2016, por lo que el plazo para su pago debe computarse a partir del día siguiente a su notificación¹, teniéndose como resultado que, en aplicación de la cláusula cuarta (concordante con el primer párrafo del artículo 181 del Reglamento), el plazo máximo para realizar el pago por parte de la Entidad vencía el 21 de noviembre de 2016², por lo que el Contratista podría iniciar el arbitraje hasta el 13 de diciembre de 2016³.

Identificando que la solicitud de arbitraje ha sido presentada el 21 de noviembre de 2016, se concluye que el arbitraje fue iniciado en su oportunidad, no habiendo caducidad del derecho invocado, debiendo declararse infundada la excepción formulada por la Entidad.

d. Cabe agregar que, si bien la Resolución Gerencial Regional N° 076-2016-GR-HVCA/GRI fue emitida y, por tanto, notificada el 12 de agosto de 2016⁴, al haber sido anulada por la citada Resolución Ejecutiva Regional, ningún plazo para el cobro puede computarse desde su emisión (y notificación) o su requerimiento (mediante carta notarial del 11 de octubre de 2016), toda vez que, a los efectos del artículo 12 de la Ley de Procedimiento Administrativo General la declaración nulidad genera la destrucción de todos los efectos que haya generado el acto administrativo nulificado. Por tanto, no resulta ser consecuente contar un plazo a partir de la notificación de un acto administrativo jurídicamente inexistente, ni mucho menos del requerimiento realizado

¹ No habiendo encontrado la información precisa respecto a la fecha de notificación, se tomará en consideración la fecha de emisión del mismo.

² El último día del plazo dispuesto recae en un día inhábil, por lo que la fecha de vencimiento se traslada al 21 de noviembre de 2016.

³ Debe considerarse que, este caso, el plazo es días hábiles y no siendo computados los feriados.

⁴ Presunción que realiza este Tribunal ante la falta de información respecto a la fecha de notificación del acto administrativo.

por el Contratista, pues éste se fundamenta en una actuación no presente en el sistema jurídico.

2. Segundo punto controvertido

Determinar si corresponde o no declarar fundada la objeción formulada por el Gobierno Regional de Huancavelica, teniendo en consideración lo dispuesto en la Resolución N° 03 del 23 de marzo de 2017.

2.1. Posición del Contratista

a. En referencia al conflicto devenido del pago de la prestación adicional, la prohibición dispuesta por el numeral 41.5 del artículo 41 de la Ley se encuentra dirigida a aquellas controversias relacionadas a la decisión de aprobar o no la prestación adicional, más no a aquella derivada del pago de tal obligación. En ese sentido, la obligación de pago se encuentra bajo los alcances del artículo 52 de la Ley para su arbitrabilidad.

b. Respecto al conflicto devenido del pago de un monto indemnizatorio por enriquecimiento sin causa, el numeral 41.3 del artículo 41 de la Ley de Arbitraje señala que las excepciones y objeciones a la competencia del Tribunal deberán ofrecer a más tan pronto como sea posible.

c. Teniendo en consideración que la solicitud de arbitraje señalaba como objeto de litigio el pago de una indemnización por daños y perjuicios, la Entidad debió cuestionar su arbitrabilidad en la actuación siguiente a la formulación de la aludida solicitud, sin embargo formuló la excepción tiempo después con la contestación de la demanda, por lo que corresponde declarar su extemporaneidad.

2.2. Posición de la Entidad

a. Conforme a lo señalado por el numeral 41.4 del artículo 41 de la Ley, el pago por una supuesta prestación adicional no resulta ser materia arbitrable.

b. Por su parte, de acuerdo a lo señalado por la autoridad judicial las prestaciones que pueden ser materia de arbitraje son aquellas que se encuentran relacionadas con el Contrato.

c. En consecuencia, siendo el enriquecimiento sin causa una materia que tiene un origen diferente al contractual no corresponde ser sometida ni analizada en sede arbitral.

2.3. Análisis del Tribunal Arbitral

a. Es preciso dar cuenta de lo señalado por el numeral 41.5 del artículo 41 de la Ley, en lo concerniente al presente caso:

“La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a arbitraje.”

A los efectos de poder identificar claramente el mandato del legislador, conviene situarnos en la distinción existente entre disposición normativa y norma jurídica.

Mientras disposición normativa es entendida como la expresión lingüística que utiliza el legislador para expresar una permisión, obligación o prohibición (conocido también como enunciado jurídico), la norma jurídica es el resultado de la interpretación de dicha disposición.

Así, habiendo citado la disposición normativa del numeral 41.5 del artículo 41 de la Ley, es consecuente que éste Tribunal identifique la norma o normas jurídicas originadas a raíz del enunciado, esto es, con miras a detectar si la materia puede ser sometida a arbitraje o no.

Tenemos como resultado las siguientes normas jurídicas:

N1 = La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de **aprobar** la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a arbitraje.

N2 = La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de **no aprobar** la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a arbitraje.

Es claro que el enunciado analizado sólo permite la identificación de 2 normas jurídicas: la decisión referida a la aprobación de la prestación adicional y la decisión referida a la no aprobación de la prestación adicional.

Tenemos entonces que, los conflictos relacionados con la decisión que aprueba o deniega la prestación adicional (sea que provenga de la Entidad o de la Contraloría General de la República) no puede ser materia arbitrable.

No obstante, en aplicación de la regla de interpretación literal, no es posible deducir que los conflictos relacionados al pago de una prestación adicional no puedan ser sometidos a arbitraje.

En términos sencillos, no puede negarse la vía arbitral para el conocimiento y resolución de conflictos relacionados al pago de una prestación adicional, toda vez de que la Ley no ha establecido estrictamente su prohibición de arbitrabilidad.

Lo dicho también tiene como fundamento la aplicación del argumento interpretativo a contrario, a través del cual "cuando por medio del argumento *a contrario* se justifica, entre varios significados posibles, el sugerido estrictamente por el lenguaje empleado y no uno más amplio. Se considera que el legislador ha dicho lo que quería decir por medio del lenguaje empleado y ampliar la consecuencia jurídica prevista a otros supuestos no mencionados expresamente sería alterar la intención de la autoridad normativa redactora del texto. Por tanto, el argumento permite justificar que la consecuencia jurídica prevista en la norma se aplique única y exclusivamente a los supuestos mencionados en ella."⁵

Entendemos entonces que, bajo la aplicación de la regla de interpretación literal y del argumento interpretativo a contrario, que lo referido por el legislador –en este caso– se centra sólo en aplicar la consecuencia jurídica de no arbitrabilidad para los dos supuestos identificados líneas arriba, por lo que extender dicha consecuencia a algo no previsto expresamente conllevaría a desnaturalizar el mandato del legislador, situación que no debe permitírsele al órgano aplicador de la norma. El aplicador (juzgador) tiene facultad de dar sentido a lo referido por el legislador sin llegar a deformar su voluntad.

⁵ Ezquiaga, Francisco. *Argumentación e interpretación. La motivación de las decisiones judiciales en el derecho peruano*. Lima: Grijley, 2011, p. 254.

b. Claro está, podemos cuestionar el hecho de que el legislador, al establecer una prohibición relacionada con las prestaciones adicionales, ¿acaso no quiso abarcar a todo tipo de conflicto que guarde relación con tal adicional?

Al respecto, cabe citar lo dispuesto por el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil:

“La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía.” (Énfasis agregado).

Tal dispositivo (tomado supletoriamente conforme a la autorización del artículo 5 y del numeral 52.3 del artículo 52 de la Ley⁶) niega la aplicación supletoria de un dispositivo destinado a restringir derechos o generar excepciones.

Al presente caso, el hecho de que el legislador haya generado una prohibición respecto a la arbitrabilidad objetiva en contrataciones del Estado, la misma no puede ser entendida a todo conflicto que tenga relación con la prestación adicional, pues limitaría injustificadamente el derecho a la tutela jurisdiccional arbitral efectiva⁷, además de establecer una excepción al acceso a la justicia arbitral.

Por lo aludido, corresponde desestimar en este extremo la objeción formulada por la Entidad.

c. Con referencia a la arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa, cabe citar Alexander Campos, quien de manera autorizada y sosteniéndose en lo señalado por Luis Diez Picazo, refiere que “no cabe duda que el enriquecimiento sin causa se funda en un principio de equidad que informa el derecho en general (...) y en tanto ello no puede decirse que está limitado a una fuente específica de obligaciones.”⁸

⁶ No obstante, debe considerarse que los límites a la aplicación de la analogía han sido previstos en el numeral 9 del artículo 139 de la Constitución Política, por lo que éste Tribunal se mantiene respetuoso del orden prelatorio dispuesto por los artículos 5 y 52 de la Ley.

⁷ A los efectos de lo señalado en el numeral 1 del artículo 139 de la Constitución Política, el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional, por lo que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es plenamente exigible en este fuero.

⁸ Campos, Alexander. La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos. En. Revista Peruana de Arbitraje, N° 3, Lima: Grijley. 2006. pp. 313 y 314.

En esa línea, se entiende que el enriquecimiento sin causa es contenido esencial del principio de equidad, aplicable a toda relación jurídica y no sujeta a una fuente de obligaciones específica como la del cuasicontrato.

Asimismo, debe agregarse que la división de fuentes del derecho en ley, contrato, cuasicontrato, delito y cuasidelito dispuesto desde el Derecho Romano clásico ha sido largamente superada en la actualidad.

d. Con razón a lo expuesto, teniendo en consideración que el enriquecimiento sin causa es una categoría observable en cualquier tipo de relación jurídica, no sujeta a una fuente de obligaciones en particular, hace que esta materia sea totalmente arbitrable, por lo que corresponde desestimar totalmente la objeción planteada por la Entidad.

3. Tercer punto controvertido y subsidiario

Determinar si corresponde o no ordenar al Gobierno Regional de Huancavelica el pago a favor del Consortio María José del monto de S/180,011.59 (ciento ochenta mil once con 59/100 Soles); por concepto de ejecución de la prestación adicional de servicios del Contrato N° 359-2015/ORA, aprobada mediante Resolución Ejecutiva N° 384-2016/GOB.REG.HVCA/PR.

Subsidiariamente, determinar si corresponde o no ordenar al Gobierno Regional de Huancavelica el pago a favor del Consortio María José del monto de S/180,011.59 (ciento ochenta mil once con 59/100 Soles), por concepto de indemnización por enriquecimiento sin causa por la ejecución de la prestación adicional de servicios del Contrato N° 359-2015/ORA.

3.1. Posición del Contratista

a. En razón a la pretensión principal de pago por la prestación adicional, se advierte que la Entidad cumplió con otorgarle el trámite correspondiente para la generación y aprobación de dicha prestación, incluso ubicándose dentro del umbral para que la Entidad asuma competencia sobre tales efectos.

b. Si bien el acto administrativo que otorgaba la prestación adicional –emitido primigeniamente– fue anulado, el Titular de la Entidad emite un nuevo acto administrativo, formalizando correctamente su trámite y aprobación.

- c. Sumado a ello se tiene que el Contratista cumplió con sus obligaciones tal y como se evidencia de la conformidad al servicio otorgada por los funcionarios de la Entidad. Pese a ello la Entidad no ha cumplido con realizar el pago respectivo.
- d. En referencia a la pretensión subsidiaria, el Contratista cumplió con ejecutar sus obligaciones de buena fe.
- e. Asimismo, de las Opiniones de la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado no niegan la posibilidad de que los conflictos derivados del pago de prestaciones adicionales pueda ser sometidos a arbitraje.
- f. Por supuesto, se cumplen con los requisitos esenciales para la determinación del enriquecimiento sin causa con pago a favor del Contratista.

3.2. Posición de la Entidad

- a. Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 174 del Reglamento, se advierte que la prestación adicional no fue aprobada mediante resolución previa por el Titular de la Entidad.
- b. Asimismo, para que la prestación adicional sea aprobada se requiere que el Contrato se encuentre vigente, supuesto no presentado, pues el plazo contractual ya había sido superado.
- c. Las prestaciones adicionales se generan y aprueban ante la necesidad de la Entidad alcanzar la finalidad del Contrato y no porque el Contratista considere oportuna su ejecución.
- d. A su vez, la prestación adicional pretendida por el Contratista no ha sido solicitada por la Entidad y tampoco está destinada a alcanzar la finalidad del Contrato, por lo que el hecho de que el Contratista solicite la prestación adicional no significa que deba realizarse y –consecuentemente– pagarse.

3.3. Análisis del Tribunal Arbitral

a. Sobre la base del análisis realizado respecto al análisis de la arbitrabilidad de las prestaciones adicionales, debe ratificarse el argumento de que las prestaciones adicionales, en cuanto a su pago, son materia plenamente arbitrables, legitimando a este Tribunal Arbitral a emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo de la controversia.

En tal sentido, debe precisarse que el análisis del Tribunal se centrará en la orden de pago o no de la prestación adicional, toda vez de que es la única materia referente a adicionales que puede ser materia de arbitraje.

b. Así se tiene que mediante Resolución Gerencial Regional N° 076-2016-GR-HVCA/GRI se aprueba la prestación adicional N° 01 por el monto de S/180,011.59.

Sin embargo, mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 384-2016/GOB.REG.HVCA/PR se declara la nulidad del acto administrativo gerencial, pues se detectan errores en la composición de dicho acto que no permiten una eficacia normal del mismo.

Asimismo, se procede a aprobar la misma prestación adicional, en vista al cumplimiento de las condiciones señaladas en el artículo 41 de la Ley, además de no superar el tope máximo de 25% del monto contractual que permite que sea la misma Entidad quien determine el trámite y, de ser el caso, la aprobación correspondiente.

Se tiene que, al existir un acto administrativo que da cuenta del cumplimiento de las condiciones legales para la configuración y aprobación de la prestación adicional, no existe justificación alguna para que la Entidad no pague la acreencia reconocida en la aludida Resolución Ejecutiva Regional.

c. A su vez se aprecia el argumento de la Entidad referente a cuestionar el cumplimiento de las condiciones dispuestas por la Ley para la aprobación del adicional como: que resulte ser indispensable para alcanzar la finalidad del Contrato, que no sobrepase del 25% del monto contractual y que sea aprobado por el Titular de la Entidad.

A lo dicho, el Tribunal es claro al sostener que realizar una evaluación del cumplimiento de los requisitos para la constitución y aprobación de la prestación del adicional supondría hacer una revisión de la decisión de la Entidad respecto a la

aprobación del adicional lo que, como ya ha sido anotado, no es posible en la vía arbitral.

No obstante, el Tribunal se permite dar cuenta de lo establecido en el artículo 9 de la Ley de Procedimiento Administrativo General:

“Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda.”

Se entiende entonces que mientras el acto administrativo no sea declarado nulo, corresponde reconocer su validez y su eficacia, esto es, que la Resolución Ejecutiva Regional N° 384-2016/GOB.REG.HVCA/PR surte todos sus efectos, pues a la fecha no ha sido comunicada su nulidad.

d. Así también, corresponde señalar que la Entidad no puede renegar de sus propios actos, pues contravendría abiertamente el principio de buena fe, particularmente la doctrina de los actos propios.

A partir de esta doctrina, a una persona no se le está permitido contradecir sus propios actos, sin con los actos primigenios ha generado confianza en su contraparte de actuar correcto con un objetivo inamovible.

Al presente caso, la Entidad (a través de su Procuraduría Pública) no puede contradecir de sus propios actos, teniendo que asumir toda responsabilidad por sus actuaciones originales, sobre todo si ha generado confianza en el Contratista sobre el reconocimiento de una obligación y su correspondiente pago.

Por lo expuesto, corresponde declarar fundada esta pretensión.

e. Habiendo declarado fundada la pretensión de pago de la prestación adicional, carece de objeto emitir un pronunciamiento respecto a la indemnización por enriquecimiento sin causa, ya que, al haber sido propuesta como pretensión subsidiaria, la concesión del principal excluye de todo análisis a su pretensión subsidiaria.

4. Cuarto punto controvertido

Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir los costos arbitrales que irrogue la tramitación del presente proceso arbitral.

4.1. Posición del Contratista

- a. Siendo la Entidad la responsable de que el Contratista haya dado inicio al arbitraje (producto de su incumplimiento contractual), corresponde que el pago de los costos arbitrales sea asumido totalmente por dicha parte.

4.2. Posición de la Entidad

- a. Conforme a lo señalado en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, ambas partes deben asumir los costos arbitrales generados en el trámite del proceso arbitral.

4.3. Análisis del Tribunal Arbitral

- a. Al respecto, el numeral 1 del artículo 73 de la Ley de Arbitraje señala lo siguiente:

“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.” (Énfasis agregado).

De la cita se colige que a la falta de acuerdo respecto a la asunción y distribución de los costos arbitrales que haya generado la tramitación del proceso arbitral, éstos serán de cargo de la parte vencida.

- b. Ahora bien, de la lectura del Contrato y del convenio arbitral incluido, no logra advertirse pacto alguno referido a la asunción y distribución de costos arbitrales originados en la tramitación del presente proceso arbitral.

En tal sentido, ante la subsunción de la realidad al supuesto de hecho previsto en el dispositivo normativo, es que corresponde la asignación de la respectiva consecuencia, esto es, que los costos arbitrales sean de cargo de la parte vencida, pagando y/o

reembolsando cualquier costo asumido por el Contratista en el trámite del proceso arbitral de conformidad al artículo 70 de la Ley de Arbitraje⁹.

c. Adosado a ello, debe valorarse la conducta procesal demostrada por la Entidad al no asumir los costos arbitrales determinados en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, haciendo que el Contratista sea el responsable por la totalidad de los costos del presente proceso.

Asimismo, se evidencia que es la ilegal actuación de la Entidad (al no realizar el pago de la parte de la contraprestación debida sin algún tipo de justificación) la que provocó que el Contratista iniciara el arbitraje en busca de la solución del conflicto creado por su contraparte, esto es, pese a existir una Resolución Ejecutiva Regional que dispone el cumplimiento del pago correspondiente.

d. Por lo expuesto, corresponde ordenar que la Entidad reembolse todo costo arbitral asumido justificadamente por el Contratista en el trámite del presente proceso arbitral y que se encuentre en el listado dispuesto en el aludido artículo 70 de la Ley de Arbitraje.

III. Resolución

Por las consideraciones expuestas, este Tribunal resuelve:

Primero: Declárese **INFUNDADA** la excepción de caducidad deducida por la Entidad.

Segundo: Declárese **INFUNDADAS** las objeciones a la arbitrabilidad deducidas por la Entidad.

Tercero: Declárese **FUNDADA** la primera pretensión principal, consecuentemente, **ORDÉNESE** a la Entidad el pago a favor del Contratista de la suma de S/180,011.59

⁹ "El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

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

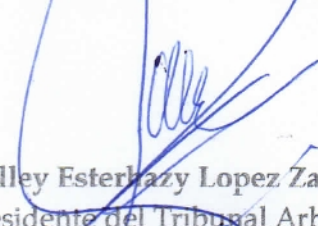
(ciento ochenta mil once con 59/100 Soles) por concepto de contraprestación a la realización de la prestación adicional N° 01.

Cuarto: CARECE DE OBJETO emitir pronunciamiento respecto a la pretensión subsidiaria a la primera pretensión principal.

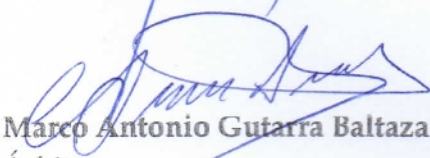
Quinto: DISPÓNGASE el reembolso por parte de la Entidad a favor del Contratista de las sumas de S/18,820.00 (dieciocho mil ochocientos veinte con 00/100 Soles) por concepto de honorarios de los integrantes del Tribunal y gastos administrativos del Centro de Arbitraje APREC por la tramitación del presente arbitraje, debiendo agregársele el Impuesto a la Renta por cuarta categoría que corresponda.

Sexto: DISPÓNGASE el reembolso por parte de la Entidad a favor del Contratista de los conceptos referidos en los numerales d, e y f del artículo 70 de la Ley de Arbitraje que se logren justificar debidamente durante la ejecución arbitral o judicial del presente laudo.

Sexto: REMÍTASE copia del presente laudo al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado para los fines establecidos en la Ley.



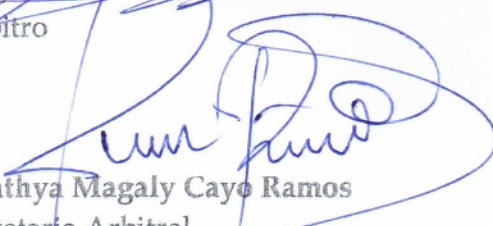
Halley Esterhazy Lopez Zaldívar
Presidente del Tribunal Arbitral



Marco Antonio Gutarra Baltazar
Árbitro



Jorge Pedro Morales Morales
Árbitro



Cynthia Magaly Cayo Ramos
Secretaria Arbitral

FUNDAMENTO DE VOTO DEL ÁRBITRO JORGE PEDRO MORALES MORALES

Suscribiendo el laudo emitido por mis coárbitros, quiero acompañar algunas precisiones adicionales:

En primer lugar, mediante el **fundamento de voto** (*concurring opinion*), el árbitro muestra su conformidad con la decisión del Laudo Arbitral, pero añade argumentos o discute algunos fundamentos del fallo.

En ese sentido, emito este fundamento de voto porque si bien estoy de acuerdo con la decisión adoptada por mis coárbitros, quería dejar constancia de la necesidad de fundamentar la pretensión subsidiaria del tercer punto controvertido sobre pago por concepto de indemnización por enriquecimiento sin causa por la ejecución de la prestación adicional de servicios del Contrato N° 359-2015/ORÁ.

1. El DEMANDANTE sostiene que para que dentro del marco de la normatividad sobre contrataciones del Estado, se verifique un enriquecimiento sin causa, siendo necesario analizar: (i) la Entidad se haya enriquecido y el proveedor se haya empobrecido; (ii) que exista conexión entre el enriquecimiento de la Entidad y el empobrecimiento del proveedor, la cual estará dada por el desplazamiento de la prestación patrimonial del proveedor a la entidad y, (iii) que no exista una causa jurídica para esta transferencia patrimonial, como puede ser la ausencia de contrato al haberse declarado su nulidad de oficio.
2. Sobre este particular, queda claro que la entrega a otro de un bien o cantidad constituye una atribución o desplazamiento patrimonial. Una atribución o desplazamiento patrimonial consiste en una ventaja o beneficio de carácter patrimonial proporcionado a otra persona. Implica, por consiguiente, la alteración en la esfera patrimonial de un sujeto. Así, la entrega de un bien a (o la realización de un servicio a favor de) un sujeto de derecho constituye una atribución o desplazamiento patrimonial. Si bien "atribución" y "desplazamiento" pueden ser entendidos como sinónimos, en estricto, el término "desplazamiento" es más concreto que el término "atribución", ya que requiere que la citada ventaja o beneficio se materialice en un bien (o dinero), dejando así al margen toda atribución patrimonial que implique un hacer o un no hacer.
3. Al respecto, Díez-Picazo señala lo siguiente:

*"Todo desplazamiento patrimonial, todo enriquecimiento y, en general, toda atribución, para ser lícitos, deben fundarse en aquellas causas o razones de ser que el ordenamiento jurídico considera como justas. Cuando una atribución patrimonial no está fundada en una justa causa, el beneficiario de la atribución debe restituir al atribuyente el valor del enriquecimiento y, correlativamente, surge una acción o una pretensión, en favor de este último, para obtener o reclamar dicha restitución"*¹⁰

4. El mismo Díez-Picazo manifiesta que para que un desplazamiento patrimonial pueda ser calificado de "pago" es menester que: 1) encuentre su fundamento y su razón de ser en una previa relación obligatoria (causa o título) que a través de dicha atribución se cumple y, 2) que concurren una serie de requisitos que se refieren a los sujetos, al objeto y a las circunstancias de tiempo y de lugar - requisitos de regularidad del pago¹¹.
5. En consideración a lo antes señalado, para que un desplazamiento patrimonial sea considerado "pago" el desplazamiento debe ser debido; es decir, debe tener una causa la cual es comúnmente, una relación obligatoria.
6. El "pago" se califica precisamente como «hecho debido» en cuanto constituye la actuación de la relación obligatoria y, por tanto, actuación de la posición deudora. La relación obligatoria es entonces el título jurídico del "pago". Si para que un desplazamiento patrimonial sea "pago" debe existir una causa o título, entonces un "pago" siempre es debido, hablar de "pago indebido" resulta siendo contradictorio, así quizá resulte más adecuado referirse a atribuciones o desplazamientos patrimoniales sin causa¹².
7. Los desplazamientos patrimoniales requieren, como lo hemos manifestado, de una causa que las justifique jurídicamente. De acuerdo con Trimarchi¹³ los

¹⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial**. Volumen Primero. Ob. Cit.. p. 89-90.

¹¹ El despliegue de la plena eficacia, solutoria y satisfactiva, del acto de pago exige la concurrencia de una serie de requisitos que se refieren a los sujetos, al objeto y a las circunstancias de tiempo y de lugar.

1) Desde el punto de vista de los sujetos, la regularidad del pago presupone la legitimación de la persona que lleva a cabo el pago (solvens) y en la persona que lo recibe (accipiens).

2) Desde el punto de vista del objeto, son requisitos del pago: la identidad, la integridad y la indivisibilidad.

3) Desde el punto de vista de las circunstancias de tiempo y de lugar, el pago exige que el tiempo y el lugar en que se realice sean exactos o por lo menos adecuados.

¹² El Código Civil español habla de "Cobro de lo indebido". Cárdenas Quirós habla de "desplazamiento patrimonial indebido" (CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. "Hacia la reforma del Libro VI del Código Civil". En: *Thémis, Revista de Derecho*. No. 30. p. 147).

¹³ TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. Quindicesima Edizione. Milano. Giuffrè. 2003. p.332.

desplazamientos patrimoniales injustificados pueden verificarse como consecuencia de:

- Apropiaciones ilícitas, o bien por el empleo de violencia, amenazas o engaños. En este caso las consecuencias se eliminan, en lo posible, mediante el mecanismo de la responsabilidad civil.
 - Hechos que no son ilícitos y no son fuente de responsabilidad por daños. Así, por ejemplo, puede tratarse:
 - De hechos del mismo empobrecido, quien por error entregue a otro sujeto un bien no debido;
 - De un hecho de la naturaleza, como la avulsión (artículo 940 del Código Civil); o,
 - De un hecho del enriquecido sin ser fuente de responsabilidad civil por los daños, así, por ejemplo, el consumo de buena fe de un bien ajeno.
8. Cuando los desplazamientos patrimoniales se producen por hechos que no son ilícitos y no son fuente de responsabilidad por daños¹⁴, **el derecho no impone al enriquecido de buena fe, como señala el autor italiano¹⁵, el resarcimiento del daño, pero le impone la obligación de pagar al empobrecido una indemnización dentro de los límites de su enriquecimiento¹⁶.**
9. El principio general está recogido en el artículo 1954º del Código Civil que establece: *"Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo"*.

¹⁴ Como bien lo resalta Trimarchi no todo acto dañoso es prohibido. En la vida en sociedad, es común causar daño a otros sujetos lícitamente. El desarrollo de actividades provechosas implica algún riesgo de daños a terceros (externalidades para los economistas, daños para los abogados). No todas las externalidades deben ser internalizadas a través de la responsabilidad civil, de lo contrario, la sociedad se paralizaría por el impacto que tendría sobre cada persona la existencia de sanciones resarcitorias por todas las consecuencias dañosas, nimias o relevantes, inmediatas o remotas que involucra toda actividad humana. El éxito empresarial, por ejemplo, se manifiesta restándole clientes a sus competidores, pero ello no constituye un hecho injusto: la competencia no está prohibida, al contrario es reconocida constitucionalmente (artículo 61) pues es útil para la sociedad. Otras veces el hecho dañoso es prohibido (hecho ilícito) y una vez cometido da lugar a responsabilidad por daños (Ver al respecto TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. Ob. Cit., p. 107).

¹⁵ TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. Ob. Cit., p. 332.

¹⁶ En este sentido Gallo señala: *"La responsabilidad civil busca de remediar los daños derivados de la comisión del ilícito; la acción de enriquecimiento tiene, en cambio, como punto de referencia el provecho obtenido mediante un hecho injusto"* GALLO, Paolo. *Arricchimento senza causa. Art. 2041-2042. Il Codice Civile*. Commentario. Fondata da Piero Schlesinger diretto da Francesco D. Busnelli. Milano. Giuffrè. 2003., p. 50.

10. Como puede apreciarse del artículo antes transcrito, **la falta de una causa justa en una atribución patrimonial se transforma en el sustento de la doctrina del enriquecimiento sin causa.** Así sostiene Ameal que:

*"(...) cuando se traslada un bien o un valor del patrimonio de una persona a otra enriqueciéndola sin un título o razón jurídica que lo justifique, nos encontramos frente a una situación que la doctrina de los autores ha caracterizado como enriquecimiento sin causa en la acepción más apropiada."*¹⁷ (El subrayado es nuestro).

11. El fundamento del enriquecimiento sin causa se encuentra en la imposibilidad que se produzca una atribución patrimonial sin una causa que lo justifique, o, si lo queremos ver desde otra perspectiva, en el hecho de no admitir un enriquecimiento sin causa.
12. El Derecho Civil patrimonial tiene su punto de partida en la idea que los bienes y servicios deben intercambiarse teniendo en cuenta el principio de la conmutatividad, de tal manera que las prestaciones de ambas partes guarden equilibrio. Por ello, se ha sostenido correctamente que: *"(...) Ha de tratarse de atribuciones que sean consecuencia de negocios jurídicos lícitos y válidamente celebrados o de actos realizados de conformidad con los preceptos legales."*¹⁸
13. El "enriquecimiento sin causa", "enriquecimiento indebido", o "enriquecimiento injusto", que consiste en *"el daño de un acervo y el correlativo aumento de otro"*¹⁹ se pone de manifiesto en la oportunidad en que una persona recibe una ventaja, provecho o utilidad, sin fundamento jurídico, de tal modo que el ordenamiento otorga al empobrecido este remedio jurídico para lograr el restablecimiento de su equilibrio económico.
14. Sobre el particular, Díez-Picazo señala que:

"(...) uno de los principios que inspiran el derecho civil patrimonial consiste en la idea de que el intercambio de bienes y de servicios debe realizarse de acuerdo con los

¹⁷ AMEAL, Oscar. *Enriquecimiento sin causa. Subsidiariedad o autonomía de la acción*. En: *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Allierini*. Directores: Alberto José Bueres y Aída Kemelmajer de Carlucci. Buenos Aires. Editorial Abeledo - Perrot... 1997. p. 1064.

¹⁸ DÍEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos...* Ob. Cit. Volumen Primero. p. 89.

¹⁹ Cfse.: CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Volumen 2. La Plata. Librería Editora Platense SRL. 1984. p. 498.

postulados establecidos por el ordenamiento jurídico para realizar los dictados de la justicia conmutativa. Ha de tratarse de atribuciones que sean consecuencia de negocios jurídicos lícitos y válidamente celebrados o de actos realizados de conformidad con los preceptos legales. (...). Cuando una atribución patrimonial no está fundada en una justa causa, el beneficiario de la atribución debe restituir al atribuyente el valor del enriquecimiento y, correlativamente, surge una acción o pretensión, a favor de este último, para obtener o reclamar dicha restitución."²⁰ (El subrayado es nuestro).

15. El enriquecimiento sin causa se encuentra regulado como una de las fuentes de las obligaciones en los artículos 1954º y 1955 del Código Civil peruano.
16. Cuando el supuesto de hecho previsto en la norma –artículo 1954º del Código Civil- se presenta, el ordenamiento jurídico le otorga al empobrecido la facultad de accionar contra el enriquecido. Es en este razonamiento en el que descansa la autonomía del enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones²¹.
17. A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta igualmente que lo que se reclama mediante la acción de enriquecimiento sin causa no es una cosa -no estamos frente a una acción reivindicatoria-, sino que lo que se reclama mediante ella es el valor de la cosa -por ello, su naturaleza personal-. Atendiendo a ello, es indispensable además que dicho "valor" sea debidamente probado por el empobrecido.
18. De otro lado, de conformidad con lo señalado en el artículo 1955º del Código Civil la procedencia de la acción se encuentra condicionada a la inexistencia de una vía alternativa para resguardar el derecho. Así, la acción a que se refiere el artículo 1954º del mismo código, no resulta procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización.

²⁰ DIEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos ...* Ob. Cit. Volumen Primero. pp. 89 y 90.

²¹ Por ello, ha sostenido Díez-Picazo que: "Puede, por tanto, afirmarse que el total Derecho de obligaciones (incluso el Derecho Civil en su conjunto) aparece estructurado de tal modo que no tenga lugar un enriquecimiento injusto. Pero si, pese a esa general finalidad de la norma y de los medios instrumentales puestos a su servicio es lo cierto que llega a producirse, entonces la prohibición del enriquecimiento injusto se convierte en norma concretamente sancionadora de que la situación de enriquecimiento, que no ha podido evitarse, tiene que corregirse. Este es el significado autónomo del enriquecimiento injusto como fuente de obligaciones: se ha producido un resultado por virtud del cual una persona se enriquece a expensas de otra que, correlativamente, se empobrece, y no siendo justo tal empobrecimiento y careciendo de justificación o de causa que lo legitime, surge una obligación dirigida a realizar la prestación que elimine el enriquecimiento. Deudor es el enriquecido; acreedor, el empobrecido." DIEZ PICAZO, Luis. *La doctrina del enriquecimiento injustificado*. En: DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel y DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*. Madrid. Editorial Civitas S.A.. 1991. p. 30 y 31.

19. A partir de lo señalado en el numeral preceden se concluye válidamente que *"...la acción general del enriquecimiento sin causa tiene naturaleza complementaria y subsidiaria, pudiendo ser ejercitada cuando falte un título específico sobre el cual pueda fundarse un derecho de crédito"*²². En ese sentido, de existir una acción alternativa a disposición del afectado para hacer valer su crédito, no resultará procedente la acción por enriquecimiento sin causa.
20. Los casos más simples en los cuales el principio de subsidiariedad es entendido en abstracto, son aquellos en los que el empobrecido dispone de un remedio alternativo contra el enriquecido. En este caso pueden distinguirse tres circunstancias: i) el empobrecido teniendo a su disposición un medio contra el enriquecido, no la ha ejercido aún, siendo irrelevante la concreta posibilidad de obtener un resultado favorable; ii) que ya hubiera sido ejercitada, habiendo sido declarada infundada (no si fuera declarada improcedente); y iii) si la diversa acción hubiera prescrito o caducado²³. En cualquiera de los tres escenarios estaremos frente a una acción -por enriquecimiento sin causa- que resulta improcedente, en tanto el afectado cuenta o contaba con acciones alternativas para proteger su crédito.
21. En esta misma línea Llambías²⁴ precisa que:
- "a) Si el empobrecido ha dejado prescribir (...) la acción específica que tuviera para obtener la reparación del perjuicio, no podrá deducir la acción resultante del enriquecimiento sin causa (...). El empobrecido en tal situación carece de la acción por haber sido titular de otra acción eficacia para proteger su interés.*
- b) Si el empobrecido no ha podido ejercer útilmente otra acción que tuviera en resguardo de su interés, por carencia de prueba documental, tampoco podrá articular la acción in rem verso.*
- c) Si el empobrecido ha deducido sin éxito otra acción que tuviera distinta de la in rem verso, no puede marginarse de esta cosa juzgada adversa, para entablar esta última acción.*
- La razón siempre es la misma: el empobrecido carece de la acción de in rem verso cuando ha dispuesto de otra acción para prevenir su daño".*

²² ASTONE, Francesco. *L'arricchimento senza causa*. Milano. Giuffrè. 1999. p. 211.

²³ Ver al respecto ASTONE, Francesco. *L'arricchimento senza causa*. Ob. Cit., p. 221 y siguientes.

²⁴ Llambías, Jorge Joaquín. "Tratado de las Obligaciones". Perrot, Buenos Aires, 1964, Tomo IV-B, p. 397.

22. Del mismo modo, refiriéndose de manera específica a lo dispuesto el artículo 1955º del Código Civil la doctora Delia Revoredo²⁵ señala que dicha acción:

"solo procede cuando no es posible accionar por otro motivo (...) ya que existen casos en los que el enriquecimiento carece de causa y respecto a los cuales cabe ejercer una acción distinta a la del enriquecimiento sin causa. El empobrecido, en estos casos, cuando dispone de otra acción no tiene opción para elegir entre las dos procedentes".

23. Teniendo en consideración el análisis efectuado en los numerales precedentes, respecto de los alcances de la acción de enriquecimiento sin causa, el árbitro a modo de resumen concluye que los elementos que determinan la existencia de un enriquecimiento sin causa son los siguientes:

- a. Enriquecimiento del demandado.
- b. Empobrecimiento del demandante.
- c. Relación causal entre enriquecimiento y empobrecimiento.
- d. Ausencia de causa justificante del enriquecimiento.
- e. La inexistencia de otra acción para obtener la indemnización.
- f.

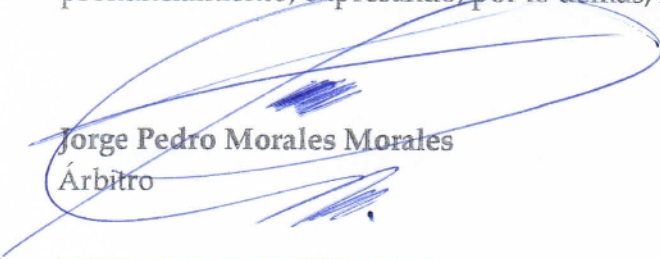
24. Se debe tener en cuenta además, que **estos cinco elementos resultan fundamentales para la validez y plena eficacia de toda acción por enriquecimiento sin causa, ello implica que la ausencia de alguno de ellos, traerá como consecuencia que dicha acción no resulte amparable.**

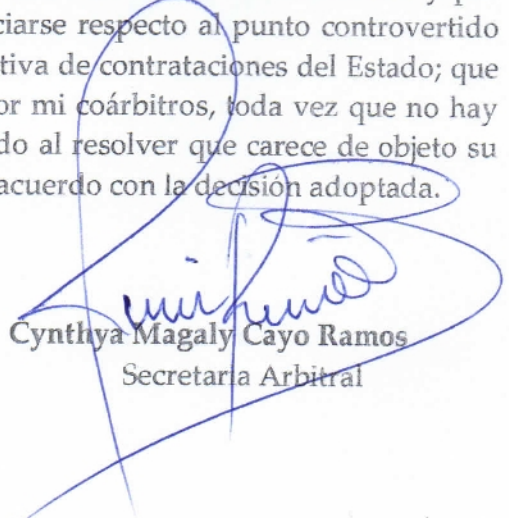
25. En ese orden de ideas, corresponde efectuar el análisis de cada uno de los elementos antes mencionados, sobre la base de lo propuesto por el accionante. Siendo esto así, considero que no resulta posible acceder a lo solicitado por el CONSORCIO, toda vez que el artículo 41.5 de la LEY señala expresamente que: *"La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a arbitraje (...)"* (El resaltado es nuestro). De ampararse la pretensión del DEMANDANTE, se estaría produciendo un fraude a la ley, en razón a que el CONSORCIO pretendería conseguir el pago a través de la acción de enriquecimiento sin causa.

²⁵ REVOREDO, Delia. "Código Civil" Okura, Lima, 1985, Tomo VI, págs. 778y 779.

26. Adicionalmente a ello, se debe considerar que i) el convenio arbitral contenido en la Cláusula décimo sexta del CONTRATO no comprende la reclamación por enriquecimiento sin causa, pues esta constituye una fuente de las obligaciones distinta al CONTRATO; ii) el CONSORCIO tiene expedito su derecho para reclamar en la vía que corresponda el pago de los adicionales, por lo que no se cumple con uno de los elementos esenciales para que se pueda recurrir válidamente a solicitar una indemnización por enriquecimiento sin causa.
27. En el caso de la Opinión N° 126-2012/DTN, corresponde precisar que para que proceda el pago de la indemnización por la ejecución de prestaciones adicionales sin contar previamente con la autorización del Titular de la Entidad, es necesario que el proveedor perjudicado haya ejecutado las referidas prestaciones adicionales de buena fe. En este caso, ello significaría que las referidas prestaciones hayan sido requeridas o aceptadas por el inspector o por el supervisor, en el caso de que se requiera la ejecución de prestaciones adicionales de emergencia. A partir de la entrada en vigencia de la actual normativa de contrataciones del Estado, la vía correspondiente para resolver las controversias referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales es el Poder Judicial.²⁶

Por estas consideraciones, mi voto la pretensión subsidiaria del tercer punto controvertido sobre pago por concepto de indemnización por enriquecimiento sin causa por la ejecución de la prestación adicional de servicios del Contrato N° 359-2015/ORA, pretendida por el CONSORCIO debe ser declararla INFUNDADA y por ende no tener competencia para poder pronunciarse respecto al punto controvertido en mención en base a lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado; que no discrepa de la forma resolutoria adoptada por mi coárbitros, toda vez que no hay pronunciamiento sobre dicho punto controvertido al resolver que carece de objeto su pronunciamiento; expresando, por lo demás, mi acuerdo con la decisión adoptada.


Jorge Pedro Morales Morales
Árbitro


Cynthia Magaly Cayo Ramos
Secretaría Arbitral

²⁶ OPINIÓN N° 116-2016/DTN