

LAUDO DE DERECHO

Laudo de Derecho que en la controversia surgida entre Consortio Sol Inka con el Gobierno Regional de la Libertad, dictan los miembros del Tribunal Arbitral, doctora Katty Mendoza Murgado (Presidente), doctora Carla de los Santos López y la Ingeniera María Jesús Bustos De la Cruz (árbitros).

Número de Expediente de Instalación: I793-2016

Demandante: Consortio Sol Inka *(en lo sucesivo el Consortio, el Contratista o el demandante)*.

Demandado: Gobierno Regional de la Libertad *(en lo sucesivo la Entidad, la demandada)*.

Contrato: Contrato N° 001-2015-GRLL-GRCO para la "Ejecución de la Obra: Creación de Defensa Ribereña en los Puntos Críticos para el Río Chicama, tramo Puente Moreno – Baños Chimu – Huancay, distrito de Cascas, Lucma y Marmot – Provincia de Gran Chimu – La Libertad."

Monto del Contrato: S/. 18'678,948.26

Cuantía de la Controversia: S/. 13'365,021.13

Tipo y Número de Proceso de Selección: Adjudicación de Menor Cuantía N° 006-2014-GRLL-GRAB

Tribunal Arbitral: Katty Mendoza Murgado (Presidente), Carla De Los Santos López y María Jesús Bustos De la Cruz (árbitros).

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

Monto de los honorarios del Tribunal Arbitral: S/. 145,588.41

Monto de los honorarios de la Secretaría Arbitral: S/. 40,824.79

Fecha de emisión del laudo: 13 de agosto de 2018

N° de Folios: 110

Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):

☐ Nulidad, invalidez, inexistencia y/o ineficacia del contrato.

☒ **Resolución del contrato.**

☐ Ampliación del plazo contractual.

☐ Defectos o vicios ocultos.

☐ Formulación, aprobación o

valorización de metrados.

☐ Recepción y conformidad.

☐ Liquidación y pago.

☒ **Mayores gastos generales.**

☒ **Indemnización por daños y perjuicios.**

☒ **Enriquecimiento sin causa.**

☒ **Adicionales y reducciones.**

☐ Adelantos.

☐ Penalidades

☐ Ejecución de garantías

☐ Otros: Pagos

Sede Arbitral

Avenida del Ejército N° 250, Oficina 506 – Miraflores – Teléfono: 421 4063

Página 1 de 110

ÍNDICE

I. ANTECEDENTES	3
II. LO ACTUADO EN EL PROCESO ARBITRAL	5
III. COSTOS DEL PROCESO	21
IV. PRETENSIONES DEMANDADAS	23
V. DECLARACIONES PRELIMINARES	27
VI. EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA	28
VII. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA	51
PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:	51
SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:	51
TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:	76
CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:	80
QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO:	80
SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO:	81
SÉTIMO PUNTO CONTROVERTIDO:	81
DÉCIMO TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:	81
DÉCIMO CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:	81
DÉCIMO QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO:	82
DÉCIMO SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO:	82
DÉCIMO SÉTIMO PUNTO CONTROVERTIDO:	82
OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO:	83
NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO:	83
DÉCIMO PUNTO CONTROVERTIDO:	83
DÉCIMO PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:	84
DÉCIMO SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:	84
DÉCIMO OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO:	105
VIII. LAUDO	106

Resolución N° 17

En Lima, a los 13 días del mes de agosto de 2018, realizadas las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos del demandante, el Tribunal Arbitral dicta el presente Laudo de Derecho.

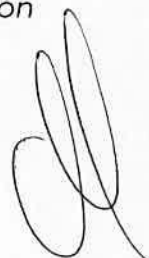
I. ANTECEDENTES

1.1. El 6 de enero de 2015, las partes celebraron el Contrato N° 001-2015-GRLL-GRCO para la "Ejecución de la Obra: Creación de Defensa Ribereña en los Puntos Críticos para el Río Chicama, tramo Puente Moreno – Baños Chimu – Huancay, distrito de Cascas, Lucma y Marmot – Provincia de Gran Chimu – La Libertad."

1.2. La Cláusula Décima Novena del Contrato dispone que:

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

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



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

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

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

- 1.3. El 16 de enero de 2017, en la Oficina Desconcentrada del OSCE en la ciudad de Trujillo, sito en Jr. Zepita N° 486, Centro Histórico de Trujillo – La Libertad, el Tribunal Arbitral conformado por las doctoras Katty Mendoza Murgado, Carla Milagros De Los Santos López y la ingeniera Maria Jesús Bustos De La Cruz, participaron en la Audiencia de Instalación de Tribunal Arbitral Ad Hoc, declarando que han sido debidamente designados de acuerdo a ley y al convenio arbitral celebrado entre las partes, ratificando los árbitros la aceptación del encargo y, señalando que no existe circunstancia alguna que pueda afectar su independencia y que no tienen ninguna incompatibilidad o compromiso alguno con las partes; asimismo, se obligaron a desempeñar con imparcialidad, probidad e independencia la labor encomendada; ante ello, las partes asistentes expresaron su conformidad con las designaciones realizadas.
- 1.4. 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 nacional, ad hoc y de derecho.

- 1.5. Así también, en esta Audiencia, el Tribunal Arbitral encargó la Secretaría del proceso a Arbitre Soluciones Arbitrales SRL, quien a su vez, designó como abogada a cargo a la abogada Carmen Antonella Quispe Valenzuela, identificada con Registro CAL N° 54863, 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. LO ACTUADO EN EL PROCESO ARBITRAL

- 2.1. El 6 de febrero de 2017, el Consorcio presentó su demanda, solicitando el siguiente petitorio:

"I. PRETENSIONES:

- 1.1 **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** QUE SE DECLARE VALIDA LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO N° 001-2015-GRLL-GRCO EFECTUADA POR EL CONSORCIO SOL INKA POR INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES DEL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD DETALLADAS Y SUSTENTADAS EN LA CARTA N° 021-2016-CSI DE FECHA DE RECEPCIÓN 12 DE ABRIL DE 2016 Y EN TODAS NUESTRAS COMUNICACIONES QUE OBRAN EN EL ACERVO DOCUMENTARIO DE LA OBRA.
- 1.2 **PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** QUE HABIENDOSE CONFIGURADO LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL POR CAUSA ATRIBUIBLE AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD, SOLICITAMOS SE RECONOZCA, EN LA LIQUIDACIÓN DE OBRA QUE SE PRACTIQUE, LA SUMA DE S/. 102,823.92 (CIENTO DOS MIL OCHOCIENTOS VEINTITRES Y 92/100 SOLES) MAS IGV, CORRESPONDIENTE AL 50% DE LA UTILIDAD PREVISTA CALCULADA SOBRE EL SALDO DE OBRA QUE SE DEJO DE EJECUTAR, CONFORME SE ESTABLECE EN EL ARTÍCULO 209° DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE

CONTRATACIONES DEL ESTADO.

- 1.3 **SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** QUE SE RECONOZCA, EN LA LIQUIDACIÓN DE OBRA QUE SE PRACTIQUE, EL MONTO CORRESPONDIENTE AL INTERES POR DEMORA DE PAGO POR LAS VALORIZACIONES, DE FORMA ACTUALIZADA AL MOMENTO DEL PAGO, LO QUE ACTUALMENTE ASCIENDE A LA SUMA DE S/. 306.19 (TRESCIENTOS SEIS Y 19/100 SOLES) MÁS IGV, ORDENÁNDOSE SU PAGO AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.
- 1.4 **TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** QUE SE DECLARE LA EXISTENCIA DE DAÑOS Y PERJUICIOS DURANTE LA EJECUCION CONTRACTUAL ASCENDENTE A S/. 972,766.93 (NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MIL SETECIENTOS SESENTA Y SEIS Y 93/100 SOLES) MAS IGV, POR MAYORES METRADOS EJECUTADOS, REAJUSTE DE PRECIOS METRADOS EXPEDIENTE Y REAJUSTE DE PRECIOS METRADOS ADICIONALES, ORDENÁNDOSE EL PAGO AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.
- 1.5 **PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** QUE SE DECLARE LA EXISTENCIA DE UN MAYOR COSTO DURANTE LA EJECUCION CONTRACTUAL ASCENDENTE A S/. 972,766.93 (NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MIL SETECIENTOS SESENTA Y SEIS Y 93/100 SOLES) MAS IGV, POR MAYORES METRADOS EJECUTADOS, REAJUSTE DE PRECIOS METRADOS EXPEDIENTE Y REAJUSTE DE PRECIOS METRADOS ADICIONALES, ORDENÁNDOSE EL PAGO AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.
- 1.6 **SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** QUE SE DECLARE LA EXISTENCIA DE UN ABUSO DEL DERECHO DURANTE LA EJECUCION CONTRACTUAL ASCENDENTE A S/. 972,766.93 (NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MIL SETECIENTOS SESENTA Y SEIS Y 93/100 SOLES) MAS IGV, POR MAYORES

METRADOS EJECUTADOS, REAJUSTE DE PRECIOS METRADOS EXPEDIENTE Y REAJUSTE DE PRECIOS METRADOS ADICIONALES, ORDENÁNDOSE EL PAGO AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.

- 1.7 **TERCERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** QUE SE DECLARE LA EXISTENCIA DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA DURANTE LA EJECUCION CONTRACTUAL ASCENDENTE A S/. 972,766.93 (NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MIL SETECIENTOS SESENTA Y SEIS Y 93/100 SOLES) MAS IGV, POR MAYORES METRADOS EJECUTADOS, REAJUSTE DE PRECIOS METRADOS EXPEDIENTE Y REAJUSTE DE PRECIOS METRADOS ADICIONALES, ORDENÁNDOSE EL PAGO AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.
- 1.8 **CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** QUE SE RECONOZCA, EN LA LIQUIDACIÓN QUE SE PRACTIQUE, LOS MAYORES GASTOS GENERALES POR AMPLIACIONES DE PLAZO APROBADAS, ASCENDENTE A S/. 784,520.84 (SETECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS VEINTE Y 84 SOLES), MÁS IGV, ORDENANDOSE EL PAGO AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.
- 1.9 **PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** QUE SE DECLARE LA EXISTENCIA DE DAÑOS Y PERJUICIOS DURANTE LA EJECUCION CONTRACTUAL ASCENDENTE A S/. 784,520.84 (SETECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS VEINTE Y 84 SOLES) MAS IGV, POR MAYORES GASTOS GENERALES POR AMPLIACIONES DE PLAZO APROBADAS, ORDENÁNDOSE EL PAGO AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.
- 1.10 **SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** QUE SE DECLARE LA EXISTENCIA DE UN MAYOR COSTO DURANTE LA EJECUCION CONTRACTUAL ASCENDENTE A S/. 784,520.84 (SETECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS VEINTE Y 84 SOLES), MAS IGV, POR MAYORES GASTOS GENERALES

POR AMPLIACIONES DE PLAZO APROBADAS, ORDENÁNDOSE EL PAGO AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.

- 1.11 TERCERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: QUE SE DECLARE LA EXISTENCIA DE UN ABUSO DEL DERECHO DURANTE LA EJECUCION CONTRACTUAL ASCENDENTE A S/. 784,520.84 (SETECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS VEINTE Y 84 SOLES), MAS IGV, POR MAYORES GASTOS GENERALES POR AMPLIACIONES DE PLAZO APROBADAS, ORDENÁNDOSE EL PAGO AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.
- 1.12 CUARTA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: QUE SE DECLARE LA EXISTENCIA DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA DURANTE LA EJECUCION CONTRACTUAL ASCENDENTE A S/. 784,520.84 (SETECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS VEINTE Y 84 SOLES), MAS IGV, POR MAYORES GASTOS GENERALES POR AMPLIACIONES DE PLAZO APROBADAS, ORDENÁNDOSE EL PAGO AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.
- 1.13 QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: QUE SE RECONOZCA A FAVOR DEL CONSORCIO SOL INKA LA SUMA DE S/. 1'089,643.82 (UN MILLÓN OCHENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES Y 82/100 SOLES) MÁS IGV, POR EL INCREMENTO DEL COSTO POR DIQUE, ORDENÁNDOSE EL PAGO AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.
- 1.14 PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: QUE SE DECLARE LA EXISTENCIA DE DAÑOS Y PERJUICIOS DURANTE LA EJECUCION CONTRACTUAL ASCENDENTE A LA SUMA DE S/. 1'089,643.82 (UN MILLÓN OCHENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES Y 82/100 SOLES) MÁS IGV, POR EL INCREMENTO DEL COSTO POR DIQUE, ORDENÁNDOSE EL PAGO

AL

GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.

- 1.15 SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: QUE SE DECLARE LA EXISTENCIA DE UN MAYOR COSTO DURANTE LA EJECUCION CONTRACTUAL ASCENDENTE A LA SUMA DE S/. 1'089,643.82 (UN MILLÓN OCHENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES Y 82/100 SOLES) MÁS IGV, POR EL INCREMENTO DEL COSTO POR DIQUE, ORDENÁNDOSE EL PAGO AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.
- 1.16 TERCERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: QUE SE DECLARE LA EXISTENCIA DE UN ABUSO DEL DERECHO DURANTE LA EJECUCION CONTRACTUAL ASCENDENTE A LA SUMA DE S/. 1'089,643.82 (UN MILLÓN OCHENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES Y 82/100 SOLES) MÁS IGV, POR EL INCREMENTO DEL COSTO POR DIQUE, ORDENÁNDOSE EL PAGO AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.
- 1.17 CUARTA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: QUE SE DECLARE LA EXISTENCIA DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA DURANTE LA EJECUCION CONTRACTUAL ASCENDENTE A LA SUMA DE S/. 1'089,643.82 (UN MILLÓN OCHENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES Y 82/100 SOLES) MÁS IGV, POR EL INCREMENTO DEL COSTO POR DIQUE, ORDENÁNDOSE EL PAGO AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.
- 1.18 SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: QUE SOLICITAMOS QUE EL PAGO DE LOS COSTOS Y COSTAS QUE IRROGUE LA TRAMITACIÓN DEL PRESENTE PROCESO, SEAN PAGADAS INTEGRAMENTE POR EL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD."

- 2.2. Mediante Resolución N° 1 del 28 de febrero 2017 se admitió a trámite la demanda presentada por el Consorcio con el escrito del 6

de febrero de 2017, teniendo por ofrecidos los medios probatorios que señalo, adjuntó y precisó en su escrito, corriéndose traslado de las mismas a la Entidad para que en el plazo de quince (15) días hábiles, cumpla con contestarla y de considerarlo pertinente formulará en ese mismo acto reconvenición debiendo ofrecer los medios probatorios que sustenten su posición.

- 2.3. Asimismo, en la mencionada Resolución N° 1, se requirió al Consorcio para que en el plazo de tres (3) días hábiles, cumpla con subsanar y/o precisar las omisiones advertidas en el cuarto punto de la parte considerativa de dicha resolución.
- 2.4. Entonces, mediante escrito del 2 de marzo de 2017, el Consorcio cumplió con absolver las omisiones advertidas. Por ello, mediante Resolución N° 2, se tuvo por cumplido por parte del Consorcio el mandato conferido mediante Resolución N° 1, en consecuencia, se tuvo por subsanadas las omisiones advertidas y por ofrecidos los medios probatorios que indica y adjunta a su escrito con conocimiento de su contraparte.
- 2.5. Luego, mediante escrito del 30 de marzo de 2017, la Entidad dedujo excepción de incompetencia y contestó la demanda arbitral, solicitando que se declare infundada las pretensiones demandadas, por lo que, mediante la Resolución N° 3 del 18 de abril de 2017, se tuvo por deducida por parte de la Entidad la excepción de incompetencia, teniendo por ofrecidos los medios probatorios que indicó en su escrito y corriéndose traslado de la misma al Consorcio por el plazo de quince (15) días hábiles para que manifieste lo conveniente a su derecho. Asimismo, se tuvo por contestada la demanda y por ofrecidos los medios probatorios, con conocimiento de su contraparte.

- 2.6. Así, mediante escrito del 10 de mayo de 2017, el Consorcio absolvió el traslado de la excepción de caducidad deducida por la Entidad.
- 2.7. De ahí, mediante Resolución N° 5, el Tribunal fijó los puntos controvertidos en función a las pretensiones planteadas en la demanda del 6 de febrero de 2017, de la siguiente manera:

Puntos controvertidos de la demanda:

1. Determinar si corresponde o no declarar válida la Resolución del Contrato N° 001-2015-GRLL-GRCO efectuada por el Consorcio Sol Inka por el incumplimiento de las obligaciones contractuales del Gobierno Regional La Libertad detalladas en la carta N° 021-2016-CSI y en todas sus comunicaciones que obran en el acervo documentario de la obra.
2. En caso se declare fundada la pretensión acogida como punto controvertido anterior, determinar si corresponde o no que, habiéndose configurado la resolución contractual por causa atribuible al Gobierno Regional La Libertad, se reconozca en la liquidación de obra que se practique la suma de S/ 102.823.92 (Ciento dos mil ochocientos veintitrés y 92/100 soles) más I.G.V. correspondiente al 50% de la utilidad prevista calculada sobre el saldo que se dejó de ejecutar.
3. Determinar si corresponde o no que se reconozca, en la liquidación de obra que se practique el monto correspondiente al interés por demora de pago por las valorizaciones, de forma actualizada al momento del pago, cuyo monto asciende a la suma de S/ 306.19 (Trescientos seis y 19/100 soles) más I.G.V. ordenándose su pago a la Entidad.

4. Determinar si corresponde o no declarar la existencia de daños y perjuicios durante la ejecución contractual ascendente a S/ 972,766.93 (Novecientos setenta y dos mil setecientos sesenta y seis y 93/100 soles) más I.G.V. por mayores metrados ejecutados, reajuste de precios metrados expediente y reajuste de precios metrados adicionales, ordenándose el pago al Gobierno Regional La Libertad.
5. En caso no se ampare la pretensión acogida como 4° punto controvertido, determinar si corresponde o no declarar la existencia de un mayor costo durante la ejecución contractual ascendente a S/ 972,766.93 (Novecientos setenta y dos mil setecientos sesenta y seis y 93/100 soles) más I.G.V. por mayores metrados ejecutados, reajuste de precios metrados expediente y reajuste de precios metrados adicionales, ordenándose el pago al Gobierno Regional La Libertad.
6. En caso no se ampare la pretensión acogida como 4° punto controvertido, determinar si corresponde o no la existencia de un abuso del derecho durante la ejecución contractual ascendente a S/ 972,766.93 (Novecientos setenta y dos mil setecientos sesenta y seis y 93/100 soles) más I.G.V. por mayores metrados ejecutados, reajuste de precios metrados expediente y reajuste de precios metrados adicionales, ordenándose el pago al Gobierno Regional La Libertad.
7. En caso no se ampare la pretensión acogida como 4° punto controvertido, determinar si corresponde o no se declare la existencia de enriquecimiento sin causa durante la ejecución contractual ascendente a S/ 972,766.93 (Novecientos setenta y dos mil setecientos sesenta y seis y 93/100 soles) más I.G.V. por mayores metrados ejecutados, reajuste de precios

metrados expediente y reajuste de precios metrados adicionales, ordenándose el pago al Gobierno Regional La Libertad.

8. Determinar si corresponde o no determinar que se reconozca en la liquidación que se practique, los mayores gastos generales por ampliaciones de plazo aprobadas, ascendente a S/ 784,520.84 (Setecientos ochenta y cuatro mil quinientos veinte y 84 soles) más I.G.V. ordenándose el pago al Gobierno Regional La Libertad.
9. En caso no se ampare la pretensión acogida como 8° punto controvertido, determinar si corresponde o no se declare la existencia de daños y perjuicios durante la ejecución contractual ascendente a S/ 784,520.84 (Setecientos ochenta y cuatro mil quinientos veinte y 84 soles) más I.G.V. por mayores gastos generales por ampliaciones de plazo aprobadas ordenándose el pago al Gobierno Regional La Libertad.
10. En caso no se ampare la pretensión acogida como 8° punto controvertido, determinar si corresponde o no se declare la existencia de un mayor costo durante la ejecución contractual ascendente a S/ 784,520.84 (Setecientos ochenta y cuatro mil quinientos veinte y 84 soles) más I.G.V. por mayores gastos generales por ampliaciones de plazo aprobadas ordenándose el pago al Gobierno Regional La Libertad.
11. En caso no se ampare la pretensión acogida como 8° punto controvertido, determinar si corresponde o no se declare la existencia de un abuso del derecho durante la ejecución contractual ascendente a S/ 784,520.84 (Setecientos ochenta

y cuatro mil quinientos veinte y 84 soles) más I.G.V. por mayores gastos generales por ampliaciones de plazo aprobadas ordenándose el pago al Gobierno Regional La Libertad.

12. En caso no se ampare la pretensión acogida como 8° punto controvertido, determinar si corresponde o no declarar la existencia de enriquecimiento sin causa durante la ejecución contractual ascendente a S/ 784,520.84 (Setecientos ochenta y cuatro mil quinientos veinte y 84 soles) más I.G.V. por mayores gastos generales por ampliaciones de plazo aprobadas ordenándose el pago al Gobierno Regional La Libertad.
13. Determinar si corresponde o no determinar que se reconozca a favor del Consorcio Sol Inka la suma de S/ 1'089,643.82 (Un millón ochenta y nueve mil seiscientos cuarenta y tres y 82/100 soles) más I.G.V. por el incremento del costo por dique, ordenándose el pago al Gobierno Regional La Libertad.
14. En caso no se ampare la pretensión acogida como 13° punto controvertido, determinar si corresponde o no declarar la existencia de daños y perjuicios durante la ejecución contractual ascendente a la suma de S/ 1'089,643.82 (Un millón ochenta y nueve mil seiscientos cuarenta y tres y 82/100 soles) más I.G.V. por el incremento del costo por dique, ordenándose el pago al Gobierno Regional La Libertad.
15. En caso no se ampare la pretensión acogida como 13° punto controvertido, determinar si corresponde o no declarar la existencia de un mayor costo durante la ejecución

contractual ascendente a la suma de S/ 1'089,643.82 (Un millón ochenta y nueve mil seiscientos cuarenta y tres y 82/100 soles) más I.G.V. por el incremento del costo por dique, ordenándose el pago al Gobierno Regional La Libertad.

16. En caso no se ampare la pretensión acogida como 13° punto controvertido, determinar si corresponde o no declarar la existencia de un abuso del derecho durante la ejecución contractual ascendente a la suma de S/ 1'089,643.82 (Un millón ochenta y nueve mil seiscientos cuarenta y tres y 82/100 soles) más I.G.V. por el incremento del costo por dique, ordenándose el pago al Gobierno Regional La Libertad.

17. En caso no se ampare la pretensión acogida como 13° punto controvertido, determinar si corresponde o no declarar la existencia de enriquecimiento sin causa durante la ejecución contractual ascendente a la suma de S/ 1'089,643.82 (Un millón ochenta y nueve mil seiscientos cuarenta y tres y 82/100 soles) más I.G.V. por el incremento del costo por dique, ordenándose el pago al Gobierno Regional La Libertad.

Común a ambas partes:

18. Determinar a qué parte y en qué proporción corresponde asumir las costas y costos del presente proceso.

REGLAS COMPLEMENTARIAS:

El Tribunal Arbitral establece que se reserva el derecho de analizar los puntos controvertidos no necesariamente en el orden en que son planteados en la presente Resolución y que, si al momento de

referirse a alguno de los puntos controvertidos llega a determinarse que carece de objeto pronunciarse sobre los otros con los que guarde vinculación, podrá omitir referirse a estos otros expresando las razones de dicha omisión.

Del mismo modo, se deja constancia que las premisas previas que sirven de base a cada una de las establecidas como puntos controvertidos son meramente referenciales y que están dirigidas a una lectura más simple de los puntos controvertidos y que, por ello, el Tribunal Arbitral está facultado a omitir, ajustar o interpretar dichas premisas a la luz de las respuestas dadas a otros puntos, sin que el orden empleado o el ajuste efectuado, genere nulidad alguna.

En adición a ello, el Tribunal Arbitral se reserva el derecho a modificar, con conocimiento de las partes, los puntos controvertidos a raíz de hechos nuevos. De presentarse tal situación se concederá a las partes un plazo razonable para ajustar sus posiciones a cualquier cambio que sea necesario, a fin de garantizar un pleno y adecuado derecho de defensa.

2.8. Asimismo, se otorgó a ambas partes un plazo de cinco (5) días hábiles a fin de que expresen lo que corresponda a su derecho respecto de los puntos controvertidos formulados en el tercer punto resolutivo de dicha resolución. Y, el mismo plazo para las partes presenten una fórmula conciliatoria, si así lo estimarían conveniente.

2.9. Además, en la referida Resolución N° 5 se admitieron todos los medios probatorios ofrecidos por las partes:

De la parte demandante:

Se admiten como medios probatorios los documentos ofrecidos por el Consorcio descritos en el acápite "XXI. MEDIOS PROBATORIOS" de

su escrito de demanda de fecha 6 de febrero de 2017, así como la subsanación de los medios probatorios realizada mediante escrito de fecha 2 de marzo de 2017.

De la parte demandada:

Se admiten como medios probatorios ofrecidos por la Entidad descritos en el acápite "4. Medios Probatorios" de su escrito de excepción de incompetencia y contestación de demanda respectivamente.

Y, se dispuso que la excepción de incompetencia será resuelta mediante resolución posterior pudiendo ser resuelta incluso al momento de laudar.

- 2.10. Posteriormente, mediante escrito del 26 de junio de 2017, el Consorcio manifestó su conformidad respecto de los puntos controvertidos. Ante ello, mediante Resolución N° 6, se tuvo presente lo manifestado por el Consorcio respecto a los puntos controvertidos, se dejó constancia que la Entidad no se pronunció respecto a los puntos controvertidos, se tuvo por fijados los puntos controvertidos de acuerdo a lo establecido en la Resolución N° 5. Además, se citó a la Audiencia de Ilustración de Posiciones para el 18 de agosto de 2017 a las 09:00 horas en la sede arbitral.
- 2.11. Sin embargo, mediante escrito del 9 de agosto de 2017 el Consorcio solicitó la reprogramación de la audiencia, en consecuencia, mediante Resolución N° 7, se accedió a lo solicitado y se reprogramó la audiencia para el 22 de setiembre de 2017 a las 11:00 horas en la sede arbitral.
- 2.12. El 22 de setiembre de 2017, se dio inicio a la Audiencia de Ilustración de Posiciones, el Tribunal Arbitral le otorgó el uso de la palabra al

representante de cada parte, a fin que expongan los fundamentos fácticos y técnicos de su posición. Luego de ello, otorgó a ambas partes el tiempo necesario para la dúplica y réplica. Finalmente, el Tribunal Arbitral realizó las preguntas que consideró pertinentes a las partes, las cuales fueron absueltas por las mismas.

- 2.13. Asimismo, en la referida audiencia, el Colegiado otorgó a ambas partes el plazo quince (15) días hábiles, a fin de que presenten los medios probatorios adicionales que consideren pertinentes. Además, dentro del mismo plazo, se le requirió al Consorcio remitir la versión digital del Excel utilizado para realizar los cálculos de los mayores gastos generales indicados en su diapositiva. Y, dentro del mismo plazo, de oficio el Tribunal Arbitral requirió a las partes presentar el expediente de las ampliaciones de plazo y las resoluciones que las aprueban o deniegan así como los expedientes de los adicionales y las resoluciones que aprueban o deniegan según corresponda.
- 2.14. Luego, mediante el escrito del 12 de octubre de 2017, el Consorcio presentó medios probatorios adicionales y realizó las precisiones del mismo. Por ello, mediante Resolución N° 8 del 19 de octubre de 2017, se tuvo presente lo expuesto por el Consorcio y por ofrecidos los medios probatorios que indicó y adjuntó a su escrito con conocimiento a su contraparte. A su vez, se dejó constancia que la Entidad no cumplió con los requerimientos realizados en la Audiencia de Ilustración de Posiciones. Y, se otorgó al Consorcio para que en el plazo de cinco (5) días hábiles cumpla con subsanar las omisiones advertidas en el escrito del 12 de octubre de 2017.
- 2.15. Es así que, mediante escritos del 27 de octubre de 2017, y 2 de noviembre de 2017, la Entidad remitió los medios probatorios, en cumplimiento a los dispuesto en la Audiencia de Ilustración y solicitó un plazo adicional para remitir el expediente de la ampliación de

plazo N° 2 y los expedientes correspondientes a los adicionales de obra N° 1 y N° 2. Por otro lado, el Consorcio mediante el escrito del 30 de octubre de 2017 presentó el CD conteniendo el Excel utilizado para realizar los cálculos de los expedientes de los adicionales N°s 1 y 2 y las ampliaciones de plazo N°s 1, 2 y 3.

- 2.16. Al respecto, mediante Resolución N° 10 del 1 de diciembre de 2017, se tuvo por ofrecidos por parte de la Entidad los medios probatorios que indicó y adjuntó a sus escritos con conocimiento de su contraparte, asimismo, se accedió parcialmente al pedido formulado por la Entidad. Además, se tuvo por subsanada por parte del Consorcio las omisiones advertidas mediante la Resolución N° 8 y por ofrecidos los medios probatorios, con conocimiento de su contraparte.
- 2.17. Mediante escrito del 1 de diciembre de 2017, la Entidad remitió las copias de los expedientes relacionados a la ampliación de plazo N° 2 y el adicional de Obra N° 1. Por lo que, mediante Resolución N° 11, se tuvo por ofrecidos por parte de la Entidad dichos documentos y se dejó constancia que la Entidad no presentó la copia del expediente relacionado al adicional de obra N° 2.
- 2.18. Luego, mediante Resolución N° 12, se admitieron los medios probatorios adjuntados en los escritos del 12 de octubre de 2017, así como los incluidos en el escrito del 30 de octubre de 2017, ofrecidos por el Consorcio. A su vez, se admitieron los medios adjuntados en los escritos del 27 de octubre y 2 de noviembre de 2017, ofrecidos por la Entidad.
- 2.19. Asimismo, se prescindió de la Audiencia de Pruebas y se declaró cerrada la etapa probatoria. Además, se concedió a las partes el plazo de cinco (5) días hábiles, para que presenten sus alegatos

escritos, y de considerarlo alguna de las parte, se citará a una Audiencia de Informes Orales.

- 2.20. Al respecto, mediante el escrito del 8 de febrero de 2018, el Consorcio presentó sus alegatos escritos y solicitó una Audiencia de Informes Orales, en consecuencia mediante Resolución N° 13 del 16 de febrero de 2018, se tuvo por presentado el escrito de alegatos pro parte del Consorcio, con conocimiento de su contraparte, se dejó constancia que la Entidad no presentó sus alegatos escritos y se citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales el 16 de marzo de 2018 a las 15:00 horas en la sede arbitral.
- 2.21. Luego, mediante escrito del 12 de marzo de 2018, la Entidad solicitó la reprogramación de la Audiencia, por ello, mediante Resolución N° 14 del 16 de marzo de 2018, se tuvo por formalizada la reprogramación de la Audiencia de Informes Orales para el 2 de abril de 2018 a las 10:00 horas en la sede arbitral.
- 2.22. Así de las cosas, a las 10:00 horas del 2 de abril de 2018, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, dejándose constancia que de la inasistencia de la Entidad pese a que fue debidamente notificada, conforme obra en autos.
- 2.23. En la referida audiencia, se otorgó el uso de la palabra al representante del Consorcio para que exponga oralmente sus conclusiones finales. Luego de ello, el Tribunal Arbitral realizó las preguntas que consideró pertinentes al Consorcio, las cuales fueron absueltas por la misma. Asimismo, se requirió a las partes para que en el plazo de diez (10) días hábiles de notificados, presenten sus conclusiones finales e identifiquen cuáles son los medios probatorios que acrediten sus posiciones en relación a cada una de las pretensiones.

- 2.24. Finalmente, mediante el escrito del 17 de abril de 2018 el Consorcio presentó sus conclusiones finales. Por ello, mediante Resolución N° 15 del 15 de mayo de 2018, se tuvo por cumplido lo solicitado en la Audiencia de Informes Orales, por parte del Consorcio y se dejó constancia que la Entidad no cumplió con lo solicitado en la Audiencia de Informes Orales. Asimismo, se declaró el cierre de la instrucción y el Colegiado señaló plazo para laudar, siendo este el plazo de treinta (30) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificada la última parte con la mencionada resolución, el mismo que podría ser prorrogado, a su entera discreción, por treinta (30) días hábiles adicionales. Al vencimiento del plazo para laudar, el Tribunal Arbitral deberá remitir el laudo a la Secretaría Arbitral en el plazo de dos (2) días hábiles, y esta deberá notificar a las partes dentro del plazo de siete (7) días hábiles adicionales de recibido, ello de conformidad al numeral 45 del Acta de Instalación. Luego, mediante Resolución N° 16 se prorrogó el plazo para laudar por treinta (30) días hábiles adicionales, por lo que el plazo para emitir el laudo vencería indefectiblemente el 13 de agosto de 2018.

III. COSTOS DEL PROCESO

- 3.1. En lo referente a los costos arbitrales, fueron fijados en los numerales 55 y 56 del Acta de Instalación del Arbitraje como anticipo de los honorarios de cada uno de los árbitros S/. 7,271.93 netos, a los que deberían agregarse los Impuestos correspondientes y en S/. 5,200.25, incluido IGV, para la secretaría arbitral cada parte debía asumir el 50% de dichos montos.
- 3.2. Mediante la Resolución N° 1, se tuvo por acreditado por parte del Consorcio el pago de los honorarios del Tribunal Arbitral y la Secretaría Arbitral en la parte que le correspondió.

- 3.3. Mediante la Resolución N° 5, se tuvo por acreditado por parte de la Entidad el pago de los honorarios del Tribunal Arbitral y la Secretaría Arbitral en la parte que le correspondió.
- 3.4. Mediante la Resolución N° 9, se estableció un segundo anticipo de honorarios para cada uno de los Árbitros ascendente a la suma neta de S/ 41,257.54 por lo que cada parte debe pagar cada uno de los miembros del Tribunal el monto neto de S/ 20,628.77, monto al que deberá agregarse el Impuesto a la Renta. De igual forma, se estableció un segundo anticipo de honorario de la secretaría arbitral ascendente a la suma de S/ 35,624.54, por lo que cada parte debe pagar por estos conceptos la suma de S/ 17,812.27 netos a los cuales deberá agregarse los impuestos correspondientes.
- 3.5. Mediante la Resolución N° 11, se tuvo por acreditado por parte del Consorcio el pago del segundo anticipo de los honorarios del Tribunal Arbitral y la Secretaría Arbitral en la parte que le corresponde.
- 3.6. Ante la falta de pago, de la Entidad mediante la Resolución N° 12, se facultó al Consorcio para que, en el plazo de diez (10) días hábiles cumpla con asumir el pago de los el pago del segundo anticipo de honorarios arbitrales en la parte que le corresponde a la Entidad.
- 3.7. Mediante la Resolución N° 14, se tuvo por acreditado el pago del segundo anticipo de los honorarios de los miembros del Tribunal Arbitral y la Secretaría Arbitral por parte del Consorcio en la parte que le correspondía a la Entidad.

IV. PRETENSIONES DEMANDADAS

- 4.1. Las pretensiones contenidas en la demanda han sido fijadas como puntos controvertidos en los siguientes términos:

DE LA PARTE DEMANDANTE

1. Determinar si corresponde o no declarar válida la Resolución del Contrato N° 001-2015-GRLL-GRCO efectuada por el Consorcio Sol Inka por el incumplimiento de las obligaciones contractuales del Gobierno Regional La Libertad detalladas en la carta N° 021-2016-CSI y en todas sus comunicaciones que obran en el acervo documentario de la obra.
2. En caso se declare fundada la pretensión acogida como punto controvertido anterior, determinar si corresponde o no que, habiéndose configurado la resolución contractual por causa atribuible al Gobierno Regional La Libertad, se reconozca en la liquidación de obra que se practique la suma de S/ 102.823.92 (Ciento dos mil ochocientos veintitrés y 92/100 soles) más I.G.V. correspondiente al 50% de la utilidad prevista calculada sobre el saldo que se dejó de ejecutar.
3. Determinar si corresponde o no que se reconozca, en la liquidación de obra que se practique el monto correspondiente al interés por demora de pago por las valorizaciones, de forma actualizada al momento del pago, cuyo monto asciende a la suma de S/ 306.19 (Trescientos seis y 19/100 soles) más I.G.V. ordenándose su pago a la Entidad.
4. Determinar si corresponde o no declarar la existencia de daños y perjuicios durante la ejecución contractual ascendente a S/ 972,766.93 (Novecientos setenta y dos mil

setecientos sesenta y seis y 93/100 soles) más I.G.V. por mayores metrados ejecutados, reajuste de precios metrados expediente y reajuste de precios metrados adicionales, ordenándose el pago al Gobierno Regional La Libertad.

5. En caso no se ampare la pretensión acogida como 4° punto controvertido, determinar si corresponde o no declarar la existencia de un mayor costo durante la ejecución contractual ascendente a S/ 972,766.93 (Novecientos setenta y dos mil setecientos sesenta y seis y 93/100 soles) más I.G.V. por mayores metrados ejecutados, reajuste de precios metrados expediente y reajuste de precios metrados adicionales, ordenándose el pago al Gobierno Regional La Libertad.
6. En caso no se ampare la pretensión acogida como 4° punto controvertido, determinar si corresponde o no la existencia de un abuso del derecho durante la ejecución contractual ascendente a S/ 972,766.93 (Novecientos setenta y dos mil setecientos sesenta y seis y 93/100 soles) más I.G.V. por mayores metrados ejecutados, reajuste de precios metrados expediente y reajuste de precios metrados adicionales, ordenándose el pago al Gobierno Regional La Libertad.
7. En caso no se ampare la pretensión acogida como 4° punto controvertido, determinar si corresponde o no se declare la existencia de enriquecimiento sin causa durante la ejecución contractual ascendente a S/ 972,766.93 (Novecientos setenta y dos mil setecientos sesenta y seis y 93/100 soles) más I.G.V. por mayores metrados ejecutados, reajuste de precios metrados expediente y reajuste de precios metrados adicionales, ordenándose el pago al Gobierno Regional La Libertad.

8. Determinar si corresponde o no determinar que se reconozca en la liquidación que se practique, los mayores gastos generales por ampliaciones de plazo aprobadas, ascendente a S/ 784,520.84 (Setecientos ochenta y cuatro mil quinientos veinte y 84 soles) más I.G.V. ordenándose el pago al Gobierno Regional La Libertad.
9. En caso no se ampare la pretensión acogida como 8° punto controvertido, determinar si corresponde o no se declare la existencia de daños y perjuicios durante la ejecución contractual ascendente a S/ 784,520.84 (Setecientos ochenta y cuatro mil quinientos veinte y 84 soles) más I.G.V. por mayores gastos generales por ampliaciones de plazo aprobadas ordenándose el pago al Gobierno Regional La Libertad.
10. En caso no se ampare la pretensión acogida como 8° punto controvertido, determinar si corresponde o no se declare la existencia de un mayor costo durante la ejecución contractual ascendente a S/ 784,520.84 (Setecientos ochenta y cuatro mil quinientos veinte y 84 soles) más I.G.V. por mayores gastos generales por ampliaciones de plazo aprobadas ordenándose el pago al Gobierno Regional La Libertad.
11. En caso no se ampare la pretensión acogida como 8° punto controvertido, determinar si corresponde o no se declare la existencia de un abuso del derecho durante la ejecución contractual ascendente a S/ 784,520.84 (Setecientos ochenta y cuatro mil quinientos veinte y 84 soles) más I.G.V. por mayores gastos generales por ampliaciones de plazo

aprobadas ordenándose el pago al Gobierno Regional La Libertad:

12. En caso no se ampare la pretensión acogida como 8° punto controvertido, determinar si corresponde o no declarar la existencia de enriquecimiento sin causa durante la ejecución contractual ascendente a S/ 784,520.84 (Setecientos ochenta y cuatro mil quinientos veinte y 84 soles) más I.G.V. por mayores gastos generales por ampliaciones de plazo aprobadas ordenándose el pago al Gobierno Regional La Libertad.
13. Determinar si corresponde o no determinar que se reconozca a favor del Consorcio Sol Inka la suma de S/ 1'089,643.82 (Un millón ochenta y nueve mil seiscientos cuarenta y tres y 82/100 soles) más I.G.V. por el incremento del costo por dique, ordenándose el pago al Gobierno Regional La Libertad.
14. En caso no se ampare la pretensión acogida como 13° punto controvertido, determinar si corresponde o no declarar la existencia de daños y perjuicios durante la ejecución contractual ascendente a la suma de S/ 1'089,643.82 (Un millón ochenta y nueve mil seiscientos cuarenta y tres y 82/100 soles) más I.G.V. por el incremento del costo por dique, ordenándose el pago al Gobierno Regional La Libertad.
15. En caso no se ampare la pretensión acogida como 13° punto controvertido, determinar si corresponde o no declarar la existencia de un mayor costo durante la ejecución contractual ascendente a la suma de S/ 1'089,643.82 (Un millón ochenta y nueve mil seiscientos cuarenta y tres y

82/100 soles) más I.G.V. por el incremento del costo por dique, ordenándose el pago al Gobierno Regional La Libertad.

16. En caso no se ampare la pretensión acogida como 13° punto controvertido, determinar si corresponde o no declarar la existencia de un abuso del derecho durante la ejecución contractual ascendente a la suma de S/ 1'089,643.82 (Un millón ochenta y nueve mil seiscientos cuarenta y tres y 82/100 soles) más I.G.V. por el incremento del costo por dique, ordenándose el pago al Gobierno Regional La Libertad.

17. En caso no se ampare la pretensión acogida como 13° punto controvertido, determinar si corresponde o no declarar la existencia de enriquecimiento sin causa durante la ejecución contractual ascendente a la suma de S/ 1'089,643.82 (Un millón ochenta y nueve mil seiscientos cuarenta y tres y 82/100 soles) más I.G.V. por el incremento del costo por dique, ordenándose el pago al Gobierno Regional La Libertad.

COMÚN A AMBAS PARTES:

18. Determinar a qué parte y en qué proporción corresponde asumir las costas y costos del presente proceso.

V. DECLARACIONES PRELIMINARES

5.1. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde remarcar lo siguiente:

- (i) El Tribunal Arbitral se ha instalado de conformidad con las normas que regulan la contratación estatal y con la conformidad de las partes.
- (ii) En Consorcio interpuso su demanda dentro del plazo previsto, ofreciendo las pruebas correspondientes.
- (iii) La Entidad fue debidamente emplazada con la demanda, habiéndola contestado oportunamente.
- (iv) Las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer sus pruebas, así como han contado con el derecho a informar oralmente en la Audiencia de Ilustración de Posiciones y de Informes Orales.
- (v) Se han analizado todas las afirmaciones y todas las pruebas admitidas en el proceso, otorgándoles el mérito que les corresponde aun cuando no se haga mención expresa de ellas en este Laudo.
- (vi) El presente Laudo de Derecho se emite dentro del plazo previsto en el Acta de Instalación.

VI. EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA

- 6.1. Previamente a analizar la materia de fondo, corresponde emitir un pronunciamiento respecto a la excepción de incompetencia deducida por la Entidad.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

- 6.2. La Entidad dedujo excepción incompetencia contra la tercera y quinta Pretensión Principal de la demanda, así como de sus pretensiones subordinadas.
- 6.3. Respecto a la tercera pretensión principal y sus subordinadas, la Entidad afirma que el sustento en común de las mismas, sería los mayores metrados ejecutados, reajuste de precios metrados expediente y reajuste de precios metrados adicionales, siendo que, el Consorcio pretende se le reconozca el pago de prestaciones adicionales de obra.
- 6.4. Asimismo, respecto a la quinta pretensión principal y sus subordinadas, referida al reconocimiento de daños y perjuicios, ascendente a S/.1'089,643.82; el sustento en común de las mismas sería, el pago por incremento del costo del dique, el que deriva de la solicitud de Adicional de Obra N° 02, lo cual habría sido expresamente aceptado por el Consorcio en su Carta N° 003-2016-CSI, así como, en el Asiento del Cuaderno de Obra N° 272 de Fecha 25/11/2015.
- 6.5. En este sentido, la Entidad precisa que los árbitros no pueden pronunciarse respecto a controversias referidas a adicionales de obra, aduciendo que la arbitrabilidad de estas controversias se encuentra limitada por la Ley de Contrataciones del Estado, puesto que se ha establecido el arbitraje para aquellas controversias que surjan desde la suscripción del Contrato hasta, el consentimiento y pago de la liquidación final, a excepción de las controversias relativas a adicionales de obra.
- 6.6. Así, el artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo 1017, establece que "La decisión

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

- 6.7. Así también, el artículo 207° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado dispone que sólo procederá la ejecución de obras adicionales cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestal y la resolución que autoriza su ejecución, aspectos que delimitan la competencia exclusiva del Estado para decidir si un adicional de obra se ejecuta o no.
- 6.8. Bajo ese escenario normativo, la Entidad afirma que las controversias relativas a adicionales de obra deban ser discutidas en otra vía, distinta a la arbitral, en ese sentido, el principio Kompetenz-Kompetenz que faculta a los árbitros para conocer y resolver aspectos relativos a su propia competencia, se encuentra limitado por la propia norma de contrataciones con el Estado, impidiendo a los árbitros ir más allá, tal como ha sido señalado además por el Tribunal Constitucional al establecer que las materias no arbitrables no pueden ser objeto de conocimiento de los árbitros y por tanto, si un tribunal arbitral decidiese conocer estos temas, dicha decisión podría ser cuestionada en el fuero judicial vía anulación de laudo.
- 6.9. En cuanto al enriquecimiento sin causa, la Entidad señala que, por definición, es extraña a la relación contractual, pues no proviene del contrato celebrado entre las partes. Con lo que, el convenio arbitral suscrito entre las partes no faculta al Tribunal Arbitral a resolver una materia jurídicamente extraña al contrato, por lo que si

se decide tramitar dicha controversia se estaría vulnerando el derecho al debido proceso de la demandada.

- 6.10. Atendiendo a ello, la Entidad concluye que, si se permitiera el pago de las prestaciones adicionales en sede arbitral, aduciéndose que está utilizándose otra figura jurídica y, además, considerando estar sujeta al convenio arbitral, se estaría consiguiendo por la vía indirecta lo que la ley prohíbe de modo directo, es decir que esa decisión no sea materia de arbitraje.

POSICIÓN DEL CONSORCIO

- 6.11. Respecto a la incompetencia del Tribunal Arbitral respecto a la tercera y quinta pretensión principal de la demanda, así como a las pretensiones subordinadas a las mismas, pues que las mismas no son arbitrables toda vez que, según señalan, estas pretensiones están referidas a prestaciones adicionales de obra, el Consorcio señala que lo argumentado por la Entidad resulta inverosímil, toda vez que los daños y perjuicios planteados se encontrarían debidamente sustentados por los mayores metrados ejecutados, reajuste de precios metrados expediente y reajuste de precios metrados adicionales y por el incremento del costo por dique.
- 6.12. Respecto a los mayores metrados ejecutados, la obra no se llegó a culminar al 100% de las metas programadas según el expediente técnico del Contrato suscrito entre la Entidad y el Consorcio ya que la Entidad no aprobó los adicionales de mayores metrados de partidas existentes, alcanzados por el Consorcio, lo que conlleva a alcanzar un acumulado del 67.325% de las metas programadas. Al respecto, el Consorcio señala que los mayores metrados fueron amparados por la supervisión conforme se establece en los asientos de cuaderno de obras, así como la valoración de dichos mayores metrados y el reintegro de los mayores metrados, razón por la cual

el monto ascendente a S/. 972,766.93 (Novecientos Setenta y Dos Mil Setecientos Setenta y Seis y 93/100 Soles) más IGV, por ello dicho concepto se encuentra acreditado.

- 6.13. Respecto al incremento de costo por dique, el Consorcio afirma que, hubo un cambio de distancia por dique, los cuales fueron calculados en los adicionales presentados, que no fueron reconocidos por la Entidad. En ese sentido, el incremento por la variación por dique asciende al monto de S/. 1'089,643.82 (Un Millón Ochenta y Nueve Mil Seiscientos Cuarenta y Tres y 82/100 soles) conforme se puede observar del gráfico N°2 de nuestro escrito de demanda, por lo que el pedido para que se reconozca a favor del Consorcio la suma de S/1089643.82 (Un Millón Ochenta y Nueve Mil Seiscientos Cuarenta y Tres y 82/100 soles) por el incremento del costo por dique, se encuentra plenamente sustentado.
- 6.14. Asimismo, el Consorcio considera que el enriquecimiento sin causa sí es materia arbitrable, de conformidad al Contrato porque las controversias originadas alrededor suyo si derivan de la ejecución y/o interpretación del Contrato. Así, en el caso que nos ocupa puede observarse que el enriquecimiento indebido se funda en que el Consorcio se estaría empobreciendo al dejar de recibir la contraprestación que normalmente hubiera correspondido por la ejecución de diversos trabajos, los mismos que generaron montos de dinero detallados en el escrito de demanda, siendo que tal empobrecimiento también es injusto y sin causa.
- 6.15. No obstante lo señalado, y en el supuesto negado de que se considerara que el enriquecimiento sin causa tiene origen extracontractual ¿no podrían haber cuestiones extracontractuales derivadas de la relación contractual existente entre las partes? ¿y estas cuestiones acaso no podrían ser conocidas por este Tribunal Arbitral? El Consorcio considera que la respuesta a ambas

preguntas es afirmativa. Pues, es difícil imaginar que si las partes suelen someter a arbitraje controversias respecto a la nulidad de un contrato no lo puedan hacer respecto a pretensiones resarcitoria como las generadas alrededor de cuestiones extracontractuales derivadas de la relación contractual que media entre ellas tales como el enriquecimiento sin causa.

- 6.16. Así las cosas, debe tomarse en cuenta que en el presente caso la cláusula décimo novena del contrato no excluye de la competencia arbitral las controversias que pudieran surgir entre las partes respecto a cuestiones extracontractuales que se deriven de la relación jurídica generada por el Contrato. Esto debería llevarnos a pensar que – de la forma en que fue redactada esta parte de la cláusula – las partes estábamos incluyendo al enriquecimiento sin causa- entre formas de reclamos resarcitorios- dentro de la competencia arbitral; y no como intenta sostener la Entidad, en el sentido de que ambas partes deben pactar expresamente todas y cada una de las materias que someterían a un proceso arbitral.
- 6.17. Respecto a que, las partes no habrían expresado su voluntad de llevar a arbitraje este tema, el Consorcio considera que, la cláusula arbitral sí reconoce que el enriquecimiento sin causa puede ser sometido al arbitraje al que se refiere el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado. En ese sentido, si nos remitimos al mero texto clausula décimo novena del Contrato, encontraremos que del mismo no se puede verificar que las partes no hayan querido someter a arbitraje el enriquecimiento sin causa. Todo lo contrario, comprobaremos que la conclusión correcta es que las controversias sobre enriquecimiento sin causa fueron voluntariamente sometidas a arbitraje.

- 6.18. En efecto, señala el Contrato en esta sección:

"CLAUSULA DECIMA NOVENA: SOLUCION DE CONTROVERSIAS

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

En consecuencia, todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieren a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje ad – hoc, de conformidad con lo establecido en la normatividad de contrataciones del estado, bajo la organización y administración de un Tribunal Arbitral. Facultativamente cualquiera de las partes podrá someter a conciliación, la referida controversia, sin perjuicio de recurrir a arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entra ambas, según lo señalado en el artículo 214 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecutara como una sentencia. (...)"

6.19. En primer lugar, de una lectura literal de la cláusula, el Consorcio observa que la común intención de las partes fue someter a la competencia arbitral todas las controversias derivadas de la ejecución o interpretación del Contrato. Entonces de la explicación hecha en los puntos anteriores, es claro que el referido convenio arbitral no elude a controversias que versen sobre el enriquecimiento sin causa.

6.20. En segundo lugar, sería imposible sostener en el presente caso, que el enriquecimiento sin causa que el Consorcio subsidiariamente a la tercera y quinta pretensión principal, no derivaría de la ejecución del Contrato, a través de esta pretensión, el Consorcio plantea que

se declare la existencia de daños y perjuicios por mayores metrados ejecutados, reajuste de precisos metrados expediente, reajuste de precios metrados adicionales y por incremento de costo de dique, respectivamente, lo cual generó el enriquecimiento indebido que demanda, sustentándose en que el Consorcio se estaría empobreciendo al dejar de recibir la contraprestación que normalmente nos hubiera correspondido por la ejecución de diversos trabajos detallados.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

- 6.21. Previo al desarrollo y análisis de la excepción formulada por la Entidad, es pertinente mencionar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 41° del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje, marco jurídico que resulta aplicable al presente proceso, el Tribunal Arbitral tiene y cuenta con la facultad de pronunciarse sobre su propia competencia en el proceso arbitral, cuando se aduzcan y formulen excepciones:

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

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

6.22. Habiéndose determinado claramente la base legal que le otorga competencia al Tribunal Arbitral para resolver y pronunciarse sobre la presente cuestión previa formulada por la Entidad, por estricta aplicación del principio del *Kompetenz – Kompetenz*; lo que corresponde a continuación es verificar en primer lugar si respecto a la forma, la Entidad postuló la excepción dentro del plazo establecido.

6.23. El Acta de Instalación en su numeral 29° establece que la excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral, así como cualquier otro tipo de excepción y/o defensa previa, deberá ser opuesta por las partes a más tardar en la contestación de la demanda.

6.24. Ello se condice con lo establecido en numeral 3° del artículo 41 de la Ley de Arbitraje aprobada mediante Decreto Legislativo No. 1071, que a la letra establece:

"(...) Artículo 41° numeral 3.

Las excepciones u objeciones deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación (...)"

6.25. En razón a lo desarrollado en los dos numerales precedentes, se verifica que las excepciones formuladas por la Entidad en cuanto a la forma, han sido deducidas debida y oportunamente, por lo que a continuación, lo que corresponde a este Tribunal Arbitral es analizar los argumentos y sustento de fondo que sustenta la misma.

6.26. La Entidad alega que la tercera y quinta pretensión de la demanda, y cada una de sus subordinadas, no son arbitrales, en la medida que, el Consorcio estaría reclamando el pago por adicionales que no fueron aprobados ni reconocidos por la Entidad; y, siendo que solo la Entidad, o dado el caso, la Contraloría, pueden aprobar adicionales y que el enriquecimiento sin causa tampoco es materia

arbitral, es que la Entidad afirma que este Tribunal Arbitral es incompetente para pronunciarse respecto a los pagos por adicionales reclamados por el Consorcio.

- 6.27. Por su parte, el Consorcio manifiesta que los mayores metrados fueron amparados por la supervisión conforme se establece en los asientos de cuaderno de obras, así como la valoración de dichos mayores metrados y el reintegro de los mayores metrados, razón por la cual el monto ascendente a S/. 972,766.93 (Novecientos Setenta y Dos Mil Setecientos Setenta y Seis y 93/100 Soles) más IGV por dicho concepto se encuentra acreditado. Asimismo, el Consorcio afirma que, hubo un cambio de distancia por dique, los cuales fueron calculados en los adicionales presentados, que no fueron reconocidos por la Entidad. Finalmente, también considera que el enriquecimiento sin causa es materia arbitrable.
- 6.28. Teniendo clara la posición de las partes, corresponde remitirnos al artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado según el cual, las controversias derivadas de la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato se resolverán mediante conciliación o arbitraje, debiendo tenerse en cuenta también que la propia Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento establece escenarios que, siendo evidentemente contractuales, no son arbitrables, por disponerlo así expresamente la Ley. Uno de estos escenarios tiene que ver lo referente a las prestaciones adicionales de obra para lo cual se requiere, de la aprobación de la Entidad, en algunos casos, de la Contraloría General de la República. Sobre ello, el artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado establece que *"La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no podrá ser sometida a arbitraje. Tampoco podrán ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones*

adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República".

- 6.29. En concordancia con lo previsto en la ley, el Convenio Arbitral establece que "(...) todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje ad Hoc, de conformidad con lo establecido en la normatividad de contrataciones del Estado, bajo la organización y administración de un Tribunal Arbitral."
- 6.30. Atendiendo entonces a lo previsto en la normatividad de contratación pública y lo pactado por las partes en el convenio arbitral contenido en el Contrato, corresponde determinar si la tercera y quinta pretensiones principales de la demanda y cada una de sus pretensiones subordinadas, se encuentran referidas a prestaciones adicionales cuya ejecución requería de la autorización de la Entidad y, en consecuencia, no eran arbitrables.
- 6.31. Respecto a la tercera pretensión principal, el Consorcio reclama el pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la ejecución de los mayores metrados, reajuste de precios metrados expediente y reajuste de precios metrados adicionales por la suma de S/. 972,766.93. Y en el caso que no se acceda a esta pretensión, solicita que se reconozca este pago como mayor costo, enriquecimiento sin causa o abuso de derecho. Así las pretensiones, expresamente, planteadas por el Consorcio fueron las siguientes:

"(...)

1.4. TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: QUE SE DECLARE LA EXISTENCIA DE DAÑOS Y PERJUICIOS DURANTE LA

EJECUCION CONTRACTUAL ASCENDENTE A S/. 972,766.93 (NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MIL SETECIENTOS SESENTA Y SEIS Y 93/100 SOLES) MAS IGV, POR MAYORES METRADOS EJECUTADOS, REAJUSTE DE PRECIOS METRADOS EXPEDIENTE Y REAJUSTE DE PRECIOS METRADOS ADICIONALES, ORDENÁNDOSE EL PAGO AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.

1.5. PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA TERCERA PRETENSIÓN

PRINCIPAL: QUE SE DECLARE LA EXISTENCIA DE UN MAYOR COSTO DURANTE LA EJECUCION CONTRACTUAL ASCENDENTE A S/. 972,766.93 (NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MIL SETECIENTOS SESENTA Y SEIS Y 93/100 SOLES) MAS IGV, POR MAYORES METRADOS EJECUTADOS, REAJUSTE DE PRECIOS METRADOS EXPEDIENTE Y REAJUSTE DE PRECIOS METRADOS ADICIONALES, ORDENÁNDOSE EL PAGO AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.

1.6. SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA TERCERA PRETENSIÓN

PRINCIPAL: QUE SE DECLARE LA EXISTENCIA DE UN ABUSO DEL DERECHO DURANTE LA EJECUCION CONTRACTUAL ASCENDENTE A S/. 972,766.93 (NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MIL SETECIENTOS SESENTA Y SEIS Y 93/100 SOLES) MAS IGV, POR MAYORES METRADOS EJECUTADOS, REAJUSTE DE PRECIOS METRADOS EXPEDIENTE Y REAJUSTE DE PRECIOS METRADOS ADICIONALES, ORDENÁNDOSE EL PAGO AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.

1.7. TERCERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: QUE SE DECLARE LA EXISTENCIA DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA DURANTE LA EJECUCION CONTRACTUAL ASCENDENTE A S/. 972,766.93

(NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MIL SETECIENTOS SESENTA Y SEIS Y 93/100 SOLES) MAS IGV, POR MAYORES METRADOS EJECUTADOS, REAJUSTE DE PRECIOS METRADOS EXPEDIENTE Y REAJUSTE DE PRECIOS METRADOS ADICIONALES, ORDENÁNDOSE EL PAGO AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD." (Resaltado y sombreado nuestro)

- 6.32. En ese sentido, se advierte que el Consorcio plantea a través de cuatro figuras jurídicas distintas, estas son: **i)** daños y perjuicios; **ii)** mayor costo; **iii)** enriquecimiento sin causa y; **iv)** abuso de derecho, el reconocimiento de lo que en las cuatro pretensiones coincide, es decir, el pago por mayores metrados ejecutados. Con ello, se advierte que los petitorios planteados en la tercera pretensión principal y sus tres pretensiones subordinadas, es en realidad el pago por mayores metrados ejecutados, los cuales se sustentan en diferentes figuras jurídicas que lo único que hacen es variar a título de qué son reclamadas, coincidiendo en el fondo en el mismo petitorio.
- 6.33. Habiendo llegado a esta conclusión, este Colegiado, analizará si el petitorio común de estas cuatro pretensiones, es decir, la declaración de ejecución de un mayor metrado que genera un derecho de pago es o no arbitrable.
- 6.34. Respecto a la ejecución de mayores metrados, el OSCE ha establecido que cuando "los trabajos realizados por el contratista necesarios para cumplir el objeto de un contrato a precios unitarios, superaban los metrados referencialmente consignados en el expediente técnico, o en el supuesto que la cantidad de metrados que aparecía consignada en el presupuesto de obra, en la planilla de metrados de una determinada actividad o en otro de los documentos que formaba parte del Expediente Técnico, fuera menor o distinta a la realmente ejecutada, la Entidad debía

efectuar el pago según lo efectivamente ejecutado por el contratista, a través de la valorización correspondiente, verificándose -previamente- la disponibilidad presupuestal respectiva"¹.

6.35. Asimismo, según la misma opinión del OSCE:

"(...) la Entidad podía ordenar al contratista la ejecución de prestaciones adicionales², siempre que fueran indispensables para alcanzar la finalidad del contrato.

En efecto; en el caso de obras, el primer párrafo del numeral 41.2 del artículo 41 de la anterior Ley otorgaba a la Entidad la potestad de ordenar al contratista la ejecución de prestaciones adicionales de obra³ hasta por el quince por ciento (15%) del monto del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados, siempre que respondieran a la finalidad del contrato original.

Asimismo, el segundo párrafo del referido numeral establecía que en caso resultara indispensable la ejecución de prestaciones adicionales de obra **por deficiencias del expediente técnico o por situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato,** mayores a las establecidas en el párrafo anterior, el Titular de la

¹ Opinión N° 259-2017/DTN

² Siguiendo a Manuel de la Puente, esta potestad responde al ejercicio de las prerrogativas especiales del Estado, pues se enmarca dentro de lo que la doctrina denomina "cláusulas exorbitantes" que caracterizan a los regímenes jurídicos especiales de derecho público –como es el que subyace a las contrataciones del Estado– en los que la Administración Pública representa al interés general, el servicio público, y su contraparte representa al interés privado. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Las Cláusulas Exorbitantes*, en: THEMIS, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 39, Pág. 7.

³ Para ejercer esta prerrogativa, además del sustento del área usuaria responsable, se debía contar con certificación de crédito presupuestario a efectos de emitir la resolución aprobatoria del titular de la Entidad, de conformidad con el primer párrafo del artículo 207 del anterior Reglamento.

Entidad podía decidir autorizarlas, siempre que su monto no superase el cincuenta por ciento (50%) del monto del contrato original, debiendo contar previamente con la autorización de la Contraloría General de la República para su ejecución y pago⁴.

Como se advierte, de conformidad con el segundo párrafo del numeral 41.2 del artículo 41 de la anterior Ley, uno de los supuestos que permitía a la Entidad aprobar prestaciones adicionales de obra era que el expediente técnico de obra presentara deficiencias en su elaboración, el mismo que es materia del presente análisis".

- 6.36. De lo citado precedentemente, se desprende que, si se presentara la necesidad de ejecutar una cantidad mayor de metrados a la prevista en el expediente técnico de obra, debido a una deficiencia de este último, entonces la Entidad aprobaría esta ejecución como prestaciones adicionales de obra.
- 6.37. En el presente caso, conforme se puede apreciar del propio dicho del Consorcio, los mayores metrados, reajuste de precios metrados expediente y reajuste de precios metrados adicionales se habrían ejecutado **como prestaciones adicionales de obra a solicitud del Supervisor**, y de conformidad al artículo 207° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable. Así en su escrito presentado con fecha 12 de octubre de 2017, el Consorcio al sustentar "¿por qué solicitó como daños y perjuicios el reconocimiento de mayores metrados ejecutados, reajuste de precios metrados expediente y reajuste de precios metrados adicionales?", afirmó lo siguiente:

⁴ Cabe precisar que, en el caso de prestaciones adicionales con carácter de emergencia que superasen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original, el Titular de la Entidad podía autorizar su ejecución, requiriéndose la autorización de la Contraloría General de la República de manera previa al pago, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 208 del anterior Reglamento.

- 1.1. Como respuesta al presente cuestionamiento, debemos manifestar que la obra no se llegó a culminar al 100% de las metas programadas según el Expediente Técnico del contrato suscrito entre la Entidad y el Consorcio ya que la Entidad no aprobó los adicionales de mayores metrados de partidas existentes, alcanzados por el Consorcio, lo que conllevó a alcanzar un acumulado del 67.32% de las metas programadas.
- 1.2. Sin embargo, ello no implica que, el Consorcio no haya ejecutado mayores metrados, los cuales fueron requeridos por la propia entidad y amparados por la supervisión, conforme se puede apreciar de diferentes Asientos de Cuadernos de Obra, tales como el Asiento 250 y 276 (**Anexo 7-A**).
- 1.3. Además de ello, debemos señalar que la Supervisión señaló que existió una situación de emergencia por el Fenómeno del Niño como se establece el Informe de nuestro Ingeniero Ambiental y en el Comunicado Oficial ENFEN N° 02- 2015 (**Anexo 7-B**), a través del cual se nos exigió continuar con los trabajos según el Calendario de Obra aprobado hasta que se emita la resolución de la Entidad a los adicionales.¹
- 1.4. En ese sentido, conforme se establece en el artículo 207° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en situaciones de emergencia basta que la Entidad autorice a la Supervisión, para que ésta pueda autorizar la ejecución del Adicional, sin necesidad de Partida presupuestaria previa. La Ley y su Reglamento no establecen que dicha autorización sea comunicada directamente al Contratista.
- 6.38. En dicho escrito, el Consorcio lejos de sustentar la configuración de una responsabilidad contractual por parte de la Entidad que acarrea el reconocimiento de daños y perjuicios a su favor, asevera

CONSORCIO
SEI INKA
ING. FERNANDO ALVARO ESPINO BARTOS

... del Asiento N° 276 de la Supersición:

- El Contratista está obligado a cumplir los avances financieros establecidos en el Calendario de Avance de la Obra vigente hasta que notifique la Entidad por adicionales N° 01 y el adicional N° 02 y si fuera el caso la denegación de los mismos el Contratista deberá tener en cuenta el Asiento N° 250 de la Supersición.

En el asiento 250 aludido, de fecha 29 de octubre de 2015, se puede resumir, principalmente, lo siguiente:

- **Asiento N° 250:** el Supervisor informa al Consorcio que se acerca el período de lluvias y el pronosticado fenómeno del niño, por lo que debía tener en cuenta el avance de la obra de la defensa ribereña.

Por su lado, el mencionado asiento 276, de fecha 26 de noviembre de 2015, indica, principalmente, lo siguiente:

- **Asiento N° 276:** el Supervisor indica al Consorcio su obligación de cumplir los avances establecidos en el Calendario de Avance Obra vigente hasta que la Entidad notifique los Adicionales 1 y 2. Inclusive, menciona que si dichos adicionales fueran denegados deberá sujetarse lo señalado en el asiento 250.

6.39. Atendiendo a ello, este Tribunal Arbitral evidencia que el Supervisor no autorizó, ni obligó al Consorcio ejecute los mayores metrados considerados en los Adicionales 1 y 2, todo lo contrario, se puede leer del asiento 276, la exhortación a cumplir con la ejecución de la obra de acuerdo al Calendario de Avance de la Obra vigente, es decir, ejecutando sólo lo que a la fecha se encontraba aprobado

por la Entidad, es decir, vigente. Ello se ratifica, incluso, cuando el Supervisor, en las últimas líneas de dicho asiento, señala que así los referidos Adicionales N°s 1 y 2 no sean aprobados, el Consorcio debía cumplir con el avance de la obra.

- 6.40. Ahora bien, conforme al escenario normativo expuesto previamente, se conoce que los adicionales solo se ejecutan con autorización de la Entidad, o de ser el caso, de la Contraloría. Sin embargo, en este caso, el Consorcio ha alegado que si bien la Entidad nunca aprobó los adicionales, éstos fueron autorizados a ser ejecutados por el Supervisor, en virtud del artículo 207° del Reglamento, el que establece que *"Excepcionalmente, en el caso de prestaciones adicionales de obra que por su carácter de emergencia, cuya no ejecución pueda afectar el ambiente o poner en peligro a la población, los trabajadores o a la integridad de la misma obra, la autorización previa de la Entidad podrán realizarse mediante comunicación escrita a fin que el inspector o supervisor pueda autorizar la ejecución de tales prestaciones adicionales (...)"*
- 6.41. Así, es cierto que bajo la autorización del Supervisor, el Consorcio puede ejecutar adicionales, en casos de emergencia; sin embargo, no obra documento alguno que acredite que el Supervisor haya brindado autorización alguna para que el Consorcio interprete que correspondía proceder con la ejecución de los mayores metrados considerados en los Adicionales N°s 1 y 2, debiendo el Consorcio limitarse a ejecutar la obra de acuerdo a su calendario de avance de obra vigente, hasta ser notificado con la decisión emitida por la Entidad respecto a los Adicionales N°s 1 y 2, los que finalmente no fueron aprobados, conforme lo afirma el mismo Consorcio y acepta la Entidad.

- 6.42. En cuanto a la quinta pretensión principal, el Consorcio reclama el pago por S/. 1'089,643.82 por incremento del costo por dique. Y en el caso que no se acceda a esta pretensión, solicita que se reconozca este pago como indemnización por daños y perjuicios, mayor costo, enriquecimiento sin causa o abuso de derecho. En este caso, al igual que sucedió al analizar la tercera pretensión principal y sus subordinadas, este Tribunal seguirá el mismo criterio partiendo por analizar si los mayores metrados que se solicitan sean reconocidos y pagados, a través de diversas figuras jurídicas, son arbitrables o no, en la medida que se traten de adicionales o no.
- 6.43. En atención a ello, advertimos que, como lo argumenta el Consorcio, en el Asiento N° 290 del Cuaderno de Obra, el Supervisor habría dejado constancia de que el Consorcio debía solicitar el Adicional por el aumento de la distancia media para el traslado de rocas de las canteras; así en dicho asiento se señala lo siguiente:

El día de ayer se constituyeron a obra los representantes del Gobierno Represent la Libertad por la Subgerencia de Obras el Coordinador Ing. Alfredo Vargas Lanza, por la Gerencia de Estudios el Ing. Luis Toboless Alvarado por la Municipalidad de la Provincia Gran Chiriquí el Sr. D. Pérez Rodríguez por el Propietario Ing. Víctor Ciro Ríos, por la Supervisión Ing. Orlando Gutiérrez Bernal y el Ing. Manuel E. Pardo Cano, por el Contratista Ing. Fernando Chaparrón Bots, Ing. Alejandro Hargrave y el Ing. Javier García con la finalidad de verificar la existencia de Cantos de Roca que se encuentren lo más cerca posible de los frentes del túnel, en Culhuac espejo y Huancay teniendo en consideración que por las ~~cantadas~~ cantos de poca mencionados en el expediente técnico que van siempre - Quebrada Honda, Huancay - la técnica y buena climas fueron desestimada por el Ministerio de Cultivos y la misma Cantos por estar en una zona mineros; situación que por la falta de autorización para la explotación de estas tres cantos se incrementa la distancia media entre cantos autorizados a los frentes como Huancay, Culhuac espejo y Culhuac espejo, pique profundo para el Contrator plantar Adicional por incremento de la Distancia Media.

A la altura del sector del túnel a la margen izquierda del Río Chiriquá recorrimos con toda la comitiva inspeccionando en el paraje puntal a una distancia aproximadamente

INSPECTOR

RESIDENTE

CONSOLIDATED
ING. ORGANIZATIONS
ING. SUPERVISOR

En este caso, en el Asiento 290 del 17 de diciembre de 2015, el Supervisor indica que la falta de autorización de tres de las canteras incrementaba la distancia media de las canteras, significando ello que el Contratista plantee un adicional por incremento de la distancia media.

- 6.44. Asimismo, de la Carta N° 003-2016-CSI del 18 de enero de 2016, a través de la cual el Consorcio solicitó la Ampliación de Plazo Parcial N° 2, se desprende que la partida de los diques fue considerada en las solicitudes de Prestaciones Adicionales N° 1 y 2, que en esa fecha, aún se encontraban pendientes de aprobación:

- Con fecha 25/11/15, se presentó ante la Supervisión de la obra, de acuerdo a lo dispuesto por el Art. 207* del Reglamento, nuestra solicitud de aprobación de la Prestación Adicional N° 02 "POR MAYOR DISTANCIA MEDIA DE TRANSPORTE DEL CARGUIO Y TRANSPORTE DE ROCA, COMO CONSECUENCIA DEL USO DE DOS CANTERAS AL HABERSE DESAUTORIZADO TRES DE LAS CINCO CONSIDERADAS EN EL EXPEDIENTE TECNICO CONTRATADO", por otro lado, la presentación de dicha solicitud implica la paralización formal de los trabajos correspondientes varias partidas de la RUTA CRITICA de la obra, en concordancia con lo indicado en el Art. 207 de Reglamento "Sólo procederá la ejecución de prestaciones adicionales de obra cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestario y la resolución del Titular de la Entidad y en los casos en que sus montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, sean iguales o no superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original"
- Las partidas correspondientes al RUTA CRITICA DE OBRA del CRONOGRAMA VIGENTE, paralizadas para las locaciones cuyas distancia media de transporte son mayores a la Distancia Media de Transporte (DMT) contractual (10.3 Km.) son:

RUTA CRITICA		CRONOGRAMA VIGENTE		
		INICIO	Tiempo	Final
03.0	ENROCADO DE			
2	PROTECCION			
03.0	EXTRACCION DE ROCAS			
2.01	CON EXPLOSIVOS	16/07/2015	221	22/02/2016
03.0	SELECCION Y ACOPIO DE			
2.02	ROCA	19/07/2015	232	07/03/2016
03.0	CARGUIO Y TRANSPORTE			
2.03	DE ROCA	19/07/2015	232	07/03/2016
03.0	GEOTEXTIL NO TEJIDO 300			
2.04	gr/m2	15/08/2015	184	15/02/2016
03.0	ACOMODO DE ROCA EN			
2.05	UÑA DE DIQUE	30/08/2015	205	22/03/2016
03.0	ACOMODO DE ROCA EN			
2.06	TALUD DE DIQUE	13/09/2015	217	17/04/2016

- Los diques y tomas afectados con la paralización cuyas Distancias Medias de Transporte superan a la DMT contractual son:
 - Empalme Espejo
 - El Túnel
 - Horna
 - Huancay parte baja
 - Huancay Tramo I
 - Pinchaday Bajo
 - Pinchaday Alto
 - Punguchique
- Hay que tener en cuenta así mismo, que varios de los diques nombrados han sido paralizados en fechas pasadas, algunos en pleno proceso constructivo como consecuencia de la DENEGATORIA por parte de la Entidad de la solicitud de la aprobación de la Prestación Adicional N° 01 lo que impide la prosecución de las partidas de Limpieza de Cauce y Conformación y Semicompactación de Diques y el cumplimiento de las metas propuestas.

6.45. Así las cosas, se evidencia que tanto el Supervisor como el propio Consorcio, a través del Asiento 290 y la Carta N° 003-2016-CSI, reconocieron que el aumento de costo de los diques debía ser tramitado como un adicional. Es así, que obran en el expediente arbitral las solicitudes de Adicionales N° 1 y 2, que ambas partes reconocen, no fueron aprobados por la Entidad.

6.46. Así las cosas, tenemos que los montos reclamados, tanto en la tercera como en la quinta pretensión principal y sus respectivas

subordinadas, por el Consorcio provienen de mayores metrados y sus respectivos reajuste; así como, situación que ha sido admitida expresamente por el Consorcio; sin embargo, ahora afirma haber sido autorizado por el Supervisor para su ejecución, lo cual no ha podido ser demostrado de los asientos del Cuaderno de Obra.

6.47. Asimismo, el Consorcio indica que en la medida que sus pedidos de aprobación de prestaciones adicionales de obra no fueron aprobados por la Entidad, entonces acude al enriquecimiento, abuso de derecho, mayor costo e indemnización por daños y perjuicios, para solicitar residualmente aquello que no ha sido aprobado por la Entidad.

6.48. Resulta entonces evidente que los mayores metrados y el aumento de los costos de los diques reclamados por el Consorcio en su tercera y quinta pretensión se derivan de prestaciones adicionales de obra que, a decir del propio Consorcio, no fueron aprobados por la Entidad, controversias que el artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado establece como no arbitrables.

6.49. En tal sentido, más allá del debate doctrinario sobre el enriquecimiento sin causa tiene o no fuente contractual, lo cierto es que los mayores metrados y el costo de los diques, cuyo pago reclama el Consorcio se han ejecutado con ocasión de la ejecución del Contrato cuyo marco normativo expresamente dispone que las controversias referidas a prestaciones adicionales no son arbitrables. Por ende mismo, si tanto la Ley como el Contrato son incisivos en determinar que los árbitros carecen de competencia para conocer lo referido a prestaciones adicionales, dicha disposición alcanza también a todas las pretensiones relacionadas con ello, pues, si el Tribunal carece de competencia para conocer lo principal, con mayor razón carecerá de

competencia para conocer lo accesorio, lo subordinado o lo residual.

- 6.50. Por las razones expuestas, el Colegiado considera que la excepción propuesta por la Entidad es fundada, por lo que el Tribunal es incompetente para pronunciarse sobre la tercera y quinta pretensión principal de la demanda, y cada una de sus pretensiones subordinadas.

VII. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR VÁLIDA LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO N° 001-2015-GRLL-GRCO EFECTUADA POR EL CONSORCIO SOL INKA POR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES DEL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD DETALLADAS EN LA CARTA N° 021-2016-CSI Y EN TODAS SUS COMUNICACIONES QUE OBRAN EN EL ACERVO DOCUMENTARIO DE LA OBRA.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

EN CASO SE DECLARE FUNDADA LA PRETENSIÓN ACOGIDA COMO PUNTO CONTROVERTIDO ANTERIOR, DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE, HABIÉNDOSE CONFIGURADO LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL POR CAUSA ATRIBUIBLE AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD, SE RECONOZCA EN LA LIQUIDACIÓN DE OBRA QUE SE PRACTIQUE LA SUMA DE S/ 102.823.92 (CIENTO DOS MIL OCHOCIENTOS VEINTITRÉS Y 92/100 SOLES) MÁS I.G.V. CORRESPONDIENTE AL 50% DE LA UTILIDAD PREVISTA CALCULADA SOBRE EL SALDO QUE SE DEJÓ DE EJECUTAR.

POSICIÓN DEL CONSORCIO

- 7.1. Mediante Carta N° 016-2016-CSI de fecha de recepción 26 de febrero de 2016, el Consorcio requirió a la Entidad

para que dentro del plazo perentorio de quince (15) días calendario ésta cumpla con sus obligaciones contempladas en las bases y en el Contrato, bajo apercibimiento de resolverlo, dado que a la fecha se había verificado incumplimiento por parte de la Entidad de las siguientes obligaciones:

"(...)

- *No habilitar canteras con todos los permisos (CIRA, ANA).*
- *Falta de respuesta mediante Resolución de la Entidad referente a los temas anteriores: aumento de la distancia de transporte y como ejecutar o proseguir con las partidas que se ha alcanzado el 100% del metrado. No habiendo respuesta y siguiendo corriendo los tiempos.*
- *Falta de respuesta a la Ampliación de plazo N° 2.*
- *Quitar metrados de la valorización sin ningún sustento: La supervisión no valorizó la roca del último dique ejecutado, Espejo-La mira y no valorizó la ejecución de los trabajos en Huancay: excavación de uña, transporte de roca."*

7.2. Sin embargo y no habiendo cumplido la Entidad con cumplir sus obligaciones esenciales, mediante Carta Notarial N° 021 -2016-CSI de fecha de recepción 12 de abril de 2016, el Consorcio comunicó a la Entidad la resolución del Contrato, conforme al artículo 209° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

7.3. No obstante a ello y pese a que el Contrato ya estaba resuelto, la Entidad mediante Carta Notarial N° 004-2016-GRLL/GOB/GGR de fecha de recepción 23 de junio de 2016 requirió al Consorcio cumplir con sus obligaciones, bajo apercibimiento de resolver el

Contrato ya que aparentemente el Consorcio no habría cumplido con ejecutar la obra habiéndola supuestamente abandonado.

- 7.4. Ante ello, mediante Carta N° 035-2016-CSI del 06 de julio de 2016 el Consorcio comunicó a la Entidad que los supuestos incumplimientos fueron generados por el fenómeno del Niño y que incluso la Entidad no le habría comunicado al Consorcio para que resane las estructuras hidráulicas, colocación de compuertas metálicas en las tomas de captación, labores de reforestación, labores de captación, aplicación de plan de manejo ambiental, control de contingencias, restauración de tomas de captación colapsados por efectos del Fenómeno del Niño y no por una inejecución de sus obligaciones contractuales por parte del Consorcio, razón por la cual el apercibimiento efectuado por la Entidad resultaba ilegal e inconsistente, más aún si dicha resolución contractual, a la fecha de la carta de apercibimiento por parte de la Entidad, se encontraba consentida conforme se establece en el artículo 209 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- 7.5. En ese sentido, el Consorcio solicita la validación de la resolución del Contrato N° 001-2015-GRLL-GRCO efectuada por supuestos incumplimientos de las obligaciones contractuales de la Entidad detalladas y sustentadas en la Carta N° 021-2016-CSI de fecha de recepción 12 de abril de 2016 y en todas nuestras comunicaciones que obran en el acervo documentarlo de la obra.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

- 7.6. Al respecto, la Entidad hace presente que según lo dispuesto en el literal c) del artículo 40° de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, el Consorcio podrá resolver el contrato ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que haya emplazado a la Entidad

mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento.

7.7. En este sentido, la Entidad afirma que resulta necesario determinar previamente, si las obligaciones contractuales cuyo incumplimiento imputó el Consorcio a la Entidad constituyen en sí obligaciones esenciales y si estas realmente no fueron ejecutadas por la Entidad, circunstancias que permitirá establecer si la resolución del Contrato efectuada por Consorcio resulta ser válida o no.

7.8. Para los fines correspondientes, se remite a lo expuesto en la Opinión N° 027-2014/DTN emitida por la Dirección Técnica Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, opinión que de acuerdo con la Tercera Disposición Complementaria Final del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado tiene carácter vinculante; opinión que citamos a continuación:

"(...)

2.1. ¿Cómo se define una obligación esencial?

2.1.1. En primer lugar, debe indicarse que, una vez perfeccionado un contrato, el Consorcio se obliga a ejecutar las prestaciones pactadas a favor de la Entidad de conformidad con las disposiciones contractuales; por su parte, la Entidad se compromete a pagar al Consorcio la contraprestación correspondiente, en la forma y oportunidad establecidas en el contrato.

Así, el cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas por las partes es la situación esperada en el ámbito de la contratación estatal; sin embargo, dicha situación no siempre

se verifica durante la ejecución del contrato, pues alguna de las partes podría incumplir parcial o totalmente sus obligaciones, o verse imposibilitada de cumplirlas.

Ante tal eventualidad, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la posibilidad de resolver⁵ el contrato, cuando resulte imposible ejecutar las prestaciones pactadas, o como paliativo ante el incumplimiento de estas.

2.1.2. Al respecto, como una de las cláusulas obligatorias en los contratos regulados por la normativa de contrataciones del Estado, el literal c) del artículo 40 de la Ley establece que "(...) En caso de **incumplimiento** por parte del Consorcio de alguna de sus **obligaciones**, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, (...). Igual derecho asiste al Consorcio ante el incumplimiento por la Entidad de sus **obligaciones esenciales**, siempre que el Consorcio la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento."

Asimismo, el último párrafo del artículo 168 del Reglamento precisa que "El Consorcio podrá solicitar la resolución del contrato. (...), en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus **obligaciones esenciales**, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato. Pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169°".

⁵ A mayor abundamiento, García de Enterría precisa que la resolución "(...) es una forma de extinción anticipada del contrato actuada facultativamente por una de las partes, cuya función consiste en salvaguardar su interés contractual como defensa frente al riesgo de que quede frustrado por la conducta de la otra parte". (El resaltado es agregado). En Curso de Derecho Administrativo 1, reimpresión 2001, Madrid: Civitas, 2001, Pág. 750.

Como se aprecia, un contrato suscrito bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado puede resolverse por el incumplimiento de las obligaciones del Consorcio o por el incumplimiento de las **obligaciones esenciales** de la Entidad. En este último caso, el Consorcio puede resolver el contrato cuando el incumplimiento de la Entidad implique la inobservancia de alguna de sus obligaciones esenciales, las mismas que deben estar contenidas en las Bases o en el contrato.

En este punto, debe indicarse que la distinción entre la potestad resolutoria de la Entidad (ante el incumplimiento de alguna obligación del Consorcio) y la del Consorcio (sólo ante el incumplimiento de obligaciones esenciales de la Entidad), responde a los diferentes intereses involucrados en la contratación pública. Así, una Entidad al contratar un bien, servicio u obra tiene por finalidad satisfacer intereses o necesidades públicas; en cambio, el Consorcio busca satisfacer su interés económico de lucro, el mismo que constituye un interés privado.

De esta manera, a través de la distinción descrita, la normativa de contrataciones del Estado busca limitar la potestad resolutoria del Consorcio a solo aquellos casos en que la Entidad incumpla con sus obligaciones esenciales, con la finalidad de promover la continuidad de la ejecución del contrato y, en consecuencia, satisfacer el interés público involucrado con la contratación.

2.1.3. De conformidad con lo expuesto, se puede inferir que una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato. En otras palabras, es

aquella cuyo incumplimiento impide alcanzar la finalidad del contrato.

Abundando en lo anterior, es importante indicar que el pago de la contraprestación constituye la principal obligación esencial que toda Entidad debe cumplir para satisfacer el interés económico del Consorcio, pudiendo existir otro tipo de obligaciones esenciales en función a la naturaleza u objeto del contrato⁶ o a las prestaciones involucradas".

7.9. Asimismo, se remita a la Carta N° 016-2016-CSI, donde el Consorcio imputó a la Entidad el incumplimiento de las siguientes obligaciones:

- a) No habilitar canteras con todos los permisos
- b) Falta de Respuesta mediante Resolución de la Entidad referente a los temas anteriores: aumento de la Distancia de Transporte y como ejecutar o proseguir con las partidas que se ha alcanzado el 100% del metrado. No habiendo respuesta y siguiendo corriendo los tiempos.
- c) Falta de Respuesta a la Ampliación de Plazo N° 02
- d) Quitar metrados de la valorización sin ningún sustento: la supervisión no ha valorizado la roca del último dique ejecutado, Espejo-La mira y no se ha valorizado la ejecución de los trabajos en Huancay: excavación de uña, transporte de roca.

En este sentido, para la Entidad resulta necesario realizar el análisis respecto de cada una de los supuestos antes mencionados, así tenemos que:

⁶ 2 En el caso de contratos para la ejecución de obras, el artículo 184 del Reglamento establece determinadas obligaciones a la Entidad cuyo incumplimiento faculta al Consorcio a solicitar la resolución del contrato por incumplimiento, entre ellas la falta de entrega del terreno o la falta de designación del inspector o supervisor de obra.

a) **Respecto de no habilitar canteras con todos los permisos**, se debe tener en consideración que:

- Según lo habría expuesto el Consorcio en su Carta N° 003-2016-CSI (que obra como anexo de la Liquidación de obra), el 24 de Abril de 2015 el Ministerio de Cultura aprobó y autorizó, mediante Oficio N° 656-2015-DDC-LIB/MC, el uso de las Canteras nuevas (Sinupe y Jolluco) por el Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos - CIRA, cuya aprobación fue solicitada mediante Carta N° 020-2015-CSI de fecha 09/04/2015, circunstancias que fueron recientemente anotadas en el Asiento N° 207 del Cuaderno de Obras, el día 16 de Octubre de 2015.
- Con fecha 20 de Noviembre de 2015, el Consorcio, mediante Carta N° 024-2015-CSI/RO, habría hecho entrega al supervisor de obra del Oficio N° 1937-2015-DDC-LIB/MC; documento por el cual se adjuntaría la aprobación del CIRA de la cantera el Limo y la Ampliación de la Cantera de Jolluco, circunstancias que habrían quedado anotadas en los Asientos N° 267 y N° 268 del Cuaderno de Obra. Conforme podría apreciarse la aprobación de los Certificados de Inexistencia de Restos Arqueológicos - CIRA de las canteras antes mencionadas, fueron otorgadas con muchos meses de anticipación a la notificación de las Cartas N° 016-2016-CSI y N° 021-2016-CSI (mediante las cuales se pretendió resolver el contrato), lo cual evidencia que al 26 de Febrero de 2016, el incumplimiento imputado a la entidad, ya habría sido superado; por lo que, en este sentido dicha entidad cumplió con sus obligaciones contractuales.

Si bien es cierto que solo dos de las cinco canteras propuestas en el expediente técnico contaban con Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos - CIRA, cierto también resulta ser que dichas circunstancias no impidieron al Consorcio continuar con la ejecución del Contrato, tal es así que, en el presente proceso el Consorcio está demandando como quinta pretensión principal, el pago de la suma de S/.1'089,643.82 (Un Millón Ochenta y Nueve Mil Seiscientos Cuarenta y Tres con 82/100 Nuevos Soles), por el incremento del costo por dique, el mismo que se habría originado por la mayor distancia media de transporte, ello a raíz de la ubicación de las canteras antes mencionadas.

Precisamos que el monto antes mencionado, resultaría ser el producto de la diferencia existente entre el Costo Nuevo por el incremento de la distancia el mismo que ascendería (según el Consorcio) a la suma de S/.2'872,572.70 y el Costo del Expediente, el mismo que ascendería a la suma de S/.1'782,92.90; circunstancias que evidencian que aun con la existencia de solo dos canteras, el Consorcio pudo ejecutar en su totalidad dicha partida, por lo que, resulta absurdo y contraproducente exigir el Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológico de las demás canteras propuestas en el expediente técnico, cuando con solo la existencia de las dos canteras antes mencionadas, el Consorcio pudo cumplir con su obligación.

- b) **Respecto de la Falta de Respuesta mediante Resolución de la Entidad**, referente al aumento de la Distancia de Transporte y como ejecutar o proseguir con las partidas que se ha alcanzado el 100% del metrado, debe tenerse en consideración lo siguiente:

El pedido formulado por el Consorcio referido al reconocimiento por mayor distancia de transporte formaba parte de la solicitud de Adicional de Obra N° 02 (circunstancias que han sido expresamente aceptadas por el Consorcio en su Carta N° 003-2016-CSI, así como en el Asiento del Cuaderno de Obra N° 272 de Fecha 25/11/2015), solicitud que fue denegada ello conforme puede apreciarse del contenido del Informe N° 232-2015-GRLL-GRI-SGO/AVL, notificado al Consorcio el 16 de Diciembre de 2015 mediante Carta N° 547-2015-GRLL-GGR-GRI-SGO, es decir, mucho antes de que se notificaran las Cartas N° 016-2016-CSI y N° 021-2016-CSI, mediante las cuales se resolvió el Contrato, por lo que resultaría ser falsa la afirmación esbozada en el sentido de que la Entidad no dio respuesta a dicha solicitud.

- 7.10. Asimismo, se remitió al artículo 207 del Reglamento y de esa manera, para explicar el proceder el proceder del supervisor, concluyendo que independientemente de si el supervisor entregó su informe dentro del plazo o no, la Entidad dispondrá de catorce (14) días, computados desde el día siguiente de recibido dicho informe, para emitir y notificar la resolución mediante la que se pronuncia sobre la procedencia de la ejecución de la prestación adicional de obra.
- 7.11. Al respecto, la Entidad precisó que, las prestaciones adicionales que se solicitan u ordenan en un contrato, son justamente presupuestos que al no formar parte del contrato, pero que al ser necesarias para su ejecución, deben ejecutarse previa aprobación; pero claro está que no forman parte del contrato original al cual quedaron comprometidas las partes. De este modo, aunque sean solicitadas. La ley no obliga a la entidad a aprobarlas.

7.12. Tan cierta resultaría su afirmación, a su entender, que en el artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado, se ha establecido que la decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no podrá ser sometida a arbitraje, menos aún podrán ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República.

7.13. Así, la Entidad señaló que, la falta de respuesta o la demora en emitir pronunciamiento respecto del adicional de obra no constituye una obligación contractual esencial; más aún cuando el único efecto que el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, le ha atribuido a la demora de la Entidad en emitir y notificar esta resolución, es que esta circunstancia podría ser causal de ampliación de plazo.

c) **Respecto de Falta de Respuesta a la Ampliación de Plazo N° 02,** la Entidad afirma que, debe tenerse en consideración lo establecido en el Artículo 201° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo 184-2008-EF, según el cual:

"Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal, el Consorcio, por intermedio de su residente, deberá anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el Consorcio o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la

demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra. En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo.

El inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la Entidad, en un plazo no mayor de siete (7) días, contados desde el día siguiente de presentada la solicitud. La Entidad resolverá sobre dicha ampliación y notificará su decisión al Consorcio en un plazo máximo de catorce (14) días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe. De no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo señalado, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad."

- 7.14. Atendiendo a la norma antes citada, la Entidad afirmó que, la emisión de la resolución mediante la cual se emite pronunciamiento respecto de la procedencia o no de la ampliación de plazo no constituye una obligación esencial, pues su emisión no resulta ser indispensable para alcanzar la finalidad del Contrato; toda vez que, a la falta de pronunciamiento por parte de la Entidad se le ha asignado los efectos del silencio administrativo positivo; es decir que, en dicho caso, se considerará ampliado el plazo.

- d) **Respecto de quitar metrados a la valorización sin ningún sustento**, la supervisión no ha valorizado la roca del último dique ejecutado, Espejo-La mira y no se ha valorizado la ejecución de los trabajos en Huancay: excavación de uña, transporte de roca, por lo que, según la Entidad, debe tenerse en consideración que según lo dispuesto en el Artículo 197° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado "Los

metrados de obra ejecutados serán formulados y valorizados conjuntamente por el Consorcio y el inspector o supervisor, y presentados a la Entidad dentro de los plazos que establezca el contrato. Si el inspector o supervisor no se presenta para la valoración conjunta con el Consorcio, éste la efectuará. El inspector o supervisor deberá revisar los metrados durante el período de aprobación de la valoración".

7.15. Asimismo, según lo establecido en el Artículo 199° del referido dispositivo legal: *"Si surgieran discrepancias respecto de la formulación, aprobación o valoración de los metrados entre el Consorcio y el inspector o supervisor o la Entidad, según sea el caso, se resolverán en la liquidación del contrato, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida. Si la valoración de la parte en discusión representa un monto igual o superior al cinco por ciento (5%) del contrato actualizado, la parte interesada podrá someter dicha controversia a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles después de presentada. **La iniciación de este procedimiento no implica la suspensión del contrato ni el incumplimiento de las obligaciones de las partes**".*

7.16. De este modo, en opinión de la Entidad, las discrepancias respecto de la formulación, aprobación o valoración de los metrados, no constituyen una obligación esencial, pues aún con la existencia de dichas discrepancias es posible alcanzar la finalidad del Contrato, es decir, es posible culminar con la ejecución de la obra, teniendo en consideración que las referidas discrepancias, pueden haber sido resueltas en la etapa liquidación del contrato, etapa la que se llega una vez culminada la ejecución de la obra, o en el Proceso de conciliación o arbitraje; sin que dichas circunstancias impliquen el incumplimiento de las obligaciones contractuales de la Entidad; ello conforme ha quedado establecido en el artículo 199° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

7.17. De conformidad con lo antes expuesto, la Entidad acota que, el Consorcio puede resolver el contrato por incumplimiento solo cuando la Entidad incumpla con sus obligaciones esenciales; no siendo posible que el Consorcio ejerza su potestad de resolución ante el incumplimiento de una obligación no esencial de la Entidad; por lo que, en este sentido, se infiere válidamente que la resolución del Contrato efectuada por el Consorcio no resulta ser válida; de allí que debería desestimarse la primera pretensión principal y la pretensión accesorio a la principal, lo cual también fue manifestado mediante Carta Notarial N° 043-2016-GRLL-GGR-GRCO.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

7.18. Ante lo expuesto por las partes, y previo a analizar si en el fondo es válida o no la resolución efectuada por el Consorcio, corresponde a este Tribunal Arbitral, determinar si dicha resolución, cumplió con el procedimiento establecido en el Contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

7.19. En ese sentido, es necesario remitirnos a la cláusula vigésima del Contrato, la cual señala que aspectos de la referida ley son los aplicables, así prevé:

CLÁUSULA VIGÉSIMA: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS ATRIBUIBLES AL CONTRATISTA

En caso de incumplimiento por parte de **EL CONTRATISTA** de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por **LA ENTIDAD**, y que no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el presente contrato, en forma total o parcial, mediante remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica, de conformidad con el procedimiento y formalidades previstos en los artículos 40° y 44° de la Ley de Contrataciones del Estado, y en el artículo 209° de su Reglamento.

En este supuesto, se ejecutarán las garantías que **EL CONTRATISTA** hubiera otorgado de conformidad con el artículo 164° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de la indemnización por daños y perjuicios ulteriores que pueda exigir.

7.20. Por su parte, el artículo 40° literal c) de la Ley regula el supuesto de resolución por incumplimiento, en tanto que el artículo 44°, del mismo cuerpo normativo, regula también la resolución por caso fortuito o fuerza mayor.

7.21. A su vez, el artículo 168° del Reglamento establece las causales expresas para que las partes pueden resolver el contrato:

Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40° de la Ley, en los casos en que el contratista:

- 1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.*
- 2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o*
- 3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.*

El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40° de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169°.

7.22. En el presente caso, el Consorcio señaló que la resolución del Contrato se debió al incumplimiento, por parte de la Entidad, de sus obligaciones esenciales.

- 7.23. Al respecto, el artículo 169° establece el procedimiento que se debe seguir en caso de resolución por incumplimiento:

Artículo 169.- Procedimiento de resolución de Contrato

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

En el caso de las contrataciones efectuadas a través de la modalidad de Convenio Marco, las comunicaciones antes indicadas se deberán realizar a través del SEACE.

- 7.24. Así las cosas, en observancia del procedimiento señalado por ley, en caso de incumplimiento de obligaciones, la parte perjudicada deberá iniciar el trámite, según lo siguiente:

1. Requerir a la otra parte mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a quince (15) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

2. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

Conforme se desprende, ambos requerimientos, tanto el apercibimiento como la decisión de resolver el Contrato deberán ser comunicadas mediante carta notarial, aspecto formal, que sin su cumplimiento el procedimiento no se tendría como efectuado válidamente.

- 7.25. En ese sentido, tenemos que mediante Carta N° 016-2016-CSI notificada notarialmente con fecha 26 de febrero de 2016, el Consorcio requirió a la Entidad para que dentro del plazo perentorio de quince (15) días calendario ésta cumpla con sus obligaciones contempladas en las bases y en el Contrato, bajo apercibimiento de resolverlo, dado que a la fecha se había verificado incumplimiento por parte de la Entidad de las siguientes obligaciones:

"(...)

- *No habilitar canteras con todos los permisos (CIRA, ANA).*
- *Falta de respuesta mediante Resolución de la Entidad referente a los temas anteriores: aumento de la Distancia de transporte y como ejecutar o proseguir con las partidas que se ha alcanzado el 100% del metrado. No habiendo respuesta y siguiendo corriendo los tiempos.*
- *Falta de respuesta a la Ampliación de plazo N° 2.*
- *Quitar metrados de la valorización sin ningún sustento: La supervisión no valorizó la roca del último dique ejecutado,*

Espejo-La mira y no valorizó la ejecución de los trabajos en Huancay: excavación de uña, transporte de roca."

7.26. Al respecto, no obra documento en el expediente a través del cual la Entidad haya dado respuesta al apercibimiento efectuado por su contraparte. Así, es que, mediante Carta Notarial N° 021 -2016-CSI notificada notarialmente con fecha 12 de abril de 2016, el Consorcio comunicó a la Entidad la resolución del Contrato, conforme al artículo 209° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

7.27. En atención a ello, este Tribunal Arbitral advierte que la Entidad no se ha opuesto a dicha situación, es decir, no ha alegado no haber sido notificado notarialmente con la cartas de apercibimiento y la posterior carta de resolución de contrato, manifestando solo su oposición a la motivación que sustentó la decisión del Consorcio de resolver el Contrato, con lo que este Tribunal Arbitral evidencia se cumplió el procedimiento para resolver el Contrato, dentro de los plazos y formas dispuestas por la normativa aplicable.

7.28. En consecuencia, corresponderá revisar si esta resolución ha sido debidamente motivada, pues este es el único cuestionamiento que ha realizado la Entidad. En ese sentido, este Tribunal Arbitral atiende a que los incumplimientos del Contrato señalados por el Consorcio están referidos a:

- a) No habilitar canteras con todos los permisos (CIRA, ANA): respecto a este incumplimiento cabe señalar que, el Consorcio afirma que la Entidad no cumplió con entregarle la totalidad de canteras, consideradas en el Expediente Técnico, debidamente habilitadas, por lo que, procedió a requerirla, sin recibir respuesta por parte de la Entidad, lo que, entre otros incumplimientos, habría originado su decisión de resolver el Contrato.

Por su parte, la Entidad afirma no se habría generado incumplimiento pues cumplió con habilitar dos de las cinco canteras que establecía el Expediente Técnico, lo cual no impidió que el Consorcio continuara con la ejecución de la obra.

Al respecto, este Tribunal Arbitral considera pertinente atender a lo expuesto por la Entidad en su contestación de demanda:

a) Respecto de no habilitar canteras con todos los permisos, se debe tener en consideración que:

a.1. Según lo expuesto por el propio contratista en su Carta N° 003-2016-CSI (que obra como anexo de la Liquidación de obra), el 24 de Abril de 2015 el Ministerio de Cultura aprobó y autorizó, mediante Oficio N° 656-2015-DDC-LIB/MC, el uso de las Canteras nuevas (Sinupe y Jolluco) por el Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos – CIRA; cuya aprobación fue solicitada mediante Carta N° 020-2015-CSI de fecha 09/04/2015; circunstancias que fueron recientemente anotadas en el Asiento N° 207 del Cuaderno de Obras, el día 16 de Octubre de 2015.

a.2. Con fecha 20 de Noviembre de 2015, el contratista mediante Carta N° 024-2015-CSI/RO hace entrega al supervisor de obra del Oficio N° 1937-2015-DDC-LIB/MC; documento por el cual se adjunta la aprobación del CIRA de la cantera el Limo y la Ampliación de la Cantera de Jolluco; circunstancias que quedaron anotadas en los Asientos N° 267 y N° 268 del Cuaderno de Obra.

Conforme puede apreciarse la aprobación de los Certificados de Inexistencia de Restos Arqueológicos – CIRA de las canteras antes mencionadas, fueron otorgadas con muchos meses de anticipación a la notificación de las Cartas N° 016-2016-CSI y N° 021-2016-CSI (mediante las cuales se pretendió resolver el contrato); **lo cual evidencia que al 26 de Febrero de 2016; el incumplimiento imputado a la entidad, ya habría sido superado; por lo que en este sentido dicha entidad cumplió con sus obligaciones contractuales.**

Si bien es cierto que solo dos de las cinco canteras propuestas en el expediente técnico contaban con Certificado de Inexistencia de Restos

Arqueológicos – CIRA, cierto también resulta ser que dichas circunstancias no impidieron al contratista continuar con la ejecución del contrato; tal es así que en el presente proceso el contratista está demandando como quinta pretensión principal, el pago de la suma de S/.1'089,643.82 (Un Millón Ochenta y Nueve Mil Seiscientos Cuarenta y Tres con 82/100 Nuevos Soles), por el incremento del costo por dique, el mismo que se habría originado por la mayor distancia media de transporte, ello a raíz de la ubicación de las canteras antes mencionadas.

De lo citado precedentemente, así como, de lo expuesto por ambas partes durante el presente proceso, el Tribunal Arbitral advierte lo siguiente:

1. Ambas partes han coincidido en que, el Expediente Técnico establecía que la Entidad debía entregar al Consorcio las canteras habilitadas y con los permisos respectivos.
2. La Entidad debía entregar al Consorcio cinco (5) canteras habilitadas.
3. El Consorcio requirió a la Entidad para cumpla con entregar el total de las canteras, a través de la Carta N° 016-2016-CSI, bajo apercibimiento de resolver el Contrato; carta que no tuvo respuesta por parte de la Entidad.
4. La Entidad afirmó que solo las Canteras Sinupe y Jolluco recibieron el Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos - CIRA mediante Oficio N° 656-2015-DDC-LIB/MC.
5. La Entidad aceptó que estas canteras fueron las únicas que contaban con dicho certificado, sin justificar por qué las otras tres no se encontraban habilitadas, y sin tampoco haber sido materia de absolución durante el desarrollo del presente proceso arbitral. Esta parte se ha limitado a señalar que esta

circunstancia no impidió que el Consorcio continuara con la ejecución de la obra.

Bajo ese contexto, este Tribunal Arbitral puede concluir que existió un incumplimiento por parte de la Entidad, pues de las cinco (5) canteras que debía entregar habilitadas y con los permisos respectivos, solo entregó dos (2); situación que la Entidad ha reconocido y que nunca subsanó o, al menos, no ha acreditado en este proceso se haya subsanado.

Así, partiendo del hecho de que sí ha existido un incumplimiento por parte de la Entidad, corresponde también determinar si dicho incumplimiento es uno a una obligación de carácter esencial, pues así lo dispone la normativa de contrataciones del Estado, la que exige, en el caso de que quien incumpla sea la Entidad, que el incumplimiento incurrido sea de una obligación esencial.

Al respecto, en diferentes opiniones el OSCE ha señalado que una obligación esencial "(...) es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato.

Las obligaciones no esenciales pueden definirse como aquellas cuyo cumplimiento no es indispensable para alcanzar la finalidad del contrato o, en otras palabras, su incumplimiento no impide alcanzar la finalidad del contrato.

No toda obligación establecida en las Bases o en el contrato es una obligación esencial.

Una obligación para ser considerada esencial no requiere estar denominada como tal en las Bases o el contrato, pues su calificación no depende de su denominación, sino del hecho de ser indispensable para alcanzar la finalidad del contrato.

Las obligaciones esenciales no son de exclusividad de las Entidades públicas, sino que corresponden tanto al contratista como a la Entidad, dado que el cumplimiento de ambas resulta indispensable para que el contrato alcance su finalidad y satisfaga los intereses de las partes.

Un contratista puede resolverle a la Entidad un contrato por incumplimiento injustificado de sus obligaciones esenciales y, adicionalmente, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite la continuación del mismo.

El incumplimiento de una obligación no esencial por parte del contratista –sea contractual, legal o reglamentaria–, solo faculta a la Entidad a resolver el contrato; no siendo posible que el contratista ejerza su potestad de resolución ante el incumplimiento de una obligación no esencial de la Entidad."⁷

Atendiendo a ello, es claro para este Tribunal Arbitral el carácter esencial del cumplimiento de esta obligación, pues la habilitación de canteras, que la Entidad ha reconocido era parte de su obligación contractual, era indispensable para que el Consorcio cumpla con el objeto del Contrato, dispuesto en la cláusula segunda del Contrato.

b) Falta de respuesta mediante Resolución de la Entidad referente a los temas anteriores: aumento de la Distancia de

⁷ Opinión 027-2014/DTN.

transporte: la Entidad reconoce que este requerimiento está referido al aumento de distancia por recorrer por los diques que formaban parte del Adicional N° 1 y 2. Al respecto, el Consorcio considera como obligación que la Entidad se pronuncie respecto a su solicitud de prestación adicional.

En ese sentido, este Colegiado considera pertinente remitirse a lo dispuesto en el artículo 207° del Reglamento, según el cual:

"Concluida la elaboración del expediente técnico, el inspector o supervisor cuenta con un plazo de catorce (14) días para remitir a la Entidad el informe pronunciándose sobre la procedencia de la ejecución de la prestación adicional. Recibido dicho informe, la Entidad cuenta con catorce (14) días para emitir y notificar al contratista la resolución mediante la que se pronuncia sobre la procedencia de la ejecución de la prestación adicional de obra. **La demora de la Entidad en emitir y notificar esta resolución, podrá ser causal de ampliación de plazo**".

En ese sentido, se evidencia que el atraso incurrido por la Entidad, al emitir pronunciamiento respecto a un pedido de adicional, genera como consecuencia el reconocimiento de una ampliación, por lo que mal hace el Consorcio en pretender considerar dicha demora como una causal de incumplimiento a una obligación esencial que le otorgue la posibilidad de resolver el Contrato.

- c) Falta de respuesta a la Ampliación de plazo N° 2: La Entidad reconoce que no emitió pronunciamiento respecto a este pedido, dentro del plazo correspondiente. Sin embargo, también es cierto que el artículo 175° del Reglamento establece que:

*"La Entidad debe resolver sobre dicha solicitud y notificar su decisión al contratista en el plazo de diez (10) días hábiles, computado desde el día siguiente de su presentación. **De no existir pronunciamiento expreso, se tendrá por aprobada la solicitud del contratista**, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad ampliará el plazo de los contratos directamente vinculados al contrato principal".*

Con lo que, nuevamente, este incumplimiento no genera resolución del Contrato, pues el retraso en la respecto al pedido de Ampliación de Plazo N° 2 tendrá como consecuencia su aprobación automática.

- d) Respecto de quitar metrados a la valorización sin ningún sustento,** el Consorcio no ha determinado respecto a este incumplimiento que imputa a la Entidad, a qué valorización o a qué valorizaciones imputa este proceder de parte de la Entidad. Adicionalmente, este Colegiado tiene en consideración que de conformidad con el artículo 199 del Reglamento respecto a cualquier controversia relacionada con discrepancias en valorizaciones, que implican el no reconocimiento de metrados por parte de la Entidad, existe la posibilidad de además de ser incluidas en la liquidación, ser sometidas a arbitraje.

Atendiendo a ello, el no reconocimiento de metrados incluidos en una valorización no implica el incumplimiento de una obligación esencial que sustente la decisión del Consorcio de resolver el Contrato.

- 7.29. Así las cosas, este Colegiado concluye que de todos los incumplimientos a las obligaciones esenciales alegados por el Consorcio, el único que se configura como tal es correspondiente a

entregar las canteras debidamente habilitadas, por lo que bastando solo el incurrir en el incumplimiento de una obligación esencial para que se configure la facultad del Consorcio de resolver el Contrato, habiéndose evidenciado e, inclusive aceptado la Entidad, que no entregó la totalidad de canteras debidamente habilitadas, es válida y tiene sustento la decisión del Consorcio de resolver el Contrato; decisión que fue comunicada a la Entidad, mediante Carta Notarial N° 021 -2016-CSI de fecha de recepción 12 de abril de 2016.

- 7.30. A efectos de pronunciarnos en relación a la pretensión accesoria a la primera pretensión principal y habiendo concluido que la decisión del Consorcio de resolver el Contrato por causal imputable a la Entidad tiene asidero, corresponde remitirse a lo dispuesto por el artículo 209 del Reglamento, según el cual:

"En caso que la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, actualizado mediante las fórmulas de reajustes hasta la fecha en que se efectuó la resolución del contrato" (resaltado y subrayado nuestro)

- 7.31. Así las cosas, este Colegiado habiendo acogido la primera pretensión principal y, en consecuencia, declarado válida la decisión del Consorcio de resolver el Contrato sí corresponde sea aplicable lo dispuesto por el citado artículo 209 del Reglamento, en consecuencia, se reconozca a favor del Consorcio, al momento de elaborar la Liquidación Final del Contrato, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, actualizado mediante las fórmulas de reajustes hasta la fecha en que se efectuó la resolución del contrato, es decir al 12 de abril de 2016, la misma que según lo peticionado por el

Consorcio asciende a la suma de S/. 102,823.92; monto que no ha sido cuestionado, en el monto ni en su forma de cálculo, por parte de la Entidad.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE SE RECONOZCA, EN LA LIQUIDACIÓN DE OBRA QUE SE PRACTIQUE EL MONTO CORRESPONDIENTE AL INTERÉS POR DEMORA DE PAGO POR LAS VALORIZACIONES, DE FORMA ACTUALIZADA AL MOMENTO DEL PAGO, CUYO MONTO ASCIENDE A LA SUMA DE S/ 306.19 (TRESCIENTOS SEIS Y 19/100 SOLES) MÁS I.G.V. ORDENÁNDOSE SU PAGO A LA ENTIDAD.

POSICIÓN DEL CONSORCIO

- 7.32. Con fecha 01 de abril del 2015 el Consorcio remitió a la Entidad la Factura 001 - N° 00004 para el pago de la Valorización N° 0, ascendente a S/. 45,529.60 (Cuarenta y Cinco Mil Quinientos Veintinueve y 60/100 Soles) más IGV, teniendo como vencimiento dicho pago el 30 de abril de 2015. Sin embargo, la Entidad no habría realizado el pago en la fecha señalada, conforme se establece en el Movimiento y Saldo a la fecha y la Constancia de Depósito Sistema de Pago de Obligaciones Tributarias.
- 7.33. Asimismo, con fecha 17 de julio de 2015, el Consorcio remitió a la Entidad la Factura 001 -N° 000010 para el pago de la Valorización N° 03 ascendente a S/. 202,226.22 (Doscientos Dos Mil Doscientos Veintiséis y 22/100 Soles) más IGV, teniendo como vencimiento dicho pago el 31 de julio de 2015. Sin embargo, la Entidad no realizó el pago en la fecha antes señalada, conforme se establece en el Movimiento y Saldo a la fecha y la Constancia de Depósito Sistema de Pago de Obligaciones Tributarias.

7.34. Asimismo, con fecha 05 de febrero de 2016, el Consorcio emitió a la Entidad la Factura Electrónica E001-4 para el pago de la Valorización N° 10 más IGV, teniendo como vencimiento dicho pago el 29 de febrero de 2015. Sin embargo, la Entidad no realizó el pago en la fecha antes señalado, conforme se establece en el Movimiento y Saldo a la fecha y la Constancia de Depósito Sistema de Pago de Obligaciones Tributarias, conforme al siguiente detalle:

<u>MARZO -2015</u>	<u>VAL N° 01</u>	<u>JUNIO -2015</u>	<u>VAL N° 03</u>
<u>DATOS</u>		<u>DATOS</u>	
VAL. NETA MES S/ :	45.529.60	VAL. NETA MES S/ :	202.226.22
Día Vencimiento de Plazo: 30/04/2015		Día Vencimiento de Plazo: 31/07/2015	
F.A.T.I.L. 30/04/2015:	6.82605	F.A.T.I.L. 31/07/2015:	6.86488
Día Pago V.N. Marzo 2015: 21/05/2015		Día Pago V.N. Junio 2015: 04/08/2015	
F.A.T.I.L. 21/05/2015:	6.83501	F.A.T.I.L. 04/08/2015:	6.86658
INTERES (Sin IGV) S/. =	59.74	INTERES (Sin IGV) S/. =	50.08
IGV 18%	10.76	IGV 18%	9.01
INTERES (Con IGV) S/. =	70.52	INTERES (Con IGV) S/. =	59.09
<u>ENERO -2016</u>	<u>VAL N° 10</u>		
<u>DATOS</u>			
VAL. NETA MES S/ :	343.467.41		
Día Vencimiento de Plazo: 29/02/2016			
F.A.T.I.L. 31/01/2016:	6.96192		
Día Pago V.N. Enero 2016: 07/03/2016			
F.A.T.I.L. 07/03/2016:	6.96590		
INTERES (Sin IGV) S/. =	196.35		
IGV 18%	35.34		
INTERES (Con IGV) S/. =	231.70		
TOTAL DE INTERES POR DEMORA DE PAGO DE VALORIZACIONES S/.		361.31	

7.35. En ese sentido, el Consorcio solicita se reconozca en la liquidación de obra, el monto correspondiente al interés por demora de pago por las valorizaciones de forma actualizada al momento del pago, lo que actualmente ascendería a la suma de S/. 306.19 (Trescientos Seis y 19/100 soles) más IGV, ordenándose su pago al Gobierno Regional La Libertad.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

7.36. Respecto a que el Consorcio solicita se reconozca en la liquidación de obra que se practique, el monto correspondiente al interés por

demora de pago por las valorizaciones de forma actualizada al momento del pago, lo que actualmente asciende a la suma de S/.306.19 (Trescientos Seis con 19/100 nuevos soles) más IGV, ordenándose su pago a la Entidad, la Entidad solicita sea desestimado, pues el Consorcio adolece de argumentos válidos para reclamar dicho pago.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

7.37. El Consorcio reclama el pago de los intereses por la demora incurrida por parte de la Entidad al pagar las valorizaciones que menciona, Valorización N° 1, 3 y 10. Al respecto, debemos tener en cuenta que, la Cláusula Séptima del Contrato establece que: *"Las valorizaciones tienen el carácter de pagos a cuenta y serán elaboradas de conformidad con lo establecido en el artículo 197° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, de manera mensual.*

7.38. A propósito, el mencionado artículo 197 del Reglamento establece lo siguiente:

"Las valorizaciones tienen el carácter de pagos a cuenta y serán elaboradas el última día cada mes previsto en las Bases, por el inspector o supervisor y el contratista.

(...)

*El plazo máximo de aprobación por el inspector o el supervisor de las valorizaciones y su remisión a la Entidad para períodos mensuales es de cinco (5) días, contados a partir del primer día hábil del mes siguiente al de la valorización respectiva, **y será cancelada por la Entidad en fecha no posterior al último día de tal mes.** (...)*

A partir del vencimiento del plazo establecido para el pago de estas valorizaciones, por razones imputables a la Entidad, el contratista tendrá derecho al reconocimiento de los intereses legales, de conformidad con los artículos 1244°, 1245° y 1246° del Código Civil. Para el pago de los intereses se formulará una valorización de intereses y se efectuará en las valorizaciones siguientes". (resaltado y subrayado nuestro)

7.39. En ese sentido, la normativa aplicable establece el reconocimiento de intereses ante la demora en el pago de las valorizaciones, cuando la Entidad no cumpla con el pago el pago de la valorización hasta el último día del mes siguiente.

7.40. Al respecto, este Tribunal Arbitral puede advertir que:

1. La Valorización N° 1 ascendente a la suma de S/. 45,529.60 correspondiente al mes de marzo de 2015 que debió ser pagado como máximo el último día del mes de abril, fue abonada a la Cuenta del Consorcio, conforme al Movimiento y Saldo de su cuenta corriente, **el 6 de mayo de 2015.**
2. La Valorización N° 3 ascendente a la suma de S/. 202,226.22 correspondiente al mes de junio de 2015 debió ser pagado como máximo el último día del mes de julio, fue abonada a la Cuenta del Consorcio, conforme al Movimiento y Saldo de su cuenta corriente, el 4 de agosto de 2015.
3. La Valorización N° 10 ascendente a la suma de S/. 343,467.41 correspondiente al mes de enero de 2016 debió ser pagado como máximo el último día del mes de febrero, fue abonada a la Cuenta del Consorcio, conforme al Movimiento y Saldo de su cuenta corriente, el 7 de marzo de 2016.

7.41. Así las cosas, este Tribunal evidencia existió retraso en el pago de las valorizaciones de marzo y junio del 2015, y enero del 2016, sin que, durante el presente proceso, la Entidad haya acreditado una situación contraria. Sin embargo, este Tribunal también advierte que en la valorización de intereses presentada por el Consorcio correspondiente al mes de marzo de 2015 existió un error en el cálculo habiéndose considerado como fecha de pago el 21 de mayo de 2015. Ante ello, este Tribunal Arbitral considera declarar fundada en parte esta pretensión, en consecuencia, conforme a lo dispuesto por el artículo 197 del Reglamento, al elaborar la liquidación final de obra, se deberá reconocer los intereses por la demora en el pago de las valorizaciones N°s 1, 3 y 10, conforme a los criterios establecidos en el considerando 7.40 de este laudo, debiendo incluir ello la presentación de la respectiva valorización de intereses.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR LA EXISTENCIA DE DAÑOS Y PERJUICIOS DURANTE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL ASCENDENTE A S/ 972,766.93 (NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MIL SETECIENTOS SESENTA Y SEIS Y 93/100 SOLES) MÁS I.G.V. POR MAYORES METRADOS EJECUTADOS, REAJUSTE DE PRECIOS METRADOS EXPEDIENTE Y REAJUSTE DE PRECIOS METRADOS ADICIONALES, ORDENÁNDOSE EL PAGO AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO:

EN CASO NO SE AMPARE LA PRETENSIÓN ACOGIDA COMO 4° PUNTO CONTROVERTIDO, DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR LA EXISTENCIA DE UN MAYOR COSTO DURANTE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL ASCENDENTE A S/ 972,766.93 (NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MIL SETECIENTOS SESENTA Y SEIS Y 93/100 SOLES) MÁS I.G.V. POR MAYORES METRADOS EJECUTADOS, REAJUSTE DE PRECIOS METRADOS

EXPEDIENTE Y REAJUSTE DE PRECIOS METRADOS ADICIONALES, ORDENÁNDOSE EL PAGO AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO:

EN CASO NO SE AMPARE LA PRETENSIÓN ACOGIDA COMO 4° PUNTO CONTROVERTIDO, DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO LA EXISTENCIA DE UN ABUSO DEL DERECHO DURANTE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL ASCENDENTE A S/ 972,766.93 (NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MIL SETECIENTOS SESENTA Y SEIS Y 93/100 SOLES) MÁS I.G.V. POR MAYORES METRADOS EJECUTADOS, REAJUSTE DE PRECIOS METRADOS EXPEDIENTE Y REAJUSTE DE PRECIOS METRADOS ADICIONALES, ORDENÁNDOSE EL PAGO AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.

SÉTIMO PUNTO CONTROVERTIDO:

EN CASO NO SE AMPARE LA PRETENSIÓN ACOGIDA COMO 4° PUNTO CONTROVERTIDO, DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO SE DECLARE LA EXISTENCIA DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA DURANTE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL ASCENDENTE A S/ 972,766.93 (NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MIL SETECIENTOS SESENTA Y SEIS Y 93/100 SOLES) MÁS I.G.V. POR MAYORES METRADOS EJECUTADOS, REAJUSTE DE PRECIOS METRADOS EXPEDIENTE Y REAJUSTE DE PRECIOS METRADOS ADICIONALES, ORDENÁNDOSE EL PAGO AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.

DÉCIMO TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DETERMINAR QUE SE RECONOZCA A FAVOR DEL CONSORCIO SOL INKA LA SUMA DE S/ 1'089,643.82 (UN MILLÓN OCHENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES Y 82/100 SOLES) MÁS I.G.V. POR EL INCREMENTO DEL COSTO POR DIQUE, ORDENÁNDOSE EL PAGO AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.

DÉCIMO CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:

EN CASO NO SE AMPARE LA PRETENSIÓN ACOGIDA COMO 13° PUNTO CONTROVERTIDO, DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR LA



EXISTENCIA DE DAÑOS Y PERJUICIOS DURANTE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL ASCENDENTE A LA SUMA DE S/ 1'089,643.82 (UN MILLÓN OCHENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES Y 82/100 SOLES) MÁS I.G.V. POR EL INCREMENTO DEL COSTO POR DIQUE, ORDENÁNDOSE EL PAGO AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.

DÉCIMO QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO:

EN CASO NO SE AMPARE LA PRETENSIÓN ACOGIDA COMO 13° PUNTO CONTROVERTIDO, DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR LA EXISTENCIA DE UN MAYOR COSTO DURANTE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL ASCENDENTE A LA SUMA DE S/ 1'089,643.82 (UN MILLÓN OCHENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES Y 82/100 SOLES) MÁS I.G.V. POR EL INCREMENTO DEL COSTO POR DIQUE, ORDENÁNDOSE EL PAGO AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.

DÉCIMO SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO:

EN CASO NO SE AMPARE LA PRETENSIÓN ACOGIDA COMO 13° PUNTO CONTROVERTIDO, DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR LA EXISTENCIA DE UN ABUSO DEL DERECHO DURANTE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL ASCENDENTE A LA SUMA DE S/ 1'089,643.82 (UN MILLÓN OCHENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES Y 82/100 SOLES) MÁS I.G.V. POR EL INCREMENTO DEL COSTO POR DIQUE, ORDENÁNDOSE EL PAGO AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.

DÉCIMO SÉTIMO PUNTO CONTROVERTIDO:

EN CASO NO SE AMPARE LA PRETENSIÓN ACOGIDA COMO 13° PUNTO CONTROVERTIDO, DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR LA EXISTENCIA DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA DURANTE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL ASCENDENTE A LA SUMA DE S/ 1'089,643.82 (UN MILLÓN OCHENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES Y 82/100 SOLES) MÁS I.G.V. POR EL INCREMENTO DEL COSTO POR DIQUE, ORDENÁNDOSE EL PAGO AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

7.42. Respecto de estos puntos controvertidos, este Tribunal considera que, habiendo declarado fundada la excepción de incompetencia planteada por la Entidad en relación a la tercera y quinta pretensión principal y sus respectivas subordinas, y que han sido acogidas en los puntos controvertidos antes citados, carece de competencia para pronunciarse sobre las mismas.

OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DETERMINAR QUE SE RECONOZCA EN LA LIQUIDACIÓN QUE SE PRACTIQUE, LOS MAYORES GASTOS GENERALES POR AMPLIACIONES DE PLAZO APROBADAS, ASCENDENTE A S/ 784,520.84 (SETECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS VEINTE Y 84 SOLES) MÁS I.G.V. ORDENÁNDOSE EL PAGO AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.

NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO:

EN CASO NO SE AMPARE LA PRETENSIÓN ACOGIDA COMO 8° PUNTO CONTROVERTIDO, DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO SE DECLARE LA EXISTENCIA DE DAÑOS Y PERJUICIOS DURANTE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL ASCENDENTE A S/ 784,520.84 (SETECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS VEINTE Y 84 SOLES) MÁS I.G.V. POR MAYORES GASTOS GENERALES POR AMPLIACIONES DE PLAZO APROBADAS ORDENÁNDOSE EL PAGO AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.

DÉCIMO PUNTO CONTROVERTIDO:

EN CASO NO SE AMPARE LA PRETENSIÓN ACOGIDA COMO 8° PUNTO CONTROVERTIDO, DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO SE DECLARE LA EXISTENCIA DE UN MAYOR COSTO DURANTE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL ASCENDENTE A S/ 784,520.84 (SETECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS VEINTE Y 84 SOLES) MÁS I.G.V. POR MAYORES

**GASTOS GENERALES POR AMPLIACIONES DE PLAZO APROBADAS
ORDENÁNDOSE EL PAGO AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.**

DÉCIMO PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

EN CASO NO SE AMPARE LA PRETENSIÓN ACOGIDA COMO 8° PUNTO CONTROVERTIDO, DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO SE DECLARE LA EXISTENCIA DE UN ABUSO DEL DERECHO DURANTE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL ASCENDENTE A S/ 784,520.84 (SETECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS VEINTE Y 84 SOLES) MÁS I.G.V. POR MAYORES GASTOS GENERALES POR AMPLIACIONES DE PLAZO APROBADAS ORDENÁNDOSE EL PAGO AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.

DÉCIMO SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

EN CASO NO SE AMPARE LA PRETENSIÓN ACOGIDA COMO 8° PUNTO CONTROVERTIDO, DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR LA EXISTENCIA DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA DURANTE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL ASCENDENTE A S/ 784,520.84 (SETECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS VEINTE Y 84 SOLES) MÁS I.G.V. POR MAYORES GASTOS GENERALES POR AMPLIACIONES DE PLAZO APROBADAS ORDENÁNDOSE EL PAGO AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.

POSICIÓN DEL CONSORCIO

- 7.43. El Consorcio afirma que en la obra hubieron 03 ampliaciones de plazo: Ampliación N° 01 de cincuenta y un (51) días calendario, la cual se solicitó debido a la presencia de lluvias y al incremento del caudal del río Chicama y sus afluentes (Chuquillanqui y Huancay), originando una demora involuntaria, atrasando la ejecución de las partidas de la obra; Ampliación N° 02: de 51 días calendario (Del 25/11/15 al 15/01/16), por la aprobación de la Prestación Adicional N° 02; y, Ampliación N° 03; de 137 días calendario (Del 16/01/16 al 31/05/16), por la aprobación de la Prestación Adicional N° 02.

- 7.44. El Consorcio señaló que conforme se encuentra detallado en la Acta de Acuerdo de Reinicio por paralización de obra por efectos de las lluvias de fecha 27 de marzo de 2015, el Consorcio y el Supervisor señalaron expresamente lo siguiente:

"En la reunión del día 23 de abril de 2015, tanto de los Representantes Legales de la Supervisión, Contratista y Gobierno Regional La Libertad se acordó solicitar en la Liquidación los Gastos Generales Justificables al Contratista por dicha paralización. Elevar esta Acta de Acuerdos al Gobierno Regional La Libertad, con la finalidad de que nos alcancen las Resoluciones de Paralización y Reinicio de Obra. Dichas resoluciones son necesarias para los trámites posteriores."

- 7.45. El Consorcio señala que los mayores gastos generales de la obra que deberían ser reconocidos en la liquidación del Contrato ascienden a S/. 784,520.84 (Setecientos Ochenta y Cuatro Mil Quinientos Veinte y 84/100 Soles), conforme el siguiente detalle:



ARBITRAJE N° 001-2015-GRLL-GRCO

OBJETO DEL CONTRATO: OBRAS DE RECONSTRUCCIÓN DE LOS PUNTOS DE CONTROL DE SEGURIDAD EN LA CARRETERA NACIONAL N° 1 EN EL DISTRITO DE CAÑAR, PROVINCIA DE SAN CARLOS, DEPARTAMENTO DE LA LIBERTAD.

CONTRATANTE: GOBIERNO REGIONAL DE LA LIBERTAD

CONTRATADO: CONSORCIO SOL INKA

PROYECTO: OBRAS DE RECONSTRUCCIÓN DE LOS PUNTOS DE CONTROL DE SEGURIDAD EN LA CARRETERA NACIONAL N° 1 EN EL DISTRITO DE CAÑAR, PROVINCIA DE SAN CARLOS, DEPARTAMENTO DE LA LIBERTAD.

FECHA: 15/05/2015

MAYORES GASTOS GENERALES DE LA OBRA

OBRA: OBRAS DE RECONSTRUCCIÓN DE LOS PUNTOS DE CONTROL DE SEGURIDAD EN LA CARRETERA NACIONAL N° 1 EN EL DISTRITO DE CAÑAR, PROVINCIA DE SAN CARLOS, DEPARTAMENTO DE LA LIBERTAD.

DESCRIPCIÓN	VALOR	DESCRIPCIÓN	VALOR
AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 01 - DEL 15/05/2015 AL 15/05/2016	1.122.434,57	AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 02 - DEL 15/05/2016 AL 15/05/2017	1.122.434,57
GASTOS GENERALES VARIABLES		GASTOS GENERALES VARIABLES	
ADMINISTRACIÓN Y DIRECCIÓN TÉCNICA		ADMINISTRACIÓN Y DIRECCIÓN TÉCNICA	
• Gastos de oficina	150.000,00	• Gastos de oficina	150.000,00
• Gastos de transporte	100.000,00	• Gastos de transporte	100.000,00
• Gastos de alimentación	100.000,00	• Gastos de alimentación	100.000,00
• Gastos de alojamiento	100.000,00	• Gastos de alojamiento	100.000,00
• Gastos de comunicación	100.000,00	• Gastos de comunicación	100.000,00
• Gastos de otros	100.000,00	• Gastos de otros	100.000,00
PLAZO CONTRACTUAL (N° 1)	15/05/2015	PLAZO CONTRACTUAL (N° 2)	15/05/2016
PLAZO DE EJECUCIÓN DE LA OBRA	15/05/2015	PLAZO DE EJECUCIÓN DE LA OBRA	15/05/2016
TOTAL	2.244.869,14	TOTAL	2.244.869,14

TOTAL DE MAYORES GASTOS GENERALES DE LA OBRA: S/ 2.244.869,14

7.46. Asimismo, el Consorcio plantea como primera pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal de su demanda, que se declare la existencia de daños y perjuicios durante la ejecución contractual ascendente a S/. 784,520.84 (setecientos ochenta y cuatro mil quinientos veinte y 84 soles) mas IGV, por mayores gastos generales por ampliaciones de plazo aprobadas, ordenándose el pago a la Entidad.

7.47. Al respecto, el Consorcio se ampara en el artículo 1321°, primer párrafo, del Código Civil, que presupone necesariamente, que deben mediar factores atributivos de responsabilidad subjetiva, dolo y culpa del presunto agente:

*"Artículo 1321°.- Indemnización por dolo: culpa leve e inexcusable
Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no
ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.*

*El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su
cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el
daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean
consecuencia inmediata y directa de tal inejecución".*

7.48. Citando el artículo, el Consorcio expone que no basta con que existiera un presunto daño, sino que ese hecho debería ser consecuencia inmediata y directa de la conducta del agente y, para ello, debe existir un nexo causal próximo entre el hecho y el daño producido. Asimismo, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1331° del Código Civil, corresponde al afectado por la inejecución de la obligación probar el daño los daños y perjuicio ocasionado, estando obligado a comprobar su cuantía mediante una valorización.

7.49. El Consorcio señala que se deberían cumplir tres requisitos para que se pueda emitir una demanda por daños y perjuicios:

- I. Existencia de un daño cierto y reparable, atribuible a dolo o culpa del agente.
- II. La existencia de un nexo causal próximo entre el hecho y el daño producido.
- III. Que el daño debe estimarse de acuerdo a criterios razonables y objetivos, que guarden proporción con el daño material mismo, cuya cuantía debe ser acreditada objetivamente por el actor.

7.50. Al respecto, el Consorcio afirma que ha acreditado tener derecho a indemnización al existir un daño directo e inmediato, situación que se corroboraría con la probanza de dichos daños, el Consorcio

sustenta que para la doctrina en general, "la idea central es que todo daño es atribuible a una conducta - acción u omisión - si normal y ordinariamente acaece así en las reglas de la experiencia; no se trata de una total abstracción, sino que el juez debe juzgarlas circunstancias del caso y si, adoptando un criterio de razonable previsibilidad - con fuente en la experiencia - comprueba que los extremos del complejo táctico daño-hecho se relacionan habitualmente, debe sostenerse para el caso concreto la misma deducción.

- 7.51. Al respecto, debido a que se acreditaría la existencia de criterios objetivos y cuantificables para la valorización del daño sufrido, resultaría amparable el daño existente contra el Consorcio; este podría ofrecer todos los medios probatorios que amparan sus pretensiones, con los cuales demostrarían el daño ocasionado.
- 7.52. El Consorcio solicitó declarar la existencia de daños y perjuicios durante la ejecución contractual ascendente a S/. 784,520.84 (Quinientos Ochenta y Cuatro Mil Quinientos Veinte y 84/100 Soles), mas IGV, por mayores gastos generales por ampliaciones de plazo aprobadas.
- 7.53. Luego, solicita como segunda pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal, se declare la existencia de un mayor costo durante la ejecución contractual ascendente A S/. 784,520.84 (setecientos ochenta y cuatro mil quinientos veinte y 84 soles), mas IGV, por mayores gastos generales por ampliaciones de plazo aprobadas, ordenándose el pago a la Entidad.
- 7.54. Sobre el particular, el Consorcio considera correspondería a la Entidad el pago de las ampliaciones de plazo aprobadas, lo que vendría generándole un perjuicio económico, precisa además, que

incurrió en mayores costos de los efectivamente contratados, los mismos que deberían ser repuestos por la Entidad.

- 7.55. Asimismo, el Consorcio solicitó como tercera pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal, se declare la existencia de un abuso del derecho durante la ejecución contractual ascendente a S/. 784,520.84 (setecientos ochenta y cuatro mil quinientos veinte y 84 soles), mas IGV, por mayores gastos generales por ampliaciones de plazo aprobadas, ordenándose el pago al gobierno regional la libertad.
- 7.56. El Consorcio considera que se ha configurado la existencia de un abuso del derecho ya que la Entidad no habría reconocido el pago de los mayores metrados ejecutados, reajuste de precios metrados expediente y reajuste de precios metrados adicionales, generándole un perjuicio económico, al ir contra la esencia patrimonial que el propio Contrato Al respecto, el Consorcio considera que la Entidad, al no cancelarle los conceptos antes señalados, habría generado un perjuicio al Consorcio, razón por la cual, la Entidad debería indemnizarlos, conforme al artículo II del Título Preliminar del Código Civil , así como en el artículo 103, in fine de la Constitución Política del Perú , negarse a ello, sería no solo una postura ilegal sino constitucional.
- 7.57. Finalmente, el Consorcio plantea como cuarta pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal, se declare la existencia de enriquecimiento sin causa durante la ejecución contractual ascendente a S/. 784,520.84 (setecientos ochenta y cuatro mil quinientos veinte y 84 soles), más IGV, por mayores gastos generales por ampliaciones de plazo aprobadas, ordenándose el pago a la Entidad.

7.58. El Consorcio que se habría configurado, el enriquecimiento sin causa, al no haber la Entidad pagado al Consorcio los mayores gastos generales por ampliaciones de plazo aprobadas, sosteniendo que si la transformación del patrimonio no reconoce una causa jurídica, el beneficiado con dicha transformación patrimonial - en este caso la Entidad - tendría el deber de restituir lo mal habido.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

7.59. Respecto a esta pretensión, a través de la cual, el Consorcio solicita se reconozca, en la liquidación que se practique, el pago de la suma ascendente a S/. 784,520.84 (Setecientos Ochenta y Cuatro Mil Quinientos Veinte con 84/400 Nuevos Soles) más IGV; y como pretensiones subordinadas a la cuarta pretensión principal se declare la existencia de: a) de daños y perjuicios, b) se declare la existencia de un mayor costo durante la ejecución contractual, c) un abuso del derecho durante la ejecución contractual y d) de un enriquecimiento sin causa; y que, como consecuencia de ello, se le reconozca en cada una de las pretensiones subordinadas el pago antes indicado; la Entidad señala que sustentan el pago de los mayores gastos generales por ampliaciones de plazo aprobadas.

7.60. Al respecto, la Entidad hace referencia a que, el artículo 202° del Reglamento regula las consecuencias de la modificación del plazo contractual en el caso de los contratos de obra, conforme a lo siguiente:

"Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de prestaciones adicionales de obra. Referencial, según el caso de mayores gastos

generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso"

7.61. Así, la Entidad señala como consecuencia económica de la ampliación del plazo de ejecución contractual en los contratos de obra, el pago de mayores gastos generales al contratista. El primer párrafo del artículo citado establece la obligación general de la Entidad de pagar al contratista los mayores gastos generales, iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general diario, excluyendo a las ampliaciones de plazo generadas por la ejecución de prestaciones adicionales de obra que cuentan con presupuestos específicos. Por su parte, el segundo párrafo del artículo citado regula el pago de mayores gastos generales variables, específicamente, cuando la ampliación del plazo contractual fue generada por la paralización de la obra.

7.62. Dado que el artículo 200° del Reglamento establece la ampliación del plazo contractual solo ante el atraso o la paralización en la ejecución de la obra, la diferencia entre el primer y segundo párrafo del artículo 202° del Reglamento radicaría en que el primer párrafo regula el pago de mayores gastos generales cuando la ampliación del plazo contractual es generada por el atraso en la ejecución de la obra; en cambio, el segundo párrafo del referido artículo regula el pago de mayores gastos generales cuando la ampliación del plazo contractual fue generada por la paralización de la obra.

7.63. Asimismo, la Entidad resalta que la aplicación de los dos primeros párrafos del artículo 202° del Reglamento presupone que tanto el atraso como la paralización que dan origen a la ampliación del plazo contractual, hayan sido generadas por hechos o situaciones

(causas) ajenas a la voluntad del contratista y, por tanto, que no son imputables a éste, pues; de lo contrario, no cabría la autorización de la ampliación del plazo contractual ni mucho menos el pago de gastos generales variables.

7.64. Ahora bien, el artículo 203° del Reglamento establece la forma en que se calcula el gasto general diario para efectos de la aplicación del primer párrafo del artículo 202° del Reglamento - mayores gastos generales cuando la ampliación del plazo contractual es generada por el atraso en la ejecución de la obra por causas no imputables al contratista-, diferenciando el tratamiento aplicable dependiendo de si se trata de una obra que se ejecuta a suma alzada o a precios unitarios. En cambio, cuando la ampliación del plazo contractual fue generada por la paralización de la ejecución de la obra por causas no imputables al contratista, se le paga a este los mayores gastos generales debidamente acreditados de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según corresponda, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 202° del Reglamento.

7.65. En ese sentido, la Entidad precisa que, en este segundo supuesto, los mayores gastos generales que se pagan al contratista son aquellos generados por la paralización de la obra; es decir, que debe existir una relación de causalidad entre la paralización de la obra y los gastos generales que el contratista solicita que se le reconozcan.

7.66. En virtud de lo expuesto, la Entidad indica que, en una obra que se ejecuta bajo el sistema de contratación a precios unitarios el cálculo de los mayores gastos generales variables que deben pagarse al contratista cuando la ampliación del plazo contractual fue generada por el atraso en la ejecución de la obra por causas no imputables a este, se realiza de conformidad con lo previsto en

el primer párrafo del artículo 202° y en el segundo párrafo del artículo 203° del Reglamento. En este sentido, la Entidad concluye que, en las ampliaciones de plazo generadas por la paralización de la obra por causas no imputables al contratista, se reconoce a este los mayores gastos generales debidamente acreditados. En este supuesto, debe existir una relación de causalidad entre la paralización de la obra y los gastos generales que el contratista solicita que se le reconozcan, los que se acreditan con la presentación de documentos que demuestren, fehacientemente, que el contratista incurrió en estos, ya sea con comprobantes de pago, planilla, o cualquier otro documento que resulte pertinente, teniendo en consideración el tipo de gasto general variable del que se trate.

7.67. De otro lado, la Entidad hace referencia que, el Consorcio no ha presentado durante la ejecución de la obra, solicitud alguna cuantificando y sustentando las Ampliaciones de Plazo N° 01 y N° 03, consecuentemente, tampoco existe la obligación de la Entidad de emitir pronunciamiento alguno aprobando o denegando las referidas ampliaciones de plazo; menos aun la obligación de reconocer el pago de los mayores gastos, toda vez que la inexistencia de dichas solicitudes traen como necesaria consecuencia, la no modificación de plazo contractual.

7.68. Precisamos además que no existe medio probatorio alguno presentado por el demandante que acredite la existencias de la presentación de las Solicitudes de Ampliación de Plazo N° 01 y N° 03, menos aún que acrediten la existencia de la emisión de acto administrativo o la configuración del silencio administrativo, mediante el cual se hayan aprobado dichas ampliaciones.

7.69. Ahora bien, en el supuesto negado que el Tribunal Arbitral considere que se han presentado las Solicitudes de Ampliación de Plano N° 01

y N° 03 y que las mismas han sido aprobadas por la Entidad, esta parte sostiene, sin que ello implique aceptación de su parte de la existencia y aprobación de las mismas, que las ampliación de plazo se habrían originado según lo expuesto por el propio contratista, como consecuencia de haberse producido la paralización de la obra; ello según se precisa a continuación:

7.70. Respecto de la Ampliación de Plazo N° 01.-se aprecia del contenido del Acta de Acuerdo de Reinicio por paralización de obra por efectos de las Lluvias, se acordó paralizar la obra a partir del 28 de marzo de 2015, por un periodo de 51 días calendarios; ello teniendo en consideración que resultaba técnicamente imposible continuar con la ejecución de las labores en obra debido a factores climáticos por ser una temporada de precipitaciones pluviales, continuas y extraordinarias de la zona, situación que trajo como consecuencia el incremento del caudal de los ríos Chuquillanqui y Huancay afluentes del río Chicama donde se ejecutaron las obras materia del Contrato, y que de acuerdo a los informes del SENAMHI registraban una lectura máxima de 474.4l^m3/s, mínima de 174.13m³/s con un promedio de 229.42m³/s del día 24 de Marzo del presente año, es decir 3 veces mayor al caudal de diseño de las estructuras del proyecto; situación que no garantiza la ejecución de los trabajos, poniendo en peligro la seguridad de los equipos pesados y la integridad física de los trabajadores con lamentables pérdidas de vidas; por lo que, el Consorcio procedió a paralizar la obra.

7.71. Respecto de la Ampliación de Plazo N° 02.- se aprecia de la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 02 contenida en la Carta N° 003-2016-CSI, que el contratista refiere que aquella se genera como consecuencia de la solicitud de aprobación de la Prestación Adicional N° 02 de la Obra denominada "Creación de Defensa Ribereñas en los Puntos Críticos para el Río Chicama Tramo Puente Moreno — Baños Chimó — Huancay - Distrito de Cascas. Lucma y

Marmot - Provincia de Gran Chimó - La Libertad", la que a su vez los obligó a efectuar, de acuerdo a los dispositivos legales vigentes, a la paralización de los trabajos de la Ruta Crítica del Cronograma de Avance de Obra contractual, por un lapso de 51 días calendarios, del 25/11/2015.

7.72. Respecto de la Ampliación de Plazo N° 03, esta también se generaría como consecuencia de la solicitud de aprobación de la Prestación Adicional N° 02 de la Obra antes mencionada, la que a su vez los obligó, de acuerdo a los dispositivos legales vigentes, a la paralización de los trabajos de la Ruta Crítica del Cronograma de Avance de Obra contractual por un lapso de 137 días calendarios.

7.73. En este sentido, la Entidad concluye que el Consorcio tenía la obligación de acreditar la existencia de los mayores gastos generales fijos en los que supuestamente ha incurrido; sin embargo puede observarse que en el presente caso el Consorcio no ha presentado medio probatorio alguno que acredite; haber incurrido en mayores gastos generales, menos aún que exista un mayor costo durante la ejecución contractual, por lo que, en este sentido la cuarta principal pretensión y la segunda pretensión subordinada a la referida pretensión, deben ser desestimadas.

7.74. En lo que respecta a la Indemnización por Daños y Perjuicios, la Entidad afirma que el Consorcio no ha presentado medio probatorio alguno que acredite la existencia de los mayores gastos generales, por lo que la primera pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal, es decir la relacionada a la existencia de daños y perjuicios debe ser desestimada.

7.75. En cuanto a la existencia del enriquecimiento sin causa, la Entidad reitera que no le resulta ser aplicable. Además, el contratista no ha presentado medio probatorio alguno que acredite la existencia de

los mayores gastos generales, es decir no ha acreditado la existencia del supuesto empobrecimiento del actor; y en el supuesto negado que lo acredite, no ha demostrado como es dichas circunstancias producirían en la Entidad un supuesto enriquecimiento; por lo que la cuarta pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal debe ser desestimada.

- 7.76. Respecto a la existencia de un abuso del derecho, la Entidad considera que la invocación de la existencia de un ejercicio abusivo de un derecho no ha sido debidamente justificada por el contratista; no se encuentra en su demanda fundamento alguno que demuestre que esta Entidad se encuentra dentro de cada una de las características que configurarían el abuso del derecho. Muy por el contrario, pretender que se le cancele al contratista la suma de S/.784,520.84 (Setecientos Ochenta y Cuatro Mil Quinientos Veinte con 84/400 Nuevos Soles) más IGV por concepto de mayores gastos generales sin que dichos gastos hayan sido acreditados; implicaría transgredir el Principio de Proscripción del Abuso del Derecho.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

- 7.77. El Consorcio reclama el reconocimiento por los mayores Gastos Generales de las Ampliaciones de Plazo N° 1, 2 y 3. Al respecto, si bien solo se cuenta con la Resolución N° 020-2016-GRCO que aprueba la Ampliación de Plazo N° 2; el Consorcio afirma que las tres han quedado aprobadas, mientras que, la Entidad se limita a sostener que no existe medio probatorio alguno presentado por el demandante que acredite la existencia de la presentación de las Solicitudes de Ampliación de Plazo N° 01 y N° 03, menos aún que acrediten la existencia de la emisión de acto administrativo o la configuración del silencio administrativo, mediante el cual se hayan aprobado dichas ampliaciones. Respecto a las Ampliaciones de

Plazo N° 1 y 3 también sostiene que no corresponde pues los mismos tratándose de ampliaciones otorgadas por paralización de obra debieron ser acreditados y ello no ha sido así, y en cuanto a la Ampliación de Plazo N° 2 sostiene que la misma se sustentó en la paralización de la obra y no habiendo sido acreditado sus mayores gastos generales tampoco correspondería su reconocimiento.

- 7.78. Teniendo claro la posición de las partes y a efectos de emitir un pronunciamiento respecto a los pedidos formulados en la demanda, este Colegiado considera pertinente verificar el contenido de los mismos, así se tiene que:

"(...)

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: QUE SE RECONOZCA, EN LA LIQUIDACIÓN QUE SE PRACTIQUE, LOS MAYORES GASTOS GENERALES POR AMPLIACIONES DE PLAZO APROBADAS, ASCENDENTE A S/. 784,520.84 (SETECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS VEINTE Y 84 SOLES), MÁS IGV, ORDENÁNDOSE EL PAGO AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.

PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: QUE SE DECLARE LA EXISTENCIA DE DAÑOS Y PERJUICIOS DURANTE LA EJECUCION CONTRACTUAL ASCENDENTE A S/. 784,520.84 (SETECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS VEINTE Y 84 SOLES) MAS IGV, POR MAYORES GASTOS GENERALES POR AMPLIACIONES DE PLAZO APROBADAS, ORDENÁNDOSE EL PAGO AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.

SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: QUE SE DECLARE LA EXISTENCIA DE UN MAYOR COSTO DURANTE LA EJECUCION CONTRACTUAL ASCENDENTE A S/. 784,520.84 (SETECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS VEINTE Y 84 SOLES), MAS IGV, POR MAYORES GASTOS GENERALES

POR AMPLIACIONES DE PLAZO APROBADAS, ORDENÁNDOSE EL PAGO AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.

TERCERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: QUE SE DECLARE LA EXISTENCIA DE UN ABUSO DEL DERECHO DURANTE LA EJECUCION CONTRACTUAL ASCENDENTE A S/. 784,520.84 (SETECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS VEINTE Y 84 SOLES), MAS IGV, POR MAYORES GASTOS GENERALES POR AMPLIACIONES DE PLAZO APROBADAS, ORDENÁNDOSE EL PAGO AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.

CUARTA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: QUE SE DECLARE LA EXISTENCIA DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA DURANTE LA EJECUCION CONTRACTUAL ASCENDENTE A S/. 784,520.84 (SETECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS VEINTE Y 84 SOLES), MAS IGV, POR MAYORES GASTOS GENERALES POR AMPLIACIONES DE PLAZO APROBADAS, ORDENÁNDOSE EL PAGO AL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD."

7.79. En ese sentido, se advierte que el Consorcio, nuevamente, plantea a través de cinco figuras jurídicas distintas, estas son: **i)** reconocimiento de mayores gastos generales; **ii)** daños y perjuicios; **iii)** mayor costo; **iv)** enriquecimiento sin causa y; **v)** abuso de derecho, el reconocimiento de lo que solicita en la cuarta pretensión, es decir, se reconozca en la liquidación los mayores gastos generales por ampliaciones de plazo aprobadas. Con ello, se advierte que los petitorios planteados en la cuarta pretensión principal y sus cuatro pretensiones subordinadas, es en realidad el reconocimiento de los mayores generales por la supuesta aprobación de las Ampliaciones de Plazo N°s 1, 2 y 3, las cuales se sustentan en diferentes figuras jurídicas que lo único que hacen es variar el título por el cual son reclamadas, coincidiendo en el fondo en el mismo petitorio.

- 7.80. Habiendo llegado a esta conclusión, este Colegiado, analizará si el petitorio común de estas cinco pretensiones, es decir, el reconocimiento de mayores gastos generales por las Ampliaciones de Plazo N°s 1, 2 y 3 es procedente o no. Para tal fin, corresponde remitirse a lo dispuesto por el artículo 202 del Reglamento, el mismo que a la letra dispone lo siguiente:

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

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

Sólo cuando la ampliación de plazo sea generada por la paralización total de la obra por causas ajenas a la voluntad del contratista, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso (...)"

- 7.81. Así, en primer lugar, la premisa para el reconocimiento de los mayores gastos generales es el otorgamiento de la respectiva ampliación de plazo solicitada, único escenario en base al cual la normativa de contrataciones autoriza el reconocimiento de este concepto netamente económico.

- 7.82. Consecuentemente, de ser el caso se evidencie que las ampliaciones de plazo han sido aprobadas, deberá verificarse cuál ha sido la causal que ha sustentado el pedido, ya sea atraso o

paralización, pues, en el caso particular de esta última, la norma exige que se acredite la relación de causalidad entre la paralización que generó la ampliación de plazo y los gastos que reclama sean reconocidos.

7.83. Bajo ese escenario normativo, en el presente caso, tenemos que verificar si, respecto a las ampliaciones de plazo N°s 1, 2 y 3, que afirma el Consorcio han sido aprobadas, obran en el expediente documentos que den certeza de esta situación; y, luego, en los casos en los que se acredite la aprobación de la ampliación de plazo, verificar cuál ha sido la causal alegada, pues a partir de ello, se determinará su reconocimiento automático o vía acreditación previa.

7.84. Así las cosas, este Tribunal Arbitral advierte que:

6. Respecto a la Ampliación de Plazo N° 01, obra en el expediente arbitral el cargo de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 1 presentada ante el Supervisor de la Obra, Consorcio Hidromec, mediante Carta N° 028-2015-CSI con fecha 27 de mayo de 2015. Dicha ampliación de plazo fue solicitada por el plazo de 51 días calendario, desde el 28.03.15 hasta el 18.05.15, y se sustentó en el acuerdo de paralización de obra por efecto de la presencia de lluvias y al incremento de los caudales del río Chicama y sus afluentes. Respecto a dicha ampliación de plazo no obra en el expediente ni la opinión del Supervisor ni el pronunciamiento de la Entidad.

En ese sentido, cabe señalar que el artículo 201° del Reglamento, citado previamente, establece, respecto al pronunciamiento que la Entidad debe emitir ante las solicitudes de ampliación de plazo dentro del plazo de catorce (14) días, contados a partir de recibido el informe que emite supervisión respecto a estas

solicitudes, que: *"De no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo señalado, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad (...)"*

Así, estando a que no se ha acreditado la existencia del pronunciamiento de la Entidad en relación a la solicitud presentada por el Consorcio mediante Carta N° 028-2015-CSI, respecto de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 1, es posible verificar la configuración de la premisa necesaria establecida por ley para el reconocimiento del concepto que se reclama, esta es, el otorgamiento de la ampliación de plazo por no pronunciamiento por parte de la Entidad, es decir, el otorgamiento tácito, por lo que, corresponde se reconozcan los mayores gastos generales de esta ampliación de plazo.

Ahora bien, cabe señalar que, respecto a esta, la ejecución de la obra no se atrasó, como lo afirma el Consorcio, sino que, permaneció paralizada, eso sí, por causas ajenas a esta última parte. En ese sentido, se verifica que la causal que generó la ampliación de plazo, es la paralización de la obra por la presencia de lluvias y al incremento de los caudales del río Chicama y sus afluentes, lo mismo que se acredita con el acuerdo de paralización que obra en el expediente.

Al respecto, habiéndose establecido que, cuando la causal alegada sea la paralización de la obra, el reconocimiento de los mayores gastos generales se dará solo cuando aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial hayan sido debidamente acreditados.

Ante ello, se advierte que, el Consorcio solo presentó su cálculo mayores gastos generales conforme al siguiente detalle:

MAYORES GASTOS GENERALES DE LA OBRA			
OBRA : " CREACION DE DEFENSA RIBERENA EN LOS PUNTOS CRITICOS DEL RIO CHICAMA, TRAMO PUENTE PUNTA MORENO - BAÑOS CHIMU - HUANCAY, DISTRITO DE CASCAS - LUGMA - MARMOT, PROVINCIA DE GRAN CHIMU - LA LIBERTAD "			
PROPIETARIO :	GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD		
CONTRATISTA :	CONSORCIO SOL INKA		
UPERVISOR :	ING. ORLANDO EBERTH SANTIAGO ROSADO		
ESIDENTE :	ING. FERNANDO ELESPIRU BASTOS		
RES. CONTRATADO :	S/ 18,878,948.26 (con I.G.V.)		
		S/ 15,829,817.17 (sin I.G.V.)	
DATOS		DATOS	
AMPLIACION DE PLAZO N° 01 (DC):	51	AMPLIACION DE PLAZO N° 02 (DC):	51
GASTOS GENERALES VARIABLES	1,121,418.37	GASTOS GENERALES VARIABLES	1,121,418.37
ADMINISTRACION Y DIRECCION TECNICA		ADMINISTRACION Y DIRECCION TECNICA	
a) Oficina Central:	140,000.00	a) Oficina Central:	140,000.00
b) Obra:	720,000.00	b) Obra:	720,000.00
c) Ing. Ambiental (Trabajos de Mitigación Ambiental)	28,000.00	c) Ing. Ambiental (Trabajos de Mitigación Ambiental)	28,000.00
d) Alquiler de equipos:	48,000.00	d) Alquiler de equipos:	48,000.00
e) Hospedajes y Servicios:	61,200.00	e) Hospedajes y Servicios:	61,200.00
f) Mobiliario, útiles y equipos de oficina:	17,972.16	f) Mobiliario, útiles y equipos de oficina:	17,972.16
g) Otros:	106,244.21	g) Otros:	106,244.21
PLAZO CONTRACTUAL (DC)	360	PLAZO CONTRACTUAL (DC)	360
INDICE (38) VR AGOSTO 2014	402.37	INDICE (38) VR AGOSTO 2014	402.37
INDICE (38) CAUSAL MARZO 2015	409.90	INDICE (38) CAUSAL NOVIEMBRE 2015	420.80
M.G.V. 1,121,418.37		M.G.V. 1,121,418.37	
DATOS		DATOS	
G. G. DEL PERIODO 16 ENERO - 02 JUNIO 2016	139		
GASTOS GENERALES VARIABLES	1,121,418.37		
ADMINISTRACION Y DIRECCION TECNICA			
a) Oficina Central:	140,000.00		
b) Obra:	720,000.00		
c) Ing. Ambiental (Trabajos de Mitigación Ambiental)	28,000.00		
d) Alquiler de equipos:	48,000.00		
e) Hospedajes y Servicios:	61,200.00		
f) Mobiliario, útiles y equipos de oficina:	17,972.16		
g) Otros:	106,244.21		
PLAZO CONTRACTUAL (DC)	360		
INDICE (38) VR AGOSTO 2014	402.37		
INDICE (38) CAUSAL ENERO 2015	424.25		
M.G.V. 1,121,418.37		M.G.V. 1,121,418.37	
TOTAL MAYORES GASTOS GENERALES DE LA OBRA M.G.V. S/ 15,829,817.17		TOTAL MAYORES GASTOS GENERALES DE LA OBRA M.G.V. S/ 15,829,817.17	

Asimismo, de la revisión expediente de la Ampliación de Plazo N° 1 que el Consorcio presentó a través de su escrito del 30 de octubre de 2015, se advierte que esta parte solo presentó la documentación que acreditaba el pronosticado fenómeno del niño, más no comprobantes de pago, planillas, o cualquier otro documento que acredite el monto que por mayores gastos durante este periodo de paralización de la obra se han generado.


Así las cosas, estando a que el Consorcio no cumplió con acreditar y sustentar con documentación el cálculo de sus mayores gastos generales, corresponde declarar fundada en parte este extremo, toda vez que si bien le corresponde los mayores gastos generales producto de la aprobación tácita de la Ampliación de Plazo N° 1, dichos gastos deberán ser

debidamente acreditados, lo cual podrá cumplir, inclusive, en la liquidación del Contrato.

- 7. Respecto a la Ampliación de Plazo N° 02**, obra en el expediente el cargo de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 2 presentada ante el Supervisor de la Obra, Consorcio Hidromec, mediante Carta N° 003-2016-CSI con fecha 18 de enero de 2016. Dicha ampliación de plazo fue solicitada por el plazo de 51 días calendario desde el 25.11.15 al 15.01.16. por la demora en responder a solicitud de la Prestación Adicional N° 2. También obra en el expediente la Resolución N° 020-2016-GRCO a través de la cual la Entidad aprobó la Ampliación de Plazo N° 2 por el termino de 51 días *"aprobados tácitamente por la falta de emisión del Informe conteniendo su pronunciamiento del Supervisor de obra dentro del plazo legal"*⁸.

En ese sentido, existiendo un pronunciamiento positivo de la Entidad contenido en la Resolución N° 020-2016-GRCO, accediendo en su integridad al pedido de 51 de calendario por la Ampliación de Plazo N° 2, corresponde el reconocimiento de los mayores gastos generales en la liquidación por esta ampliación.

Sin embargo, siendo que la Entidad asegura que esta ampliación de plazo se produjo por una paralización de obra que ameritaría la acreditación de la relación de causalidad entre la paralización y los gastos que reclama, lo cual, afirma el Consorcio no ha cumplido, corresponde a este Tribunal Arbitral determinar si se ha producido o no esta situación.



⁸ Resolución N° 020-2016-GRCO de fecha 9 de marzo de 2016



Así, el Colegiado advierte que en la Resolución a través de la cual se aprobó esta ampliación de plazo no se ha determinado si la misma obedece a un atraso o una paralización de la obra, por lo que correspondería a la Entidad acreditar su dicho, lo cual no se ha producido, pues no obran en el expediente asientos del Cuaderno de Obra donde se deje constancia de la paralización alegada por la Entidad; todo lo contrario, se evidencia que, durante el lapso de tiempo por el que aprobó la ampliación de plazo, se emitieron valorizaciones pagadas por la Entidad, con lo cual, a pesar de que la carga de la prueba le correspondía a la Entidad, ésta no ha acreditado que se haya producido una paralización de la obra, solo advirtiéndose en algunos documentos que lo que se produjo fue la paralización de algunas partidas, consecuentemente, no habiéndose acreditado una paralización, los mayores gastos generales que corresponden por la Ampliación de Plazo N° 2 deben ser calculados de conformidad con el artículo 202 del Reglamento, por lo que, no habiendo la Entidad cuestionado el cálculo realizado por el Consorcio, ni en su monto ni en su procedimiento de cálculo, corresponde se reconozca en la liquidación los mayores gastos generales de la Ampliación de Plazo N° 2, ascendente al monto de S/. 166,144.02.

8. **Respecto a la Ampliación de Plazo N° 03:** no obra en el expediente arbitral documento que acredite la presentación de la solicitud de la Ampliación de Plazo N° 3; tampoco obra el informe del Supervisor ni el pronunciamiento de la Entidad. Lo único que se tiene es un anexo del escrito de fecha 30 de octubre de 2017, consignado bajo el siguiente título: "*Ampliación de Plazo N° 3, se incluyó en la liquidación*", no pudiéndose considerar al mismo como una solicitud de Ampliación de Plazo, pues no obra el cargo de presentación al mismo al Supervisor, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 201 del Reglamento.

En ese sentido, estando a que no se ha acreditado la presentación de la solicitud de ampliación de plazo, menos aún se ha acreditado la existencia del otorgamiento expreso o tácito de la Entidad, por lo que es improcedente reclamar el reconocimiento de un derecho que no se le puede atribuir a quien no ha cumplido con el procedimiento para su otorgamiento.

- 7.85. Consecuentemente, habiéndose amparado en parte la pretensión principal, y habiéndose evidenciado que el hecho generador del título bajo el que peticiona sus pretensiones subordinadas tiene el mismo substrato que este Tribunal previamente no ha atendido, corresponde que las pretensiones subordinadas sean declaradas improcedentes.

DÉCIMO OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO:

DETERMINAR A QUÉ PARTE Y EN QUÉ PROPORCIÓN CORRESPONDE ASUMIR LAS COSTAS Y COSTOS DEL PRESENTE PROCESO.

- 7.86. En relación a los costos del arbitraje, los artículos 70° y 73° del Decreto Legislativo N° 1071, disponen que el Tribunal Arbitral tenga 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 árbitro podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

- 7.87. En adición a lo antes expuesto, los costos incluyen (i) los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral y (ii) los honorarios y gastos de la secretaría.

7.88. En el presente caso, el Consorcio asumió casi la totalidad de los honorarios arbitrales, conforme a lo detallado en el acápite III. Costos del Proceso.

7.89. En ese sentido, atendiendo a la inexistencia de pacto entre las partes y considerando el resultado o sentido de este laudo y, al mismo tiempo, que se ha evidenciado que el Consorcio tenía motivos suficientes y atendibles para litigar, en razón de la incertidumbre jurídica en la que se encontraba —precisamente— motivó la continuación del presente arbitraje, habida cuenta de que debía defender sus pretensiones en vía arbitral; y que, además, el Tribunal Arbitral considera a efectos de regular el pago de tales conceptos el comportamiento procesal de las partes, se estima razonable que:

- Cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar.
- Cada una de las partes asuma los honorarios de los gastos arbitrales.

VIII. LAUDO

Por las razones expuestas, de conformidad con el Acta de Instalación y lo previsto en el Decreto Legislativo N° 1071, el Tribunal Arbitral resolvió en Derecho **LAUDA:**

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la excepción de incompetencia deducida por el Gobierno Regional de La Libertad contra la tercera y quinta pretensiones principales de la demanda, y cada una de sus pretensiones subordinadas, por lo que este Colegiado no emitirá pronunciamiento alguno respecto a dichas pretensiones.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la primera pretensión principal de la demanda, en consecuencia, **DECLARAR** válida la Resolución del Contrato N° 001-2015-GRLL-GRCO efectuada por el Consorcio Sol Inka a través de la carta N° 021-2016-CSI.

TERCERO: DECLARAR FUNDADA la pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la demanda, en consecuencia, **RECONOCER** a favor del Consorcio Sol Inka, en la liquidación de obra que se practique, la suma de S/ 102.823.92 (Ciento dos mil ochocientos veintitrés y 92/100 soles) más I.G.V., correspondiente al 50% de la utilidad prevista calculada sobre el saldo que se dejó de ejecutar.

CUARTO: FUNDADA EN PARTE la segunda pretensión principal, en consecuencia, **RECONOCER** a favor del Consorcio Sol Inka, en la liquidación de obra que se practique y **ORDENAR** al Gobierno Regional de La Libertad el pago, de los intereses por la demora en el pago de las valorizaciones N°s 1, 3 y 10, conforme a los criterios establecidos en el considerando 7.40 de este laudo, debiendo incluir ello la presentación de la respectiva valorización de intereses por parte del Consorcio Sol Inka.

QUINTO: CARECE DE COMPETENCIA para pronunciarse respecto a la tercera pretensión principal de la demanda, dado que se ha declarado fundada la excepción de incompetencia deducida por el Gobierno Regional de La Libertad.

SEXTO: CARECE DE COMPETENCIA para pronunciarse respecto a la primera pretensión subordinada a la tercera pretensión principal de la demanda, dado que se ha declarado fundada la excepción de incompetencia deducida por el Gobierno Regional de La Libertad.

SÉTIMO: CARECE DE COMPETENCIA para pronunciarse respecto a la segunda pretensión subordinada a la tercera pretensión principal de la demanda, dado

que se ha declarado fundada la excepción de incompetencia deducida por el Gobierno Regional de La Libertad.

OCTAVO: CARECE DE COMPETENCIA para pronunciarse respecto a la tercera pretensión subordinada a la tercera pretensión principal de la demanda, dado que se ha declarado fundada la excepción de incompetencia deducida por el Gobierno Regional de La Libertad.

NOVENO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la cuarta pretensión principal de la demanda, en consecuencia: **i) RECONOCER** a favor de Consortio Sol Inka los mayores gastos generales por la Ampliación de Plazo N° 1, los mismos que deberán ser debidamente acreditados, inclusive, hasta la presentación de la Liquidación de la Obra; y, **ii) RECONOCER** a favor del Consortio Sol Inka, en la liquidación de obra que se practique y **ORDENAR** al Gobierno Regional de La Libertad el pago de los mayores gastos generales solo por la Ampliación de Plazo N° 2, ascendente a la suma de **S/. 166,144.02 más IGV**.

DÉCIMO: DECLARAR IMPROCEDENTE la primera pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal de la demanda.

DÉCIMO PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la segunda pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal de la demanda.

DÉCIMO SEGUNDO: DECLARAR IMPROCEDENTE la tercera pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal de la demanda.

DÉCIMO TERCERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la cuarta pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal de la demanda.

DÉCIMO CUARTO: CARECE DE COMPETENCIA para pronunciarse respecto a la quinta pretensión principal de la demanda, dado que se ha declarado fundada la excepción de incompetencia deducida por el Gobierno Regional de La Libertad.



DÉCIMO QUINTO: CARECE DE COMPETENCIA para pronunciarse respecto a la primera pretensión subordinada a la quinta pretensión principal de la demanda, dado que se ha declarado fundada la excepción de incompetencia deducida por el Gobierno Regional de La Libertad.

DÉCIMO SEXTO: CARECE DE COMPETENCIA para pronunciarse respecto a la segunda pretensión subordinada a la quinta pretensión principal de la demanda, dado que se ha declarado fundada la excepción de incompetencia deducida por el Gobierno Regional de La Libertad.

DÉCIMO SÉTIMO: CARECE DE COMPETENCIA para pronunciarse respecto a la tercera pretensión subordinada a la quinta pretensión principal de la demanda, dado que se ha declarado fundada la excepción de incompetencia deducida por el Gobierno Regional de La Libertad.

DÉCIMO OCTAVO: CARECE DE COMPETENCIA para pronunciarse respecto a la cuarta pretensión subordinada a la quinta pretensión principal de la demanda, dado que se ha declarado fundada la excepción de incompetencia deducida por el Gobierno Regional de La Libertad.

DÉCIMO NOVENO: DISPONER que ambas partes asuman en partes iguales, los gastos arbitrales, las costas y costos generados por la tramitación del presente proceso arbitral conforme a las precisiones indicadas en la parte considerativa del presente laudo arbitral, debiendo cada una de ellas asumir los costos propios de la defensa que han ejercido en el desarrollo del presente arbitraje.

VIGÉSIMO: DISPONER que la Secretaría Arbitral cumpla con notificar el presente Laudo Arbitral a las partes, dentro del plazo legal establecido, encargándosele asimismo la custodia del expediente arbitral por el plazo legal establecido en las normas aplicables al presente caso.



VIGÉSIMO PRIMERO: PROCEDA la presidenta del Tribunal Arbitral, a notificar y publicar el presente Laudo en el SEACE.

En caso exista limitaciones tecnológicas u otras para la publicación del presente Laudo en el SEACE, a solicitud simple de la Presidenta del Tribunal Arbitral la Secretaria Arbitral deberá requerir ante el Director del SEACE la publicación del presente laudo en el SEACE, para cuyo efecto cuenta desde este momento con la expresa autorización del Presidente del Tribunal Arbitral, siendo responsabilidad del Director del SEACE procurar el efectivo cumplimiento de dicho requerimiento, dentro del plazo máximo de diez (10) días hábiles contado desde el día siguiente de su recepción, debiendo dar cuenta de ello a este Tribunal Arbitral, en el mismo plazo.



KATTY MENDOZA MURGADO
Presidenta del Tribunal Arbitral



MARIA JESUS BUSTOS DE LA CRUZ
Árbitro



CARLA MILAGROS DE LOS SANTOS LÓPEZ
Árbitro