

LAUDO ARBITRAL

Laudo que dicta el Tribunal Arbitral conformado por los señores Mario Manuel Silva López, Jesús Antonio Mezarina Castro y Víctor Manuel Huayama Castillo para solucionar la controversia surgida entre:

Demandante: Consortio Inversiones Gochi S.A.C. – Shungo Ingenieros S.A.C. – MYGSA S.A.C- Servicios Vijale S.A.C. (en adelante el Contratista o el Demandante)

Demandado: Ministerio de Educación - Programa Nacional de Infraestructura Educativa - Unidad Ejecutora 108 (en adelante la Entidad o el Demandado)

Tribunal Arbitral: Sr. Víctor Manuel Huayama Castillo (Presidente)
Sr. Mario Manuel Silva López
Sr. Jesús Antonio Mezarina Castro

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

Fecha de emisión: 9 abril del 2018

N° folios: 76

Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):

- | | |
|-------------------------------------|-----------------------------------|
| <input checked="" type="checkbox"/> | Nulidad del contrato. |
| <input checked="" type="checkbox"/> | Ampliación del plazo contractual. |

- | | |
|-------------------------------------|---|
| <input checked="" type="checkbox"/> | Mayores gastos generales. |
| <input checked="" type="checkbox"/> | Otros: Aplicación de control difuso, enriquecimiento sin causa. |

Resolución N° 40

En Lima, a los nueve días del mes de abril del 2018, el Tribunal Arbitral, luego de llevar a cabo las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y

con las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones interpuestas, dicta el siguiente laudo para poner fin a las controversias surgidas entre las partes.

I. ANTECEDENTES

- 1.1. El 11 de diciembre del 2006 la Entidad y el Contratista suscribieron el Contrato de Prestación de Servicios N° 0101-2006-ME/SG-OGA-UA, al que en adelante nos referiremos como el Contrato 101-2006. Este contrato proviene del Concurso Público por Proceso de Selección Abreviada –PSA- N° 0019-2006-ED.
- 1.2. La cláusula décimo octava del Contrato 101-2006 dispone que las controversias que surjan sobre la ejecución o interpretación del Contrato podrán solucionarse mediante arbitraje, conforme a lo previsto en la Ley y el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y 084-2004-PCM, respectivamente.
- 1.3. El 16 de abril del 2015, en la sede del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, el Tribunal Arbitral conformado por los señores Mario Manuel Silva López, Jesús Antonio Mezarina Castro y Víctor Manuel Huayama Castillo, los representantes de la Entidad y del Contratista y la representante de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, participaron en la Audiencia de Instalación de Tribunal Arbitral, ratificando los árbitros la no existencia de circunstancias que afecten su imparcialidad e independencia y que no tienen incompatibilidad o compromiso

alguno con las partes, obligándose a actuar con imparcialidad, probidad e independencia; y expresando las partes que no tenían cuestionamiento alguno respecto de los árbitros intervinientes.

En esta Audiencia, a la que en lo sucesivo nos referiremos como el "Acta de Instalación", el Tribunal Arbitral fijó las reglas de este arbitraje estableciendo que es uno ad hoc, nacional y de Derecho.

- 1.4. Así también, en esa audiencia el Tribunal Arbitral encargó la secretaría del proceso a Arbitre Soluciones Arbitrales SRL, estableciendo como sede del arbitraje la oficina ubicada en la calle Río de la Plata N° 167, oficina 102, distrito de San Isidro, provincia y departamento de Lima.

II. RESUMEN DE LO ACTUADO EN EL PROCESO ARBITRAL

- 2.1. El 8 de mayo del 2015 el Contratista presentó su demanda. Luego de ser admitida y de correrse el traslado respectivo, la Entidad mediante escrito presentado el 9 de junio del 2015 contestó la demanda y dedujo las excepciones de incompetencia y falta de interés para obrar. Estas excepciones fueron absueltas por el Contratista en su escrito presentado el 14 de julio del 2015.

Los puntos controvertidos correspondientes a las pretensiones demandadas fueron fijados mediante la Resolución N° 4, del 24 de julio del 2015.

- 2.2. Mediante escrito del 13 de julio del 2016 el Contratista solicitó la acumulación de tres nuevas pretensiones. Luego de correrse el traslado respectivo, la Entidad formuló oposición al pedido de

acumulación. Mediante la Resolución N° 19, dictada el 23 de septiembre del 2016, el Tribunal Arbitral desestimó la oposición formulada por la Entidad, accediendo al pedido del Contratista y, en consecuencia, concediéndole quince días para que sustente sus pretensiones acumuladas. El 3 de noviembre del 2016 el Contratista fundamentó las nuevas pretensiones acumuladas. Mediante la Resolución N° 22, del 10 de noviembre del 2016, se admitió a trámite la acumulación de pretensiones del Contratista, corriendo traslado a la Entidad para que cumpla con contestarla dentro del plazo de quince días hábiles.

El 7 de diciembre del 2016 la Entidad contestó las pretensiones acumuladas y dedujo las excepciones de incompetencia y cosa juzgada. Con el escrito del 2 de enero del 2017 el Contratista absolvió las excepciones deducidas por la Entidad.

- 2.3. El 15 de marzo del 2017 el Tribunal emitió la Resolución N° 28, en la que fijó los puntos controvertidos adicionales provenientes de las pretensiones acumuladas por el Contratista.
- 2.4. Mediante la Resolución N° 33, dictada el 29 de agosto del 2017, luego que se concediera a las partes amplísimas oportunidades para ofrecer medios probatorios, se declaró cerrada la etapa probatoria, concediendo cinco días para que presenten sus alegatos escritos.
- 2.5. Luego que las partes presentaran sus alegatos, mediante la Resolución N° 35 del 25 de septiembre del 2017, se convocó a la audiencia de informes orales para el 24 de octubre del 2017. A solicitud de la Entidad la audiencia fue reprogramada mediante la Resolución N° 35 para el 12 de diciembre del 2017, fecha en la que

la audiencia fue nuevamente reprogramada para el 22 de enero del 2018, fecha en la que las partes informaron oralmente sobre sus posiciones.

- 2.6. El plazo para laudar fue fijado en treinta días hábiles mediante la Resolución N° 38, plazo que fue prorrogado en treinta días hábiles adicionales mediante la Resolución N° 39, dictada el 27 de febrero del 2018. Conforme a dichos resolutivos, el plazo para laudar vence el 27 de abril del 2018. Luego de su expedición, la secretaría arbitral cuenta con siete días hábiles para notificar el laudo a las partes, así lo dispone el numeral 46 del Acta de Instalación.
- 2.7. En lo que concierne a los costos del arbitraje, en el Acta de Instalación se fijó como anticipo la suma de S/.14,000.00 para cada uno de los árbitros, y en S/.11,000.00 los honorarios de la secretaría arbitral, a ser pagados en proporciones iguales por las partes. Mediante la Resolución N° 1 del 25 de mayo del 2015 se tuvo por acreditado el pago de los honorarios por el Contratista y mediante la Resolución N° 2 del 15 de junio del 2015 se tuvo por acreditado el pago de los honorarios por la Entidad.

III. DECLARACIONES PRELIMINARES

Antes de analizar la materia controvertida corresponde remarcar lo siguiente:

- (i) El Tribunal Arbitral se ha instalado de conformidad con la Ley arbitral y con la conformidad de las partes.
- (ii) Las partes han tenido plena oportunidad y han ejercido sus derechos, para interponer sus pretensiones, ofrecer y actuar todas

sus pruebas, así como han contado con el derecho a presentar alegatos y a informar oralmente.

- (iii) Se han analizado todas las afirmaciones de las partes y todos los medios probatorios actuados en el proceso, otorgándoles el mérito que les corresponde aun cuando no se haga mención expresa de ellos en este laudo. Y,
- (iv) El laudo se emite dentro del plazo previsto en el Acta de Instalación.

IV. HECHOS RELEVANTES Y NORMATIVIDAD APLICABLE

De lo expresado por el Contratista y por la Entidad se tienen los siguientes hechos relevantes:

- 4.1. El 29 de noviembre del 2006 se otorgó la buena pro del Concurso Público por PSA N° 0019-2006-ED al Contratista. Luego de consentida la buena pro, el 11 de diciembre del 2006 la Entidad y el Contratista suscribieron el Contrato N° 0101-2006-ME/SG-OGA-UA, al que en adelante nos referiremos como el Contrato 101-2006.
- 4.2. El objeto del Contrato fue la prestación del servicio de mantenimiento de infraestructura de instituciones educativas respecto de las instituciones educativas conformantes del ítem 09 (doce instituciones educativas ubicadas en San Martín y Amazonas) y del ítem 10 (28 instituciones educativas ubicadas en Huancavelica y Junín). Para la ejecución del servicio las partes acordaron un plazo de ejecución de veinte días calendario, por la suma total de S/.2'677,702.90, incluyendo IGV, de los cuales S/.779,257.85

correspondían al ítem 09 y S/.1'8989,445.05 correspondían al ítem 10.

- 4.3. Durante la ejecución de los servicios el Contratista solicitó algunas ampliaciones de plazo que fueron concedidas por la Entidad sin reconocimiento de mayores gastos generales. Posteriormente, el 20 de abril del 2007 la Entidad declaró la nulidad de los Contratos 100-2006 y 101-2006, debido a la presentación de documentación adulterada por el Contratista en el proceso de selección del cual se derivaron ambos contratos.
- 4.4. De los antecedentes precedentes se observa que el Contrato 101-2006, suscrito el 11 de diciembre del 2006, se regula por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y por su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 084-2003-PCM, así como sus normas modificatorias, vigentes a la fecha de la convocatoria del Concurso Público por PSA N° 0019-2006-ED.
- 4.5. En consecuencia, en la evaluación y análisis de los fundamentos invocados por las partes, y en la solución de la controversia, el Colegiado aplicará las estipulaciones acordadas por las partes en el Contrato 101-2006 (y los documentos que forman parte integral del mismo), la normatividad de contratación pública antes citada, y supletoriamente, el Código Civil.

V. PRETENSIONES DEMANDADAS, PRETENSIONES ACUMULADAS Y PUNTOS CONTROVERTIDOS

- 5.1. Las pretensiones contenidas en la demanda del 8 de mayo del 2015 han sido formuladas en los siguientes términos:

«I. PETITORIO

1.1.- Primera pretensión principal:

Se solicita al Tribunal Arbitral ordene a la emplazada el pago de lo adeudado por los servicios ejecutados, que ascienden a la suma de S/1 '292,567.07 [...]

1.2.- Segunda pretensión principal:

Se solicita al Tribunal Arbitral declare que el plazo para la ejecución del servicio materia del contrato, se inicia el 09 de enero de 2007.

1.3.- Tercera pretensión principal:

Se solicita al Tribunal Arbitral ordene a la demandada el pago de gastos generales y utilidades por las dos (2) ampliaciones de plazo para el ítem N° 10, otorgadas por la Entidad, y que ascienden a la suma de S/.450,110.47 [...].

1.4.- Cuarta pretensión principal:

Se solicita al Tribunal Arbitral declare que se tiene por aprobada la ampliación de plazo N° 03 por nueve (9) días , para el ítem N° 09, y ordene a la demandada el pago de gastos generales y utilidades por dicha ampliación de plazo, que asciende a la suma de S/.38,436.21 [...].

1.5. Quinta pretensión principal: Pretensión subordinada a las indicadas en los numerales anteriores (1.1., 1.3 y 1.4):

Se solicita al Tribunal Arbitral, que en el caso hipotético de que no se ampare las pretensiones anteriores, solicitamos que se declare la existencia de un enriquecimiento sin causa a favor de la demandada y en perjuicio del Consorcio al amparo del artículo 1954 del Código Civil y se ordene su pago hasta por el monto de S/.1 '781,113.75 [...] más los intereses de Ley.

1.6. Sexta Pretensión Principal:

Se solicita al Tribunal Arbitral ordene el pago de los intereses que correspondan derivados de la suma que se ordene pagar a la demandada a favor del Consorcio.

1.7. Séptima Pretensión Principal:

Se solicita al Tribunal Arbitral ordene el pago de gastos, costas y costos del proceso por parte de la Entidad contratante»¹.

- 5.2. En el escrito presentado el 3 de noviembre del 2016 el Contratista acumuló las siguientes pretensiones:

«I. PRETENSIONES ACUMULADAS:

I.1. Octava pretensión principal: "Que el Tribunal deje sin efecto la Resolución Ministerial N° 169-2007-ED en el extremo que declaró la nulidad del Contrato N° 101-2006-ME/SG-OGA-UA".

I.2. Novena pretensión principal.- "Que el Tribunal declare la invalidez y/o nulidad de todos los actos administrativos de la ENTIDAD que otorgaron ampliaciones de plazo para el ítem N° 9, sólo en el EXTREMO que aprobaron sin el reconocimiento de mayores gastos generales.

I.3. Décima pretensión principal.- "Que el Tribunal declare la invalidez y/o nulidad de las adendas (N° 1 y N° 2) al contrato que formalizaron las ampliaciones de plazo para los ítems N° 9 y 10, y que declare que corresponde el pago de los costos directos, gastos generales y utilidades correspondientes a las ampliaciones de plazo otorgadas para los ítems N° 9 y N° 10".»²

- 5.3. La Resolución N° 4, dictada el 24 de julio del 2015 fijó los puntos controvertidos en función de las pretensiones contenidas en la demanda del 8 de mayo del 2015. Estos puntos controvertidos son los siguientes:

1. «Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el pago ascendente a la suma de S/ 1'292,567.07 (Un millón doscientos noventa y dos mil quinientos sesenta y siete con 07/100 Nuevos Soles) por concepto de los servicios

¹ Escrito de demanda presentada por el Contratista el 08/05/2015, págs. 1 y 2. Las negritas y el subrayado no son nuestros. Mediante escrito del 12/07/2016 el Contratista corrigió el error en la numeración de su sexta y séptima pretensiones principales.

² Escrito presentado por el Contratista el 03/11/2016, pág. 1. Las negritas no son nuestras.

ejecutados adeudados.

- 2. Determinar si corresponde o no declarar que el plazo para la ejecución del servicio materia del Contrato, se inició el 09 de enero de 2007.*
- 3. Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el pago por la suma ascendente a S/. 450,110.47 (Cuatrocientos cincuenta mil ciento diez con 47/100 Nuevos Soles) por concepto de los gastos generales y utilidades por las dos (2) ampliaciones de plazo para el Ítem N° 09 y dos (2) ampliaciones de plazo para el Ítem N° 10, otorgadas por la Entidad.*
- 4. Determinar si corresponde o no declarar por aprobada la Ampliación de Plazo N° 03 por nueve (9) días, para el ítem N° 09, y en consecuencia, determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el pago de los gastos generales y utilidades por dicha ampliación de plazo, ascendente a la suma de S/. 38,436.21 (Treinta y ocho mil cuatrocientos treinta y seis con 21/100 Nuevos Soles).*
- 5. De desestimarse la primera, tercera y cuarta pretensión, determinar si corresponde o no se declare la existencia de un enriquecimiento sin causa a favor de la Entidad y en perjuicio del Consortio al amparo del artículo 1954 del Código Civil y se ordene su pago hasta por el monto de S/. 1'781,113.75 (Un Millón setecientos ochenta y un mil ciento trece con 75/100 Nuevos Soles), más los intereses se Ley.*
- 6. Determinar si corresponde o no ordenar el pago de los intereses que correspondan derivados de la suma que se ordene pagar a la demandada a favor del Consortio.*
- 7. Determinar a qué parte y en qué porcentaje le corresponde asumir el pago de los gastos arbitrales».*

- 5.4. Asimismo, atendiendo las pretensiones acumuladas por el Contratista con su escrito del 3 de noviembre del 2016, mediante la Resolución N° 28 del 15 de marzo del 2017 se ampliaron los puntos controvertidos, siendo éstos los siguientes:

8. «Determinar si corresponde o no se deje sin efecto la

Resolución Ministerial N° 169-2007-ED en el extremo en que se declaró la nulidad del Contrato N° 101-2006-ME/SG-OGA-UA.

- 9.** *Determinar si corresponde o no se declare la invalidez y/o nulidad de todos los actos administrativos de la Entidad que otorgaron ampliaciones de plazo para el ítem N° 9, solo en el extremo que aprobaron sin el reconocimiento de mayores gastos generales.*
- 10.** *Determinar si corresponde o no se declare la invalidez y/o nulidad de las adendas (N° 1 y N° 2) al Contrato que formalizaron las ampliaciones de plazo para los ítems N° 9 y N° 10, en consecuencia, se determine si corresponde o no se declare que corresponde el pago de los costos directos, gastos generales y utilidades correspondientes a las ampliaciones de plazo otorgadas para los ítems N° 9 y N° 10».*

5.5. De lo expuesto en la demanda y en la acumulación, se tiene que el Contratista ha solicitado que el Tribunal se pronuncie sobre diez pretensiones, entre principales, accesorias y subordinadas. De las pretensiones que han sido citadas en los numerales 5.1 al 5.2, se tiene que dichas pretensiones se encuentran relacionadas principalmente con cuatro grandes temas, a saber:

- (i) **Pretensión relacionada con el pago por los servicios ejecutados en virtud del Contrato 101-2006.** En este ítem se encuentra la primera pretensión principal de la demanda.
- (ii) **Pretensiones relacionadas con el inicio del plazo de ejecución del Contrato, con las ampliaciones de plazo, y el pago de mayores gastos generales, costo directo y utilidad.** En este grupo se encuentran la segunda, tercera y

cuarta pretensiones principales de la demanda, así como la novena y la décima pretensiones acumuladas con el escrito presentado por el Contratista el 3 de noviembre del 2016.

- (iii) **Pretensión relacionada con la nulidad del Contrato 101-2006.** En este ítem se encuentran la octava pretensión principal acumulada por el Contratista el 3 de noviembre del 2016.
- (iv) **Pretensión relacionada con el enriquecimiento sin causa.** En este ítem se encuentra la denominada “quinta pretensión principal” del escrito de demanda presentado por el Contratista el 8 de mayo del 2015.

Con el objeto de lograr su mejor comprensión y análisis, el Tribunal estudiará las pretensiones interpuestas en función de los temas antes citados. Para ello, conforme fue establecido en las Resoluciones N° 4 y 28, el Tribunal Arbitral cuenta con la facultad de analizar los puntos controvertidos en el orden que considere necesario y no necesariamente en el orden en el que las pretensiones han sido interpuestas. En ejercicio de dicha facultad, el Colegiado analizará las pretensiones sometidas a su conocimiento en función del siguiente orden:

- En primer lugar se analizarán las pretensiones relacionadas con el inicio del plazo de ejecución del Contrato, con las ampliaciones de plazo, y el pago de gastos generales, costo directo y utilidad.
- En segundo lugar, se analizará la pretensión relacionada con la nulidad del Contrato 101-2006.

- En tercer lugar se analizará la pretensión relacionada con el pago por los servicios ejecutados en virtud del Contrato 101-2006
- Y en cuarto lugar se analizará la pretensión relacionada con el enriquecimiento sin causa.

5.6. El Tribunal tiene presente que la Entidad ha deducido diversas excepciones en contra de las pretensiones interpuestas por el Contratista. En efecto, mediante escrito del 9 de junio del 2015, la Entidad formuló la excepción de falta de interés para obrar del demandante respecto de la segunda, cuarta y quinta pretensiones de la demanda; en el mismo escrito, la Entidad dedujo la excepción de incompetencia respecto de la quinta pretensión de la demanda. Asimismo, con el escrito presentado el 7 de diciembre del 2016 la Entidad dedujo la excepción de cosa juzgada en contra de la octava pretensión acumulada por el Contratista; en ese mismo escrito la Entidad también dedujo la excepción de incompetencia en contra de la octava, novena y décima pretensiones acumuladas. Respecto de estas excepciones, el Tribunal se reservó la facultad de pronunciarse sobre dichos medios de defensa en un momento posterior, inclusive en el momento de laudar. En tal sentido, en los siguientes acápite analizaremos las excepciones deducidas por la Entidad, salvo la excepción de incompetencia deducida en contra de la quinta pretensión de la demanda que será analizada en el acápite XII.

VI. LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE INTERÉS PARA OBRAR DEL DEMANDANTE

- 6.1. El 8 de mayo del 2015 el Contratista presentó su demanda, interponiendo, entre otras, las siguientes pretensiones:

«I. PETITORIO

[...]

1.2.- Segunda pretensión principal:

Se solicita al Tribunal Arbitral declare que el plazo para la ejecución del servicio materia del contrato, se inicia el 09 de enero de 2007.

[...].

1.4.- Cuarta pretensión principal:

Se solicita al Tribunal Arbitral declare que se tiene por aprobada la ampliación de plazo N° 03 por nueve (9) días, para el ítem N° 09, y ordene a la demandada el pago de gastos generales y utilidades por dicha ampliación de plazo, que asciende a la suma de S/.38,436.21 [...].

1.5. Quinta pretensión principal: Pretensión subordinada a las indicadas en los numerales anteriores (1.1., 1.3 y 1.4):

Se solicita al Tribunal Arbitral, que en el caso hipotético de que no se ampare las pretensiones anteriores, solicitamos que se declare la existencia de un enriquecimiento sin causa a favor de la demandada y en perjuicio del Consorcio al amparo del artículo 1954 del Código Civil y se ordene su pago hasta por el monto de S/.1 '781,113.75 [...] más los intereses de Ley.

1.5.- Quinta Pretensión Principal:

Se solicita que el Tribunal Arbitral ordene el pago de los intereses que correspondan derivados de la suma que se ordene pagar a la demandada a favor del Consorcio.

[...]³.

- 6.2. Respecto de las pretensiones antes citadas, en su escrito del 9 de junio del 2015 la Entidad dedujo la excepción de falta de interés para obrar del demandante. El sustento invocado por la Entidad es que «en la solicitud de arbitraje presentada con la demanda (ANEXO 1A8), la contraria no hace referencia a las 4 pretensiones previamente indicadas, incumpléndose con lo dispuesto en los Arts.

³ Escrito de demanda presentada por el Contratista el 08/05/2015, págs. 1 y 2. Las negritas y el subrayado no son nuestros.

273 y 276 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, con lo cual se acredita su falta de interés para obrar respecto de ellas»⁴.

6.3. El Contratista absolvió la excepción en su escrito del 14 de julio del 2015 sosteniendo, en resumen, lo siguiente:

- (i) El artículo 276 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado no establece que en la solicitud arbitral se debe detallar todas las pretensiones a interponer en la demanda, sino que por el contrario sólo es necesario efectuar una sucinta referencia a la controversia y su cuantía.
- (ii) En tal sentido, sostiene que en su solicitud arbitral del 9 de septiembre del 2014 cumplió lo previsto en el artículo antes citado, refiriéndose a la controversia a plantearse en la demanda sin que esta haya tenido la calidad de definitiva.

6.4. Al respecto, el Colegiado tiene en cuenta que ni el artículo 273 ni el artículo 276 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establecen que la solicitud arbitral deba forzosamente contener todas las pretensiones que serán materia de la demanda. Más aún, el artículo 276 dispone que en el caso de un arbitraje ad-hoc –como lo es este proceso- *«el procedimiento arbitral se inicia con la solicitud de arbitraje dirigida a la otra parte por escrito con indicación del convenio arbitral, la designación del árbitro, cuando corresponda, y una sucinta referencia a la controversia y a su cuantía»*. Por ende, de la norma antes citada, no se desprende la limitación que la Entidad ha invocado como sustento de su excepción.

6.5. El interés para obrar es definido como *«un interés de naturaleza procesal, subjetivo, concreto, serio y actual, que deben tener las*

⁴ Escrito de la Entidad presentado el 09/06/2015, pág. 8.

partes intervinientes en un proceso, para ser titular del derecho a exigir un pronunciamiento de fondo del juez, respecto de la pretensión planteada, como consecuencia de la insatisfacción o transgresión de un derecho tutelado y/o de la posición que pretende liberarse de la pretensión»⁵.

Teniendo en cuenta ello, consideramos que el Contratista sí cuenta con interés para obrar para someter a arbitraje las pretensiones referentes a la fecha de inicio del plazo de ejecución del servicio objeto del Contrato 101-2006, a la ampliación de plazo N° 03, y al enriquecimiento sin causa. En efecto, de lo expuesto en la demanda y en la contestación se aprecia que entre las partes existe una real controversia sobre dichas pretensiones, lo cual justifica y determina que estos aspectos sean analizados y resueltos por este Colegiado Arbitral.

- 6.6. Ahora bien, es importante remarcar que el hecho que el demandante cuente con interés para obrar no supone que las pretensiones que ha interpuesto deban ser declaradas fundadas por el sólo hecho de contar con interés para obrar y es que, *«el tener interés para obrar, no es garantía suficiente para que el derecho vulnerado o insatisfecho sea reconocido o que el demandante logre necesariamente la satisfacción, ya que este interés para obrar sólo es un requisito para que el Juez emita un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, independientemente del examen que hará el juzgador sobre la certeza de la pretensión»⁶.*

⁵ Juan Morales Godo. Instituciones de Derecho Procesal. Primera edición. Palestra Editores S.A.C. Mayo, 2005. Pág. 97.

⁶ Ibídem, pág. 91.

- 6.7. Por los fundamentos precedentes, consideramos que la excepción de falta de interés para obrar deducida por la Entidad en su escrito del 9 de junio del 2015 es infundada.

VII. LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA DEDUCIDA POR LA ENTIDAD EN CONTRA DE LA OCTAVA PRETENSIÓN ACUMULADA POR EL CONTRATISTA

- 7.1. Conforme se ha visto en el fundamento 5.2, el 3 de noviembre del 2016 el Contratista acumuló, entre otras, la octava pretensión:

«I. PRETENSIONES ACUMULADAS:

I.1. Octava pretensión principal: "Que el Tribunal deje sin efecto la Resolución Ministerial N° 169-2007-ED en el extremo que declaró la nulidad del Contrato N° 101-2006-ME/SG-OGA-UA".

[...]
».

- 7.2. El 7 de diciembre del 2016 la Entidad dedujo la excepción de cosa juzgada argumentando, en resumen, lo siguiente:

- (i) Mediante laudo del 5 de noviembre del 2009 el Tribunal Arbitral conformado por los señores Víctor Palomino Ramírez, Carlos Paniagua Guevara y Emilio Cassina Rivas, declaró infundada la pretensión del Contratista y, en consecuencia, declaró válida la declaración de nulidad que contiene la Resolución Ministerial N° 169-2007-ED; decisión que fue tomada al verificarse que el Contratista –durante el proceso de selección- utilizó dos comprobantes de pago adulterados para acreditar su experiencia.
- (ii) Sobre la base de ello, la Entidad afirma que ya existe un pronunciamiento válido de un Tribunal Arbitral respecto a la Resolución Ministerial N° 169-2007-ED, por lo que ya existe un laudo que se pronuncia sobre la octava pretensión

⁷ Escrito presentado por el Contratista el 03/11/2016, pág. 1. Las negritas no son nuestras.

principal, por lo que se debe declarar fundada la excepción de cosa juzgada.

7.3. El Contratista absolvió la excepción con su escrito del 2 de enero del 2017 expresando, en resumen, lo siguiente:

- (i) Remarca que el laudo dictado el 5 de noviembre del 2009 fue emitido en un proceso arbitral en el que se resolvieron exclusivamente las controversias provenientes del Contrato 100-2006, lo cual es indicado en el mismo laudo.
- (ii) En efecto, en dicho arbitraje el Contratista demandó como una de sus pretensiones que el Tribunal se pronuncie sobre la nulidad del Contrato 100-2006, más no de la nulidad del Contrato 101-2006; ello está perfectamente definido en el texto de la primera pretensión de la demanda –citada en el laudo- así como en los puntos controvertidos que han sido también citados en el laudo.
- (iii) En consecuencia con ello, el laudo se pronunció únicamente sobre la nulidad del Contrato 100-2006, más no se pronunció sobre la nulidad del Contrato 101-2006. *«Así mismo, cuando declara que no es cuestionable la Resolución Ministerial N° 169-2007 que lo declaró nulo, es claro, que se está refiriendo al extremo que declara nulo el contrato N° 0100-2006-ME7SG-OGA-UA, ya que el Tribunal Arbitral, no podía y tampoco debería haberse pronunciado respecto a un extremo que no fue solicitado por la Demandante[...]*»⁸.

7.4. Como es sabido, la existencia de cosa juzgada presupone la concurrencia de tres elementos para que la cosa juzgada sea opuesta correctamente; dichos elementos son (i) identidad de partes o sujetos procesales, que *«comprende a las partes entre quienes surgió el proceso, esto es, el demandante y el demandado, e incluye a los causahabientes de ellas, sea a título singular, como ocurre con el comprador, o universal, como son los herederos»*⁹; (ii) identidad de objeto, que se refiere al bien corporal o incorporeal pedido en un

⁸ Escrito presentado por el Contratista el 02/01/2017, pág. 5.

⁹ Azula Camacho, Jaime. Manual de Derecho Procesal, tomo I, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 2000. Pág. 341.

proceso; e (iii) identidad de *causa petendi*, que «es la razón que invoca el demandante al formular la pretensión en la demanda»¹⁰. En tal sentido, atendiendo la excepción deducida por la Entidad, corresponde determinar si la octava pretensión acumulada por el Contratista el 3 de noviembre del 2016 ha sido ya materia de pronunciamiento en el laudo dictado el 5 de noviembre del 2009.

- 7.5. Luego de la evaluación efectuada, el Colegiado ha arribado a la conclusión que de los tres elementos que determinan la existencia de la cosa juzgada, en este caso sólo concurre la identidad de partes, no existiendo identidad ni de objeto ni de *causa petendi*, por lo que no existe la cosa juzgada alegada por la Entidad.
- 7.6. Efectivamente, resulta evidente que las partes que participaron en el proceso en el que se dictó el laudo del 5 de noviembre del 2009 son las mismas que participan en este proceso ya que en ambos casos el Contratista participó como demandante y la Entidad, como demandada.
- 7.7. El Colegiado tiene en cuenta que el objeto la primera pretensión principal de dicho proceso fue «Que se declare la invalidez de la Resolución Ministerial N° 0169-2007-ED mediante la cual el Ministerio de Educación Declara la nulidad del Contrato de Prestación de Servicios N° 01000-2006-ME/SG-OGA-UA (sic) la que fue notificada mediante Carta Notarial N° 97-2007-ME/SG-OGA-UA»¹¹. Se observa de este modo que, si bien la Resolución Ministerial N° 0169-2007-ED declaró la nulidad de los dos contratos celebrados con el Contratista (el Contrato 100-2006 y el Contrato 101-2006), dicho

¹⁰ Monroy Cabra, Marco Gerardo. Principios de Derecho Procesal Civil, segunda edición. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1979. Pág. 387.

¹¹ Laudo dictado el 05/11/2009, pág. 2.

arbitraje sólo se refirió a la nulidad del Contrato 100-2006, más no al Contrato 101-2006. Fue en virtud de ello que el laudo dictado el 5 de noviembre del 2009 declaró *«PUNTO CONTROVERTIDO N° 1.- Se declara INFUNDADA la Pretensión del Consorcio demandante y, en consecuencia, válida la declaración de nulidad que contiene la Resolución Ministerial N° 169-20007-ED»*. Si bien la parte resolutive del laudo antes citado no hace referencia al Contrato 100-2006, el principio de congruencia procesal impone que dicho punto resolutive sólo alcance al Contrato 100-2006, pues fue el contrato respecto del cual se inició el arbitraje y sobre el cual versaron las pretensiones. A diferencia de dicho arbitraje, en este proceso todas las pretensiones están relacionadas con el Contrato 101-2006. Por ello mismo, el objeto de este proceso difiere completamente del objeto del arbitraje laudado el 5 de noviembre del 2009.

- 7.8. El Colegiado también tiene en cuenta que en el anterior proceso el Contratista sustentó su pretensión en negar la falsificación o adulteración de la documentación del proceso de selección que dio origen tanto al contrato 100-2006 como al Contrato 101-2006. Así lo dice el laudo del 5 de noviembre del 2009: *«el Consorcio demandante manifiesta que cuenta con la experiencia suficiente y que no necesita optar por métodos indebidos»¹²*. Dicha *causa petendi* no causó convicción en el anterior proceso arbitral pues se determinó que *«el Consorcio demandante utilizó dos comprobantes de pago adulterados para acreditar Experiencia durante el proceso de selección, los que fueron detectados durante la etapa de fiscalización de éste [...]»¹³*.

¹² Laudo dictado el 05/11/2009, pág. 9.

¹³ Ibídem, pág. 30.

A diferencia del anterior arbitraje, en este proceso el Contratista no desconoce la utilización de comprobantes de pago adulterados para acreditar su experiencia en el proceso de selección. La *causa petendi* que alega en este proceso es distinta: el Contratista alega que la norma que rige el Contrato 101-2006 no permitía a la Entidad declarar la nulidad de un contrato por transgresión al principio de presunción de veracidad, y que la norma que lo permitió (la Ley N° 28911) entró en vigencia el 3 de marzo del 2007, con posterioridad a la firma del Contrato.

No existe entonces identidad de *causa petendi* entre el anterior proceso con este arbitraje.

- 7.9. Por los fundamentos expuestos, consideramos que la excepción de cosa juzgada deducida por la Entidad en contra de la octava pretensión acumulada por el Contratista es infundada.

VIII. LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA DEDUCIDA POR LA ENTIDAD EN CONTRA DE LAS PRETENSIONES ACUMULADAS POR EL CONTRATISTA

- 8.1. El 3 de noviembre del 2016 el Contratista acumuló las siguientes pretensiones:

«I. PRETENSIONES ACUMULADAS:

I.1. Octava pretensión principal: "Que el Tribunal deje sin efecto la Resolución Ministerial N° 169-2007-ED en el extremo que declaró la nulidad del Contrato N° 101-2006-ME/SG-OGA-UA".

I.2. Novena pretensión principal: "Que el Tribunal declare la invalidez y/o nulidad de todos los actos administrativos de la ENTIDAD que otorgaron ampliaciones de plazo para el ítem N° 9,

sólo en el EXTREMO que aprobaron sin el reconocimiento de mayores gastos generales.

1.3. Décima pretensión principal.- "Que el Tribunal declare la invalidez y/o nulidad de las adendas (N° 1 y N° 2) al contrato que formalizaron las ampliaciones de plazo para los ítems N° 9 y 10, y que declare que corresponde el pago de los costos directos, gastos generales y utilidades correspondientes a las ampliaciones de plazo otorgadas para los ítems N° 9 y N° 10"»¹⁴.

8.2. Respecto de las pretensiones antes citadas, en su escrito del 7 de diciembre del 2016 la Entidad dedujo la excepción de incompetencia argumentando, en resumen, lo siguiente:

- (i) Mediante laudo del 5 de noviembre del 2009 el Tribunal Arbitral conformado por los señores Víctor Palomino Ramírez, Carlos Paniagua Guevara y Emilio Cassina Rivas, declaró infundada la pretensión del Contratista y, en consecuencia, declaró válida la declaración de nulidad que contiene la Resolución Ministerial N° 169-2007-ED; decisión que fue tomada al verificarse que el Contratista –durante el proceso de selección- utilizó dos comprobantes de pago adulterados para acreditar su experiencia.
- (ii) Sobre la base de ello, la Entidad afirma que ya existe un pronunciamiento válido de un Tribunal Arbitral respecto a la Resolución Ministerial N° 169-2007-ED, por lo que queda claro que el Contrato 101-2006 es nulo, por lo que el Tribunal no es competente para resolver las pretensiones acumuladas.
- (iii) Al ser el contrato nulo, no existe convenio arbitral y el Colegiado no es competente para emitir pronunciamiento respecto a la octava, novena y décima pretensión principal acumulada, ni ninguna pretensión planteada en este proceso.

8.3. El Contratista absolvió la excepción con su escrito del 2 de enero del 2017 expresando, en resumen, lo siguiente:

- (i) Remarca que el laudo dictado el 5 de noviembre del 2009 fue emitido en un proceso arbitral en el que se resolvieron

¹⁴ Escrito presentado por el Contratista el 03/11/2016, pág. 1. Las negritas no son nuestras.

exclusivamente las controversias provenientes del Contrato 100-2006, lo cual es indicado en el mismo laudo.

- (ii) En efecto, en dicho arbitraje el Contratista demandó como una de sus pretensiones que el Tribunal se pronuncie sobre la nulidad del Contrato 100-2006, más no de la nulidad del Contrato 101-2006; ello está perfectamente definido en el texto de la primera pretensión de la demanda –citada en el laudo y así como en los puntos controvertidos que han sido también citados en el laudo.
- (iii) En consecuencia con ello, el laudo se pronunció únicamente sobre la nulidad del Contrato 100-2006, más no se pronunció sobre la nulidad del Contrato 101-2006. *«Así mismo, cuando declara que no es cuestionable la Resolución Ministerial N° 169-2007 que lo declaró nulo, es claro, que se está refiriendo al extremo que declara nulo el contrato N° 0100-2006-ME7SG-OGA-UA, ya que el Tribunal Arbitral, no podía y tampoco debería haberse pronunciado respecto a un extremo que no fue solicitado por la Demandante[...]»¹⁵.*
- (iv) Siendo que el laudo del 5 de noviembre del 2009 no declaró nulo el Contrato 101-2006, tampoco tiene sustento lo afirmado por la Entidad cuando postula que, al ser nulo el Contrato 101-2006, el Tribunal no es competente para conocer la octava, novena y décima pretensión.

8.4. La Entidad postula la incompetencia del Tribunal Arbitral para conocer de las pretensiones acumuladas por el Contratista debido a que el laudo del 5 de noviembre del 2009 habría declarado válida la declaración de nulidad del Contrato 101-2006. Empero, conforme se ha analizado en el acápite VII, el laudo dictado el 5 de noviembre del 2009 no ha resuelto ninguna controversia proveniente del Contrato 101-2006; dicho laudo está referido únicamente al Contrato 100-2006. Siendo ello así, la excepción de incompetencia deducida por la Entidad es infundada.

¹⁵ Escrito presentado por el Contratista el 02/01/2017, pág. 5.

IX. **PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL INICIO DEL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO, CON LAS AMPLIACIONES DE PLAZO, Y EL PAGO DE MAYORES GASTOS GENERALES, COSTO DIRECTO Y UTILIDAD**

- 9.1. Conforme lo comentamos en el fundamento 5.5, las pretensiones relacionadas con el inicio del plazo de ejecución del Contrato, con las ampliaciones de plazo, y el pago de mayores gastos generales, costo directo y utilidad son la segunda, tercera y cuarta pretensiones principales de la demanda, así como la novena y la décima pretensiones acumuladas por el Contratista en su escrito presentado el 3 de noviembre del 2016. Estas pretensiones son las siguientes:

«I. PETITORIO

[...]

1.2.- Segunda pretensión principal:

Se solicita al Tribunal Arbitral declare que el plazo para la ejecución del servicio materia del contrato, se inicia el 09 de enero de 2007.

1.3.- Tercera pretensión principal:

Se solicita al Tribunal Arbitral ordene a la demandada el pago de gastos generales y utilidades por las dos (2) ampliaciones de plazo para el ítem N° 10, otorgadas por la Entidad, y que ascienden a la suma de S/.450,110.47 [...].

1.4.- Cuarta pretensión principal:

Se solicita al Tribunal Arbitral declare que se tiene por aprobada la ampliación de plazo N° 03 por nueve (9) días, para el ítem N° 09, y ordene a la demandada el pago de gastos generales y utilidades por dicha ampliación de plazo, que asciende a la suma de S/.38,436.21 [...].

[...]»¹⁶.

«I. PRETENSIONES ACUMULADAS:

¹⁶ Escrito de demanda presentada por el Contratista el 08/05/2015, págs. 1 y 2. Las negritas y el subrayado no son nuestros.

[...]

I.2. Novena pretensión principal.- "Que el Tribunal declare la invalidez y/o nulidad de todos los actos administrativos de la ENTIDAD que otorgaron ampliaciones de plazo para el ítem N° 9, sólo en el EXTREMO que aprobaron sin el reconocimiento de mayores gastos generales.

I.3. Décima pretensión principal.- "Que el Tribunal declare la invalidez y/o nulidad de las adendas (N° 1 y N° 2) al contrato que formalizaron las ampliaciones de plazo para los ítems N° 9 y 10, y que declare que corresponde el pago de los costos directos, gastos generales y utilidades correspondientes a las ampliaciones de plazo otorgadas para los ítems N° 9 y N° 10".»¹⁷

A. ¿CUÁNDO SE INICIÓ EL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL SERVICIO? LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA.

9.2. En la segunda pretensión de la demanda, el Contratista solicita que «se declare que el plazo para la ejecución del servicio materia del contrato, se inicia el 09 de enero de 2007». El Contratista sustenta su pedido, en resumen, en los siguientes fundamentos:

- (i) Refiere que en circunstancias en que el gerente de una de las empresas integrantes del consorcio Contratista se encontraba en las instalaciones de la Entidad, se le entregó la orden de servicio «Este acto se llevó a cabo el viernes 05 de enero del 2007 a las 5.00 PM [...]»¹⁸.
- (ii) Debido al día y la hora en que fue entregada la orden de servicio, la persona que la recibió no pudo entregarla al «consorcio todavía hasta el lunes 08 de enero del 2007 (el sábado y domingo son días no laborables). El consorcio, recepciona la orden de servicio del señor José Gilmer Góngora Fernández el día 08 de enero del 2007, mediante la carta N° 016-2007 [...]»¹⁹.

¹⁷ Escrito presentado por el Contratista el 03/11/2016, pág. 1. Las negritas no son nuestras.

¹⁸ Escrito de demanda presentada por el Contratista el 08/05/2015, pág. 15.

¹⁹ Ibídem.

- (iii) La Entidad considera como fecha de inicio del plazo de ejecución del servicio el sábado 6 de enero del 2007 *«lo cual no es correcto porque el consorcio recepcionó la orden de servicio el día 08 de enero del 2007, por lo cual la fecha de inicio del plazo contractual es el día 09 de enero del 2007, que corresponde al día siguiente en que se recepcionó la orden de servicio, [...]»*²⁰.
- (iv) Respecto de ello, en el escrito presentado el 3 de noviembre del 2016 el Contratista señaló que *«Nosotros hemos manifestado en nuestra demanda que la orden de servicio fue recepcionada por el señor José Gilmer Góngora Fernández el día viernes 05 de enero del 2007 a eso de las 5.00 PM en las instalaciones de LA ENTIDAD. Al respecto debemos de indicar que mantenemos nuestra posición al respecto, sólo que debemos de aclarar que la orden de servicio la recibió el señor José Góngora de manos del señor Máximo Martel Garay, quien minutos antes, lo había recepcionado de parte del área de logística de la ENTIDAD»*²¹. El Contratista refiere que la orden de servicio fue entregada por el Sr. Martel al Sr. Góngora *«ya que por ser horario fuera de oficina, el personalmente ya no regresaría a las oficinas de EL CONSORCIO hasta el día lunes [...]»*.

9.3. En su escrito de contestación de demanda, la Entidad ha solicitado que la pretensión analizada en este acápite se declare infundada. En resumen, los argumentos invocados por la Entidad son los siguientes:

- (i) El Contratista recibió la orden de servicio el 5 de enero del 2007, por lo que el plazo para ejecutar el servicio empezó a computarse desde el día siguiente, de conformidad con el Contrato y con el artículo 206 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
- (ii) Sostiene que la orden de servicio *«fue efectuada en el domicilio del Consorcio señalado en el contrato e incluso uno de los representantes del demandante, quien incluso suscribe*

²⁰ Ibídem.

²¹ Escrito del Contratista del 03/11/2016, pág. 17.

la demanda arbitral, firmó la Orden de Servicio en representación del contratista»²².

- (iii) Asimismo, en el escrito presentado el 7 de enero del 2016 la Entidad sostuvo que *«el inicio del plazo mencionado siempre fue de conocimiento del contratista, pues conforme lo acreditamos con la Adenda primera al Contrato de prestación de servicios N° 101-2006-ME/S-OGA-UA del 0-02-20007, que fue suscrita con las partes contratantes, se señala claramente en la cláusula primera, que "la Orden de Servicio N° 2006-000980, derivada del contrato, se le notifica al contratista el 5 de enero del 2007"»²³.*

- 9.4. Conforme hemos visto, el Contrato 101-2006 se celebró el 11 de diciembre del 2006 y en su cláusula cuarta las partes pactaron que *«"EL CONTRATISTA" se compromete a prestar los servicios en (20) veinte días calendario contabilizados a partir del día siguiente de suscrito el presente contrato y de recibida la orden de servicio de acuerdo a lo establecido en las Bases y a lo expresado en su propuesta técnica»*. De este modo, el Contrato 101-2006 enfáticamente dispone que el plazo de ejecución es de veinte días calendario los cuales deben ser contabilizados a partir del día siguiente de recibida la orden de servicio.

- 9.5. El Contratista afirma que si bien la orden de servicio fue recibida por uno de sus gerentes el viernes 5 de enero del 2007 -debido al día y la hora en la que fue entregada- recién fue entregada por el Sr. José Góngora Fernández al Contratista el lunes 8 de enero del 2007, por lo que el plazo de ejecución de servicio, empezó el día siguiente, esto es el martes 9 de febrero del 2007. La Entidad, por su parte postula que el plazo de ejecución del servicio empezó a computarse

²² Escrito presentado por la Entidad el 09/06/2015, pág. 15.

²³ Escrito presentado por la Entidad el 07/01/2016, pág. 6.

a partir del sábado 6 de enero del 2007, pues el Contratista recibió la orden de servicio el viernes 5 de enero del 2007.

- 9.6. Al respecto, está acreditado que la orden de servicio N° 2006-00960 fue emitida el 29 de diciembre del 2006. Está acreditado también que la Entidad entregó dicha orden de servicio al Sr. Máximo Luis Martel Garay el 5 de enero de enero del 2007, quien a su vez, el mismo viernes 5 de enero del 2007, a las 17:00 horas, entregó dicha orden de servicio al Sr. José Góngora Fernández, quien en ese entonces -al igual que ahora- era uno de los representantes del Contratista. Ello se encuentra acreditado con la copia de orden de servicios adjuntada como anexo 1D de la demanda presentada por el Contratista el 8 de mayo del 2015 y como anexo del escrito de la Entidad del 16 de febrero del 2016.
- 9.7. Siendo ello así, en la medida que está acreditado que la orden de servicio fue entregada el viernes 5 de enero del 2007 a uno de los representantes del Consorcio, para el Colegiado no existe duda en que el plazo de ejecución de servicio empezó a computarse a partir del día siguiente, esto es, a partir del sábado 6 de enero del 2007, en cumplimiento de lo pactado en la cláusula cuarta del Contrato 101-2006.
- 9.8. El Colegiado también tiene presente que durante la ejecución del contrato no hubo controversia entre las partes respecto de la fecha de entrega de la orden de servicio, existiendo más bien total acuerdo respecto de ello. Tal consenso consta, por ejemplo, en las dos adendas que suscribieron el 7 y el 21 de febrero del 2007.
- 9.9. Efectivamente, tanto en la adenda primera como en la adenda segunda al Contrato 101-2006 se expresa en su cláusula primera que

«La Orden de Servicio N° 2006-000980, derivada del CONTRATO, se le notifica al CONTRATISTA el 5 de enero del 2007». Se observa así que en estas dos adendas, cuyo objeto fue ampliar el plazo de ejecución del servicio, ambas partes partieron de la premisa que la orden de servicio fue notificada al Contratista el 5 de enero del 2007. Por ende, y como consecuencia de ello, el plazo de ejecución se inició el 6 de enero del 2007. Cabe remarcar que si bien el Contratista en su escrito del 3 de noviembre del 2016 ha solicitado que se declare la nulidad de estas dos adendas, dicho pedido de nulidad se centra en los extremos en los que el Contratista renunció a los costos directos, mayores gastos generales y utilidad. Por ende, el extremo de dichas adendas relacionado a la fecha de notificación de la orden de servicio N° 2006-980 no ha sido cuestionado por el Contratista.

- 9.10. Por los fundamentos expuestos, el Colegiado considera que la fecha de inicio del plazo de ejecución del servicio es el sábado 6 de enero del 2007. Por ende, consideramos que la segunda pretensión principal de la demanda del Contratista es infundada.

B. ¿CORRESPONDE ORDENAR A LA ENTIDAD QUE PAGUE AL CONTRATISTA LOS MAYORES GASTOS GENERALES Y LA UTILIDAD POR LAS AMPLIACIONES DE PLAZO? LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA.

- 9.11. En la tercera pretensión de la demanda el Contratista solicita que se ordene a la Entidad el «*pago de los gastos generales y utilidades por las dos (2) ampliaciones de plazo para el ítem N° 09 y dos (2) ampliaciones de plazo para el ítem N° 10, otorgadas por la Entidad, y que ascienden a la suma de S/.450,110.47 [...]*». El Contratista sustenta su pedido, en resumen, en los siguientes fundamentos:

- (i) Con el oficio N° 259-2007-OINFE del 2 de febrero del 2007 la Entidad declaró procedente la solicitud de ampliación de plazo N° 1 por 18 días calendario para el ítem 09, sin el reconocimiento de mayores gastos generales. De igual modo, con el oficio N° 264-2007-OINFE del 2 de febrero del 2007 se declaró procedente la solicitud de ampliación de plazo N° 1 por 21 días calendario para el ítem 10.
- (ii) Posteriormente, el 21 de febrero del 2007 la Entidad concedió la solicitud de ampliación de plazo N° 2 por siete días calendario para el ítem 9, sin el reconocimiento de mayores gastos generales. Y, el 23 de febrero del 2007 se concedió la solicitud de ampliación de plazo N° 2 por doce días calendario para el ítem 10.
- (iii) *«Resumiendo, la entidad nos otorgó dos ampliaciones de plazo para el ítem N° 09, que en suma hacen un total de 25 días y dos ampliaciones de plazo para el ítem N° 10 que en suma hacen un total de 33 días»²⁴.*
- (iv) Refiere que la Entidad, *«al resolver darnos las ampliaciones de plazo sin el reconocimiento de mayores gastos generales para el ítem N° 09, no es dable ni se ajusta a ley, ya que el costo de los gastos generales está regulado según criterios establecidos en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, según la cual cada día tiene un costo, debidamente comprobado con los presupuestos». Por ende, «Si se produce una mayor ampliación de plazo para la ejecución de los trabajos se originan mayores gastos generales. Estos están directamente relacionados con el tiempo de ejecución de la obra, la cual indudablemente, se prolongó». El Contratista afirma que «Estos mayores gastos generales y la utilidad tienen que ser reconocidos conforme lo tiene previsto el artículo 232° del Reglamento de la Ley General (sic) de Contrataciones y Adquisiciones del Estado»²⁵.*
- (v) Por ende, el Contratista solicita que se ordene que la Entidad le pague S/.450,110.47 por los mayores gastos generales y utilidades por las dos ampliaciones de plazo concedidas para el ítem 09 así como para las dos ampliaciones de plazo concedidas para el ítem N° 10.

²⁴ Escrito de demanda presentada por el Contratista el 08/05/2015, pág. 16.
²⁵ Ibidem, pág. 17.

9.12. En su escrito de contestación de demanda, la Entidad ha solicitado que la pretensión analizada en este acápite se declare infundada. En resumen, los argumentos invocados por la Entidad son los siguientes:

- (i) La Entidad coincide con el Contratista en el sentido que concedió dos ampliaciones de plazo por 25 días calendario para el ítem N° 09 y dos ampliaciones de plazo por 33 días calendario para el ítem N° 10; sin el reconocimiento de mayores gastos generales.
- (ii) La Entidad sostiene que las solicitudes de ampliación de plazo fueron concedidas conforme al artículo 42 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y el artículo 232 de su Reglamento.
- (iv) En el escrito presentado el 7 de enero del 2016 la Entidad sostuvo que, en atención a dichas ampliaciones de plazo, suscribió con el Contratista dos adendas en las que éste *«reconoció que no le correspondía ningún importe por gasto general ni utilidad en relación a las ampliaciones de plazo que solicita, no siendo ningún acto unilateral de la entidad como mal alega la contraria. Agregando a ello, que al ser tanto las utilidades como los gastos generales derechos patrimoniales son susceptibles de ser renunciables, pues el titular puede disponer de ellos libremente»*²⁶.

9.13. El Contrato 101-2006 se celebró el 11 de diciembre del 2006 y en su cláusula cuarta las partes pactaron que *«**EL CONTRATISTA** se compromete a prestar los servicios en (20) veinte días calendario contabilizados a partir del día siguiente de suscrito el presente contrato y de recibida la orden de servicio de acuerdo a lo establecido en las Bases y a lo expresado en su propuesta técnica»*. De este modo, el Contrato 101-2006 enfáticamente dispone que el plazo de ejecución es de veinte días calendario los cuales deben ser

contabilizados a partir del día siguiente de recibida la orden de servicio.

- 9.14. De lo expuesto por las partes, se observa que no está en controversia que la Entidad concedió al Contratista las ampliaciones de plazo N° 01 y N° 02, correspondiente al Ítem N° 09; como tampoco está en controversia las ampliaciones de plazo N° 01 y N° 02 que la Entidad concedió respecto del ítem 10; lo que se cuestiona es la decisión de la Entidad de no reconocer al Contratista los mayores gastos generales y utilidades que se habrían generado de tales ampliaciones de plazo.
- 9.15. Empero para definir si corresponde o no ordenar el pago de tales mayores gastos generales y utilidades, debe definirse previamente si las adendas suscritas entre las partes son válidas, pues fue en dichas adendas donde el Contratista declaró que las ampliaciones de plazo concedidas por la Entidad no daban lugar al pago de mayores gastos generales, utilidades ni costos directos. En tal sentido, atendiendo que en la décima pretensión acumulada el 3 de noviembre del 2016 el Contratista solicitó que se declare la nulidad e invalidez de dichas adendas, el Colegiado considera necesario analizar dicha pretensión, para en función de ello determinar lo pertinente respecto de la pretensión descrita en este acápite.

C. ¿CORRESPONDE DECLARAR LA NULIDAD E INVALIDEZ DE LAS DOS ADENDAS QUE FORMALIZARON LAS AMPLIACIONES DE PLAZO Y, DE SER ASÍ, CORRESPONDE DECLARAR EL PAGO DE COSTOS DIRECTOS, GASTOS GENERALES Y UTILIDADES? LA DÉCIMA PRETENSIÓN ACUMULADA POR EL CONTRATISTA.

- 9.16. En el escrito presentado el 3 de noviembre del 2016 el Contratista acumuló como su décima pretensión la siguiente:

«I. PRETENSIONES ACUMULADAS:

[...]

I.3. Décima pretensión principal.- *"Que el Tribunal declare la invalidez y/o nulidad de las adendas (N° 1 y N° 2) al contrato que formalizaron las ampliaciones de plazo para los ítems N° 9 y 10, y que declare que corresponde el pago de los costos directos, gastos generales y utilidades correspondientes a las ampliaciones de plazo otorgadas para los ítems N° 9 y N° 10".»²⁷*

- 9.17. Los argumentos invocados por el Contratista, en resumen, son los siguientes:

- (i) Luego que la Entidad otorgara la ampliación de plazo N° 1 para el ítem 09 y la ampliación de plazo N° 1 para el ítem N° 10, se procedió a la firma de la adenda N° 1 *«para regularizar las ampliaciones de plazo otorgadas. En dicha adenda en su cláusula segunda, se establece que la ampliación del plazo del contrato no dará lugar al pago de los costos directos, gastos generales ni utilidades»²⁸*. Del mismo modo se procedió con el otorgamiento de la ampliación de plazo N° 2 para el ítem N° 09 y la ampliación de plazo N° 2 para el ítem N° 10, suscribiéndose la adenda N° 2 en la que se estableció que la ampliación de plazo no daba lugar al pago de costos directos, gastos generales ni utilidades.
- (ii) Citando los artículos 140, 215 y 219 del Código Civil el Contratista refiere que la Entidad lo intimidó para firmar las adendas *«imponiéndonos las condiciones de las mismas (ampliaciones de plazo sin el reconocimiento de gastos generales), ya que de no firmar dichas adendas en esas condiciones, no se validaban los oficios de ampliación de plazo. Además de ello, nos indicaron que de no firmar las adendas no era posible la liquidación y pago de los servicios concluidos; con lo cual fuimos prácticamente obligados a firmar las adendas en esas condiciones, ya que de no hacerlo se ponía en riesgo la cobranza del servicio ejecutado y la inminente penalidad por retraso en la ejecución del servicio y*

²⁷ Escrito presentado por el Contratista el 03/11/2016, pág. 1. Las negritas no son nuestras.

²⁸ Ibidem, pág. 9.

la posible resolución de contrato por alcanzar la máxima penalidad, con lo cual no nos quedaba otra salida que la firma de las adendas para salvaguardar nuestros bienes materia de servicio. [...]»²⁹.

- (iii) El Contratista refiere que está probado que el acto jurídico de la firma de las dos adendas *«adolece de falta de manifestación de voluntad del agente, ya que éste fue intimidado para la firma de las mismas, y por lo tanto, en concordancia con el numeral 3 del artículo 219 del Código Civil, las adendas N° 1 y N° 2 del contrato devienen en nulas»³⁰.*
- (iv) Indica también que en la medida que el objeto de las adendas fue la regularización de los actos administrativos que otorgaron las ampliaciones de plazo, y siendo que durante la fundamentación de su novena pretensión ha probado que dichos actos administrativos *«son inválidos y/o nulos»* ello implica que las adendas *«adolecen de vicios en su constitución, debido a que su objeto es jurídicamente imposible, ya que los actos jurídicos que constituyen su objeto son inválidos y/o nulos»³¹.*
- (v) El Contratista también alega que, en virtud del principio de especialidad de la norma, la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento prevalecen sobre la Ley 27444 y sobre el Código Civil. Por ende, si bien las adendas satisfacen el requisito de validez del agente capaz al que se refiere el numeral 1 del artículo 140 del Código Civil, en los contratos regulados por la normatividad de contratación pública no se puede transgredir lo dispuesto en la norma. *«En consecuencia, cuando se firman las adendas N° 1 N° 2 al contrato, y se establece que las ampliaciones de plazo son sin el reconocimiento de costos directos, gastos generales y utilidades, se viola y transgrede la normativa de contrataciones; por lo que en concordancia con el numeral 3 del artículo 140° del Código Civil, el acto jurídico de la firma de las dos adendas no tiene un fin lícito, debido a que violan y transgreden la normativa de contrataciones y por lo tanto dicho actos devienen en inválidos»³².*

²⁹ Ibidem, pág. 10.

³⁰ Ibidem, pág. 11.

³¹ Ibidem.

³² Ibidem, pág. 12.

9.18. La Entidad en su escrito del 7 de diciembre del 2016 ha solicitado que la pretensión analizada se declare infundada. Los fundamentos invocados por la Entidad, en resumen, son los siguientes:

- (i) Refiere que otorgó las solicitudes de ampliación de plazo mencionadas por el Contratista de conformidad con lo previsto en el artículo 42 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones y el artículo 232 de su Reglamento.
- (ii) En las dos adendas el propio Contratista reconoció que no le correspondía ningún importe por gastos generales ni utilidad, *«no existiendo intimidación por parte de la entidad como mal alega la contraria. Los addendas que formalizaron las ampliaciones de plazo para los ítems N° 9 y N° 10 se ajustaron a lo establecido a la normativa y al principio contractual PACTA SUNT SERVANDA, el cual establece que el contrato es ley entre las partes»³³.*
- (iii) Sostiene además que tanto las utilidades como los gastos generales son derechos patrimoniales susceptibles de ser renunciables, pues el titular puede disponer de ellos libremente.
- (iv) La Entidad sostiene también que es absurdo pensar que una entidad pública condicione o presione a un contratista a firmar contratos y adendas. Arguye que el Contratista fue sancionado por el OSCE por presentar documentación adulterada en el proceso del cual se derivó el Contrato 101-2006, debido a lo cual este contrato fue declarado nulo.
- (v) Refiere también la Entidad que está probado que el Contratista voluntariamente suscribió las adendas. Siendo que en ningún momento el Contratista ha acreditado la nulidad o invalidez de los actos administrativos relacionados con el ítem 9.

9.19. Al respecto, se encuentra debidamente acreditado que la Entidad concedió al Contratista las ampliaciones de plazo 1 y 2, correspondiente al Ítem N° 09; asimismo, se encuentran acreditadas

³³ Escrito de la Entidad del 07/12/2016, pág. 11.

las ampliaciones de plazo 1 y 2 que la Entidad concedió respecto del ítem 10.

Efectivamente, respecto del ítem 09, mediante oficio N° 259-2007-OINFE del 2 de febrero del 2007 la Entidad declaró procedente la solicitud de ampliación de plazo N° 1 por 18 días calendario. Asimismo, mediante el oficio N° 452-2007-OINFE, del 21 de febrero del 2007, la Entidad concedió al Contratista la ampliación de plazo N° 2 por siete días calendario. En ambos casos, las ampliaciones de plazo fueron concedidas sin el reconocimiento de mayores gastos generales.

En lo que concierne al ítem N° 10, con el oficio N° 264-2007-OINFE del 2 de febrero del 2007 la Entidad concedió la solicitud de ampliación de plazo N° 1 por 21 días calendario. Asimismo, el 23 de febrero del 2007 la Entidad concedió la solicitud de ampliación de plazo N° 2 por doce días calendario.

9.20. También está acreditado que ambas partes suscribieron dos adendas, con las que ratificaron las ampliaciones de plazo N° 1 concedidas para los ítems 09 y 10, así como la ampliación de plazo N° 2 concedida para el ítem 09.

9.21. En efecto, el 7 de febrero del 2007 ambas partes suscribieron la "Addenda Primera" ampliando *«el plazo de ejecución de los servicios, establecida en la Cláusula Cuarta del **CONTRATO**; respecto del ítem N° 9 hasta el 12 de febrero del 2007 y respecto del ítem N° 10 hasta el 15 de febrero del 2007»* y estableciendo que *«La ampliación del **CONTRATO** acotada, no dará lugar al pago de los costos directos y gastos generales, ni de la utilidad»*.

De igual modo, el 21 de febrero del 2007 ambas partes suscribieron la "Addenda Segunda" ampliando el *«plazo de ejecución de los servicios, establecido en la Cláusula Cuarta del CONTRATO; respecto al ítem N° 9 hasta el 19 de febrero de 2007»*, estableciendo que *«La ampliación del CONTRATO acotada, no dará lugar al pago de los costos directos y gastos generales, ni de utilidad»*.

Precisamente, es respecto de estas dos adendas que el Contratista solicita se declare su invalidez y nulidad, y que se declare que corresponde el pago de los costos directos, mayores gastos generales y la utilidad correspondientes a las ampliaciones de plazo otorgadas por la Entidad.

9.22. Conforme lo hemos visto en el fundamento 9.17, para sustentar la nulidad e invalidez de las adendas, el Contratista ha alegado que (i) fue intimidado por la Entidad a suscribir las adendas y que por lo tanto carecen de manifestación de voluntad; (ii) las adendas vulneran la normatividad de contratación pública; y (iii) las adendas adolecen de vicios en su constitución debido a que su objeto es jurídicamente imposible.

9.23. La intimidación consiste *«en la coacción ejercida por medio de amenazas que infunden tal temor en el ánimo de una persona que la inducen a ejecutar un acto que de otra manera no hubieran realizado»*³⁴. En tal sentido, *«En la intimidación, se ejercita presión sobre el ánimo del declarante y no sobre el cuerpo; hay voluntad, pero esta se determina por el temor y, por consiguiente, el*

³⁴ Francisco Moreyra García Sayán. El acto jurídico según el Código Civil peruano. Curso teórico, histórico y comparativo. Fondo Editorial de la PUCP. Primera edición, mayo de 2005. Pág. 308.

consentimiento no es espontáneamente emitido y está viciado. No se quiere lo que se declara, pero se declara para evitarse lo que se percibe como un mal mayor»³⁵.

- 9.24. Teniendo en cuenta ello, no es correcto postular que las adendas carezcan de manifestación de voluntad pues tal voluntad consta en las dos adendas, ya que ambas se encuentran debidamente suscritas por los representantes de la Entidad y del Contratista; suscripción que ha sido reconocida por ambas partes.

De este modo, no es que las adendas no cuenten con la manifestación de voluntad del Contratista, sino que tal voluntad estaría viciada por la intimidación que habría efectuado la Entidad. Un postulado así implica siempre reconocer que sí existe manifestación de voluntad, sólo que tal voluntad estaría viciada por la intimidación.

Por lo expuesto, el Colegiado no comparte lo expresado por el Contratista en el sentido que las adendas que cuestiona carezcan de manifestación de voluntad. En tal sentido, no resulta de aplicación a este caso lo previsto en el artículo 219 del Código Civil.

- 9.25. Ahora bien, la intimidación alegada por el Contratista debe ser analizada como un vicio de la voluntad que es causa de la anulación del acto jurídico, aunque haya sido empleada por un tercero que no intervenga en él, tal y conforme lo establece el artículo 214 del Código Civil. Y sobre la intimidación el Código Civil establece lo siguiente:

«Artículo 215.- Hay intimidación cuando se inspira al agente el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su

persona, o su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos u otros.

Tratándose de otras personas o bienes, corresponderá al juez decidir sobre la anulación, según las circunstancias».

De la definición contenida en la norma, se aprecia que para que la intimidación se configure deben concurrir las siguientes condiciones:

(i) la amenaza debe ser injusta o inmoral; (ii) debe ocasionar fundado temor de un mal inminente y grave; y (iii) el temor debe ser causa de la celebración del acto.

9.26. Según lo arguye el Contratista, la intimidación habría consistido en que la Entidad impuso las condiciones de las adendas, pues de lo contrario *«no se validaban los oficios de ampliación de plazo. Además de ello, nos indicaron que de no firmar las adendas no era posible la liquidación y pago de los servicios concluidos [...]»*. Al respecto, el Colegiado tiene en cuenta que estas afirmaciones no se encuentran acreditadas, pues no se ha presentado ningún medio de prueba destinado a generar convicción sobre tales afirmaciones.

9.27. Para generar convicción sobre la intimidación alegada, en el escrito del 12 de julio del 2016 el Contratista ha señalado lo siguiente:

«Para sustentar lo indicado, pongámonos en la situación en que el contratista no hubiese tenido ningún tipo de presión y condicionamiento para firmar las adendas, nos preguntamos entonces: ¿es posible?, que el contratista, capacitado para ejecutar este tipo de trabajos, en condiciones normales aceptaría renunciar a cobrar los gastos generales [...]; pues es claro, que en condiciones normales, el contratista tendría que estar "loco" para aceptar no cobrar estos gastos en los que efectivamente incurrió durante los períodos de ampliación de plazo otorgados; con lo cual queda claramente demostrado que

estuvo condicionado y presionado para firmar las adendas a los contratos en las condiciones que se establecieron»³⁶.

De ello se aprecia que, como sustento de la intimidación, el Contratista propone una suposición, una conjetura, que no es más que una mera afirmación y que como tal no puede generar ninguna convicción en el Tribunal Arbitral.

- 9.28. Asimismo, el Colegiado tiene en cuenta que la ampliación de plazo en la prestación de servicios se encontraba regulada en el artículo 232 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en virtud de lo cual la Entidad debía pronunciarse sobre la solicitud de ampliación dentro del plazo de siete días hábiles *«computado desde su presentación. De no existir pronunciamiento expreso, se tendrá por aprobada la solicitud del contratista, bajo responsabilidad del Titular o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, según corresponda»*. Precisamente, fue en virtud de ello que el Contratista el jueves 25 de enero del 2007 presentó sus solicitudes de ampliación de plazo N° 01 para el ítem N° 09 y 10, pedidos que fueron concedidos por la Entidad mediante 259 y 264-2007-OINFE, recibidos por el Contratista el lunes 5 de febrero del 2007, es decir, dentro del plazo de siete días hábiles previsto en la norma. De ello se observa que si la Entidad no hubiera emitido pronunciamiento hasta el 5 de febrero del 2007, las solicitudes de ampliación de plazo del Contratista se hubieran concedidas aun así, fictamente, pues así lo establece el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

³⁶ Escrito presentado por el Contratista el 03/11/2016, pág. 11.

Por ello mismo, lo indicado por el Contratista en el sentido que si no firmaba las adendas, la Entidad no habría validado las ampliaciones de plazo, es una afirmación que no causa convicción en el Tribunal Arbitral pues tales ampliaciones de plazo ya habían sido concedidas expresamente por la Entidad en sendos oficios, y más aún, a las fechas de suscripción de las adendas ya había transcurrido el plazo con el que la Entidad contaba para pronunciarse sobre los pedidos de ampliación de plazo.

9.29. Por las razones expuestas, no se ha generado ninguna convicción de que la intimidación alegada por el Contratista se haya producido realmente.

9.30. El otro argumento desarrollado por el Contratista es que las adendas vulneran la normatividad de contratación pública ya que el artículo 232 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece que las ampliaciones de plazo darán lugar al pago de los costos directos, gastos generales y utilidad, por lo que *«En consecuencia, cuando se firman las adendas N° 1 N° 2 al contrato, y se establece que las ampliaciones de plazo son sin el reconocimiento de costos directos, gastos generales y utilidades, se viola y transgrede la normativa de contrataciones; por lo que en concordancia con el numeral 3 del artículo 140° del Código Civil, el acto jurídico de la firma de las dos adendas no tiene un fin lícito, debido a que violan y transgreden la normativa de contrataciones y por lo tanto dicho actos devienen en inválidos»³⁷.*

9.31. Así, la cuestión que el Contratista plantea es si resulta válida o no la renuncia al pago de costos directos, mayores gastos generales y

³⁷ Ibídem, pág. 12.

utilidad provenientes de las ampliaciones de plazo. El Contratista considera que un acuerdo semejante vulnera el artículo 232 antes citado, pues, en virtud de dicha norma, los mayores gastos generales, utilidad y el costo directo proveniente de una ampliación de plazo, no son susceptibles de renuncia.

- 9.32. El artículo 232 del antiguo Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado dispone que *«Las ampliaciones de plazo en prestación de servicios darán lugar al pago de los costos directos y gastos generales, además de la utilidad»*. La norma reconoce de este modo un derecho de crédito, en tanto que crea en la entidad una obligación pecuniaria a favor del contratista consistente en reconocerle los mayores costos provenientes de la ampliación de plazo.

Debido a su carácter pecuniario los derechos de crédito son renunciables, salvo que por su especial naturaleza expresamente se establezca su irrenunciabilidad, es el caso, por ejemplo del artículo 487 del Código Civil que dispone que el derecho de pedir alimentos es *«intransmisible, irrenunciable, intransigible e incompensable»* y el caso del inciso 2 del artículo 26 de la Constitución que señala que en la relación laboral se respeta el *«carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley»*. En la medida que no existe norma expresa que establezca la irrenunciabilidad del derecho del Contratista a los mayores costos (gastos generales, costo directo y utilidad) provenientes de una ampliación de plazo, dicho derecho es susceptible de ser renunciado, tal y como en efecto ha ocurrido en el caso de la suscripción de las dos adendas comentadas.

En efecto, y conforme ya hemos visto, en las adendas suscritas el 7 y el 21 de febrero del 2007, las partes acordaron en la cláusula segunda que *«La ampliación del CONTRATO acotada, no dará lugar al pago de los costos directos y gastos generales, ni de la utilidad»*.

9.33. En consecuencia el Colegiado ha llegado a la convicción que las dos adendas celebradas por las partes el 7 y el 21 de febrero del 2007, no vulneran el artículo 232 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

9.34. Finalmente, el otro argumento desarrollado por el Contratista para sustentar la nulidad e invalidez de las adendas es que éstas adolecen de vicios en su constitución debido a que su objeto es jurídicamente imposible. Así, el Contratista alega que el objeto de ambas adendas es la regularización de los actos administrativos que otorgaron las ampliaciones de plazo, por lo que *«En tal sentido, siendo que durante la fundamentación de la novena pretensión principal se ha probado que dichos actos administrativos son inválidos y/o nulos, implica que las adendas N° 1 y N° 2 al contrato, adolecen de vicios en su constitución, debido a que su objeto es jurídicamente imposible, ya que los actos administrativos que constituyen su objeto son inválidos y/o nulos; por lo que en concordancia con el numeral 3 del artículo 19° y numeral 2 del artículo 140° del Código Civil, las adendas N° 1 y N° 2 del Contrato devienen en nulas y/o inválidas»*³⁸.

9.35. Al respecto, tal y conforme es analizado en los fundamentos 9.41 y siguientes, la novena pretensión del Contratista es infundada.

³⁸ Ibídem, pág. 11.

- 9.36. Por las razones expuestas, el Colegiado considera que la décima pretensión acumulada el 3 de noviembre del 2016 por el Contratista es infundada.
- 9.37. Siendo entonces válidas y eficaces las adendas en las que el Contratista y la Entidad acordaron que las ampliaciones de plazo concedidas por la Entidad no darían lugar al pago de costos directos, mayores gastos generales y utilidad, consideramos que no corresponde ordenar a la Entidad que pague al Contratista S/.450,110.47 por concepto de mayores gastos generales y utilidades de las dos ampliaciones de plazo del ítem 10. Por ende, consideramos que la tercera pretensión principal de la demanda del Contratista es infundada.

D. ¿CORRESPONDE DECLARAR LA NULIDAD E INVALIDEZ DE TODOS LOS ACTOS DE LA ENTIDAD QUE OTORGARON AMPLIACIONES DE PLAZO PARA EL ÍTEM 09 EN EL EXTREMO QUE NO RECONOCIERON GASTOS GENERALES? LA NOVENA PRETENSIÓN ACUMULADA POR EL CONTRATISTA.

- 9.38. En el escrito presentado el 3 de noviembre del 2016 el Contratista acumuló como su novena pretensión la siguiente:

«I. PRETENSIONES ACUMULADAS:

[...]

I.2. Novena pretensión principal.- *"Que el Tribunal declare la invalidez y/o nulidad de todos los actos administrativos de la ENTIDAD que otorgaron ampliaciones de plazo para el ítem N° 9, sólo en el EXTREMO que aprobaron sin el reconocimiento de mayores gastos generales»³⁹.*

³⁹ Escrito presentado por el Contratista el 03/11/2016, pág. 1. Las negritas no son nuestras.

9.39. Los argumentos invocados por el Contratista, en resumen, son los siguientes:

- (i) Sostiene que la propia Entidad ha señalado que los oficios (actos administrativos) que aprobaron las ampliaciones de plazo 1 y 2 para el ítem 09 establecieron que se otorgaba el plazo (total o en parte) sin el reconocimiento de gastos generales.
- (ii) Dicha situación afecta su derecho establecido en la normativa de contratación pública sobre el reconocimiento de gastos generales como efecto del otorgamiento de una ampliación de plazo.
- (iii) Refiere que, el artículo 8 de la Ley 27444 dispone que es válido el acto jurídico dictado conforme al ordenamiento jurídico, mientras que el artículo 10 de la misma norma establece como causal de nulidad del acto administrativo la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
- (iv) De ello *«se desprende que en este caso, LA ENTIDAD aprobó las ampliaciones de plazo SIN el reconocimiento de mayores gastos generales, desconociendo, contraviniendo y vulnerando la normativa de contratación pública, por lo cual, los actos administrativos dictados por LA ENTIDAD correspondientes a: Oficio N° 259-2007-OINFE de fecha 02 de febrero del 2007 y Oficio N° 452-2007-OINFE de fecha 21 de febrero del 2007, son inválidas y presentan defectos de nulidad insalvable»⁴⁰.*
- (v) Por ende, corresponde que se declara la invalidez y nulidad de los actos administrativos que otorgaron las ampliaciones de plazo N° 1 y 2 para el ítem 9 sólo en los extremos que no reconocen mayores gastos generales y utilidades.

9.40. En su escrito del 7 de diciembre del 2016 la Entidad ha solicitado que la pretensión analizada en este acápite se declare infundada. En resumen, los argumentos invocados son los siguientes:

- (i) El Contratista no ha sustentado su pretensión.

⁴⁰ Ibídem, pág. 8.

- (ii) La Entidad concedió al Contratista las ampliaciones de plazo N° 1 y 2 respecto del ítem 09, sin el reconocimiento de mayores gastos generales.
- (iii) En atención a ello, las partes suscribieron de mutuo acuerdo dos adendas, el 7 y el 21 de febrero del 2007, en las que se estableció que las ampliaciones de plazo no darían lugar al pago de costos directos, gastos generales ni utilidad.
- (iv) De ello se puede apreciar *«que el propio contratista reconoció que no le correspondía ningún importe por gasto general ni utilidad en relación a las ampliaciones de plazo relacionadas con el ítem 9. Agregando a ello, que al ser tanto las utilidades como los gastos generales derechos patrimoniales son susceptibles de ser renunciados, pues el titular puede disponer de ellos libremente».*

9.41. La normativa de contratación pública vigente a la fecha de convocatoria del proceso de selección del cual se deriva el Contrato 101-2006, establecía que la ampliación del plazo en la prestación de servicios daba lugar al pago los costos directos, mayores gastos generales y utilidad. Así lo disponía el artículo 232 del Reglamento aprobado por el D.S. 084-2004-PCM. De este modo, los oficios con los que la Entidad concedió las ampliaciones de plazo N° 1 y 2 respecto del ítem 09 pero sin el reconocimiento de mayores gastos generales, desconocían en este extremo lo previsto en la norma antes citada.

Empero, el no reconocimiento de los gastos generales efectuado por la Entidad en los oficios antes citados, no determina, necesariamente, la nulidad de estos oficios, pues, los conceptos que no han sido reconocidos son derechos de orden patrimonial y, en consecuencia, susceptibles de ser renunciados por su titular, tal y conforme ha ocurrido en el caso analizado.

- 9.42. Efectivamente, conforme lo hemos visto en el fundamento 9.32, los derechos de crédito son renunciables, salvo que por su especial naturaleza, se establezca expresamente su irrenunciabilidad, situación que no ocurre en el caso analizado.
- 9.43. Siendo ello así, en la medida que en las adendas suscritas el 7 y el 21 de febrero del 2007 la Entidad y el Contratista acordaron que «*La ampliación del CONTRATO acotada, no dará lugar al pago de los costos directos y gastos generales, ni de la utilidad*», el Colegiado considera que no corresponde declarar la nulidad de los actos emitidos por la Entidad que otorgaron las ampliaciones de plazo para el ítem N° 09 sin el reconocimiento de mayores gastos generales. En tal sentido, consideramos que la novena pretensión acumulada por el Contratista es infundada.

E. ¿CORRESPONDE APROBAR LA SOLICITUD DE AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 3? LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA.

- 9.44. En la tercera pretensión de la demanda, el Contratista solicita que *«se declare que se tiene por aprobada la ampliación de plazo N° 03 por nueve (9) días para el ítem N° 09, y ordene a la demandada el pago de gastos generales y utilidades por dicha ampliación de plazo, que asciende a la suma de S/38,436.21 [...]»*. El Contratista sustenta su pedido, en resumen, en los siguientes fundamentos:
- (i) El 19 de febrero del 2007 solicitó la ampliación de plazo N° 3 por nueve días para el ítem N° 09. Dicha solicitud tenía sustento para que fuera aprobada, sin embargo la Entidad nunca contestó dicha solicitud, por lo que de conformidad con el artículo 232 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado se debe tener por aprobada su solicitud de ampliación de plazo.

- (ii) Al tenerse por aprobada su solicitud de ampliación de plazo, corresponde que la Entidad pague los gastos generales y la utilidad, los mismos que han sido calculados en S/.38,436.21.

9.45. La Entidad, al contestar la demanda, ha solicitado que la pretensión analizada se declare infundada pues al haberse declarado nulo el Contrato 101-2006 «*no procedería el otorgamiento de ampliación alguna, ni gastos generales ni utilidades*». Asimismo, en la audiencia de ilustración la Entidad sostuvo que la solicitud de ampliación de plazo N° 3 fue presentada el 21 de febrero del 2007, fuera del plazo contractual para el ítem 9, que vencía el 19 de febrero del 2007⁴¹.

9.46. En el acápite X el Tribunal ha analizado la controversia relacionada con la eficacia de la Resolución Ministerial N° 169-2007-ED que declaró la nulidad del Contrato 101-2006, concluyendo que dicha resolución ministerial es eficaz. Siendo entonces que, en virtud de dicha resolución ministerial, el Contrato 101-2006 fue declarado nulo, el Colegiado considera que no corresponde aprobar la ampliación de plazo N° 3, ni tampoco corresponde ordenar el pago de mayores gastos generales y utilidades. Y es que, toda ampliación de plazo para ser otorgada presupone la existencia de una relación contractual válida y vigente, situación que no ocurre en el presente caso. Por ello, consideramos que la cuarta pretensión principal de la demanda es infundada.

X. ¿CORRESPONDE DEJAR SIN EFECTO LA RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 169-2007-ED EN EL EXTREMO QUE DECLARÓ LA NULIDAD DEL CONTRATO N° 101-2006-ME/SG-

⁴¹ Cfr. escrito presentado por la Entidad el 07/09/2017, pág. 15.

OGA-UA? LA OCTAVA PRETENSIÓN ACUMULADA POR EL CONTRATISTA

10.1. En la octava pretensión principal acumulada el Contratista solicita *«Que el Tribunal deje sin efecto la Resolución Ministerial N° 169-2007-ED en el extremo que declaró la nulidad del Contrato N° 101-2006-ME/SG-OGA-UA»*. En resumen, los argumentos que invoca son los siguientes:

- (i) Mediante la Resolución Ministerial N° 169-2007-ED la Entidad declaró la nulidad de los contratos 100-2006 y 101-2006. Esta resolución le fue notificada el 26 de abril del 2007.
- (ii) Dentro del plazo de quince días hábiles, previsto como plazo de caducidad, mediante carta notarial recibida por la Entidad el 18 de mayo del 2007, solicitó el inicio del arbitraje.
- (iii) El Contrato 101-2006 fue celebrado el 11 de diciembre del 2006, por lo que la normatividad vigente en ese momento era el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado mediante D.S. 083-2004-PCM, *«sin la modificación introducida por la Ley N° 28911 que entró en vigencia – posterior a la firma del contrato- el 03 de marzo del 2007»* y su Reglamento aprobado mediante D.S. N° 084-2004-PCM [...]»⁴². Por ello, *«LA ENTIDAD al momento de declarar la nulidad del contrato debió aplicar la versión de los artículos 9 y 57 de la LCAE –sin la modificación introducida por la Ley N° 28911 que recién entró en vigencia el 03 de marzo del 2007 (posterior a la firma del contrato)- y el artículo 202 del RLCAE [...]»*⁴³.
- (iv) Señala que el artículo 57 de la Ley *«excluye con suma claridad la declaración de nulidad de oficio luego de la celebración del contrato, limitándola sólo a los casos del artículo 9, «casos que no incluyen la vulneración al principio de presunción de veracidad; en consecuencia, cuando LA ENTIDAD declara la nulidad del contrato no contaba con autorización legal expresa. En tal sentido no puede tener eficacia contractual una declaración de nulidad que carece de facultades legalmente*

⁴² Escrito presentado por el Contratista el 03/11/2016, pág. 4.

⁴³ Ibidem.

establecidas»⁴⁴. Sin embargo, el artículo 202 del Reglamento permite que la Entidad declare de oficio la nulidad del Contrato por vulneración al principio de presunción de veracidad, lo cual contradice lo previsto en la Ley que limita esa posibilidad sólo a la causal prevista en el artículo 9 de la Ley. «En tal sentido, el RLCAE excede el marco de la LCAE y contradice una norma expresa, tornándose ilegal en este extremo, por lo que creemos que es deber del Tribunal Arbitral inaplicar el artículo 202 del RLCAE en el extremo que se torna ilegal por contradecir una norma expresa, facultad que tienen los árbitros en base al principio de jerarquía normativa que se encuentra en el artículo 138 de la Constitución»⁴⁵.

10.2. En su escrito del 7 de diciembre del 2016 la Entidad solicitó que la pretensión analizada sea desestimada debido, en resumen, a los siguientes fundamentos.

- (i) El Contratista no ha invocado ninguna causal de nulidad de la Resolución Ministerial N° 169-2007-ED.
- (ii) Conforme se indica en la citada resolución ministerial, los Contratos 100-2006 y 101-2006 fueron declarados nulos debido a que en una acción posterior de fiscalización se determinó que dos comprobantes de pago presentados por el Contratista al proceso de selección en cuya virtud se le adjudicó la buena pro habían sido adulterados.
- (iii) Refiere que la declaración de nulidad de los Contratos 100-2006 y 101-2006 se efectuó al amparo de lo previsto en el artículo 202 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 063-2006-EF y publicado el 18 de mayo del 2006. *«En ese sentido, al encontrarse plenamente vigente el artículo mencionado previamente, toda vez que el Contrato se suscribió el 11.12.2006, la entidad aplicó la normativa correspondiente y declaró nulo el contrato N° 101-2006-ME/SG-OGA-UA, pues hubo transgresión del principio de veracidad»⁴⁶.*
- (iv) Asimismo, sostiene que el Tribunal de Contrataciones del Estado, en su Resolución N° 3531-2008-TC-S3 del 11 de

⁴⁴ Ibidem, pág. 7.

⁴⁵ Ibidem, pág. 7.

⁴⁶ Escrito presentado por la Entidad el 07/12/2016, pág. 7.

diciembre del 2008, sancionó a Shungo Ingenieros SAC, al quedar acreditada la adulteración de los dos comprobantes de pago presentados por el Contratista.

- 10.3. De lo expuesto, se aprecia que el Contratista ha centrado su pretensión de nulidad en la indebida aplicación que la Entidad habría efectuado del artículo 202 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado pues sostiene que la Entidad recién se encontró facultada por la Ley para, de oficio, declarar la nulidad de los contratos a partir del 3 de marzo del 2007, fecha en la que entró en vigencia de la Ley 28911; por ende dicha norma no sería aplicable al Contrato 101-2006 pues éste fue celebrado el 11 de diciembre del 2006. Sobre la base de dicha argumentación, el Contratista solicita que el Tribunal Arbitral, vía control difuso, inaplique el artículo 202 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y, en consecuencia con ello, declare la nulidad de la Resolución Ministerial N° 0169-2007-ED en el extremo que declaró la nulidad del Contrato 101-2006.
- 10.4. Al respecto, el Colegiado tiene en cuenta que el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por el D.S. N° 083-2004-PCM, establecía en su artículo 57 que *«El Titular de la Entidad podrá declarar de oficio la nulidad del proceso de selección, por las mismas causales previstas en el párrafo anterior, sólo hasta antes de la celebración del contrato, sin perjuicio de que pueda ser declarada en la resolución recaída sobre los recursos impugnativos. Después de celebrados los contratos sólo es posible declarar la nulidad por efectos del artículo 9 de la presente Ley. Esta facultad es indelegable»*. El artículo 9 establece a las personas, naturales y jurídicas, prohibidas de ser postores y contratistas del Estado. De este modo, el artículo 57 establecía la facultad del titular de la

Entidad para, luego de celebrado un contrato, declarar la nulidad cuando el Contratista estuviera comprendido como una de las personas impedidas en el artículo 9 de dicha ley.

- 10.5. El Colegiado tiene en cuenta que el 3 de diciembre del 2006 se publicó la Ley N° 28911 cuyo artículo 1, entre otros artículos, modificó el artículo 57 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, estableciendo que *«Después de celebrados los contratos sólo es posible declarar la nulidad de oficio para efectos del artículo 9° de la presente Ley y cuando se verifique la transgresión del principio de presunción de veracidad. Esta facultad es indelegable»*. La Ley N° 28911 entró en vigencia a partir del 4 de marzo del 2007 en virtud de lo previsto en el D.S. N° 28-2007-EF que aprobó las modificaciones al D.S. N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Conforme lo dispone el artículo 2 de la Ley 28911, dicha ley se aplica a los procesos de selección que se convoquen a partir de su vigencia.

Atendiendo lo expuesto, las modificaciones efectuadas por la Ley 28911 no resultan aplicables al Contrato 101-2006, pues dicho Contrato, celebrado el 11 de diciembre del 2006, se deriva del Concurso Público 0019-2006-ED/UE-108, proceso de selección que fue convocado el 14 de noviembre del 2006. Por ende, las normas de Contratación Pública que rigen el Contrato 101-2006 son las que estuvieron vigentes al 14 de noviembre del 2006, fecha en la que fue convocado el proceso de selección del cual se deriva dicho contrato

- 10.6. Si bien al 14 de noviembre del 2006 no existía norma de rango legal que concediera al titular de la entidad la facultad para declarar de oficio la nulidad de los contratos por infracción al principio de presunción de veracidad, el Colegiado también tiene en cuenta que a

dicha fecha -14 de noviembre del 2006- sí se encontraba vigente una norma de carácter reglamentario que concedía tal facultad.

- 10.7. Efectivamente, el artículo 202 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por el D.S. 084-2004-PCM fue modificado por el artículo 1 del D.S. 063-2006-EF, conforme al siguiente texto:

«Artículo 202.- Nulidad del contrato

Son causales de nulidad del contrato las previstas por el Artículo 9 de la Ley así como cuando, una vez efectuada la fiscalización posterior, se determine la trasgresión del principio de presunción de veracidad. La Entidad declarará la nulidad de oficio; para lo cual se cursará Carta Notarial al contratista adjuntando copia fedateada del documento que declara la nulidad del contrato; dentro de los quince (15) días hábiles siguientes el contratista que no esté de acuerdo con esta decisión, podrá someter la controversia a conciliación y/o arbitraje».

Dicha norma entró en vigencia a partir del 19 de mayo del 2006, al día siguiente de la publicación del D.S. 063-2006-EF.

- 10.8. Teniendo en cuenta lo expuesto, se concluye que la Resolución Ministerial N° 169-2007-ED, del 20 de abril del 2007, que declaró la nulidad de los Contratos 100-2006 y 101-2006, si bien no se sustentó en el ejercicio de una facultad prevista en una norma de orden legal, sí se dictó al amparo de una norma de orden reglamentario que expresamente concedía tal facultad al titular de la Entidad.

- 10.9. Ahora bien, el Contratista sustenta su pretensión en que el Tribunal Arbitral aplique el control difuso, inaplicando al caso el artículo 202

del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y que, como consecuencia de ello, declaremos la ineficacia de la Resolución Ministerial N° 169-2007-ED. Así lo ha reiterado en su escrito de alegatos del 7 de septiembre del 2017: *«En conclusión, en base a las respuestas de las diversas preguntas planteadas en el análisis de la presente controversia, queda probado que la Entidad, cuando declaró la nulidad del contrato, no contaba con autorización legal para declarar la nulidad del contrato por transgresión del principio de presunción de veracidad, ya que la LCAE (vigente al momento de la firma del contrato) no establecía esa posibilidad; por lo tanto, corresponde que el Tribunal Arbitral, aplicando el control difuso establecido en el artículo 138, debe inaplicar el artículo 202 del RLCAE y declarar fundada nuestra Octava Pretensión Principal dejando sin efecto la Resolución Ministerial N° 169-2007-ED en el extremo que declaró la nulidad del Contrato N° 101-2006-ME/SG-OGA-UA»*⁴⁷.

De este modo, para resolver la controversia debe determinarse si corresponde o no aplicar el control difuso invocado por el Contratista.

- 10.10. El Colegiado considera que no corresponde aplicar el control difuso a este caso debido a dos aspectos puntuales, a saber, (i) el Contratista expresamente aceptó la aplicación del artículo 202 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y (ii) la aplicación de la norma cuestionada no ha generado un agravio en el Contratista susceptible de ser tutelado por el Colegiado Arbitral.

⁴⁷ Escrito presentado por el Contratista el 07/09/2017, pág. 45. No se incluyen los pies de página del texto citado.

10.11. Conforme lo hemos visto en el fundamento 10.7, el proceso de selección del cual se deriva el Contrato 101-2006 fue convocado el 14 de noviembre del 2006. A dicha fecha se encontraba vigente el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por el D.S. N° 084-2004-PCM, modificado por el D.S. N° 063-2006-EF. El artículo 202 de dicho reglamento, vigente desde el 19 de mayo del 2006, establecía que el titular de la entidad contaba con la facultad de declarar la nulidad de los contratos en los casos de transgresión al principio de presunción de veracidad. En consecuencia, dicho reglamento reguló el proceso de selección, por lo que la participación del Contratista significó también su aceptación a la aplicación de dicho reglamento.

En consecuencia, la sola participación del Contratista en el proceso de selección implicó su aceptación a que la Entidad podría declarar la nulidad del contrato si es que se determinaba la transgresión al principio de presunción de veracidad, pues tal facultad se encontraba prevista expresamente en el artículo 202 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

En adición a ello, el Colegiado tiene presente que el Contratista expresamente declaró que el Contrato 101-2006 sería nulo en caso se determinará la transgresión del principio de presunción de veracidad. Ello consta en la cláusula décimo tercera del Contrato: *«[...] De otro lado, el contrato será nulo cuando, una vez efectuada la fiscalización posterior, se determine la transgresión del Principio de Presunción de Veracidad».*

10.12. Los criterios para la aplicación del control difuso están establecidos en la sentencia dictada en el expediente 01680-2005-PA-TC, criterios

reiterados en la sentencia 04293-2012-PA.TC. En estas sentencias el Tribunal Constitucional ha establecido que la aplicación del control difuso *«debe considerarse siempre como la última ratio a la que un Juez debe apelar»* pues se debe *«procurar hasta donde sea razonablemente permisible, una interpretación de la ley que armonice con la Norma Suprema del Estado»*. En adición a ese límite, el Tribunal Constitucional ha considerado tres aspectos de igual importancia que deben ser tomados en cuenta para decidir si corresponde aplicar el control difuso:

«5.A) Por un lado, el control constitucional se realiza en el seno de un caso judicial, esto es, luego del planteamiento de un problema jurídicamente relevante que se haya sometido al juez para su dirimencia [...].

6.B) En segundo lugar, el control de constitucionalidad sólo podrá practicarse siempre que la ley de cuya validez se duda sea relevante para resolver la controversia sometida al juez [...].

*7.C) En tercer lugar, y directamente relacionado con el requisito anterior, es preciso que quien plantee al juez la realización del control judicial de constitucionalidad de la ley acredite que su aplicación le ha causado o pueda causarle un agravio directo, pues, de otro modo, el juez estaría resolviendo un caso abstracto, hipotético o ficticio.
[...]»⁴⁸.*

Precisamente, el Colegiado Arbitral considera que la emisión de la Resolución Ministerial N° 0169-2007-ED no generó un agravio en el Contratista susceptible de ser tutelado y protegido.

10.13. Efectivamente, el Tribunal Arbitral tiene en cuenta que es un hecho incontrovertible que el Contratista presentó documentación

⁴⁸ Cfr. sentencia dictada el 11/05/2005 en el expediente 01680-2005-PA-TC

adulterada en el proceso de selección del cual se deriva el Contrato 101-2006 con el propósito de obtener indebidamente la buena pro. Dicha situación ha sido establecida por el Tribunal de Contrataciones del Estado en la Resolución N° 3531-2008-TC-S3 del 11 de diciembre del 2008, cuyos fundamentos 12, 19 y 20 establecen lo siguiente:

«12. Así pues, ha quedado acreditado que los documentos materia de denuncia han sido adulterados en su contenido a fin de simular los datos originalmente plasmados en ellos, habida cuenta que tanto la Red Asistencial Almenara como la Caja Municipal de Crédito Popular de Lima, de conformidad con lo establecido en los párrafos precedentes, han manifestado que las Facturas N° 002-000018 y N° 002-000007, que el Consorcio presentó durante su participación en el Concurso Público por Proceso de Selección Abreviado N° 0019-2006-ED/UE-108, no corresponden a los originales que obran en sus archivos, razón por la cual se concluye que se trata de documentos falsos.

[...]

19. En igual sentido, en cuanto al criterio de intencionalidad del infractor, se ha podido dilucidar que la conducta de la aludida empresa llevaba implícita la consecución de un fin, como era el de acumular el mayor monto facturado a efectos de obtener el mayor puntaje en cuanto al factor de evaluación Experiencia en la actividad.

20. En lo que atañe al daño causado, fluye de los actuados que éste fue real en la medida que, a raíz de la presentación de la documentación falsa como parte del sobre técnico del Consorcio [...], éste se adjudicó la buena pro respecto de los ítems N° 5, 9 y 10 y, posteriormente, firmó los Contratos de Prestaciones de Servicios N° 0100-2006-ME/SG-OGA-UA y N° 0101-2006-ME/SG-OGA-UA, situación que luego devino en la declaración de nulidad de los mismo, y que ha causado el retraso en el cumplimiento de las metas de ese organismo convocante que habían sido previstas con anticipación».

Dicha situación también fue determinada en el laudo arbitral del 5 de noviembre del 2009, en cuyo fundamento 6 (página 30) se establece lo siguiente:

«Se verifica así que el Consorcio demandante utilizó dos comprobantes de pago adulterados para acreditar Experiencia durante el proceso de selección, los que fueron detectados durante la etapa de fiscalización de éste realizado por la Entidad tal como se ha descrito en los párrafos precedentes, siendo determinantes las cartas remitidas por ESSALUD y la Caja Metropolitana de Lima ya mencionadas, las cuales revisten el carácter de documentos públicos [...]; a lo que debe agregarse que el demandante no ha producido en autos ninguna prueba que pueda enervar la presunción de validez antes mencionada; siendo irrelevante para el caso el hecho que ni el Ministerio Público ni el Poder Judicial se hayan pronunciado sobre el carácter delictivo que pudiesen tener los casos que acarrearón la nulidad declarada por la Resolución Ministerial N° 169-2007, pues la licitud o ilicitud de un contrato derivan de la forma como se ha trabado la relación contractual, independientemente de las otras responsabilidades que pudieran emerger de los actos que generan la nulidad».

Por ende, no existe duda que en el proceso de selección del cual se deriva el Contrato N° 101-2006 el Contratista presentó comprobantes de pago adulterados con la finalidad de acreditar experiencia para, de ese modo, obtener la buena pro. Tan incontrovertible es la situación antes descrita que si bien en el escrito del 12 de julio del 2016 el Contratista -al solicitar la acumulación de pretensiones- alegó que no se había acreditado la supuesta falsedad de dichos comprobantes de pago, este argumento fue dejado de lado en el escrito del 3 de noviembre del 2016 con el que acumuló nuevas pretensiones, en el que el argumento central de la pretensión analizada es la aplicación del control difuso.

- 10.14. Por ende, si bien resulta evidente que la declaración de nulidad del Contrato N° 101-2006 afectó los intereses del Contratista, dicha afectación no constituye un agravio susceptible de ser tutelado y protegido por este Tribunal Arbitral, pues dejar sin efecto la Resolución Ministerial N° 169-2007-ED supondría devolver vigencia y eficacia a un contrato cuyo origen es claramente viciado, debido a la presentación de documentación adulterada por el Contratista.
- 10.15. Por los fundamentos expuestos, consideramos que no corresponde dejar sin efecto la Resolución Ministerial N° 169-2007-ED. En consecuencia, concluimos que la octava pretensión acumulada por el Contratista es infundada.

XI. ¿CORRESPONDE ORDENAR QUE LA ENTIDAD PAGUE AL CONTRATISTA S/.1'292,567.07 POR LOS SERVICIOS EJECUTADOS? LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DEL CONTRATISTA

- 11.1. En la primera pretensión principal de la demanda el Contratista solicita que el «*Tribunal Arbitral ordene a la emplazada el pago de lo adeudado por los servicios ejecutados, que ascienden a la suma de S/.1'292,567.07 [...]»*. Los argumentos que invoca son los siguientes:
- (i) El objeto del Contrato 101-2006 fue la prestación del servicio de mantenimiento de infraestructura de instituciones educativas respecto de las instituciones educativas conformantes del ítem 09 (doce instituciones educativas ubicadas en San Martín y Amazonas) y del ítem 10 (28 instituciones educativas ubicadas en Huancavelica y Junín), por la suma total de S/.2'677,702.90, incluyendo IGV, de los cuales S/.779,257.85 correspondían al ítem 09 y S/.1'8989,445.05 correspondían al ítem 10.

- (ii) El 9 de enero del 2007 la Entidad pagó la factura N° 001-000075 por la suma de S/.803,310.87 por concepto de adelanto.
- (iii) Con el acta del 23 de enero del 2007 se acordó no efectuar el servicio en el la I.E. N° 30305 Chambara. Por lo tanto el monto de S/.94,789.00 correspondiente a este institución tendía que ser deducida de la liquidación.
- (iv) En cuanto al servicio correspondiente al ítem 09, está probado que se cumplió con el 100% del servicio, por lo que fue recibido a conformidad, firmándose las doce actas de conformidad de recepción del servicio. Fue por ello que el 5 de marzo del 2007 remitió a la Entidad la factura N° 001-000080 adjuntando las doce actas de conformidad correspondientes al ítem 09.

Posteriormente, el 22 de marzo del 2007 la Entidad realizó dos transferencias a la cuenta de Inversiones Gochi S.A.C., empresa integrante del Contratista, como parte de pago de la factura N° 001-000080, correspondiente a la liquidación final del servicio del ítem 09, quedando un saldo pendiente de pago de dicha factura ascendente a S/.58,444.34.

- (v) En cuanto al servicio correspondiente al ítem 10, está probado que se ejecutó el servicio en 27 instituciones educativas; firmándose las actas de conformidad y recepción de servicio en 22 de ellas, y en el caso de las cinco instituciones restantes las actas no pudieron ser entregadas debido a que los dos supervisores encargados de dichas instituciones no se hicieron presente, imposibilitando la revisión de los trabajos ejecutados.
- (vi) Mediante carta del 4 de abril del 2007 comunicó a la Entidad la culminación del servicio de mantenimiento de las instituciones educativas de los ítems 09 y 10. Asimismo, mediante carta del 9 de abril del 2007 remitió a la Entidad los originales de las actas de conformidad y servicio de 22 instituciones educativas correspondientes al ítem 10, solicitando la presencia de nuevos inspectores que pudieran recibir los trabajos en las cinco instituciones restantes. Dicha carta nunca fue respondida por la Entidad.
- (vii) La Entidad tiene en su poder los informes emitidos por los supervisores del servicio, siendo necesario que la Entidad

entregue esos informes, los cuales acreditarán que los trabajos ejecutados en las cinco instituciones educativas que no tienen acta de conformidad.

(viii) El 20 de abril del 2007, mediante Resolución Ministerial N° 169-2007-ED, la Entidad declaró la nulidad del Contrato 101-2006.

(ix) Está probado que ha cumplido con su obligación.

(x) Aun cuando el Contrato ha sido declarado nulo, y que resulta, en teoría inexistente, es menester considerar si el Contrato tuvo o no principio de ejecución. *«Si no se ha tenido principio de ejecución, las obligaciones derivadas del contrato desaparecen, no existiendo acreedor ni deudor. Por lo tanto las prestaciones no se ejecutan»*⁴⁹. En cambio si las prestaciones se han ejecutado, debe tornarse las cosas a su estado anterior, en su aspecto económico, restituyéndose las prestaciones dadas. *«En este caso, al no ser posible una restitución de la prestación en el sentido estricto, dado que hemos prestado un servicio, hemos realizado una actividad consistente en el mantenimiento de infraestructura de las instituciones educativas conforme a los Términos de referencia de las Bases administrativas del proceso y nuestra Propuesta Técnica, cabe el pago de lo realizado a nuestro favor»*⁵⁰.

(xi) El Contratista sostiene que sus liquidaciones aceptadas por la otra parte según las actas adjuntadas con la demanda, reflejan montos que tienen que ser abonados y resulta arbitrario que la Entidad no haya cumplido con su obligación. En tal sentido, sostiene que se ha efectuado el cálculo de la liquidación final del servicio, cuyo monto asciende a S/.1'292,567.07, correspondiendo ordenar que la Entidad cumpla con pagar dicho monto.

11.2. En su escrito del 9 de junio del 2015 la Entidad solicitó que la pretensión analizada sea desestimada debido, en resumen, a los siguientes fundamentos.

(i) Luego de celebrado el Contrato 101-2006 y entregada la orden de servicios, el Contratista comenzó a ejecutar sus obligaciones.

⁴⁹ Escrito de demanda presentada por el Contratista el 08/05/2015, pág. 13.
⁵⁰ Ibídem, págs. 13 y 14.

- (ii) La cláusula quinta del Contrato 101-2006 establece en su cláusula quinta que el pago de la contraprestación se realiza previa conformidad de la Oficina de Infraestructura Educativa – OINFE. En tal sentido, mediante Memorandum N° 594-2007-OINFE del 7 de marzo del 2007 se emitió la orden de conformidad del servicio respecto del ítem 09 señalándose que el monto a cancelar asciende a S/.496,776.88, monto que fue cancelado.
 - (iii) Luego, el 20 de abril del 2007 se emitió la Resolución Ministerial N° 169-2007-ED que declaró la nulidad de los Contratos 100-2006 y 101-2006, al comprobarse que el Contratista había transgredido el principio de presunción de veracidad. La declaración de nulidad fue declarada válida en el laudo emitido el 5 de noviembre del 2009.
 - (iv) En atención a ello, y habiendo la Entidad advertido la falsedad de las facturas presentadas por el Contratista durante el proceso de selección, corresponde que la pretensión analizada se declare infundada.
- 11.3. El Colegiado coincide con lo expuesto por el Contratista en su escrito de alegatos en el sentido que ni la normatividad de contratación pública, ni el Código Civil establecen los efectos de un contrato nulo. Ante esta situación, podría efectuarse una aplicación analógica del artículo 1372 del Código Civil que, entre otros aspectos, al establecer los efectos de la resolución del contrato, dispone que *«Por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior, y si ello no fuera posible deben reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento»*.

De este modo, atendiendo que las prestaciones del Contratista han sido de ejecución continuada, la aplicación supletoria del artículo 1372 a este caso implicaría postular que al haberse declarado la nulidad del Contrato 101-2006, correspondería que las prestaciones

se restituyan al estado en que se encontraban en el momento en que fue declarado nulo, y si ello no fuera posible, debe reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento. Precisamente, eso es lo que el Contratista solicita: *«En este caso, al no ser posible una restitución de la prestación en el sentido estricto, dado que hemos prestado un servicio, hemos realizado una actividad consistente en el mantenimiento de infraestructura de las instituciones educativas conforme a los Términos de referencia de las Bases administrativas del proceso y nuestra Propuesta Técnica, cabe el pago de lo realizado a nuestro favor»*⁵¹.

- 11.4. Sin embargo, es importante recordar que la nulidad de un contrato es radicalmente diferente a la resolución e, inclusive, a la rescisión contractual. Y es que a diferencia de la nulidad, tanto la rescisión como la resolución presuponen siempre la existencia de un contrato válidamente celebrado. En ese sentido, refiriéndose a las diferencias entre rescisión y nulidad, don Manuel de la Puente y Lavalle comenta que *«La anulación está en la médula del mismo acto, mientras que la rescisión obedece a causas exteriores o accidentales [...]»* y *«La anulabilidad obedece a la existencia de un defecto en la celebración del contrato. La rescisión, en cambio, se aplica a contratos válidamente celebrados y obedece, no a la irregularidad de la formación del contrato, sino al hecho que el contrato regularmente celebrado contribuye a obtener un resultado injusto o contrario a derecho [...]»*⁵².

⁵¹ Escrito de demanda presentada por el Contratista el 08/05/2015, págs. 13 y 14.

⁵² Manuel de la Puente y Lavalle. El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Tomo I. Palestra Editores, tercera reimpresión, Lima, 2011. Pág. 447.

De ello se aprecia que la restitución de las prestaciones en un contrato resuelto o inclusive en un contrato rescindido tiene como título el mismo contrato, contrato cuya validez permite precisamente que éste luego sea rescindido o resuelto. Ello no ocurre en el caso de un contrato nulo, es decir, la restitución de las prestaciones en un contrato nulo no puede tener como título ese mismo contrato debido a que no es apto para producir ni generar ningún tipo de consecuencias jurídicas, por lo menos no las consecuencias jurídicas plasmadas en el contrato⁵³.

En ese sentido, Diez Picazo comenta que cuando *«un contrato es nulo de una manera radical, se aplica la idea cristalizada en el viejo aforismo de acuerdo con el cual lo nulo no produce ningún efecto [...]». Es aplicable, por consiguiente, el esquema de la inexigibilidad, irrelevancia, restitución y propagación, que anteriormente hemos expuesto. Al no producir efecto alguno, el contrato no crea una verdadera vinculación entre las partes. No hay por consiguiente, verdaderas obligaciones contractuales y ninguna de las partes puede exigir la ejecución de las prestaciones contempladas en el contrato. Si alguna así lo hiciera, la otra podrá siempre oponer la excepción de nulidad [...]»*⁵⁴.

Sobre ello, el Colegiado comparte lo expresado por Vincenzo Roppo cuando sostiene que *«No es verdad que el contrato nulo sea radicalmente improductivo de efectos: en cambio es verdad que este puede producir algunos efectos (también fuera de los fiscales, vinculados a la celebración del contrato). Y es a la luz de estos*

⁵³ Cfr. Luis Diez Picazo. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen Primero I: Introducción Teoría del Derecho. Editorial Civitas, Madrid, 1996. Pág. 472.

⁵⁴ Ibídem. Pág. 474.

efectos del contrato nulo que se aprecia, también en el plano práctico, su distinción del contrato inexistente (éste sí improductivo de cualquier efecto)»⁵⁵. Es decir, el contrato nulo puede producir algunos efectos, pero tales efectos no serán los queridos por las partes y es que «el acto, por ser nulo, no produce ninguno de los efectos jurídicos correspondientes al fin querido por las partes y al tipo de negocio de que se trate, si de alguna manera alguien pone en marcha la ley para privarlo de efectos. El medio es legalmente inepto para conseguir el fin deseado por ellas. Sin embargo, el acto nulo y declarado como tal a menudo produce efectos legales indirectos o tangenciales, porque se trata de un hecho que ha ocurrido. Por ejemplo, un acto nulo puede ser justo título; puede servir de testimonio o prueba de voluntad declarada por las partes en dicho acto»⁵⁶.

En virtud de lo expuesto, el Colegiado considera que la restitución de las prestaciones en un contrato declarado nulo no puede tener como fuente el mismo contrato. Por ende, la aplicación analógica del artículo 1372 del Código Civil, no sería adecuada, pues esta norma parte de la premisa de un contrato válidamente celebrado.

- 11.5. Lo expuesto en el fundamento precedente no significa que el Contratista no tenga derecho a que se le reconozca y reembolse un equivalente pecuniario por las prestaciones ejecutadas del Contrato 101-2006. Sin embargo, en nuestra opinión, este aspecto debe ser debatido en el marco de la acción de enriquecimiento sin causa,

⁵⁵ Vincenzo Roppo. El Contrato. Gaceta Jurídica, Primera edición peruana, Lima, 2009. Pág. 802.

⁵⁶ Francisco Moreyra García Sayán. Ob. Cit., pág. 339.

contemplada en el artículo 1954 del Código Civil. De este modo, el Colegiado coincide con lo expuesto por José Luis Benavidez:

«Indemnización por enriquecimiento sin causa. Hay que recordar, no obstante, que si la administración declara nulo el contrato está sujeto a las normas generales sobre su liquidación así como al principio de indemnización establecido por el legislador en caso de nulidad absoluta. [...] Más aún, con un criterio de equidad y para evitar el enriquecimiento sin causa, el mismo artículo prevé el pago de las prestaciones ejecutadas y útiles a la entidad incluso cuando la causa de la nulidad es el carácter ilícito de su objeto o de su causa»⁵⁷.

- 11.6. Por las razones expuestas, el Colegiado considera que no corresponde ordenar a la Entidad que cumpla con el pago de lo adeudado por los servicios ejecutados, cuyo monto ascendería a S/.1'292,567.07. En consecuencia, consideramos que la primera pretensión de la demanda es infundada; ello, sin perjuicio del derecho del Contratista a ser indemnizado por enriquecimiento sin causa, cuyo análisis será efectuado en el siguiente acápite.

XII. ¿CORRESPONDE DECLARAR LA EXISTENCIA DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA? LA QUINTA PRETENSIÓN DEL CONTRATISTA

- 12.1. En la quinta pretensión de la demanda el Contratista solicita *«que en el caso hipotético de que no se ampare las pretensiones anteriores, solicitamos que se declare la existencia de un enriquecimiento sin causa a favor de la demandada y en perjuicio del Consorcio al amparo del artículo 1954 del Código Civil y se ordene su*

⁵⁷ José Luis Benavides. El Contrato Estatal. Entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 409.

pago hasta por el monto de S/.1 '781,113.75 [...] más los intereses de Ley». Los argumentos que invoca son los siguientes:

- (i) Si el Tribunal considerara que el Contrato es nulo y que carece de existencia y que no puede surgir consecuencias de aquél como el pago de lo ejecutado y otros, no es menos cierto que la ley protege a la parte empobrecida frente a quien se enriquece a sus expensas.
- (ii) En ese escenario solicitan que el Tribunal ordene el pago de la misma suma que es resultante de las liquidaciones citadas, todo ello en virtud de los artículos 1954 y 1955 del Código Civil.
- (iii) Refiere que ha ejecutado el Contrato de buena fe, invirtiendo dinero y pagando los salarios al personal, utilizando equipos, materiales y dirección técnica; lo cual ha sido hecho en beneficio de la Entidad. Por ende, si Entidad no cumple con pagarlos estaría enriqueciéndose sin causa y a costa del Contratista, incurriendo además en abuso de derecho.
- (iv) Por ende, corresponde que el Tribunal declare la existencia de un enriquecimiento sin causa a favor de la Entidad y en perjuicio del Contratista y ordene su pago hasta por S/.1 '781,113.75, más los intereses de ley.

12.2. En su escrito del 9 de junio del 2015 la Entidad dedujo la excepción de incompetencia contra la pretensión analizada en este acápite. Los fundamentos de esta excepción son los siguientes:

- (i) Del artículo 53.2 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado *«se puede advertir un límite legal, en cuya virtud se determinó, imperativamente y con carácter de excluyente, que sólo las controversias relacionadas con la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato debían ser resueltas vía proceso arbitral»*⁵⁸. Por lo que las pretensiones que no estén dentro de dicha norma podrán ser sometidas a arbitraje siempre y cuando estén previstas expresamente en el convenio arbitral.
- (ii) El enriquecimiento sin causa es una fuente de obligaciones distinta de los contratos; se trata de una fuente de obligaciones

específica y autónoma sustentada en la lógica jurídica y en el desarrollo doctrinario. En enriquecimiento sin causa pertenece a la categoría de los hechos jurídicos y más precisamente a la de los hechos que son fuente de obligaciones.

- (iii) Estando a que *«el enriquecimiento sin causa es una fuente autónoma de obligaciones que no tiene vinculación alguna con las prestaciones comprometidas por el deudor en virtud de un contrato; su incorporación como materia sujeta a arbitraje debió ser determinada expresamente por las partes en el convenio arbitral que suscribieron»*⁵⁹.
- (iv) Por tanto la vía idónea para demandar el enriquecimiento sin causa en materia de contrataciones públicas es en sede judicial y no arbitral, pues no es materia arbitrable.

12.3. La excepción de incompetencia fue absuelta por el Contratista el 14 de julio del 2015 argumentando lo siguiente:

- (i) Para determinar si el enriquecimiento sin causa es materia arbitrable es importante tener en cuenta el principio de competencia de la competencia que establece que el árbitro es el único competente para resolver sobre su propia competencia, inclusive a los que se refieren a la nulidad del propio convenio arbitral. *«Es decir, aun cuando el contrato haya sido declarado nulo subsiste la posibilidad de acudir a la vía arbitral para discutir las razones de dicha actuación administrativa».* *«Entonces, sostenemos que el arbitraje resulta ser una vía idónea para lograr la restitución de las prestaciones realizadas, en el caso de la nulidad del contrato, lo mismo que se logra a través de la pretensión del enriquecimiento sin causa»*⁶⁰.
- (ii) El Contratista sostiene que el enriquecimiento sin causa sí es arbitrable en tanto que se genera como un efecto directo de la declaración de nulidad por lo que *«al ser la nulidad materia arbitrable también lo serán sus efectos».*
- (iii) Sostiene también que la cláusula décimo séptima del Contrato que contiene el convenio arbitral, sólo establece un límite temporal (desde la celebración del contrato), *«por lo tanto, si las controversias sobre enriquecimiento sin causa surgen*

⁵⁹ Ibídem, pág. 5.

⁶⁰ Escrito presentado por el Contratista el 14/07/2015, pág. 2.

después de la celebración del Contrato (que es nuestro caso) y, en tanto, el enriquecimiento sin causa no se ha excluido, sí estaríamos frente a una materia arbitrable»⁶¹.

- 12.4. El Colegiado tiene en cuenta que en materia de contratación pública el arbitraje no tiene como fuente el convenio arbitral ya que su obligatoriedad proviene directamente de la ley. Efectivamente, el artículo 53.2 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece que *«Las controversias que surjan entre las partes, desde la suscripción del contrato, sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato. Este plazo es de caducidad»*.

Precisamente, es en virtud de ello que la cláusula décimo octava del Contrato 101-2006 dispone que *«Las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato será resuelta mediante Arbitraje de Derecho, conforme a las disposiciones de la Ley y su Reglamento»*.

De este modo, la Ley ha previsto que las controversias a ser resueltas mediante arbitraje son todas aquellas que surjan desde la suscripción del contrato y se refieran a su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez.

- 12.5. No existe mayor duda que el arbitraje es la vía competente para conocer de la invalidez o nulidad de un contrato, pues la ley así lo estable expresamente. Precisamente es por ello que en el acápite X

⁶¹ Ibídem, pág. 3.

el Tribunal Arbitral ha analizado la octava pretensión acumulada por el Contratista, concluyendo que el Contrato 101-2016 es nulo.

De este modo, la cuestión radica en determinar si el Tribunal Arbitral sigue siendo competente para conocer de pretensiones derivadas directa o tangencialmente de dicha nulidad, como es el caso de la pretensión de enriquecimiento sin causa.

12.6. Al respecto, si asumimos que debido a la nulidad, el contrato no produce los efectos queridos por las partes y no genera ninguna vinculación entre ellas, ocurre que dicho contrato nulo deja de ser un acto jurídico para convertirse en un hecho jurídico. Si ello es así, como en efecto el Colegiado considera que lo es- el Tribunal Arbitral no cuenta con competencia para conocer de la pretensión de enriquecimiento sin causa.

12.7. El Colegiado tiene presente las diversas posiciones que existen en la doctrina sobre si el enriquecimiento sin causa es una fuente autónoma de obligaciones o si puede tener como fuente el contrato. El Tribunal también tiene presente las posiciones respecto de si el enriquecimiento sin causa es o no arbitrable, debate que ha estado centrado mayormente en la arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa por prestaciones adicionales ejecutadas sin la debida aprobación de la entidad.

Empero, en el presente caso queda claro que el enriquecimiento sin causa proviene de un hecho jurídico ya que el Contrato 101-2006 ha sido declarado nulo.

12.8. Por ende, el Colegiado considera que no puede basar su competencia en un hecho jurídico (un contrato nulo), para sobre la

base de ese hecho asumir competencia para conocer la pretensión de enriquecimiento sin causa. Dicha pretensión compete entonces ser conocida en la instancia judicial correspondiente.

- 12.9. Por los fundamentos expuestos, el Colegiado considera que la excepción de incompetencia deducida por la Entidad es fundada, por lo que la quinta pretensión de la demanda deviene en improcedente.
- 12.10. Por ende, se debe dejar a salvo el derecho del Contratista para hacer valer su pretensión de enriquecimiento sin causa en la instancia judicial correspondiente.

XIII. EL PAGO DE INTERESES. LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA

- 13.1. La sexta pretensión principal de la demanda consiste en que *«se ordene el pago de los intereses que correspondan derivados de la suma que se ordene pagar a la demandada a favor del Consorcio»⁶²*.
- 13.2. El Contratista señala que si se amparan las pretensiones contenidas en la demanda, entonces, debe ordenarse también el pago de intereses legales, de conformidad con lo previsto en el artículo 1242 del Código Civil. Se trata entonces de una pretensión accesorio, cuya suerte depende del resultado de las pretensiones principales o subordinadas, de ser el caso. Por ello, siendo que en los acápites precedentes se han desestimado las otras pretensiones del Contratista, no corresponde ordenar el pago de intereses legales, por lo que la pretensión analizada en este acápite es infundada.

⁶² Escrito de demanda presentada por el Contratista el 08/05/2015, pág. 2.

XIV. LOS COSTOS ARBITRALES

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

Ante la ausencia de acuerdo expreso entre las partes sobre este aspecto, corresponde distribuir los costos arbitrales entre las partes conforme se indica a continuación.

- 14.2. El Colegiado ha apreciado que ambas partes han actuado basadas en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultaban atendibles, y por ello han litigado convencidos de sus posiciones ante la controversia.
- 14.3. Por ello, consideramos que no corresponde ordenar a ninguna de ellas el pago de los costos arbitrales. En consecuencia, se dispone que cada parte asuma sus propios costos y los costos comunes, entendiendo por tales los honorarios del Tribunal y los gastos de la secretaría arbitral, deben ser asumidos en proporciones iguales.

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

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la excepción de falta de interés para obrar del demandante deducida por el Ministerio de Educación el 9 de junio del 2015 en contra de las pretensiones contenidas en la demanda presentada el 8 de mayo del 2015 por el Consorcio Inversiones Gochi S.A.C. – Shungo Ingenieros S.A.C. – MYGSA S.A.C- Servicios Vijale S.A.C.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la excepción de cosa juzgada deducida por el Ministerio de Educación el 7 de diciembre del 2016 en contra de la octava pretensión acumulada el 3 de noviembre del 2016 por el Consorcio Inversiones Gochi S.A.C. – Shungo Ingenieros S.A.C. – MYGSA S.A.C- Servicios Vijale S.A.C.

TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la excepción de incompetencia deducida por el Ministerio de Educación el 7 de diciembre del 2016 en contra de las pretensiones acumuladas el 3 de noviembre del 2016 por el Consorcio Inversiones Gochi S.A.C. – Shungo Ingenieros S.A.C. – MYGSA S.A.C- Servicios Vijale S.A.C.

CUARTO: Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión principal de la demanda del 8 de mayo del 2015. En consecuencia con ello, no corresponde ordenar el pago de S/.1'292,567.07 a favor del Contratista.

QUINTO: Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión principal de la demanda del 8 de mayo del 2015. En consecuencia con ello, no corresponde declarar el 9 de enero del 2007 como fecha de inicio del plazo de ejecución de los servicios.

SEXTO: Declarar **INFUNDADA** la tercera pretensión principal de la demanda del 8 de mayo del 2015. En consecuencia con ello, no corresponde ordenar el pago de gastos generales y utilidades por las dos ampliaciones de plazo para el ítem N° 10.

SÉPTIMO: Declarar **INFUNDADA** la cuarta pretensión principal de la demanda del 8 de mayo del 2015. En consecuencia con ello, no corresponde aprobar la ampliación de plazo N° 03 para el ítem N° 09, ni corresponde ordenar el pago de gastos generales y utilidades por dicha ampliación de plazo.

OCTAVO: Declarar **FUNDADA** la excepción de incompetencia deducida por el Ministerio de Educación el 9 de junio del 2015 en contra de la quinta pretensión contenida en la demanda presentada el 8 de mayo del 2015 por el Consorcio Inversiones Gochi S.A.C. – Shungo Ingenieros S.A.C. – MYGSA S.A.C- Servicios Vijale S.A.C., relacionada con el enriquecimiento sin causa.

NOVENO: En consecuencia con el punto resolutivo anterior, declarar **IMPROCEDENTE** la quinta pretensión contenida en la demanda presentada el 8 de mayo del 2015 por el Consorcio Inversiones Gochi S.A.C. – Shungo

Ingenieros S.A.C. – MYGSA S.A.C- Servicios Vijale S.A.C., relacionada con el enriquecimiento sin causa, dejando a salvo el derecho del Contratista para acudir a la instancia judicial competente.

DÉCIMO: Declarar **INFUNDADA** la sexta pretensión principal contenida en la demanda presentada el 8 de mayo del 2015 por el Consorcio Inversiones Gochi S.A.C. – Shungo Ingenieros S.A.C. – MYGSA S.A.C- Servicios Vijale S.A.C. En consecuencia, no corresponde ordenar el pago de intereses.

DÉCIMO PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la octava pretensión acumulada el 3 de noviembre del 2016 por el Consorcio Inversiones Gochi S.A.C. – Shungo Ingenieros S.A.C. – MYGSA S.A.C- Servicios Vijale S.A.C. En consecuencia, no corresponde dejar sin efecto la Resolución Ministerial N° 169-2007-ED en el extremo que declaró la nulidad del Contrato N° 101-2006-ME/SG-OGA-UA.

DÉCIMO SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la novena pretensión acumulada el 3 de noviembre del 2016 por el Consorcio Inversiones Gochi S.A.C. – Shungo Ingenieros S.A.C. – MYGSA S.A.C- Servicios Vijale S.A.C. En consecuencia, no corresponde declarar la invalidez ni la nulidad de los actos que otorgaron las ampliaciones de plazo para el ítem N° 09 en el extremo que no reconocieron los mayores gastos generales.

DÉCIMO TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la décima pretensión acumulada el 3 de noviembre del 2016 por el Consorcio Inversiones Gochi S.A.C. – Shungo Ingenieros S.A.C. – MYGSA S.A.C- Servicios Vijale S.A.C. En

consecuencia, no corresponde declarar la invalidez ni la nulidad de las adendas N° 1 y 2, ni corresponde declarar el pago de los costos directos, gastos generales y utilidades correspondientes a las ampliaciones de plazo otorgadas para los ítems N° 9 y 10.

DÉCIMO CUARTO: DISPONER que cada una de las partes asuma los costos arbitrales en los que hubiera incurrido y en partes iguales los costos arbitrales relativos a los honorarios del Tribunal Arbitral y los honorarios de la secretaría arbitral.


DÉCIMO QUINTO: A la séptima pretensión de la demanda relacionada con los costos arbitrales: **ESTESE** a lo resuelto en el punto resolutivo precedente.



JESÚS ANTONIO MEZARINA CASTRO
Arbitro



MARIO MANUEL SILVA LÓPEZ
Árbitro



VÍCTOR MANUEL HUAYAMA CASTILLO
Presidente del Tribunal Arbitral