

**ARBITRAJE
AD HOC**

Consorcio Estadio Huanchaco
C/
Municipalidad Distrital de Huanchaco

LAUDO

Miembros del Tribunal Arbitral:

Elvira Martínez Coco (Presidenta)
Liliana C. Cabrera Moncada (Árbitra)
Jorge Vega Velasco (Árbitro)

Secretario Arbitral:

Felipe Oscar Martínez C.

Lima, 03 de octubre de 2018



Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

RESOLUCIÓN N° 60

Lima, 03 de octubre del 2018.-

VISTOS:

I. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES, REPRESENTANTES Y ABOGADOS.-

1. Partes:

- En calidad de demandante: Consorcio Estadio Huanchaco.
- En calidad de demandado: La Municipalidad Distrital de Huanchaco.

2. Representantes:

- Del demandante Consorcio Estadio Huanchaco: Rodrigo Freitas Cabanillas.
- Del demandado La Municipalidad Distrital de Huanchaco: Procuradora Deysi Milagros D'Arrigo Alva, Procurador Daniel Marcial Cueva Ríos.

3. Abogados:

- Del demandante Consorcio Estadio Huanchaco: Dr. Luis Puglianini Guerra.
- Del demandado La Municipalidad Distrital de Huanchaco: Jorge Alberto Rodríguez Pacheco, Carlos Manuel Aguilar Enríquez.

II. DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL.-

4. Surgidas las controversias, las partes designaron a sus árbitros.

5. Consorcio Estadio Huanchaco, en adelante **EL CONSORCIO**, designó al abogado Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio quien aceptó la designación y posteriormente renunció al cargo, renuncia que fue aceptada mediante Resolución N° 14 de fecha 06 de junio de 2016. Ante dicha renuncia, **EL CONSORCIO** nombró al Dr. Jorge Vega Velasco quien aceptó la designación el 22 de julio de 2016.

6. La Municipalidad Distrital de Huanchaco, en adelante **LA MUNICIPALIDAD** designó a la abogada Liliana Carolina Cabrera Moncada quien aceptó la designación.

7. Ambos árbitros designaron como Presidenta a la abogada Elvira Leonor Martínez Coco, quien el 10 de noviembre de 2014 aceptó el cargo.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

8. El Tribunal Arbitral se instaló el 13 de enero de 2015 con la asistencia del CONSORCIO. LA MUNICIPALIDAD no asistió a la Audiencia de Instalación pese a haber sido válidamente notificada mediante el Oficio N° 10337-2014-OSCE/DAA el 31 de diciembre de 2014.

III. EL CONVENIO ARBITRAL, TIPO DE ARBITRAJE Y LEY APLICALE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA.-

9. En la Cláusula Décimo Octava del Contrato S/N para la Elaboración de Expediente Técnico y Ejecución de la Obra: "Mejoramiento del servicio deportivo en el Estadio del C.P. El Boquerón, distrito de Huanchaco -Trujillo - La Libertad", suscrito el 22 de marzo de 2013, en adelante el Contrato, referida a la solución de controversias, las partes acordaron lo siguiente:

"CLAUSULA DECIMO OCTAVA: SOLUCION DE CONTROVERSIAS¹

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 184, 199, 201, 209, 210 y 212 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del estado o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.

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

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

10. Según la Regla 3 del Acta de Instalación de fecha 03 de enero de 2015, en adelante el Acta, se establece como lugar del arbitraje la ciudad de Lima y como sede del Tribunal Arbitral las oficinas ubicadas en el Jr. Trinidad N° 431, Dpto. 102, distrito de San Borja.
11. En virtud del convenio arbitral contenido en la Cláusula Décimo Octava del Contrato, el presente arbitraje es ad hoc, nacional y de derecho.

¹ De conformidad con los artículos 216 y 217 del Reglamento, podrá adicionarse la información que resulte necesaria para resolver las controversias que se susciten durante la ejecución contractual. Por ejemplo, para la suscripción del contrato y, según el acuerdo de las partes podrá establecerse que el arbitraje será institucional o ante el Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE (SNA-OSCE), debiendo indicarse el nombre del centro de arbitraje pactado y si se opta por un arbitraje ad-hoc, deberá indicarse si la controversia se someterá ante un tribunal arbitral o ante un árbitro único.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

IV. PROCEDIMIENTO ARBITRAL APLICABLE.-

12. Como se desprende de la Cláusula Octava del Contrato, las partes expresaron que en el proceso arbitral serían de aplicación las reglas procesales contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado aprobada mediante el Decreto Legislativo N° 1071 y su modificatoria, en adelante la Ley, y su Reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo N° 184-2008-EF y su modificatoria, en adelante el Reglamento. Supletoriamente, se deben aplicar las reglas procesales del Decreto Legislativo N° 1071, en adelante la Ley de Arbitraje. Así, se dijo:

“Para el proceso arbitral, serán de aplicación las reglas procesales establecidas por las partes, la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante la Ley de Contrataciones del Estado -aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por Ley N° 29873 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF. Supletoriamente, regirán las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje.” (El subrayado es nuestro).

13. Por lo tanto, el procedimiento arbitral se rige de acuerdo a las reglas anteriormente mencionadas.

V. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.-

14. El presente laudo se expide de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43º de la Ley de Arbitraje. Estando a lo dispuesto en el mencionado artículo, el Tribunal Arbitral advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.
15. En lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en el proceso arbitral se ha actuado de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 43º de la Ley de Arbitraje, en el que se señala que:

“Artículo 43º.- Pruebas

- 1. El Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios”.***



Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

VI. LA DEMANDA.-

16. Con fecha 3 de febrero de 2015, EL CONSORCIO presentó su demanda con el siguiente petitorio:

Primera Pretensión Principal

Que, el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD que cumpla con los alcances de la Adenda N° 01 al "Contrato para la Elaboración de Expediente Técnico y Ejecución de la Obra: Mejoramiento del Servicio Deportivo en el Estadio del C.P. el Boquerón, distrito de Huanchaco - Trujillo - La Libertad"

Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal

Que, el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD que reconozca y pague el porcentaje descontado al CONTRATISTA en las Valorizaciones, más los intereses legales correspondientes.

Segunda Pretensión Principal

Que, el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD reconozca y pague los mayores gastos generales asociados a la Ampliación de Plazo N° 02, aprobada por LA MUNICIPALIDAD mediante Resolución de Alcaldía N° 1739-2013-MDH de fecha 15 de noviembre de 2013.

Tercera Pretensión Principal

Que, el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD el reconocimiento de la Ampliación de Plazo N° 03 solicitada por quince (15) días calendario, presentada por el CONSORCIO mediante Informe de Ampliación de Plazo de fecha 06 de diciembre de 2013.

Pretensión Accesoria A La Tercera Pretensión Principal

Que, además, el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD reconozca y pague los mayores gastos generales asociados a la Ampliación de Plazo N° 03, de acuerdo a lo señalado en el artículo 202 del Reglamento, más los intereses correspondientes.

Cuarta Pretensión Principal

Que, el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD reconozca y pague los mayores gastos generales asociados a la Ampliación de Plazo N° 04, aprobada por LA MUNICIPALIDAD mediante Resolución de Alcaldía N° 036-2014-MDH de fecha 16 de enero de 2014.

Quinta Pretensión Principal

Que, el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD el reconocimiento de la Ampliación de Plazo N° 05 solicitada por veinte (20) días calendario, presentada por el CONSORCIO mediante Carta N° 005-2014-CEH de fecha 01 de febrero de 2014.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

Pretensión Accesoria A La Quinta Pretensión Principal

Que, el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD reconocer y pagar los mayores gastos generales asociados a la Ampliación de Plazo N° 05, de acuerdo a lo señalado en el artículo 202 del Reglamento, más los intereses correspondientes.

Sexta Pretensión Principal

Que, el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD reconozca y pague los mayores gastos generales ascendentes a la suma de S/. 86,274.88, asociados al retraso de cuarenta y tres (43) días por parte de LA MUNICIPALIDAD en decepcionar la Obra, más los intereses correspondientes.

Séptima Pretensión Principal

Que el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD el reembolso de todos los gastos, costos y costas incurridos en el presente arbitraje, incluido los honorarios profesionales contratados para la defensa en este proceso, así como los gastos administrativos del Centro de Arbitraje y demás efectuados para su atención.

17. El Tribunal Arbitral deja constancia que los fundamentos de hecho y de derecho con los que EL CONSORCIO fundamentó cada una de sus pretensiones, serán desarrollados al resolver los Puntos Controvertidos en el análisis de las pretensiones.

VII. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

18. Con fecha 20 de abril de 2016, LA MUNICIPALIDAD contestó la demanda del CONSORCIO contradiciendo los extremos de la misma y solicitando que en su oportunidad sea declarada infundada y/o improcedente.
19. El Tribunal Arbitral deja constancia que los fundamentos de hecho y de derecho con los que LA MUNICIPALIDAD contradijo cada una de las pretensiones del CONSORCIO, serán desarrollados en el análisis de los puntos controvertidos.

VIII. RECONVENCIÓN Y CONTESTACIÓN DE LA RECONVENCIÓN.-

20. LA MUNICIPALIDAD reconvino en el presente proceso y EL CONSORCIO contestó la reconvención. Sin embargo, no se reproducirán los argumentos de la reconvención ni los de la contestación a la reconvención, en virtud que las pretensiones reconvenidas por LA MUNICIPALIDAD fueron archivadas mediante la Resolución N° 45 de fecha 20 de noviembre de 2017.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

IX. PRETENSIONES ACUMULADAS POR LA MUNICIPALIDAD Y CONTESTACIÓN A LAS PRETENSIONES ACUMULADAS.-

21. LA MUNICIPALIDAD acumuló pretensiones al proceso y EL CONSORCIO las contestó. Sin embargo, no se reproducirán los argumentos de las pretensiones acumuladas ni los de la contestación a las pretensiones acumuladas, en virtud que las pretensiones acumuladas por LA MUNICIPALIDAD fueron archivadas mediante la Resolución N° 48 de fecha 20 de diciembre de 2017 y N° 50 de 22 de enero de 2018.

X. LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS O CUESTIONES MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL ARBITRAL.-

22. Con fecha 9 de marzo de 2017, en el Acta de la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos se establecieron las cuestiones que deberían ser materia de pronunciamiento por el Tribunal Arbitral.
23. El 6 de abril de 2017 LA MUNICIPALIDAD, acumuló dos pretensiones (la Primera y la Segunda Pretensión), las que fundamentó con fecha 4 de mayo de 2017. El 31 de mayo de 2017 EL CONSORCIO acumuló una pretensión, la que fundamentó con fecha 3 de julio de 2017.
24. Con posterioridad, quedaron fuera del ámbito de este arbitraje: (i) Las pretensiones reconvenidas por LA MUNICIPALIDAD, según lo ordenado en la Resolución N° 45 de fecha 20 de noviembre de 2017; (ii) La Segunda Pretensión Acumulada por LA MUNICIPALIDAD, según lo dispuesto en la Resolución N° 48 de fecha 4 de diciembre de 2017; y (iii) La Primera Pretensión Acumulada por LA MUNICIPALIDAD, según lo ordenado en la Resolución N° 50 de fecha 22 de enero de 2018.
25. Teniendo en cuenta los anteriores hechos, resultó necesario reformular las Cuestiones Materia de Pronunciamiento y la Admisión de los Medios Probatorios dispuestos en la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos de fecha 9 de marzo de 2017, de la siguiente manera:

De la Demanda:

Primera Pretensión Principal:

Que, el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD que cumpla con los alcances de la Adenda N° 01 al “Contrato para la Elaboración de Expediente Técnico y Ejecución de la Obra: Mejoramiento del Servicio Deportivo en el Estadio del C.P. el Boquerón, distrito de Huanchaco – Trujillo – La Libertad”.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

Primera Pretensión Accesoria de la Primera Pretensión Principal:

Que, el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD que reconozca y pague el porcentaje descontado al CONTRATISTA en las Valorizaciones, más los intereses legales correspondientes.

Segunda Pretensión Principal:

Que, el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD reconozca y pague los mayores gastos generales asociados a la Ampliación de Plazo N° 02, aprobada por LA MUNICIPALIDAD mediante Resolución de Alcaldía N° 1739-2013-MDH de fecha 15 de noviembre de 2013.

Tercera Pretensión Principal:

Que, el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD el reconocimiento de la Ampliación de Plazo N° 03 solicitada por quince (15) días calendario, presentada por el CONSORCIO mediante Informe de Ampliación de Plazo N°3.

Pretensión Accesoria a la Tercera Pretensión Principal:

Que, además, el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD reconozca y pague los mayores gastos generales asociados a la Ampliación de Plazo N° 03, de acuerdo a lo señalado en el artículo 202 del Reglamento, más los intereses correspondientes.

Cuarta Pretensión Principal:

Que, el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD reconozca y pague los mayores gastos generales asociados a la Ampliación de Plazo N° 04, aprobada por LA MUNICIPALIDAD mediante Resolución de Alcaldía N° 036-2014-MDH de fecha 16 de enero de 2014.

Quinta Pretensión Principal:

Que, el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD el reconocimiento de la Ampliación de Plazo N° 05 solicitada por veinte (20) días calendario, presentada por el CONSORCIO mediante Carta N° 005-2014-CEH de fecha 01 de febrero de 2014.

Pretensión Accesoria a la Quinta Pretensión Principal:

Que, el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD reconocer y pagar los mayores gastos generales asociados a la Ampliación de Plazo N° 05, de acuerdo a lo señalado en el artículo 202 del Reglamento, más los intereses correspondientes.

Sexta Pretensión Principal:

Que, el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD reconozca y pague los mayores gastos generales ascendentes a la suma de S/. 86,274.88, asociados al retraso de cuarenta y tres (43) días por parte de LA

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

MUNICIPALIDAD en recepcionar la Obra, más los intereses correspondientes.

Séptima Pretensión Principal:

Que, el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD el reembolso de todos los gastos, costos y costas incurridos en el presente arbitraje, incluido los honorarios profesionales contratados para la defensa en este proceso, así como los gastos administrativos del Centro de Arbitraje y demás efectuados para su atención.

De la Pretensión Acumulada:

Octava Pretensión Principal:

Que, el Tribunal Arbitral declare la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la Resolución de Alcaldía N° 1898-2013-MDH, por la cual la Municipalidad Distrital de Huanchaco declaró la nulidad de la Adenda N° 1 del Contrato para la Ejecución de la Obra: "Mejoramiento del Servicio Deportivo en el Estadio del C.P. El Boquerón, Distrito de Huanchaco-Trujillo-La Libertad".

XI. ACTUACIONES ARBITRALES.-

26. El 9 de marzo de 2017 en la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos el Tribunal Arbitral admitió los Medios Probatorios ofrecidos por ambas partes.
27. El 31 de agosto de 2017 con la Resolución N° 37 el Tribunal Arbitral admitió el medio probatorio de la Octava Pretensión acumulada del CONSORCIO presentado con su escrito N° 13, sumillado "Fundamentamos pretensión acumulada".
28. El 22 de febrero de 2018 se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración de Hechos con la asistencia solamente del CONSORCIO.
29. El 27 de marzo de 2018 se llevó a cabo la Audiencia Continuada de Ilustración de los Hechos por parte de LA MUNICIPALIDAD e Informes Orales.

XII. PLAZO PARA LAUDAR.-

30. El 19 de junio de 2018 con la Resolución N° 58 se declaró el cierre de la Instrucción Arbitral y se abrió el plazo para laudar en cuarenta y cinco (45) días hábiles contado a partir de la notificación de la resolución, dejándose constancia que el Tribunal Arbitral podía disponer la extensión de este plazo hasta por veinte (20) días hábiles adicionales, de conformidad con lo establecido en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

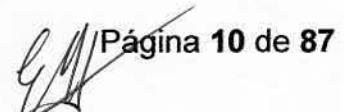
Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

31. Con la Resolución Nº 59 de fecha 03 de setiembre de 2018, el Tribunal Arbitral amplió el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles adicionales, de tal modo que el plazo ampliado para laudar vence el 03 de octubre de 2018.
32. Siendo así las cosas, el presente laudo se emite dentro del plazo para laudar.
33. Adicionalmente, se deja constancia que de acuerdo a la Regla 46 del Acta de Instalación, el Tribunal Arbitral remitió el laudo a la Secretaría, la que deberá notificarlo personalmente a las partes dentro de los siete (7) días hábiles siguientes de recibido.

XIII. HONORARIOS DEL TRIBUNAL Y DE LA SECRETARÍA ARBITRAL.-

34. En el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral se fijaron los honorarios de los integrantes del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral. Sin embargo, mediante la Resolución Nº 29 de fecha 18 de abril de 2017, se re-liquidaron los honorarios arbitrales ordenando que cada una de las partes asumiera los correspondientes a sus pretensiones, de tal manera que al CONSORCIO le correspondía asumir la totalidad de los honorarios fijados en función de su demanda en las Reglas 56 y 57 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, esto es, la suma de S/. 10,200.00 (Diez mil doscientos con 00/100 Soles) netos para cada uno de los árbitros, y la suma de S/. 8,449.00 (Ocho mil cuatrocientos cuarenta y nueve con 00/100 Soles) netos para la Secretaría Arbitral; mientras que LA MUNICIPALIDAD debía asumir la totalidad de los honorarios en función de su reconvención, esto es, el monto de S/. 5,679.00 (Cinco mil seiscientos setenta y nueve con 00/100 Soles) netos para cada uno de los árbitros, y el monto de S/. 4,776.00 (Cuatro mil setecientos setenta y seis con 00/100 Soles) netos para la Secretaría Arbitral.
35. Además, con la Resolución N° 29 se tuvieron por pagados por parte del CONSORCIO la totalidad de los honorarios que le correspondían asumir respecto de la reliquidación de honorarios efectuada con dicha resolución. LA MUNICIPALIDAD no pagó los honorarios que le correspondía asumir, y mediante la Resolución N° 45 de fecha 20 de noviembre de 2017 el Tribunal Arbitral declaró que las pretensiones reconvenidas por LA MUNICIPALIDAD quedaron automáticamente fuera del proceso con fecha 17 de noviembre de 2017.
36. Por otro lado, los honorarios arbitrales correspondientes a la acumulación de pretensiones efectuada por LA MUNICIPALIDAD mediante su escrito de fecha 6 de abril de 2017, se fijaron mediante la Resolución N° 39. LA MUNICIPALIDAD no pagó y con la Resolución N° 50 de fecha 22 de enero de 2018, se ordenó que la Primera Pretensión Acumulada por LA MUNICIPALIDAD quedara fuera del ámbito de este arbitraje.



Página 10 de 87

Tribunal Arbitral

*Elvira Martínez Coco (Presidenta)
Liliana C. Cabrera Moncada
Jorge Vega Velasco*

37. Con la Resolución N° 46 de fecha 20 de noviembre de 2017, por la Octava Pretensión Acumulada de cuantía indeterminada se ordenó que el CONSORCIO pagara la suma de S/. 3,782.37 (Tres mil setecientos ochenta y dos con 37/100 Soles) netos para cada uno de los Árbitros y S/. 2,246.01 (Dos mil doscientos cuarenta y seis con 01/100) netos, para la Secretaría Arbitral. Con la Resolución N° 49 de fecha 19 de enero de 2018 se tuvo por acreditado el pago por parte del CONSORCIO.
38. Siendo así las cosas, corresponde fijar el monto total de los honorarios que el CONSORCIO ha pagado a cada uno de los árbitros, en la suma de S/. 13,982.37 (Trece mil novecientos ochenta y dos y 37/100 Soles) netos y a la Secretaría Arbitral en la suma de S/. 10,695.01 (Diez mil seiscientos noventa y cinco con 00/01 Soles) netos.
39. Por otro lado, el Tribunal Arbitral deja constancia que EL CONSORCIO ha asumido la integridad de los gastos de transporte y viáticos de la Dra. Liliana Carolina Cabrera Moncada, razón por la cual LA MUNICIPALIDAD deberá reembolsar al CONSORCIO el 50% de los gastos que asumió por este concepto en subrogación de LA MUNICIPALIDAD.

CONSIDERANDOS:

XIV. CONSIDERACIONES PREVIAS.-

40. Antes de entrar a analizar las materias controvertidas, corresponde confirmar lo siguiente:
 - Este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral contenido en el Contrato.
 - En ningún momento se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones del procedimiento dispuestas en el Acta.
 - Las partes no han formulado ningún tipo de objeción al arbitraje, han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar las pruebas que han considerado pertinente presentar, y han tenido la facultad de presentar alegatos e informar oralmente.
 - El Tribunal Arbitral está procediendo a laudar dentro de los plazos dispuestos en el presente proceso arbitral.

XV. SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LA ADENDA 01.-

41. En este numeral se resolverá el siguiente Punto Controvertido:

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

Primera Pretensión Principal:

Que, el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD que cumpla con los alcances de la Adenda N° 01 al “Contrato para la Elaboración de Expediente Técnico y Ejecución de la Obra: Mejoramiento del Servicio Deportivo en el Estadio del C.P. el Boquerón, distrito de Huanchaco – Trujillo – La Libertad”.

Posición del CONSORCIO.-

42. Con fecha 22 de marzo de 2013, LA MUNICIPALIDAD y el CONSORCIO suscribieron el Contrato para la Elaboración del Expediente Técnico y Ejecución de la Obra: “Mejoramiento del Servicio Deportivo en el Estadio del C.P. el Boquerón, distrito de Huanchaco – Trujillo – La Libertad”.
43. Conforme lo señala la Cláusula Tercera del Contrato, las partes suscribieron dicho Contrato pactando un monto ascendente a S/. 3'119,448.00 (Tres millones ciento diecinueve mil cuatrocientos cuarenta y ocho con 00/100 Soles).
44. Posterior a la suscripción del Contrato, mediante la Resolución de Alcaldía N° 862-2013-MDH de fecha 24 de mayo de 2013, LA MUNICIPALIDAD aprobó el Expediente Técnico para la ejecución de la Obra “Mejoramiento del Servicio Deportivo en el Estadio del C.P. el Boquerón, distrito de Huanchaco, provincia de Trujillo, departamento de La Libertad.”
45. En ese sentido, habiendo aprobado el Expediente Técnico realizado por el CONSORCIO, las partes suscribieron la Adenda N° 1 de fecha 12 de junio de 2013, por el monto de S/. 3'488,367.02 (Tres millones cuatrocientos ochenta y ocho mil trescientos sesenta y siete con 02/100 Soles).
46. Sin embargo, ahora LA MUNICIPALIDAD pretende desconocer una Adenda que fue suscrita al amparo de las normas vigentes y no posee ningún vicio que declare su invalidez.
47. Si se realiza un análisis de la validez de la Adenda N° 01, aplicando de manera supletoria el Código Civil, el artículo 140° determina los requisitos de validez de todo acto jurídico.
48. Y es que todo Contrato (acto jurídico) debe cumplir con ciertos requisitos para su validez, requiriéndose que se celebre entre agentes capaces, que el objeto sea física y jurídicamente posible, que el fin sea lícito y se observe de la forma prescrita bajo sanción de nulidad, de acuerdo al artículo 140° del Código Civil.
49. Por lo tanto, utilizando el Código Civil de manera supletoria, el CONSORCIO señala que el contrato administrativo es considerado válido cuando se conforme sustancialmente con el ordenamiento jurídico, particularmente

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

cuando en su trámite se observen las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento y los demás instrumentos jurídicos sobre la materia.

50. Lo anterior significa que un contrato administrativo es válido, siempre y cuando sus elementos se encuentren sustancialmente conformes al ordenamiento jurídico, por lo que a fin de poder examinar dicha validez, se debe tener claridad sobre los elementos que componen el contrato administrativo.
51. En ese sentido, respecto a los sujetos capaces se precisa que la Adenda N° 01 fue suscrita por el alcalde de LA MUNICIPALIDAD el señor Fernando Bazán Pinillos y por parte del CONSORCIO, el representante común el señor Jesús Rodríguez Roldan.
52. Evidentemente ambos sujetos tienen la aptitud legal para celebrar y ejecutar el contrato. Y es de acuerdo al numeral 23) del artículo 20 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, otorga la facultad al alcalde para suscribir contratos necesarios para el ejercicio de sus funciones; entonces el alcalde es la persona idónea y con capacidad para suscribir los contratos de obra del municipio; por otra parte el representante común de acuerdo al numeral 11.1 de la Cláusula Décimo Primera del Contrato del Consorcio de fecha 21 de marzo de 2013 tiene suficientes poderes y facultades para poder suscribir contratos del CONSORCIO, así como para todos los efectos relacionados con la ejecución de la obra y el cumplimiento del mismo.
53. Asimismo, para que haya contrato resulta indispensable la existencia de dos voluntades válidas que concurran a su formación; la de la Administración y la del contratista. El consentimiento como expresión de la voluntad válida común, produce la existencia del contrato, e importa su manifestación coincidente entre las partes. El consentimiento es la exteriorización de la voluntad unilateral de cada uno de los contratantes, y todo ello se ha visto reflejado en la suscripción de la Adenda N° 01.
54. Respecto al objeto jurídicamente posible y su fin lícito, podemos señalar que el objeto de la Adenda N° 01 fue lícito dado que existió una causa justificable en el aumento del precio del expediente; además de ser la obligación que el contrato constituye. Debemos precisar que el objeto del contrato es la consecuencia que se persigue al celebrarlo como factor determinante de la voluntad de las partes, y al suscribir el mismo Alcalde de LA MUNICIPALIDAD es correcto precisar que no ha existido ninguna irregularidad.
55. En ese sentido, la Adenda N° 01, que es parte del Contrato, fue suscrito dentro de los alcances permitidos por la legislación peruana. LA MUNICIPALIDAD no tiene fundamento alguno para negarse a su cumplimiento; pues la Adenda N°

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

01 no solo es válida sino también es eficaz, dado que un contrato administrativo es eficaz cuando tiene capacidad para producir los efectos jurídicos previstos por el ordenamiento jurídico.

56. Por otro lado, en virtud de lo señalado en el artículo 56° de la Ley, LA MUNICIPALIDAD solo puede declarar la nulidad de oficio en los casos que se encuentran estipulados taxativamente en dicha norma, que son:

“Artículo 56.- Nulidad de los actos derivados de los procesos de contratación.

(...)

- 1. Despues de celebrados los contratos, la Entidad puede declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos:***
- 2. Por haberse suscrito en contravención con el artículo 10 de la presente ley.***
- 3. Cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato.***
- 4. Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación.***
- 5. Cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa a fin de la configuración de alguna de las causas de exoneración.***
- 6. Cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación. (...)"***

57. Como se ha señalado, la Adenda N° 01 suscrita entre el CONSORCIO y LA MUNICIPALIDAD no posee ningún vicio que genere su nulidad. Además, hasta la fecha LA MUNICIPALIDAD no ha iniciado controversia alguna donde quiera discutir su validez.

58. En ese sentido, no habiendo causal alguna para que LA MUNICIPALIDAD pretenda declarar la nulidad o pretenda desconocer la Adenda N° 01, se solicitó al Tribunal Arbitral que ordene a LA MUNICIPALIDAD el reconocimiento y fiel cumplimiento de los alcances de la Adenda N° 01.

Posición de LA MUNICIPALIDAD.-

59. En cuanto al supuesto incumplimiento de la Adenda N° 01, LA MUNICIPALIDAD precisa que no se ha negado a dar cumplimiento de la misma, por lo que la afirmación realizada por el Consorcio no tiene asidero fáctico ni legal, tal es así que ninguno de los medios probatorios presentados en la demanda sustenta la intención tácita o expresa de incumplir las obligaciones derivadas de la mencionada adenda.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

60. En este sentido se advierte que las retenciones realizadas durante el tiempo de ejecución del contrato, se realizaron de mutuo acuerdo entre ambas partes. Esta retenciones, nunca fueron observadas durante el tiempo de ejecución del contrato se realizaron de mutuo acuerdo entre ambas partes; lo que quiere decir, que el CONSORCIO estuvo de acuerdo con lo pactado al momento de la celebración del Contrato y durante la ejecución y culminación del mismo; no existiendo reclamo o comunicación escrita sobre las retenciones realizadas durante el tiempo de ejecución y culminación del Contrato.
61. Precisan que si se han realizado retenciones, ha sido debido a la actitud intransigente del demandante de realizar la liquidación de la obra considerando pretensiones ilegales que han sido planteadas en el presente proceso arbitral. En consecuencia, advierten que la liquidación de obra ha sido presentada el día 10 de julio de 2014, es decir, se superó en exceso los 60 días establecidos en el artículo 211º del Reglamento.
62. De acuerdo a lo señalado por el Artículo 42º de la Ley, para proceder a la liquidación de la obra, esta debió ser presentada por la empresa contratista en el plazo de ley. En este sentido, se observa en la demanda presentada que a dicha fecha no existe ningún documento que acredite la presentación oportuna de la liquidación de obra.
63. Respecto a la liquidación de la obra, de mutuo acuerdo deben conciliarse en el procedimiento de liquidación de obra, de conformidad con lo establecido en el artículo 211º de la Ley.

Posición del Tribunal Arbitral.-

64. Teniendo en cuenta los argumentos de ambas partes, este Tribunal Arbitral considera pertinente realizar una interpretación previa del Contrato celebrado por las partes y bajo qué modalidad se hizo, para así poder determinar el marco legal aplicable a la Adenda celebrada.

La Labor Interpretativa:

65. La solución de las controversias surgidas en la ejecución de contratos celebrados sobre la base de un Concurso Oferta a Suma Alzada atraviesa por una labor interpretativa.
66. La interpretación es la acción y el efecto de interpretar, de explicar o de declarar el sentido de una cosa, principalmente el de un contrato dudoso, ambiguo o contradictorio.
67. Por ello, el Tribunal Arbitral al realizar su labor interpretativa debe tener en consideración que la interpretación debe orientarse a determinar el significado

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

más correcto del Contrato, en consideración a su función y a su eficacia como acto de autorregulación de los intereses de las partes contratantes.

68. Por tanto, la labor interpretativa debe estar dirigida a analizar la manera en que le deben ser aplicadas las normas de la Ley y su Reglamento.

Interpretación Integradora:

69. En la interpretación integradora no se atribuye a los contratantes una intención común mayor que la que ellos han tenido al momento de contratar, sino que se le agrega lo que por voluntad extraña (la del ordenamiento jurídico), de todas maneras debe incluirse.
70. Mediante este mecanismo interpretativo se ubica todo el contenido contractual, el que es indispensable conocer porque en la fase de ejecución del contrato sólo es exigible el contenido del mismo.

Contenido de un Contrato celebrado bajo la Ley:

71. En el contenido de cualquier Contrato celebrado con el Estado se ubican:

a. Las normas contractuales propiamente dichas, las que están dadas:

- En primer lugar, por lo que las partes convinieron en las cláusulas del Contrato, en donde se ubican todas y cada una de las prestaciones a cargo de las partes.
- En segundo lugar, por las Bases Integradas que son las reglas definitivas del proceso de selección después de las aclaraciones y/o precisiones producto de la Absolución de Consultas, así como las modificaciones y/o correcciones derivadas de la absolución de observaciones y/o del pronunciamiento del Titular de la Entidad o del OSCE; o, cuyo texto coincide con el de las bases originales en caso de no haberse presentado consultas y/u observaciones.
- En tercer lugar, la oferta ganadora.
- En cuarto lugar, con los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señaladas en el Contrato.

Con este criterio, en el primer párrafo del artículo 142° del Reglamento se regula el Contenido del Contrato de la siguiente manera:

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

“Artículo 142º.- Contenido del Contrato

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

- b. Las normas imperativas que son de obligatoria observancia y que integran necesariamente el contenido contractual. Se trata de las normas de la Ley, en especial las del Título III referidas a “las Contrataciones” y las del Título III de su Reglamento referidas a la “Ejecución Contractual”.
 - c. Las normas supletorias que llenan el vacío dejado por las partes al momento de contratar y no previsto tampoco por el TUO y su Reglamento. Para el presente proceso, como ya explicó anteriormente el Tribunal Arbitral, se aplican los principios generales del derecho y las normas del Código Civil.
72. Por lo tanto, el contenido del Contrato se forma con las normas contractuales propiamente dichas que de suyo le corresponden y en donde se ubican todas y cada una de las prestaciones establecidas en el Contrato, en las Bases Integradas y en la oferta ganadora, a las que deberán sumársele las normas imperativas del TUO y su Reglamento, así como las del Código Civil, que supletoriamente integran el contenido contractual.
73. De esta manera, la interpretación integradora del Contrato preserva la coherencia de éste con el ordenamiento jurídico.
- Interpretación Histórica:**
- 74. En este caso serán valorados, principalmente, los antecedentes que permitirán explicar lo que el Contrato significa para las partes, las circunstancias que rodearon su celebración, así como la conducta posterior seguida por las partes.
 - 75. Se trata de realizar un estudio de todo el “*iter contractual*”, empezando por la fase de la celebración del Contrato y continuando con la ejecución de las prestaciones, a la luz del principio de la buena fe, según lo dispuesto por el artículo 1362º del Código Civil.
 - 76. Como explica Díez-Picazo, es de una gran relevancia:

“(...) la conducta o comportamiento de las partes en la preparación de las prestaciones contractuales y en la espontánea ejecución de las

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

mismas (sobre todo cuando todavía no existían temas controvertidos) por ser un signo indubitable de la forma como en ese momento entendían el contrato que las ligaba².

77. Es este comportamiento, el de las partes antes de que entre ellas surgieran discrepancias, el que el Tribunal evaluará para resolver los puntos controvertidos.
78. Así mismo, de ser necesario, se analizarán los antecedentes históricos de la etapa pre-contratual, con el objeto de encontrar el sentido de la voluntad de las partes al momento de celebrar el Contrato; voluntad que debemos encontrar en el contenido de las propias cláusulas -con total prescindencia de la denominación que las partes le dieron a dichas cláusulas en el Contrato- de las Bases Integradas y de la oferta ganadora, porque este Tribunal considera que los contratos son lo que son jurídicamente hablando, con total independencia de la denominación que las partes pudieran haberle atribuido al mismo o a sus cláusulas.
79. Utilizando, por tanto, todos los mecanismos de interpretación anteriormente señalados, el Tribunal Arbitral procederá a integrar cada una de las prestaciones que forman el contenido del Contrato (señaladas en las cláusulas del Contrato, las Bases Integradas y la oferta ganadora del CONSORCIO), con las normas imperativas pertinentes, con el objeto de dilucidar el contenido exacto de la relación obligatoria creada por las partes.

Naturaleza jurídica del contrato celebrado:

80. En los contratos de obra suscritos al amparo de las normas sobre contrataciones y adquisiciones del Estado, el contratista es el postor adjudicatario de la Buena Pro en la Licitación Pública, en la Adjudicación Directa Pública o en el Concurso convocado para tal efecto, en tanto que el comitente es la entidad estatal que se ha visto en la necesidad de convocar a dicha Licitación Pública, Adjudicación Directa Pública o Concurso para el desarrollo de una obra en particular.
81. Como indica Roberto Dromi, la Administración para el cumplimiento de sus fines puede requerir la realización de una construcción o instalación. Si esta ejecución se efectúa por intermedio de sujetos privados se recurrirá, en principio, al contrato de obra pública.³
82. El concepto de obra pública se puede definir a partir de cuatro elementos⁴:

² DIEZ-PICAZO, Luis. Op. Cit. Volumen I. Pág. 401.

³ Cfse.: DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. Décima Edición Actualizada. Primera Parte. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires - Madrid. 2004. Pág. 605.

⁴ Ibídem. Pág. 606.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

“Elemento subjetivo: Se requiere que uno de los sujetos de la relación contractual sea el Estado (...), o una persona pública no estatal que ejerza función administrativa por delegación estatal expresa.

Elemento material: El elemento material o instrumental se refiere a la cuestión del origen de los fondos con que se realiza la obra.

Elemento objetivo: El objeto del contrato de obra pública puede tratar sobre inmuebles, muebles y objetos inmateriales.

Elemento finalista o teleológico: La finalidad del Estado o del ente no estatal no tiene trascendencia para definir el contrato de obra pública, porque éste sólo es un procedimiento para realizar o ejecutar una obra”.

83. El Contrato reúne los cuatro elementos anteriormente mencionados, por lo que debe ser considerado como un Contrato de Obra pública.
84. En primer lugar, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia que a la relación obligatoria creada por las partes, se le deben aplicar las normas del TUO y su Reglamento, y supletoriamente, las normas del Código Civil (en especial, las reglas de la prestación de servicios y del contrato de obra, en lo que fuera pertinente), según lo dispone el artículo 142º del Reglamento:

“Artículo 142º.- Contenido del Contrato

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

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

85. De la parte introductoria del Contrato y de su clausulado se desprende que las partes señalaron que estaban celebrando un Contrato de Obra a Suma Alzada, por lo que este Tribunal Arbitral va a analizar las cláusulas del Contrato para determinar si el contrato celebrado es uno de este tipo.
86. El Código Civil de 1984 ha regulado a la prestación de servicios como el género del cual se desprenden sus distintas modalidades, en las cuales el denominador común está constituido por la fuerza del trabajo, la que se



Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

encuentra en diferentes formas en la locación de servicios, el contrato de obra, el depósito, el secuestro y el mandato.

87. Estas distintas modalidades de la prestación de servicios regulan en algunos casos obligaciones de medios y, en otros casos, obligaciones de resultado. Sin embargo, existen diferencias entre las unas y las otras. Cuando se comprometen medios el objeto de la prestación está dado por la actividad propiamente dicha, de modo que el trabajo es un fin, en tanto que si el prestador se obliga a un resultado, no basta la fuerza de trabajo propiamente dicha, sino que debe existir además una consecuencia prevista por las partes contratantes que tiene que ver con la obra o el trabajo comprometido.
88. Legislativamente, la definición de contrato de obra se encuentra en el artículo 1771º del Código Civil, el cual precisa lo siguiente:

“Por el contrato de obra el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución.”

89. Puede apreciarse que en el contrato de obra adquiere especial relevancia, el resultado del trabajo que el contratista se ha obligado a realizar. Por ello, es que Arias Schreiber y otros, han sostenido que:

“(...) El tenor del artículo 1771º es lo suficientemente amplio para extenderse a innumerables hipótesis siempre y cuando pueda descubrirse de su contenido los siguientes elementos condicionadores: a) un resultado para llegar al cual se proporcionan energías que no son un fin, sino un medio; y b) el pago de un precio o retribución, que puede ser determinado o determinable.”⁵

90. En la teoría, la locación de servicios y el contrato de obra parecen fácilmente diferenciables. Sin embargo, en la práctica muchas veces se presentan situaciones sumamente complejas y discutibles, debido a que todos los contratos que forman parte de la prestación de servicios tienen una cierta relación de parentesco, ya que son especies de un mismo género.

91. Para Jordano Fraga, cuya opinión compartimos:

“(...) la relevancia de la distinción se coloca en el plano del cumplimiento. La realización de la actividad diligente (que puede ser técnica) basta para que la obligación de medios se considere cumplida, aunque el interés primario del acreedor no se realice. (...). Por ello, la

⁵ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, ARIAS-SCHREIBER M., Ángela, MARTÍNEZ COCO, Elvira, *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Tomo III. Gaceta Jurídica Editores, Lima. 1997. Pág. 107.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

base de la distinción de ambas clases de obligaciones ha sido puesta en la aleatoriedad del resultado final en el caso de las obligaciones de medios, en las que su efectiva producción depende en gran medida de factores ajenos al control del deudor. De ahí la relatividad de la distinción, pues una misma obligación puede ser de medios o de resultado, según se desprenda de la voluntad de las partes, de modo que un profesional puede comprometerse a la prestación de un resultado concreto en vez de una actividad diligente (técnicamente correcta) en orden a la consecuencia de aquel mismo resultado⁶.

92. Y más adelante agrega:

"Aunque siempre se debe un resultado, el contenido de dicho resultado es distinto en uno y otro caso. En un caso (obligaciones de medios) un comportamiento con arreglo a un modelo de conducta (la diligencia técnica o no) y en otro caso (obligaciones de resultado) es una alteración de la realidad física"⁷.

93. Entonces, en primer lugar, puede concluirse que lo relevante del contrato de obra es el resultado concreto y final del trabajo (el opus) que una de las partes se ha obligado a realizar. En este caso se pactó en el Contrato que el CONSORCIO elaboraría el Expediente Técnico y Ejecución de la obra "Mejoramiento del Servicio Deportivo en el Estadio del C.P. El Boquerón, Distrito de Huanchaco – Trujillo – La Libertad".

94. Además, debe tenerse en cuenta que:

"Se entiende que el contrato de obra es de trato único, ya que se concentra en una sola prestación, aunque su distribución haya sido convenida en prestaciones parciales. Este es un elemento diferencial con la locación de servicios, pues en ella la prestación es constante o de trato sucesivo"⁸.

95. En el presente caso, la relación obligatoria es de trato único, aunque su ejecución fue convenida en la Cláusula Segunda del Contrato en dos grandes prestaciones parciales: Elaboración del Expediente Técnico de la Obra y Ejecución de la Obra.

96. De la naturaleza de la prestación de servicios; y, por tanto, del contrato de obra como una de sus modalidades, se desprende también que éstos

⁶ JORDANO FRAGA, Francisco. *La responsabilidad contractual*. Editorial Civitas. Madrid. 1997.

Págs. 174 y 175.

⁷ Ibídem. Pág. 175.

⁸ Ibídem. Pág. 107.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

presuponen necesariamente la realización de prestaciones tanto de dar como de hacer. En el caso del contrato de obra, la prestación de dar del comitente se traduce en el pago de una retribución, y la prestación de hacer del contratista está dirigida a la realización de una obra determinada.

97. En el presente caso lo relevante es el resultado del trabajo (el opus). El CONSORCIO se obligó a realizar "Mejoramiento del Servicio Deportivo en el Estadio del C.P. El Boquerón, Distrito de Huanchaco – Trujillo – La Libertad", que incluía dos grandes prestaciones de hacer parciales: la elaboración del Expediente Técnico de la Obra y la Ejecución de la Obra; mientras que la MUNICIPALIDAD se obligó a un dar, consistente en pagar una retribución de S/. 3'119,448.00 (Tres millones ciento diecinueve mil cuatrocientos cuarenta y ocho con 00/100 Soles), incluidos los impuestos de Ley.
98. Por tanto, sobre la base de lo señalado en el presente punto y del análisis del Contrato, este Tribunal concluye: (i) que estamos frente a un contrato de obra⁹, porque las características del Contrato celebrado corresponden a las de este tipo contractual; y (ii) que a la MUNICIPALIDAD le interesaba el proceso de ejecución de la Obra porque la actividad que debía realizar el CONSORCIO fue descrita específicamente en el Contrato.
99. De la Audiencia de Informes Orales, este Tribunal Arbitral entiende que no hay controversia entre la MUNICIPALIDAD y el CONSORCIO respecto a que celebraron un contrato de obra a suma alzada.
100. Ahora bien, por medio de la Licitación se convocó la realización de la Obra por el Sistema de Suma Alzada con la modalidad de ejecución contractual del Concurso Oferta, hecho que no ha sido controvertido por ninguna de las partes por medio de sus escritos o en las Audiencias correspondientes.
101. Cuando se celebra un Contrato de Obra bajo el Sistema de Suma Alzada con la modalidad de ejecución contractual del Concurso Oferta –como en el presente caso-, en el contrato confluyen tanto las características del Sistema de Suma Alzada como las características de la modalidad de ejecución contractual del Concurso Oferta, haciéndose presente que mientras el Sistema de Suma Alzada está vinculado con el proceso de selección, la modalidad del Concurso Oferta está vinculada con la manera como se debe ejecutar el Contrato.

⁹ En doctrina existen diferentes clases de Contrato de Obra: Por Ajuste Alzado Absoluto, por Ajuste Alzado Relativo, por Economía, por Administración, por Precios Unitarios, por Llave en Mano, etc. El Código Civil peruano sólo legisla el Contrato de Obra por Precios Unitarios como figura genérica (artículo 1771°), el Contrato de Obra por Ajuste Alzado Relativo (artículo 1776°) y en forma colateral (artículo 1781°) la modalidad del Contrato de Obra por Pieza o Medida.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

102. El Sistema de Suma Alzada es uno de los sistemas¹⁰ que pueden utilizarse para la celebración de los contratos de obra pública, según lo dispone el artículo 45° del TUO. Se usa para determinar el precio de la obra y sus posibles ajustes, atendiendo a las condiciones preestablecidas en función a la naturaleza y al objeto principal del contrato.
103. En el artículo 40° del Reglamento del TUO se define al Sistema de Suma Alzada, en los siguientes términos:

“Artículo 40° Sistemas de Contratación”

De acuerdo a lo establecido en el artículo 26°, inciso e) de la Ley, las Bases incluirán la definición del sistema de contratación.

Los sistemas de contratación son:

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

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

104. Teniendo en cuenta lo anteriormente mencionado, se celebra un contrato bajo el Sistema a Suma Alzada cuando han sido determinadas totalmente las magnitudes y calidades de la prestación en los planos y especificaciones técnicas de la obra, en virtud de lo cual el postor, en el proceso de selección, presenta una oferta global, con el conocimiento de que su actividad en la ejecución del contrato se encuentra delimitada por tales planos y/o especificaciones.
105. Puede apreciarse que en este sistema de contratación, la determinación total de las magnitudes y calidades de la obra obliga a que el postor oferte considerando tales condiciones y que la Entidad se comprometa al pago por

¹⁰ El otro es el Sistema de Precios Unitarios, Tarifas o Porcentajes.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

la integridad de las labores previstas en el Expediente Técnico de las Bases Integradas¹¹.

106. En el sistema a suma alzada se pacta ejecutar una obra por una suma fija y en un plazo establecido, de tal forma que la obra deberá estar definida por sus planos y especificaciones señaladas en el Expediente Técnico que forman parte del contenido del Contrato. Esto quiere decir que para contratar bajo esta modalidad se debe contar con los metrados exactos y con toda la ingeniería.
107. En el presente caso, se celebró un Contrato de Obra bajo el Sistema de Suma Alzada con la modalidad del Concurso Oferta. De acuerdo con lo señalado anteriormente, el Contrato es de suma alzada, porque LA MUNICIPALIDAD convocó la realización de una obra por una suma fija y en un plazo establecido, de tal forma que la obra está definida por sus planos y especificaciones señaladas en el Expediente Técnico, contando con los metrados exactos y con toda la ingeniería que forman parte del contenido del contrato.
108. Así puede apreciarse que el Contrato reúne las siguientes características del Sistema de Suma Alzada:
 - a. La ejecución de una obra determinada: "Mejoramiento del Servicio Deportivo en el Estadio del C.P. El Boquerón, Distrito de Huanchaco – Trujillo – La Libertad".
 - b. La ejecución por una suma fija: S/. 3'119,448.00 (Tres millones ciento diecinueve mil cuatrocientos cuarenta y ocho con 00/100 Soles), incluidos los impuestos de Ley.
 - c. La realización de la Obra en un Plazo establecido: "Cláusula Quinta del Contrato: Del Plazo de Ejecución de la Obra: El plazo de ejecución del presente contrato es de 180 días calendarios (...)"
109. El Sistema de Suma Alzada puede ser absoluto o relativo. Es absoluto cuando no cabe la variación de ninguno de los aspectos de la obra ni del precio que se mantiene fijo e invariable para la totalidad de los trabajos previstos en los planos y presupuestos de la obra. Es relativo cuando el precio o la obra puede ser modificada.

¹¹ El Expediente Técnico "es el conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto, Valor Referencial, análisis de precios y fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudios de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios". Numeral 20 del Artículo 2º del Reglamento.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

110. Así tenemos que Spota explica que:

“Al respecto corresponde señalar:

Es absoluto cuando tanto el precio como la obra son invariables. Ej.: se compromete el empresario a construir una casa por \$ 20.000.000. Si la construye por ajuste alzado absoluto y la casa implica un gasto, al construirla por \$ 21.000.000, se perjudica, pero no puede exigir más de lo contratado (...). Al contrario, si el costo es sólo de \$ 19.000.000 se beneficia, ya que tendrá derecho al precio pactado (...). Debemos insistir en que ese ajuste alzado absoluto exige, no sólo que resulte invariable el precio, sino también la obra, de manera que no podrá haber adicionales ni trabajos innovatorios que importen modificación del Proyecto de obra, salvo que estas labores sean (...) necesarias para alcanzar el resultado prometido y no pudieron preverse al celebrarse el contrato, originando ello una pretensión de reajuste del precio.

Es relativo cuando se prevé, sea la posibilidad de la variación de la obra, sea la del precio, o ambas suertes de variaciones. Ejm.: se contrata construir tres habitaciones pero se prevé la posibilidad de una modificación en el Proyecto de la obra, reservándose el comitente la facultad de construir otra habitación. Hay, en ese caso, variabilidad en la obra. También se puede prever la variabilidad del precio, y ello es lo que se da con más frecuencia, en épocas de inestabilidad monetaria.”¹². (El subrayado es nuestro).

111. El artículo 1776º del Código Civil se refiere al Sistema de Obra por Ajuste Alzado Relativo, pues admite las variaciones convenidas por escrito con el comitente al momento de la celebración del Contrato, siempre que signifiquen mayor trabajo o aumento en el costo de la obra.

“Artículo 1776.- El obligado a hacer una obra por ajuste alzado tiene derecho a compensación por las variaciones convenidas por escrito con el comitente, siempre que signifiquen mayor trabajo o aumento en el costo de la obra. El comitente, a su vez, tiene derecho al ajuste compensatorio en caso de que dichas variaciones signifiquen menor trabajo o disminución en el costo de la obra.” (El subrayado es nuestro).

112. El TUO y su Reglamento regulan al Sistema de Obra por Ajuste Alzado Absoluto porque de acuerdo con sus normas, son invariables tanto el precio como la obra delimitados en la oferta, de manera que solamente pueden haber adicionales que importen modificación del Proyecto de la Obra, cuando estas

¹² SPOTA, Alberto G. ***Instituciones de Derecho Civil. Contratos.*** Volumen V. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1987. Pág. 359 y 3607.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

labores sean necesarias para alcanzar el resultado prometido y no pudieron preverse al celebrarse el contrato, originando ello una pretensión de reajuste del precio.

113. La posibilidad de la realización de obras adicionales en los contratos de obras públicas ha sido prevista los artículos 207 y 208° del Reglamento, y específicamente se cita el artículo 207° que dice lo siguiente:

“Artículo 207°.- Prestaciones adicionales de obras menores al quince por ciento (15%)

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

(...)

En los contratos de obra a suma alzada, los presupuestos adicionales de obra serán formulados con los precios del contrato y/o precios pactados y los gastos generales fijos y variables propios de la prestación adicional para lo cual deberá realizarse el análisis correspondiente teniendo como base o referencia los análisis de los gastos generales del presupuesto original contratado. Asimismo, debe incluirse la utilidad del presupuesto ofertado y el Impuesto General a las Ventas correspondiente.”¹³

114. En este orden de ideas, el Tribunal Arbitral destaca que se debe diferenciar el Contrato original del Contrato actualizado.

115. El Contrato original es el contrato suscrito como consecuencia del otorgamiento de la Buena Pro en las condiciones establecidas en las Bases y la oferta ganadora; mientras que el Contrato actualizado es el contrato original afectado por las variaciones realizadas por los reajustes, prestaciones

¹³ Esta declaración amplia fue desarrollada para cada uno de los casos de contratos de obras, en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado mediante el Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, en cuyo artículo 265°, cuarto párrafo, se establece que: “En los contratos de obra a suma alzada, los presupuestos adicionales de obra serán formulados con los precios del presupuesto referencial afectados por el factor de relación y /o los precios pactados, con los gastos generales fijos y variables del presupuesto referencial multiplicado por el factor de relación. Asimismo, debe incluirse la utilidad del presupuesto referencial multiplicado por el factor de relación y el impuesto general a las ventas (IGV) correspondiente.”

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

adicionales, reducción de prestaciones, o por ampliación o reducción de plazo¹⁴.

116. Ahora bien, como este Tribunal Arbitral ya ha mencionado con anterioridad, en el presente caso se celebró un Contrato de Obra bajo el Sistema de Suma Alzada con la modalidad del Concurso Oferta, por lo que en este momento corresponde que nos ocupemos del Concurso Oferta.

117. El Concurso Oferta es una modalidad de ejecución contractual¹⁵ por el alcance del Contrato, definido en el numeral 2 del artículo 41° del Reglamento, en los siguientes términos:

“Artículo 41°.- Modalidades de Ejecución Contractual

Cuando se trate de bienes u obras, las bases indicarán la modalidad en que se realizará la ejecución del contrato, pudiendo ésta ser:

(...)

2. Concurso oferta: Si el postor debe ofertar la elaboración del Expediente Técnico, ejecución de la obra y, de ser el caso el terreno. Esta modalidad sólo podrá aplicarse en la ejecución de obras que se convoquen bajo el sistema a suma alzada y siempre que el valor referencial corresponda a una Licitación Pública. Para la ejecución de la obra es requisito previo la presentación y aprobación del Expediente Técnico por el íntegro de la obra. (El subrayado es nuestro).

118. Por el Concurso Oferta, el postor está obligado a presentar su oferta con el Expediente Técnico de la Obra (Memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto, Valor Referencial, análisis de precios, calendario de avance, fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios).

119. La oferta ganadora forma parte del contenido del Contrato, de tal manera que el ganador está obligado:

a. Elaborar el Expediente Definitivo y el Presupuesto Definitivo ajustándose al contenido del Contrato, es decir a su oferta y a las Bases; y

¹⁴ Numeral 12 del artículo 2° del Reglamento. La misma definición ha sido reproducida en el Anexo 1. Anexo de Definiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado mediante el Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.

¹⁵ Esta precisión ha sido hecha en el artículo 41° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado mediante el Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

- b. Realizar la Obra de acuerdo con el Expediente Definitivo y el Presupuesto Definitivo, en la medida en que estos se ajusten a la oferta ganadora y las Bases.

120. Sin embargo, cabe la posibilidad que para alcanzar la finalidad del contrato sea indispensable la realización de obras adicionales, en cuyo caso, los adicionales (seguido el procedimiento de aprobación del adicional) con su correspondiente modificación presupuestal podrán autorizarse mediante la Resolución que aprueba el Expediente Definitivo y el Presupuesto Definitivo o mediante una Resolución posterior, de ser el caso.
121. En el punto anterior, el Tribunal Arbitral ha podido apreciar que el Contrato celebrado por las partes tiene las siguientes características: es un contrato del que surge una relación obligatoria objetivamente colectiva, duradera, con prestaciones recíprocas y a título oneroso, a suma alzada y con la modalidad de ejecución contractual del Concurso Oferta.
122. Del análisis de las mencionadas características del Contrato celebrado y de lo mencionado en este punto, el Tribunal Arbitral concluye que nos encontramos frente a un Contrato de Obra bajo el Sistema de Suma Alzada con la modalidad del Concurso Oferta, al que se le aplicarán todas las normas que corresponden a su particular naturaleza.

Sobre la naturaleza jurídica de la Adenda:

123. El análisis anterior del tipo de Contrato permite a este Tribunal Arbitral enmarcar la verdadera naturaleza jurídica de la Adenda celebrada por las partes.
124. La pregunta que debe resolver este Tribunal Arbitral es si corresponde o no ordenar a LA MUNICIPALIDAD que cumpla con los alcances de la Adenda N° 01 al “Contrato para la Elaboración de Expediente Técnico y Ejecución de la Obra: Mejoramiento del Servicio Deportivo en el Estadio del C.P. el Boquerón, distrito de Huanchaco – Trujillo – La Libertad”.
125. Previamente al análisis de la naturaleza jurídica de la Adenda será materia de pronunciamiento por este Tribunal Arbitral si este tiene la competencia o no para poder declarar la nulidad de oficio de resoluciones administrativas y de actos jurídicos celebrados por las partes.

Nulidad de oficio de la Adenda y de la Resolución de Alcaldía:

126. Sin embargo, ha sido traído a conocimiento de este Tribunal Arbitral que a través de una Resolución de Alcaldía emitida por la alcaldesa Lila Mestanza



Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

se declaró la nulidad de la Resolución que aprobaba el expediente técnico y la Adenda celebrada por las partes.

127. No obstante, dicha pretensión reconvencional solicitada por la MUNICIPALIDAD ha caído debido a la falta de pago de la misma.
128. A pesar de esto, el Tribunal Arbitral va a considerar si es correcto el argumento presentado por la MUNICIPALIDAD acerca de si el Tribunal Arbitral tiene la capacidad de pronunciarse respecto de una nulidad de oficio de un acto administrativo.
129. El CONSORCIO alega en contra de este argumento que las pretensiones de la contraparte se cayeron por falta de pago, por lo cual el Tribunal Arbitral no sería competente para revisar la nulidad de la Adenda ni del acto administrativo que aprobó el Expediente Técnico.
130. Además, el CONSORCIO afirma que en el supuesto negado que el Tribunal Arbitral tuviera la facultad de pronunciarse de oficio de alguna nulidad establecida en el artículo 56 de la Ley, debe entenderse que es necesario que dicha nulidad sea manifiesta, por lo que en el presente caso se requiere una presentación de argumentos y de contradicción entre las partes, por lo que se estaría atentando contra su derecho de defensa y además no resulta manifiesta del propio acto administrativo que lo aprueba.
131. Sobre los argumentos esgrimidos por las partes, este Tribunal Arbitral tiene en cuenta lo establecido en el artículo 56° de la Ley que dice:

Artículo 56°.- Nulidad de los actos derivados de los procesos de contratación

(...)

Después de celebrados los contratos, la Entidad puede declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos:

- a) ***Por haberse suscrito en contravención con el artículo 10 de la presente ley.***
- b) ***Cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato.***
- c) ***Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación.***

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

- d) Cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa a fin de la configuración de alguna de las causales de exoneración.**
- e) Cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación. En este supuesto, asumirán responsabilidad los funcionarios y servidores de la Entidad contratante, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato.**

(...)

Cuando corresponda al árbitro único o al Tribunal Arbitral evaluar la nulidad del contrato, se considerarán en primer lugar las causales previstas en la presente ley y su Reglamento, y luego las causales de nulidad aplicables reconocidas en el derecho nacional. (El subrayado es nuestro)

132. La propia Ley establece que las Entidades pueden declarar la nulidad de oficio del contrato celebrado cuando se incurra en una de las 5 causales de nulidad previstas expresamente en el artículo 56° de la Ley. Además, dice que un Tribunal Arbitral al evaluar la nulidad del contrato debe tener presente en primer lugar la Ley y su Reglamento.
133. Este artículo 56° de la Ley debe concordarse con el artículo 220° del Código Civil Peruano que estipula lo siguiente:

“Artículo 220º.- Alegación de la nulidad

La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público.

Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta.

No puede subsanarse por la confirmación. (El subrayado es nuestro)

134. La referencia hecha al juez en el artículo 220° del Código Civil, debe entenderse hecha también a un Tribunal Arbitral, tal cual lo dispone la Cuarta Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje que dice lo siguiente:

“CUARTA. Juez y Tribunal Arbitral

A partir de la entrada en vigencia de este Decreto Legislativo, todas las referencias legales a los jueces a efectos de resolver una controversia o tomar una decisión, podrán también entenderse referidas a un tribunal arbitral, siempre que se trate de una materia susceptible de arbitraje y

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

que exista de por medio un convenio arbitral celebrado entre las partes.”
(El subrayado es nuestro)

135. Además, el artículo 202° de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, en adelante LPAG, también estipula la posibilidad de que la Entidad y los Jueces declaren la nulidad de los actos administrativos de la siguiente forma:

“Artículo 202.- Nulidad de oficio

202.1 En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agravien el interés público.

202.2 La nulidad de oficio sólo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad será declarada también por resolución del mismo funcionario.

202.3 La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe al año, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos.

202.4 En caso de que haya prescrito el plazo previsto en el numeral anterior, sólo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los dos (2) años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa.

202.5 Los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales competentes para resolver controversias en última instancia administrativa, no pueden ser objeto de declaración de nulidad de oficio. Sólo procede demandar su nulidad ante el Poder Judicial, vía el proceso contencioso-administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres años siguientes a contar desde la fecha en que el acto quedó firme. (El subrayado es nuestro)

136. Por lo que, queda claro para este Tribunal Arbitral que cualquier referencia hecha en la LPAG y en el Código Civil acerca de la facultad que tienen los jueces de declarar la nulidad tanto de actos administrativos como actos jurídicos es aplicable al Tribunal Arbitral.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

137. Adicionalmente, el Tribunal Arbitral tiene la convicción que por todas las leyes antes citadas se denota que este Tribunal Arbitral se encuentra facultado para declarar la nulidad de oficio, sea de un acto administrativo (Resolución de Alcaldía que aprueba el Expediente Técnico) o de un acto jurídico contractual (Adenda que confirma el Expediente Técnico celebrado).
138. Por lo que, cabe analizar si efectivamente esta nulidad de oficio resulta manifiesta o no, según ha sido alegado por el CONSORCIO.

¿La Nulidad de oficio de ambos documentos resulta manifiesta?:

139. El problema gira en torno a si efectivamente la nulidad de la Adenda y/o de la Resolución de Alcaldía es manifiesta, para que pueda ser declarada por el Tribunal Arbitral.
140. Para entender mejor que se debe entender por manifiesta se tiene presente la definición dada por la Real Academia de la Lengua Española que al definir manifiesta dice lo siguiente: “manifiesto, ta. Del lat. manifestus. 1. adj. Descubierto, patente, claro.”
141. Este Tribunal Arbitral entiende que para poder declarar una nulidad de oficio esta debe ser clara o encontrarse al descubierto, es decir, que cualquier otro juez o árbitro que se encuentre en la misma situación que este Tribunal Arbitral entendería que existe un supuesto de nulidad.
142. Teniendo en cuenta los hechos presentados por las partes, y lo discutido en las Audiencias de Informes Orales, este Tribunal Arbitral entiende que no es materia controvertida entre ellas que existió en su oportunidad una solicitud de reconvención de pretensiones presentada por la MUNICIPALIDAD en la que solicitaban a este Tribunal Arbitral la nulidad de la referida Adenda y de la Resolución de Alcaldía que declara la aprobación del Expediente Técnico.
143. Tampoco es un hecho controvertido entre las partes que efectivamente existió una variación entre el precio de la oferta presentada por el CONSORCIO y el monto final del Expediente Técnico, el cual fue mayor. Esto fue calificado por ambas partes como una mayor prestación, sin embargo para el CONSORCIO esto no implica un adicional, mientras que para la MUNICIPALIDAD dicha mayor prestación si implica una prestación adicional.
144. Tampoco existe controversia entre las partes que no se siguió el procedimiento establecido para otorgar adicionales según lo establecido en la Ley y su Reglamento, a pesar que guardan interpretaciones diferentes a si no haber seguido el procedimiento produce la nulidad o no de lo actuado.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

145. Al haber tomado el Tribunal Arbitral conocimiento de estos hechos, y aun cuando la pretensión de LA MUNICIPALIDAD haya sido archivada, de los hechos presentados resulta claro que podría existir un problema de nulidad de los actos celebrados por las partes, con lo cual este Tribunal Arbitral considera que debe analizar la nulidad, para apreciar analizándola si resulta manifiesta o no.
146. En resumen, este Tribunal Arbitral se declara competente para revisar la nulidad de oficio de actos jurídicos y administrativos emitidos por las partes en el marco de un proceso de contratación pública en virtud de una interpretación sistemática de los artículos 56° de la Ley, 202° de la Ley 27444, 220° del Código Civil y la Cuarta Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje.

Sobre la Nulidad de la Adenda celebrada por las partes:

147. De lo anteriormente dicho por este Tribunal Arbitral, se desprende que tiene la capacidad para pronunciarse de oficio de cualquier vicio de nulidad que establezca la Ley en su artículo 56°. En el presente caso, es invocado por la MUNICIPALIDAD el incumplimiento del literal e) de dicho artículo que dispone lo siguiente:

“Artículo 56°.- Nulidad de los actos derivados de los procesos de contratación

(...)

Después de celebrados los contratos, la Entidad puede declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos:

- a) ***Por haberse suscrito en contravención con el artículo 10 de la presente ley.***
- b) ***Cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato.***
- c) ***Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación.***
- d) ***Cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa a fin de la configuración de alguna de las causales de exoneración.***
- e) ***Cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación. En este supuesto, asumirán responsabilidad los funcionarios y servidores de la Entidad contratante,***

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato. (...)" (El subrayado es nuestro)

148. De lo anterior, se desprende que los argumentos de ambas partes respecto a si se debía o no seguir el procedimiento establecido en la Ley para otorgar adicionales es lo que se discute en el presente caso. Para la MUNICIPALIDAD se debió seguir el procedimiento en virtud de lo dispuesto en la Opinión OSCE N° 081-2015, mientras que para el CONSORCIO dicha Opinión no existía al momento de los hechos, y por lo tanto no era vinculante, con lo cual existía discrecionalidad en la actuación del titular de la Entidad de cómo se debían dar las aprobaciones de mayores prestaciones entre la oferta ganadora y el Expediente Técnico.
149. Al respecto, este Tribunal Arbitral tiene presente el Laudo Arbitral de fecha 27 de febrero del 2008, en el que se vieron las controversias entre el Consorcio Santa Rosa y SEDAPAL¹⁶ en un contrato de concurso oferta a suma alzada. En dicho caso, el Tribunal Arbitral tuvo que analizar si un aumento en el precio de la oferta ganadora, frente al precio del Expediente Técnico implicaba una prestación adicional o no, estableciendo en aquel caso que efectivamente implicaba un supuesto de prestación adicional.
150. Por lo que, no considera este Tribunal Arbitral que los razonamientos que recoge la Opinión N° 081-2015 del OSCE -a pesar de ser posterior a la presente controversia- sean inaplicables, porque justamente ya antes de la existencia de dicha Opinión, existía una corriente de interpretación en el sentido de considerar el aumento entre la oferta y el Expediente Técnico como posible, siempre y cuando se trate como una prestación adicional.
151. La Opinión N° 081-2015 en ese sentido dice lo siguiente:

"2.6 Abundando en lo anterior, es importante tener en consideración que para ejecutar una prestación adicional, sea para la elaboración del expediente técnico o para la ejecución de la obra, debe haberse aprobado, previamente, la prestación adicional correspondiente.

Así, cuando una Entidad requiere modificar las características técnicas y/o las condiciones originales de ejecución de la obra durante la elaboración del expediente técnico de obra, será necesario que, previamente, apruebe la prestación adicional correspondiente, para que, en virtud a ella, el contratista incorpore en dicho expediente las nuevas características y/o condiciones de la obra requeridas por la Entidad, las cuales podrían implicar el incremento del presupuesto de la obra con relación al monto

¹⁶ Tribunal Arbitral Ad-Hoc presidido por el doctor Javier de Belaunde López de Romaña, e integrado por la doctora Elvira Martínez Coco y el doctor Martín Oré Guerrero.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

contratado para la ejecución de dicha prestación, el mismo que debe ser aprobado por la Entidad previamente a su ejecución.

Cabe señalar que, en caso el incremento del presupuesto de obra supere el quince por ciento (15%) del monto correspondiente a la ejecución de la obra, dicho incremento debe aprobarse por la Contraloría General de la República de manera previa a su ejecución, de conformidad con lo señalado en el artículo 208 del Reglamento. Esta disposición es aplicable con la finalidad de garantizar el adecuado control del incremento del monto contratado.

- 2.7 **En virtud de lo expuesto, durante la ejecución de un contrato de obra bajo la modalidad de concurso oferta, la Entidad debe aprobar el expediente técnico por el monto ofertado por el contratista para la ejecución de la obra, en atención a que la invariabilidad del precio pactado es la regla en los contratos ejecutados bajo el sistema a suma alzada.**

No obstante, una Entidad podría aprobar el expediente técnico con un presupuesto de obra mayor al monto ofertado para la ejecución de la obra, cuando, para alcanzar la finalidad del contrato, se apruebe previamente una prestación adicional que modifique las características técnicas o condiciones originales de ejecución del contrato y ello implique el incremento del costo de la obra. En caso que dicho incremento supere el quince por ciento (15%) del monto correspondiente a la ejecución de la obra, dichas prestaciones deben aprobarse por la Contraloría General de la República de manera previa a su ejecución, de conformidad con lo señalado en el artículo 208 del Reglamento, el mismo que se aplica con la finalidad de garantizar el adecuado control del incremento del monto contratado.” (El subrayado es nuestro)

152. Con lo cual, es claro para este Tribunal que es necesario para cualquier aumento del precio en un contrato de concurso oferta a suma alzada se debe aprobar la prestación adicional correspondiente.
153. Por lo que, en el presente caso, al haber acuerdo entre las partes que no se siguió el procedimiento de la prestación adicional correspondiente, y al solamente haberse aprobado directamente por el Alcalde y al haberse suscrito dicha Adenda en base a dicha aprobación sin seguir el procedimiento correspondiente genera convicción en este Tribunal Arbitral que debe ser declarada nula la Adenda pactada por las partes.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

154. Por lo tanto, este Tribunal Arbitral DECLARA INFUNDADA la Primera Pretensión Principal de la demanda del CONSORCIO, y DECLARA NULA DE OFICIO la Adenda N° 01 al "Contrato para la Elaboración de Expediente Técnico y Ejecución de la Obra: Mejoramiento del Servicio Deportivo en el Estadio del C.P. el Boquerón, distrito de Huanchaco - Trujillo - La Libertad". que el CONSORCIO exige que la MUNICIPALIDAD cumpla, por lo que la MUNICIPALIDAD NO DEBE CUMPLIR con los alcances de dicha Adenda

XVI. SOBRE EL PEDIDO DEL PAGO DEL PORCENTAJE DESCONTADO AL CONSORCIO EN LAS VALORIZACIONES MÁS INTERESES LEGALES

155. El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en este numeral resolverá el siguiente Punto Controvertido:

Primera Pretensión Accesoria de la Primera Pretensión Principal:

Que, el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD que reconozca y pague el porcentaje descontado al CONTRATISTA en las Valorizaciones, más los intereses legales correspondientes.

Posición del Consorcio Estadio Huanchaco.-

156. Como se ha señalado en los argumentos que amparan la pretensión anterior, LA MUNICIPALIDAD pretende desconocer una Adenda que fue correctamente suscrita entre las partes.

157. Producto de ese desconocimiento de la Adenda correctamente suscrita entre las partes, LA MUNICIPALIDAD hizo una serie de retenciones a las Valorizaciones presentadas por el CONSORCIO, las que se detallan a continuación:

Valorización	Monto retenido
Valorización de setiembre 2013	S/. 46,579.39
Valorización de octubre 2013	S/. 38,577.14
Valorización de noviembre 2013	S/. 37,569.50
Valorización de diciembre 2013	S/. 44,736.57
Valorización de enero 2014	S/. 81,245.51
Valorización de febrero 2014	S/. 149,207.91
TOTAL	S/. 397,916.02

158. En ese sentido, LA MUNICIPALIDAD pretende incumplir los alcances de la Adenda N° 01 suscrita entre las partes. Sin embargo, Como se ha demostrado, dicho desconocimiento es ilegal.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

159. Por tanto, se solicita al Tribunal Arbitral que ordene a LA MUNICIPALIDAD que cumpla con pagar el monto señalado en el cuadro anterior, correspondiente a la indebida retención hecha en las valorizaciones antes señaladas, dicho pago tendrá que ser con el reconocimiento de los intereses hasta la fecha de pago.

Posición de LA MUNICIPALIDAD.-

160. El CONSORCIO pretende, que mediante el presente proceso arbitral, se haga extensivo el pago de intereses legajos; sin embargo ello no corresponde ser cancelado por la Entidad, toda vez que:

- La retención en cada valorización ha sido realizada de común acuerdo.
- No ha existido reclamo alguno o intimación para el pago de las mencionadas retenciones durante la ejecución del contrato.
- No se puede efectuar la liquidación de la obra, pues existe un procedimiento de solución de controversias en curso.
- El pago de intereses compensatorios y moratorios deben ser pactados expresamente por las partes o derivarse de normas legales vigentes. No se cumplen en el presente caso las estipulaciones relacionadas con estos temas.

161. En este sentido, LA MUNICIPALIDAD niega que sobre el primer punto puesto a cuestionamiento, la demandante tenga fundamento que ampare su pretensión, por lo que solicitan al Tribunal Arbitral que se pronuncie en cuanto a la conciliación de las retenciones durante el proceso de liquidación final de obra.

Posición del Tribunal Arbitral.-

162. La Primera Pretensión Principal del CONSORCIO ha sido declarada infundada, por lo que la pretensión accesoria de que el Tribunal Arbitral ordene a la MUNICIPALIDAD que reconozca y pague el porcentaje descontado al CONSORCIO en las Valorizaciones, más los intereses legales correspondientes debe ser declarada INFUNDADA, en aplicación del principio jurídico de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

163. Por lo que, corresponde que este Tribunal Arbitral DECLARE INFUNDADA la Primera Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal de la Demanda del CONSORCIO; y por lo tanto; DECLARAR que NO CORRESPONDE ORDENAR en este proceso que LA MUNICIPALIDAD pague al CONSORCIO el porcentaje descontado de las Valorizaciones.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

164. No escapa, sin embargo, al criterio de este Tribunal que se efectuaron trabajos que pueden haber ocasionado un enriquecimiento indebido a LA MUNICIPALIDAD, enriquecimiento indebido que no puede ser visto en sede arbitral de acuerdo a la normatividad aplicable, por lo que al respecto se debe dejar a salvo el derecho del CONSORCIO para reclamarlo en la vía correspondiente.

XVII. MAYORES GASTOS GENERALES DE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 02

165. El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en este numeral resolverá el siguiente Punto Controvertido:

Segunda Pretensión Principal:

Que, el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD reconozca y pague los mayores gastos generales asociados a la Ampliación de Plazo N° 02, aprobada por LA MUNICIPALIDAD mediante Resolución de Alcaldía N° 1739-2013-MDH de fecha 15 de noviembre de 2013.

Posición del CONSORCIO.-

166. El CONSORCIO alega que elaboró y ejecutó de manera diligente la Obra encargada por LA MUNICIPALIDAD. Sin embargo, durante la ejecución de la Obra hubo una serie de retrasos por parte de LA MUNICIPALIDAD que ocasionaron el pedido por parte del CONSORCIO de Ampliaciones de Plazo.
167. Es así que mediante la Carta N° 033-2013-CEH de fecha 31 de octubre de 2013, el CONSORCIO solicitó la Ampliación de Plazo N° 02 por treinta y cinco (35) días calendario, amparando su causal en lo señalado en el numeral 1 del artículo 200° del Reglamento “Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al Contratista”.
168. El sustento técnico de la solicitud de Ampliación de Plazo es la demolición de una losa de concreto armado de dimensiones de 26.00 x 6.50 x 0.50 m, encontrado bajo el nivel del terreno. Dicha losa armada no se encontraba en los expedientes técnicos entregados al CONSORCIO, y para la construcción de las tribunas era necesario la demolición de dicha losa armada de concreto.
169. Es por tal razón que se iniciaron los trabajos de destrucción, el cual tomó más días de los previstos en el Cronograma de Obra.
170. Conforme lo señala el numeral 41.6 del artículo 41° de la Ley, el Contratista tiene el derecho de solicitar ampliaciones de plazo.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

171. Asimismo, el artículo 200° del Reglamento, determina las causales por las cuales el Contratista puede solicitar una ampliación de plazo, siempre y cuando se solicite dentro del plazo vigente de ejecución de Obra.
172. Es por ello que, luego de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 02, mediante Resolución de Alcaldía N° 1739-2013-MDH de fecha 15 de noviembre de 2013 (Anexo 1-I), LA MUNICIPALIDAD aprobó la solicitud de Ampliación de Plazo N° 02, por treinta y cinco (35) días calendario.
173. En ese sentido, el artículo 202° del Reglamento señala que las ampliaciones de plazo en los contratos de Obra dan lugar al pago a favor del Contratista de los mayores gastos generales variables, iguales al número de días otorgados.
174. Por lo tanto, corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD que reconozca y pague a favor del CONSORCIO los mayores gastos generales derivados de la Ampliación de Plazo N° 02 aprobada por LA MUNICIPALIDAD mediante la Resolución de Alcaldía N° 1739-2013-MDH de fecha 15 de noviembre de 2013.

Posición de LA MUNICIPALIDAD.-

175. Sobre lo indicado, se refiere que la empresa demandante presentó carta de renuncia a gastos generales, conforme queda demostrado con el Informe N° 14-2013/MDH/GDUR/JBB de fecha 4 de noviembre de 2013 emitido por el Ing. Julio Bonilla Bonilla y en donde se menciona que la contratista ha presentado carta de renuncia a cobro de gastos generales generados por la ampliación.
176. Es por las razones expuestas que LA MUNICIPALIDAD considera que no debe de reconocer mayores gastos generales asociados con dicha ampliación, siendo que el CONSORCIO ha renunciado al cobro de mayores gastos generales en otras oportunidades, como lo acreditan con las copias de las Cartas N° 37-2013-CEH y 38-2013-CEH.

Posición del Tribunal Arbitral.-

177. Este Tribunal Arbitral va a analizar dos medios probatorios: La Resolución de Alcaldía N° 1739-2013-MDH de fecha 15 de noviembre de 2013 y el Informe N° 14-2013/MDH/GDUR/JBB de fecha 04 de noviembre de 2013.
178. Es relevante el análisis de estos dos medios probatorios debido a que de las pruebas actuadas y de lo argumentado por las partes en las Audiencias de Ilustración y de Informes Orales quedó claro para este Tribunal Arbitral que no existe controversia alguna respecto a que la Ampliación de Plazo N° 02 fue

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

otorgada válidamente por la MUNICIPALIDAD al CONSORCIO mediante la Resolución de Alcaldía N° 1739-2013-MDH.

179. El punto controvertido entre las partes es si corresponde o no otorgar los mayores gastos generales al CONSORCIO en vista que mediante el Informe N° 14-2013/MDH/GDUR/JBB existió una renuncia al cobro de los mayores gastos generales que generará la Ampliación de Plazo N° 02. Esta renuncia se produjo 11 días antes de que se emitiera la Resolución de Alcaldía mediante la cual la MUNICIPALIDAD otorgó al CONSORCIO la Ampliación de Plazo N° 02.
180. Entonces la pregunta que debe resolver este Tribunal es: ¿Es válida la renuncia anticipada hecha por el CONSORCIO a los mayores gastos generales?
181. Primero cabe analizar cada uno de los medios probatorios, en primer lugar se va analizar el Informe N° 14-2013/MDH/GDUR/JBB¹⁷ de fecha 4 de noviembre del 2013, por el cual se renunció a los mayores gastos generales por parte del CONSORCIO.
182. Este Tribunal Arbitral de un análisis de las pruebas y de los argumentos de las partes en la Audiencia de Ilustración y en la Audiencia de Informes Orales descarta cualquier controversia respecto a que exista o no esta renuncia hecha por el CONSORCIO.
183. En la Resolución de Alcaldía N° 1739-2013-MDH¹⁸ por la cual la MUNICIPALIDAD responde al Informe N° 14-2013/MDH/GDUR/JBB-IO, se dijo lo siguiente:

“Que, mediante Informe N° 14-2C13/MDH/GDUR/J8B-IO de fecha 04 de Noviembre del 2013, el Inspector de la Obra Ing. Julio Sonilla Bonilla, Informa a la Gerencia de Desarrollo Urbano y Rural de la Municipalidad Distrital de Huanchaco sobre la solicitud de Ampliación de Plazo N° 02 presentada por el contratista y concluyendo que la Ampliación de Plazo es procedente, debiéndose concederla Ampliación de Plazo por un lapso de 35 (treinta y cinco) días calendarios, además concluye que, en consecuencia, debe emitirse la Resolución que aprueba la Ampliación de Plazo disponiéndose en esta que el contratista presente al Inspector, dentro de los 10 (diez) días calendarios computados a partir del día siguiente de haberse notificado al contratista referida resolución, un calendario de avance de obra valorizado y actualizado así como la Programación PERT - CPM, considerando para ello solo los partidas que se han visto afectadas y en armonía con los días otorgados.



¹⁷ Anexo 1-A de la Contestación de la Demanda

¹⁸ Anexo 1-I de la Demanda

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

Que, mediante Informe N° 820-2013-GDUR-MDH, de fecha 08 de Noviembre del 2013, la Gerencia de Desarrollo Urbano y Rural de esta comuna y en merito a lo Informado por el inspector de la Obra, opina que se emita la Resolución correspondiente, declarando procedente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 02 por un lapso de 35 (treinta y cinco) días calendarios, debiendo ser el termino contractual el día 12 de diciembre del 2013 y disponiéndose también que el contratista presente al Inspector, un calendario de avance de obra valorizado y actualizado así como la Programación PERT – CPM. (...)

SE RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO:

APROBAR, la Ampliación de Plazo N° 02 de la ejecución de Obra; "Mejoramiento del Servicio en el Estadio del C.P. El Boquerón, Distrito de Huanchaco, Provincia de Trujillo y Departamento de La Libertad", que mediante Licitación Pública N° 001-52013-MDH fue convocada por la Municipalidad Distrital de Huanchaco, por un plazo de 35 días calendarios y DISPÓNGASE como fecha para término de la obra el día 12 de Diciembre del 2013. (El subrayado es nuestro).

184. Con lo cual queda claro para este Tribunal Arbitral de las pruebas actuadas y de lo expresado por las partes en la Audiencia de Ilustración y la Audiencia de Informes Orales que 11 días después de haber presentado el Informe la MUNICIPALIDAD decidió otorgar la Ampliación de Plazo N° 02 por un plazo de 35 días calendario. Sin embargo, la diferencia se encuentra en que para la MUNICIPALIDAD no se otorgaron los mayores gastos generales debido a que hubo una renuncia de parte del CONSORCIO, mientras que El CONSORCIO alega que esa renuncia no es válida.
185. La respuesta a esta pregunta no se encuentra recogida dentro de la Ley de Contrataciones del Estado ni en su Reglamento, porque no existe una norma expresa que regule este supuesto. Más bien, ha sido el Tribunal de Contrataciones del OSCE que mediante la opinión N° 082-2014/DTN dijo lo siguiente:

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

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

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

En esa medida, el contratista, libre y voluntariamente, sin que exista coerción¹⁹ o algún vicio al manifestar su voluntad²⁰, puede renunciar al pago de los mayores gastos generales variables derivados de la aprobación de una ampliación del plazo de ejecución de obra.

En este orden de ideas, aun cuando la Entidad está obligada a pagar al contratista los mayores gastos generales variables al aprobarse una ampliación del plazo de ejecución de una obra, el contratista podría renunciar a este derecho con posterioridad a la aprobación de la ampliación de plazo, pues constituye un derecho patrimonial de libre disposición.

Finalmente, es importante precisar que establecer que la renuncia a los mayores gastos generales variables debe realizarse con posterioridad a la aprobación de la ampliación del plazo tiene por finalidad: (i) permitir que el contratista calcule el monto de gastos generales que serán objeto de renuncia –pues los mismos solo pueden valorarse una vez aprobada la ampliación del plazo– y (ii) asegurarse que el contratista renuncie a los gastos generales de manera libre y voluntaria, sin la intervención de agentes externos que influyan en su decisión.

En consecuencia, no es posible que el contratista renuncie a los mayores gastos generales variables con anterioridad a la aprobación de la ampliación del plazo que los origina.” (El subrayado es nuestro).

186. Teniendo en cuenta lo establecido en la Opinión N° 082-2014/DTN, este Tribunal Arbitral advierte que el Informe N° 14-2013/MDH/GDUR/JBB de fecha 04 de noviembre de 2013, y la Resolución de Alcaldía N° 1739-2013-MDH fue emitida el 15 de noviembre de 2013, de tal forma que la Resolución de Alcaldía se emitió 11 días después del Informe.

¹⁹ Según el diccionario de la Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición, “coerción”, en su primera acepción, significa “Presión ejercida sobre alguien para forzar su voluntad o su conducta”. <http://lema.rae.es/drae/?val=coacci%C3%B3n>.

²⁰ De conformidad con los artículos 201 y siguientes del Código Civil.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

187. De esta forma, se ha comprobado que la renuncia a los mayores gastos generales emitida por el CONSORCIO fue anterior al otorgamiento de la Ampliación de Plazo N° 02 por parte de la MUNICIPALIDAD.
188. Por lo tanto, este Tribunal Arbitral llega a la convicción que no es válida la renuncia anticipada de los mayores gastos generales realizada por el CONSORCIO, y por lo tanto, corresponde que la MUNICIPALIDAD pague los mayores gastos generales derivados de la Ampliación de Plazo N° 02 por 35 días calendario.

XVIII. RECONOCIMIENTO DE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 03

189. El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en este numeral resolverá el siguiente Punto Controvertido:

Tercera Pretensión Principal:

Que, el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD el reconocimiento de la Ampliación de Plazo N° 03 solicitada por quince (15) días calendario, presentada por el CONSORCIO mediante Informe de Ampliación de Plazo N°3.

Posición del CONSORCIO.-

190. Por una deficiencia en el Expediente Técnico, el CONSORCIO tuvo que realizar una serie de trabajos extras para poder nivelar el suelo donde se iban a ejecutar los trabajos planeados para la edificación de las tribunas.
191. Es así que mediante el Informe de Ampliación de Plazo de 14 de diciembre de 2013, el CONSORCIO solicitó la Ampliación de Plazo N° 03 por quince (15) días calendario, amparando su causal en lo señalado en el numeral 1 del artículo 200° del Reglamento "Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al Contratista".
192. El sustento técnico de la Ampliación de Plazo N° 03 se da a consecuencia que el CONSORCIO tuvo que realizar trabajos en áreas que no correspondían para que se pudieran realizar con total normalidad los Juegos Bolivarianos.
193. Es por ello que el CONSORCIO ejecutó trabajos no previstos y paralizó las labores de ejecución de obra en las fechas comunicadas. Por lo tanto, corresponde que LA MUNICIPALIDAD reconozca los quince (15) días solicitados por el CONSORCIO.
194. Conforme lo señala el numeral 41.6 del artículo 41 de la Ley, el Contratista tiene el derecho de solicitar ampliaciones de plazo.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

195. Asimismo, el artículo 200° del Reglamento, determina las causales por las cuales el Contratista puede solicitar una ampliación de plazo, siempre y cuando se solicite dentro del plazo vigente de ejecución de Obra.
196. Además, el artículo 201° del Reglamento, precisa todo el procedimiento que se debe seguir para que una Ampliación de Plazo solicitada por el Contratista proceda y sea aprobada por LA MUNICIPALIDAD, dicho procedimiento es el siguiente.

“Artículo 201.- Procedimiento de ampliación de plazo

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 contratista, 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 contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de Ampliación de Plazo ante el inspector, 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 contratista 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.”

197. Dentro del procedimiento que señala el artículo 201° del Reglamento se encuentra la obligatoriedad que tiene LA MUNICIPALIDAD de resolver las solicitudes del Contratista; sin embargo, LA MUNICIPALIDAD no emitió pronunciamiento alguno sobre la Ampliación de Plazo solicitada por el Contratista. De acuerdo al artículo antes señalado, el efecto jurídico inmediato a la negativa de LA MUNICIPALIDAD es la aprobación automática de la ampliación de plazo.
198. EL CONSORCIO ha elaborado de manera diligente su solicitud de Ampliación de Plazo N° 3, bajo el amparo de las causales, procedimientos y formalidades establecidas en los artículos 41°, 200° y 201° del Reglamento. Por lo que de

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

acuerdo a los mencionados dispositivos legales, no habría razón alguna para no aceptar y conceder la solicitud de ampliación de plazo.

Posición de LA MUNICIPALIDAD.-

199. El CONSORCIO señala en su escrito postulatorio que requieren que el Tribunal reconozca la Ampliación de Plazo N° 03 solicitada por quince (15) días y que una vez reconocida, se ordene el pago de los mayores gastos generales.
200. Sin embargo, los demandantes no indican que mediante la Carta N° 37-2013-CEH de fecha 5 de diciembre de 2013, ellos presentaron su renuncia a mayores gastos generales, por lo que respecto a este punto, aun en el supuesto negado de que el Tribunal les confiera el plazo señalado, el pago de mayores gastos generales, no procede pues el CONSORCIO presentó su carta con firma legalizada renunciando a los mismos, debiendo ser declarada en este extremo infundada y/o improcedente su demanda.

Posición del Tribunal Arbitral.-

201. Sobre el siguiente punto controvertido, el Tribunal Arbitral considera importante analizar la Carta N° 37-2013-CEH de fecha 5 de diciembre de 2013 por medio de la cual el CONSORCIO solicitó la Ampliación de Plazo N° 03.
202. Este Tribunal Arbitral tiene en cuenta que no es un punto controvertido entre las partes, según lo discutido en la Audiencia de Informes Orales, que el CONSORCIO haya presentado la Carta N° 37-2013-CEH solicitando la Ampliación de Plazo N° 03, dentro del plazo establecido por la Ley de Contrataciones y su Reglamento.
203. El punto controvertido que queda por dilucidar es si la Ampliación de Plazo N° 03 fue debidamente otorgada por la MUNICIPALIDAD o no, ya que el CONSORCIO alega que nunca contestaron su solicitud.
204. Al respecto, cabe señalar que la MUNICIPALIDAD no ha presentado prueba alguna que acredite que contestaron la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03 presentada por el CONSORCIO.
205. Sin embargo, existe un punto controvertido más respecto de este tema, más allá del reconocimiento de la Ampliación de Plazo N° 03 o no, la MUNICIPALIDAD alega que el CONSORCIO renunció a los mayores gastos generales mediante la Carta N° 37-2013-CEH, por lo que aun confiriéndole el plazo de quince (15) días, la MUNICIPALIDAD no debería realizar desembolso alguno.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

206. No obstante, este tema de la renuncia anticipada a los mayores gastos generales ya se analizó al resolver respecto de la Ampliación de Plazo N° 02, llegando este Tribunal Arbitral a la conclusión que deben aplicarse las opiniones del OSCE respecto de que no es posible renunciar anticipadamente a los mayores gastos generales, y por lo tanto el Tribunal Arbitral desestima el argumento esgrimido por la MUNICIPALIDAD.
207. Con lo cual, a este Tribunal Arbitral le falta analizar si son de aplicación los artículos 41°, 200° y 201° del Reglamento de la Ley de Contrataciones que son invocados por el CONSORCIO, ya que alega que el efecto del silencio por parte de la MUNICIPALIDAD genera una aceptación tácita de su solicitud de mayores gastos generales.
208. En el presente caso, queda claro para este Tribunal Arbitral que en virtud del artículo 41° de la Ley de Contrataciones y del artículo 200° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, el CONSORCIO tiene derecho a solicitar Ampliaciones de Plazo, sin embargo el artículo 201° es el que regula el procedimiento y por el cual el CONSORCIO alegaría la aplicación de un supuesto “silencio administrativo positivo” en su favor. El mencionado artículo dispone lo siguiente:

“Artículo 201.- Procedimiento de ampliación de plazo

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 contratista, 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 contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de Ampliación de Plazo ante el inspector, 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 contratista 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.” (El subrayado es nuestro)

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

209. Es claro el artículo 201° al señalar que si una Entidad no emite pronunciamiento respecto de una solicitud de Ampliación de Plazo presentada por un Contratista, se deberá considerar automáticamente ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la propia Entidad.
210. Este artículo regula un supuesto que en doctrina se le conoce como de silencio administrativo positivo, que en palabras de Alberto Palomar y Javier Fuertes implica lo siguiente:

“El silencio administrativo positivo es la ausencia de manifestación expresa de la Administración pública y la atribución, a esa falta de actuación, de consecuencias estimatorias en cuanto a lo solicitado.

Se trata, por lo tanto, de suplir la falta de actuación del órgano administrativo que tenía la obligación de dictar una resolución y entender que ese silencio, el de que la Administración no haya resuelto expresamente, supone que se estima lo solicitado.”²¹

211. Esta regla también se encuentra regulada en el artículo 2° de la Ley 29060, Ley del Silencio Administrativo, la cual contempla al silencio administrativo positivo de la siguiente forma:

“Artículo 2°.- Aprobación automática

Los procedimientos administrativos, sujetos a silencio administrativo positivo, se considerarán automáticamente aprobados si, vencido el plazo establecido o máximo, la entidad no hubiera emitido el pronunciamiento correspondiente, no siendo necesario expedirse pronunciamiento o documento alguno para que el administrado pueda hacer efectivo su derecho, bajo responsabilidad del funcionario o servidor público que lo requiera.”

212. El mismo efecto también es regulado en la parte general del Acto Jurídico en el Código Civil Peruano en el que se establece lo siguiente en el artículo 142:

“Artículo 142°.-

El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado.”

213. Es claro para este Tribunal Arbitral que el artículo 201° del Reglamento establece que el silencio de la MUNICIPALIDAD, al no haber emitido pronunciamiento alguno respecto de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03

²¹ **PALOMAR**, Alberto y **FUERTES**, Javier. *Silencio Administrativo Positivo*. En: <https://app.vlex.com/#vid/427637830>. Consultado el: 22 de Setiembre del 2018

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

del CONSORCIO importa una aceptación tácita del contenido de la misma, con lo cual se encuentra perfectamente dentro de un supuesto de silencio administrativo positivo y de aceptación tácita de la solicitud presentada.

214. Por lo que, este Tribunal Arbitral no necesita entrar a analizar los requisitos de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03 presentada por el CONSORCIO, al haber sido la misma otorgada tácitamente por la MUNICIPALIDAD por la vía del silencio administrativo positivo consagrado en el artículo 201° del Reglamento de la Ley de Contrataciones.
215. En conclusión, este Tribunal Arbitral debe DECLARAR FUNDADA la Tercera Pretensión Principal del CONSORCIO; y por lo tanto, que la MUNICIPALIDAD RECONOZCA la Ampliación de Plazo N° 03 por quince (15) días, incluidos los mayores gastos generales, que fue presentada por el CONSORCIO mediante la Carta N° 37-2013-CEH que incluía el Informe de la Ampliación de Plazo N° 03.

XIX. MAYORES GASTOS GENERALES DE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 03 MÁS INTERESES

216. El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en este numeral resolverá el siguiente Punto Controvertido:

Pretensión Accesoria a la Tercera Pretensión Principal:

Que, además, el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD reconozca y pague los mayores gastos generales asociados a la Ampliación de Plazo N° 03, de acuerdo a lo señalado en el artículo 202 del Reglamento, más los intereses correspondientes.

Posición del CONSORCIO.-

217. Conforme a lo señalado en la Pretensión anterior, el Tribunal Arbitral deberá ordenar a LA MUNICIPALIDAD que reconozca la Ampliación de Plazo N° 03 solicitada por el CONSORCIO y aprobada a consecuencia de la falta de pronunciamiento de LA MUNICIPALIDAD, conforme la regulación normativa estipulada en el artículo 201° del Reglamento.
218. Al no existir pronunciamiento de LA MUNICIPALIDAD hubo un reconocimiento tácito de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03 presentada por el CONSORCIO. En ese sentido, el artículo 202° del Reglamento señala que las ampliaciones de plazo en los contratos de obra dan lugar al pago a favor del Contratista de los mayores gastos generales variables, iguales al número de días otorgados. En conclusión, corresponde que se paguen los mayores gastos generales derivados de la obtención tácita de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 02 solicitada por el CONSORCIO.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

219. Por lo tanto, corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD que esta última reconozca y pague a favor del CONSORCIO los mayores gastos generales derivados de la Ampliación de Plazo N° 03, los cuales nunca fueron cobrados por el CONSORCIO, a pesar de tener el derecho otorgado por LA MUNICIPALIDAD.

Posición de LA MUNICIPALIDAD.-

LA MUNICIPALIDAD respecto de la Pretensión Accesoria a la Tercera Pretensión Principal no hace pronunciamiento alguno en su Contestación de Demanda de fecha 21 de abril de 2016.

Posición del Tribunal Arbitral.-

220. Sobre este Punto Controvertido, el Tribunal Arbitral ya ha emitido un pronunciamiento al resolver la Segunda y Tercera Pretensiones Principales del CONSORCIO, al declarar que no puede existir una renuncia anticipada a los mayores gastos generales de una Ampliación de Plazo por parte de un Contratista. Cualquier renuncia debe ser posterior.
221. Con lo cual, al haberse realizado la renuncia a los mayores gastos generales de la Ampliación de Plazo N° 03 antes de que se emitiera un pronunciamiento de la MUNICIPALIDAD respecto de su procedencia o improcedencia se debe considerar como no realizada dicha renuncia, por lo que corresponde que se le otorguen al CONSORCIO los mayores gastos generales derivados del otorgamiento tácito de la Ampliación de Plazo N° 03.
222. En conclusión, el Tribunal Arbitral debe ORDENAR que la MUNICIPALIDAD RECONOZCA Y PAGUE los mayores gastos generales asociados a la Ampliación de Plazo N° 03, de acuerdo a lo señalado en el artículo 202° del Reglamento, más los intereses correspondientes.

XX. MAYORES GASTOS GENERALES DE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 04

223. El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en este numeral resolverá el siguientes Punto Controvertido:

Cuarta Pretensión Principal:

Que, el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD reconozca y pague los mayores gastos generales asociados a la Ampliación de Plazo N° 04, aprobada por LA MUNICIPALIDAD mediante Resolución de Alcaldía N° 036-2014-MDH de fecha 16 de enero de 2014.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

Posición del CONSORCIO.-

224. El CONSORCIO tuvo que realizar una serie de trabajos no estipulados en el cronograma de actividades aprobado por LA MUNICIPALIDAD. Así, el CONSORCIO realizó trabajos de solaqueo, ya que en el Expediente Técnico no se encontraba prevista la partida de revestimiento de las graderías.
225. Es así que mediante la Carta N° 049-2013-CEH de fecha 28 de diciembre de 2013, el CONSORCIO solicitó la Ampliación de Plazo N° 04 por treinta y cinco (35) días calendario, amparando su causal en lo señalado en el numeral 1 del artículo 200° del Reglamento “Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al Contratista”.
226. Los trabajos de solaqueo de revestimiento de las graderías del estadio de Huanchaco eran partidas que no se encontraban en el Expediente Técnico, a consecuencia de ello, para su ejecución se tuvo que solicitar más tiempo del previsto en el cronograma de ejecución.
227. Conforme lo señala el numeral 41.6 del artículo 41° de la Ley, el Contratista tiene el derecho de solicitar ampliaciones de plazo.
228. Asimismo, el artículo 200° del Reglamento, determina las causales por las cuales el Contratista puede solicitar una ampliación de plazo, siempre y cuando se solicite dentro del plazo vigente de ejecución de Obra.
229. Además, el artículo 201° del Reglamento, precisa todo el procedimiento que se debe seguir para que una Ampliación de Plazo solicitada por el Contratista proceda y sea aprobada por LA MUNICIPALIDAD.
230. Es por ello que, mediante la Resolución de Alcaldía N° 036-2014-MDH de fecha 16 de enero de 2014 (Anexo 1-J), LA MUNICIPALIDAD aprobó la solicitud de Ampliación de Plazo N° 04, por treinta y cinco (35) días calendario.
231. En ese sentido, LA MUNICIPALIDAD al aprobar la Ampliación de Plazo N° 04 presentada por el CONSORCIO ha reconocido todos los derechos que se derivan de dicha aprobación, siendo uno de ellos el reconocimiento de los mayores gastos generales, que nunca fueron cobrados por el CONSORCIO.
232. Por lo tanto, corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD que reconozca y pague a favor del CONSORCIO los mayores gastos generales derivados de la Ampliación de Plazo N° 04 presentada mediante la Carta N° 049-2013-CEH de fecha 28 de diciembre de 2013 aprobada por LA MUNICIPALIDAD mediante la Resolución de Alcaldía N° 036-2014-MDH de fecha 16 de enero de 2014.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

Posición de LA MUNICIPALIDAD.-

233. Señala el CONSORCIO en su escrito postulatorio que requieren que el Tribunal reconozca la Ampliación de Plazo N° 04 aprobada por la Entidad mediante la Resolución de Alcaldía N° 036-2014-MDH de fecha 16 de enero de 2014.
234. Sin embargo, los señores demandantes obvieron indicar que mediante la Carta N° 38-2013-CEH de fecha 26 de diciembre de 2013, ellos presentaron su renuncia a mayores gastos generales, por lo que respecto a este punto, aun en el supuesto negado de que el Tribunal les confiera el plazo señalado, el pago de mayores gastos generales, no procede pues el CONSORCIO presentó su carta con firma legalizada renunciando a los mismos, debiendo ser declarada en este extremo infundada su demanda, pues si bien el derecho a cobrar los mayores gastos generales variables originado por la aprobación de una Ampliación de Plazo es un derecho de crédito del contratista y, en consecuencia, de su libre disposición, por lo que puede renunciar al mismo máxime si la normativa de contrataciones del Estado no ha prohibido tal renuncia, ni se vulnera alguna norma imperativa o de orden público.
235. En este punto, resulta por demás apropiado señalar que con la entrega de la carta de renuncia al cobro de gastos generales, se entra al tema de la doctrina de los actos propios, la cual se fundamenta en las exigencias del principio general de la buena fe, principio que impone el deber, a las partes de una relación o situación jurídica, de conducirse con lealtad, rectitud, de mantener un comportamiento coherente, a fin de proteger la confianza, regularidad y confiabilidad que debe imperar en el tráfico jurídico.
236. Sobre la base de estas premisas, la doctrina de los actos propios señala que el ordenamiento jurídico no protege las conductas contradictorias; la buena fe impone a toda relación o situación jurídica el deber de salvaguardar la confianza que ha generado en una parte el comportamiento que la otra ha asumido anteriormente, lo que significa que ninguna de las partes puede, legítimamente, desentenderse de la esperanza o creencia razonable que su comportamiento ha generado en otra persona.
237. Es por eso que se sostiene que la empresa demandante no puede desconocer su accionar al haber aquella ya renunciado de manera firme, voluntaria y objetiva al cobro de este concepto, por lo que no corresponde que en esta instancia su solicitud sea amparada.

Posición del Tribunal Arbitral.-

238. Respecto de la Ampliación de Plazo N° 04, el punto controvertido en el presente caso es el mismo que en el supuesto de la Ampliación de Plazo N°



Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

02 que el Tribunal Arbitral ya desarrolló previamente. Al respecto, este Tribunal Arbitral ya estableció la línea en la cual al solicitarse una Ampliación de Plazo por un Contratista no puede renunciar anticipadamente a los mayores gastos generales antes que la Entidad resuelva la procedencia o improcedencia de dicha ampliación de plazo.

239. Por lo que, en el presente caso, cabe resaltar que siendo la Resolución de Alcaldía N° 036-2014-MDH de fecha 16 de enero de 2014 y que la Carta N° 38-2013-CEH por la cual se solicita la Ampliación de Plazo N° 04 es de fecha 26 de diciembre de 2013, existe una diferencia de 22 días de anticipación de la Carta con relación a la Resolución.
240. Por lo tanto, habiendo sido ejercida la renuncia a los mayores gastos generales 22 días antes que efectivamente se otorgue la Ampliación de Plazo N° 04 dicha renuncia debe tenerse por inválida, según lo dispuesto en las opiniones del OSCE antes citadas.
241. En conclusión, el Tribunal Arbitral debe ORDENAR que la MUNICIPALIDAD RECONOZCA y PAGUE los mayores gastos generales asociados a la Ampliación de Plazo N° 04, aprobada mediante la Resolución de Alcaldía N° 036-2014-MDH de fecha 16 de enero de 2014, por no ser válida la renuncia a los mayores gastos generales hecha por el CONSORCIO por ser anterior a la fecha del otorgamiento de la Ampliación de Plazo N° 04.

XXI. RECONOCIMIENTO DE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 05

242. El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en este numeral resolverá el siguiente Punto Controvertido:

Quinta Pretensión Principal:

Que, el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD el reconocimiento de la Ampliación de Plazo N° 05 solicitada por veinte (20) días calendario, presentada por el CONSORCIO mediante Carta N° 005-2014-CEH de fecha 01 de febrero de 2014.

Posición del CONSORCIO.-

243. Mediante la Carta N° 005-2014-CEH de fecha 01 de febrero de 2014, el CONSORCIO solicitó la Ampliación de Plazo N° 05 por veinte (20) días calendario, amparando su causal en lo señalado en el numeral 1 del artículo 2001 del Reglamento “Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al Contratista”.
244. El sustento técnico de la Ampliación de Plazo N° 05 se da a consecuencia que el personal del CONSORCIO sufrió el robo de todos sus equipos de trabajos,

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

conforme se dejó constancia en el Asiento N° 273 de fecha 6 de enero de 2014.

245. Además, existió retraso en las coordinaciones entre la Municipalidad de Huanchaco y el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de La Libertad S.A. (en adelante, SEDALIB), para que la Liga distrital de Huanchaco cancele la deuda que tenía de S/. 3,629.14 (Tres mil seiscientos veintinueve con 14/100 Soles), requisito indispensable para que SEDALIB prosiga con las conexiones de agua y alcantarillado.
246. Conforme lo señala el numeral 41.6 del artículo 41° de la Ley, el Contratista tiene el derecho de solicitar ampliaciones de plazo.
247. Asimismo, el artículo 200° del Reglamento, determina las causales por las cuales el Contratista puede solicitar una ampliación de plazo, siempre y cuando se solicite dentro del plazo vigente de ejecución de Obra.
248. Además, el artículo 201° del Reglamento, precisa todo el procedimiento que se debe seguir para que una Ampliación de Plazo solicitada por el Contratista proceda y sea aprobada por LA MUNICIPALIDAD.
249. Dentro del procedimiento que señala el artículo 201° del Reglamento se encuentra la obligatoriedad que tiene LA MUNICIPALIDAD de resolver las solicitudes del Contratista; sin embargo, LA MUNICIPALIDAD no emitió pronunciamiento alguno sobre la Ampliación de Plazo solicitada por el Contratista. De acuerdo al artículo antes señalado, el efecto jurídico inmediato a la negativa de LA MUNICIPALIDAD es la aprobación automática de la ampliación de plazo.
250. En ese sentido, en estricta aplicación de lo establecido en el artículo 201° del Reglamento, corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD que reconozca la Ampliación de Plazo N° 05 solicitada por el CONSORCIO mediante la Carta N° 005-2014-CEH de fecha 01 de febrero de 2014.

Posición de LA MUNICIPALIDAD.-

251. El Informe de Ampliación de Plazo N° 05 de fecha 05 de febrero de 2014, Informe N° 06-2014/MDH/GDUR/JBB-I0, emitido por el Ing. Julio Bonilla Bonilla, en su calidad de inspector de obra, acredita la existencia de la presentación de carta de renuncia a gastos generales producto de la solicitud de ampliación de plazo, por lo que, en este extremo, la demanda debe ser declarada INFUNDADA, dado que con dicho reconocimiento expreso de renuncia, la demandante manifestó su voluntad de no continuar con los cobros

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

por dichos conceptos, siendo que tal situación se encuentra en base al principio de libertad contractual entre las partes.

Posición del Tribunal Arbitral.-

252. Respecto de la Ampliación de Plazo N° 05, el Punto Controvertido en el presente caso es el mismo que en el supuesto de las Ampliaciones de Plazo N°s 02 y 03 que el Tribunal Arbitral ya desarrolló previamente.
253. En primer lugar, al resolver la Ampliación de Plazo N° 02, el Tribunal Arbitral ya estableció que al solicitarse una Ampliación de Plazo por un Contratista no puede este renunciar anticipadamente a los mayores gastos generales antes que la Entidad resuelva la procedencia o improcedencia de dicha ampliación de plazo.
254. En segundo lugar, al resolver la Ampliación de Plazo N° 03, el Tribunal Arbitral ya estableció que el artículo 201° del Reglamento de la Ley de Contrataciones regula un supuesto de silencio administrativo positivo y tiene efectos de dar al silencio de la Entidad una manifestación de voluntad positiva respecto de la procedencia de una ampliación de plazo.
255. Por lo que, en el presente caso, en el supuesto de la Ampliación de Plazo N° 05 cabe analizar si efectivamente no hubo ninguna comunicación de parte de la MUNICIPALIDAD respecto de la procedencia o improcedencia de la Ampliación de Plazo N° 05 y si la renuncia realizada por el CONSORCIO fue anterior al otorgamiento de la Ampliación de Plazo N° 05.
256. Respecto de si existe o no alguna comunicación por parte de la MUNICIPALIDAD contestando la Carta N° 005-2014-CEH de fecha 01 de febrero de 2014, este Tribunal Arbitral deja constancia de la falta de prueba en el presente caso respecto de cualquier comunicación contestando las ampliaciones de plazo N° 03 y 05 de las cuales no se emitió ninguna Resolución de Alcaldía declarándolas procedentes o improcedentes.
257. Con lo cual, este Tribunal Arbitral se reafirma en la posición antes desarrollada al resolver respecto de la Ampliación de Plazo N° 03, y por lo tanto, considera de aplicación el artículo 201° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, y que por lo tanto ha operado el silencio administrativo positivo respecto de la Ampliación de Plazo N° 05.

En conclusión, el Tribunal Arbitral tiene convicción que el silencio de la MUNICIPALIDAD implica una manifestación de voluntad positiva respecto del otorgamiento de la Ampliación de Plazo N° 05, y en consecuencia ORDENA a la MUNICIPALIDAD que RECONOZCA la Ampliación de Plazo N° 05 por



Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

veinte (20) días calendario que presentó el CONSORCIO mediante Carta N° 005-2014-CEH de fecha 01 de febrero de 2014.

**XXII. MAYORES GASTOS GENERALES DE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 05
MÁS INTERESES**

258. El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en este numeral resolverá los siguientes Puntos Controvertidos:

Pretensión Accesoria a la Quinta Pretensión Principal:

Que, el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD reconocer y pagar los mayores gastos generales asociados a la Ampliación de Plazo N° 05, de acuerdo a lo señalado en el artículo 202 del Reglamento, más los intereses correspondientes.

Posición del CONSORCIO.-

259. Conforme a lo señalado en la Pretensión anterior, el Tribunal Arbitral deberá ordenar a LA MUNICIPALIDAD que reconozca la Ampliación de Plazo N° 05 solicitada por el CONSORCIO y aprobada a consecuencia de la falta de pronunciamiento de LA MUNICIPALIDAD, conforme la regulación normativa estipulada en el artículo 201° del Reglamento.

260. Conforme a lo señalado en la Pretensión anterior, LA MUNICIPALIDAD reconoció la Ampliación de Plazo N° 05 solicitada por el CONSORCIO. En ese sentido, el artículo 202° del Reglamento señala que las ampliaciones de plazo en los contratos de obra dan lugar al pago a favor del Contratista de los mayores gastos generales variables, iguales al número de días otorgados. En conclusión, corresponde que se pague los mayores gastos generales derivados de la obtención tácita de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 05 solicitada por el CONSORCIO.

261. Por lo tanto, corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD que esta última reconozca y pague a favor del CONSORCIO los mayores gastos generales derivados de la Ampliación de Plazo N° 05 solicitada mediante la Carta N° 005-2014-CEH de fecha 01 de febrero de 2014.

Posición de LA MUNICIPALIDAD.-

262. LA MUNICIPALIDAD se pronunció al respecto de esta Pretensión Accesoria a la Quinta Pretensión Principal en su posición sobre la Quinta Pretensión Principal.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

Posición del Tribunal Arbitral.-

263. Respecto del otorgamiento de los mayores gastos generales derivados de la Ampliación de Plazo N° 05, el Punto Controvertido en el presente caso es el mismo que en los supuestos de la Ampliación de Plazo N° 02, la Pretensión Accesoria de la Ampliación de Plazo N° 03 y la Ampliación de Plazo N° 04 que el Tribunal Arbitral ya desarrolló previamente.
264. El Tribunal Arbitral ya estableció que al solicitarse una Ampliación de Plazo por un Contratista éste no puede renunciar anticipadamente a los mayores gastos generales antes que la Entidad resuelva la procedencia o improcedencia de dicha ampliación de plazo.
265. Por lo que, este Tribunal Arbitral analizará si la Ampliación de Plazo N° 05 fue otorgada después de haberse emitido la renuncia a los mayores gastos generales hecha por el CONSORCIO.
266. Con lo cual, se analiza en primer lugar que la Carta N° 005-2014-CEH fue entregada a la MUNICIPALIDAD con fecha 01 de febrero de 2014, por lo que a partir de esa fecha se realizó la renuncia de los mayores gastos generales.
267. Sin embargo, es recién mediante la aceptación tácita de la MUNICIPALIDAD al no pronunciarse dentro del plazo establecido en el artículo 201° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, que se termina otorgando la Ampliación de Plazo N° 05, con lo cual claramente la renuncia de los mayores gastos generales efectuada por el CONSORCIO fue anterior al otorgamiento de la ampliación de plazo.
268. Concluyendo esta pretensión, el Tribunal Arbitral debe ORDENAR a la MUNICIPALIDAD RECONOCER y PAGAR los mayores gastos generales asociados a la Ampliación de Plazo N° 05, de acuerdo a lo señalado en el artículo 202° del Reglamento, más los intereses correspondientes.

XXIII. RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LOS MAYORES GASTOS GENERALES POR RETRASO EN LA RECEPCIÓN DE LA OBRA

269. El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en este numeral resolverá el siguiente Punto Controvertido:

Sexta Pretensión Principal:

Que, el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD reconozca y pague los mayores gastos generales ascendentes a la suma de S/. 86,274.88, asociados al retraso de cuarenta y tres (43) días por parte de LA MUNICIPALIDAD en recepcionar la Obra, más los intereses correspondientes.



Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

Posición del CONSORCIO.-

270. Asimismo, como se ha señalado, el CONSORCIO siempre actuó de manera diligente, por el contrario, es LA MUNICIPALIDAD quien ha causado los perjuicios en la correcta ejecución de la Obra.
271. El Residente de obra comunica que concluyeron los trabajos y pruebas en la Obra y, en virtud de lo establecido en el artículo 210° del Reglamento, luego de la anotación realizada por el Residente en el Cuaderno de Obra, dentro de los cinco (5) días posteriores corresponde que el Supervisor comunique a LA MUNICIPALIDAD sobre la culminación de Obra para que LA MUNICIPALIDAD nombre al Comité de Recepción.
272. Conforme a lo señalado en el artículo 210° del Reglamento, desde el día siguiente a la comunicación de la Supervisión de Obra, LA MUNICIPALIDAD cuenta con el plazo de siete (7) días calendario para nombrar al Comité de Recepción de Obra, es decir, el plazo que tenía LA MUNICIPALIDAD para dicho nombramiento vencía el 27 de febrero de 2014. Sin embargo, el nombramiento del Comité de Recepción fue realizado mediante Resolución de Alcaldía N° 023-I-2014/MDH de fecha 11 de abril de 2014 (Anexo 1-K), es decir, cuarenta y tres (43) días después del plazo máximo que tenía para realizarlo.
273. Es más, la propia ENTIDAD reconoce su retraso, mediante el Informe interno N° 282-2014-GDUR-MDH de fecha 7 de abril de 2014, el Gerente de desarrollo urbano y rural indica que por error nombraron como miembro del Comité de Recepción a una persona que ya no se encontraba laborando en LA MUNICIPALIDAD.
274. En ese sentido, la demora por parte de LA MUNICIPALIDAD en el nombramiento del Comité de Recepción de Obra ha causado un perjuicio económico al CONSORCIO, por lo que corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD que reconozca y pague los mayores gastos generales ascendentes a la suma de S/. 86,274.88 (Ochenta y seis mil doscientos setenta y cuatro con 88/100 Soles) asociados a retraso de cuarenta y tres (43) días.

Posición de LA MUNICIPALIDAD.-

275. Para que pueda ser aceptada en este extremo la demanda, el cálculo del gasto general debe seguir lo establecido en el inciso 7 del artículo 210° del Reglamento, norma que establece que si por causas ajenas al contratista la recepción de la obra se retardara, el lapso de la demora se adicionará al plazo de ejecución de la misma y se reconocerá al contratista los gastos generales debidamente acreditados, en que se hubiese incurrido durante la demora. El

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

contratista no ha acreditado adecuadamente tales gastos, por lo que el requerimiento de pago de la suma de S/85,274.88 no resulta correcta en su fórmula de cálculo, no siendo por tanto atendible su petición en este extremo, debiendo el Tribunal declarar INFUNDADA esta petición.

Posición del Tribunal Arbitral.-

276. El Tribunal Arbitral tiene en cuenta para resolver este punto controvertido las siguientes pruebas presentadas por las partes: (i) Resolución de Alcaldía N° 023-I-2014/MDH de fecha 11 de abril de 2014²², y (ii) Informe Interno N° 282-2014-GDUR-MDH de fecha 7 de abril de 2014.
277. Es importante tener en cuenta que el CONSORCIO alega que la MUNICIPALIDAD no nombró el Comité de Recepción de la Obra dentro del plazo que establece el Reglamento de la Ley de Contrataciones, y que por lo tanto, la recepción de la misma se produjo de forma tardía por causa imputable a la MUNICIPALIDAD.
278. Por su lado, la MUNICIPALIDAD en su escrito de contestación no niega la validez de la Resolución de Alcaldía, sin embargo la MUNICIPALIDAD afirma que el cálculo realizado por el CONSORCIO no se ajusta a lo establecido en el inciso 7 del artículo 210° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y que el requerimiento de pago de la suma de S/. 85,274.88 no es correcta en su forma de cálculo.
279. El artículo 210° en su inciso 7 regula el tema de la siguiente forma:

“Si por causas ajenas al contratista la recepción de la obra se retardara, superando los plazos establecidos en el presente artículo para tal acto, el lapso de la demora se adicionará al plazo de ejecución de la misma y se reconocerá al contratista los gastos generales debidamente acreditados, en que se hubiese incurrido durante la demora.” (El subrayado es nuestro).

280. El Tribunal Arbitral tiene en cuenta que la MUNICIPALIDAD en su escrito de contestación de demanda no cuestiona el cálculo del monto realizado por el CONSORCIO, sino más bien considera que los gastos generales solicitados no se han acreditado debidamente, por lo que no se puede realizar cálculo alguno.
281. Este Tribunal Arbitral, revisando la Resolución de Alcaldía que hace referencia al Informe N° 282-2014-GDUR-MDH de fecha 07 de abril del 2014 por el cual el Gerente del Área de Desarrollo Urbano y Rural indica que por un error involuntario se sugirió a una persona que ya no se encontraba en el cargo

²² Anexo 1-K de la Demanda

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

para recepcionar la obra, por lo que hasta la fecha no se había realizado la recepción.

282. Mediante la Resolución de Alcaldía se nombran a nuevos funcionarios para que se encarguen de la recepción de la Obra, y se modifica la referida Resolución de Alcaldía N° 255-2014 de fecha 27 de marzo del 2014, que tenía por finalidad recepcionar la Obra materia del presente arbitraje.
283. Ante esto, cabe analizar si son correctas las afirmaciones de la MUNICIPALIDAD de que los gastos generales no han sido debidamente acreditados por el CONSORCIO y si el cálculo realizado es conforme a lo dispuesto en el artículo 210° del Reglamento de la Ley de Contrataciones.
284. De las pruebas presentadas mediante el Escrito N° 24 recibido por el Tribunal Arbitral con fecha 09 de abril del 2018, se tiene que el CONSORCIO presentó un cálculo de los mayores gastos generales variables para todos y cada una de las ampliaciones del plazo y para el supuesto de la demora en la entrega de la obra.
285. Considerando el CONSORCIO, justamente en línea por lo expuesto anteriormente por este Tribunal Arbitral, que los mayores gastos generales en la demora en la recepción de la obra deben encontrarse debidamente acreditados, es que presenta el CONSORCIO una tabla con una serie de montos que ascienden a un total de S/. 47,384.98 (Cuarenta y siete mil trescientos ochenta y cuatro con 98/100 Soles), e incluyendo el IGV asciende a S/. 55,914.28 (Cincuenta y cinco mil novecientos catorce con 28/100 Soles).
286. Por lo que, este Tribunal Arbitral pasará a analizar cada uno de los conceptos esbozados en el Escrito N° 24 presentado por el CONSORCIO y si cada uno de los medios probatorios adjuntados sustentan el monto pretendido por el CONSORCIO.

Sobre los gastos relativos a la Estructura del CONSORCIO

287. En este punto, en el Escrito N° 24 el CONSORCIO realiza un desglose de todos los sueldos que ha tenido que pagar a sus trabajadores en virtud de la demora en la recepción de la obra aludiendo justamente a los sueldos pagados a 4 trabajadores en febrero y en marzo de nombres: Francisco Ramón Mundaca Gaspar, Juan Jesús Cortez Silva, Jonathan Harry Rosado Ramos, Rudy Linequer Méndez Anticona. En abril justifica solamente los sueldos de Francisco y de Rudy, con lo cual se infiere que las otras dos personas dejaron de formar parte de la planilla del CONSORCIO para ese mes.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

288. Respecto de este punto, es importante señalar que en la Parte I de los Anexos al Escrito N° 24, se presentan todas las boletas de pago de los referidos trabajadores, desde la pág. 19 a la pág. 28 de dicho escrito (contabilizando a partir de la carátula de los anexos como la pág. 1). De una verificación de las mismas se coinciden los montos expresados en la tabla de Gastos Relativos a la Estructura del Consorcio con los montos expresados en cada una de dichas boletas de pago que cubren los períodos de febrero, marzo y abril respectivamente.
289. Sin embargo, es incorrecto realizar el cálculo de los daños en base al promedio de lo pagado en los 3 meses, porque no refleja el daño efectivo sufrido por el CONSORCIO. El cálculo que se debió realizar tiene que tener en cuenta cada día pagado de más y no un promedio de todos los días de todos los meses para sacar el promedio del daño en 43 días, porque no refleja el daño real.
290. Por lo tanto, teniendo en cuenta el monto pagado a cada uno de los trabajadores para el mes de febrero, se debe tener en cuenta lo efectivamente pagado para cada trabajador y dividirlo entre el total de días de febrero en ese año. De esta manera se estará evaluando correctamente cada día de trabajo en ese mes para cada trabajador.
291. Respecto del mes de febrero, para el trabajador Francisco siendo lo pagado por el CONSORCIO ascendente a S/. 6,585.30 (Seis mil quinientos ochenta y cinco con 30/100 Soles) y dividiéndolo entre 28 días asciende el día pagado a un aproximado de S/. 235.19 (Doscientos treinta y cinco con 19/100 Soles) por día.
292. Respecto del mes de febrero, para el trabajador Juan Jesús siendo lo pagado por el CONSORCIO ascendente a S/. 1,635.00 (Mil seiscientos treinta y cinco con 00/100 Soles) y dividiéndolo entre 28 días asciende el día pagado a un aproximado de S/. 58.39 (Cincuenta y ocho con 39/100 Soles) por día.
293. Respecto del mes de febrero, para el trabajador Jonathan siendo lo pagado por el CONSORCIO ascendente a S/. 2,343.50 (Dos mil trescientos cuarenta y tres con 50/100 Soles) y dividiéndolo entre 28 días asciende el día pagado a un aproximado de S/. 83.70 (Ochenta y tres con 70/100 Soles) por día.
294. Respecto del mes de febrero, para el trabajador Rudy siendo lo pagado por el CONSORCIO ascendente a S/. 1,635.00 (Mil seiscientos treinta y cinco con 00/100 Soles) y dividiéndolo entre 28 días asciende el día pagado a un aproximado de S/. 58.39 (Cincuenta y ocho con 39/100 Soles) por día.
295. Con lo cual, el daño real asumido por el CONSORCIO por un día de sueldo de más pagado en febrero por los cuatro trabajadores antes mencionados

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

asciende a: S/. 235.19 + S/. 58.39 + S/. 58.39 + S/. 83.70 = S/. 435.67
(Cuatrocientos treinta y cinco con 67/100 Soles)

296. Por el mes de marzo se justifican con las boletas presentadas por el CONSORCIO y el cálculo realizado en el cuadro que los montos coinciden, y por lo tanto el gasto realizado por los 31 días de trabajo en marzo se encuentran plenamente justificados, con lo cual el monto del daño causado al CONSORCIO en el período de marzo asciende a: S/. 6,621.75 + S/. 4,707.53 + S/. 6,430.92 + S/. 1,635.00 = S/. 19,395.2 (Diecinueve mil trescientos noventa y cinco con 20/100 Soles).
297. Respecto del mes de abril, hay que tener en cuenta que en función de los días de retraso en la entrega de la obra quedan 11 días en los que se tuvo que asumir mayores gastos generales por este retraso. Con lo cual, teniendo en cuenta las propias boletas presentadas por el CONSORCIO, se tiene lo siguiente:
298. El trabajador Francisco laboró sólo 7 días de los 11, con lo cual el monto total pagado a dicho trabajador es el daño efectivamente causado al CONSORCIO. Con lo cual el monto total de sueldo pagado por esos 7 días incluye la compensación por tiempo de servicios y demás montos pagados por la terminación de la relación laboral, ascendiendo a S/. 8,248.69 (Ocho mil doscientos cuarenta y ocho con 69/100 Soles).
299. Sin embargo, respecto del trabajador Rudy, se tiene que efectivamente laboró durante todo el mes de abril, y por lo tanto, el monto total pagado a dicho trabajador es por los 30 días de abril, teniendo en cuenta sus tardanzas e inasistencias, con lo cual no refleja dicho monto el daño efectivamente causado al CONSORCIO, y no debe ser asumido en ese monto por la MUNICIPALIDAD.
300. Realizando el cálculo en función de lo pagado por los 30 días de abril al trabajador Rudy se llega a qué se debe calcular lo pagado en 1 día del mes de abril y multiplicarlo por los 11 días de retraso en la entrega de la obra que no deben ser asumidos por el CONSORCIO. El cálculo es el siguiente: S/. 1,623.75 (Mil seiscientos veintitrés con 75/100 Soles) / 30 días = S/. S/. 54.125 (Cincuenta y cuatro con 13/100 Soles) por día.
301. Con lo cual, por el plazo de 11 días hasta el momento en que efectivamente terminó el retraso en la entrega de la obra da un total de: S/. 54.13 * 11 días = S/. 595.375 aproximado a S/. 595.38 (Quinientos noventa y cinco con 38/100 Soles).

Tribunal Arbitral

*Elvira Martínez Coco (Presidenta)
Liliana C. Cabrera Moncada
Jorge Vega Velasco*

302. De este modo, el monto total del daño efectivamente causado al CONSORCIO en abril asciende a S/. 8,248.69 + S/. 595.38 = S/. 8,844.07 (Ocho mil ochocientos cuarenta y cuatro con 07/100 Soles)
303. Teniendo en cuenta estos montos, el daño real causado al CONSORCIO, en base a las pruebas presentadas, por el concepto de pagos realizados por la Estructura del CONSORCIO asciende a: S/. 435.67 + S/. 19,395.2 + S/. 8,844.07 = S/. 28,675.24 (Veintiocho mil seiscientos setenta y cinco con 24/100 Soles).

Sobre los gastos relativos a Cartas Fianzas

304. En este punto, este Tribunal Arbitral analizará las pruebas del Anexo al Escrito N° 24 que van desde la página 7 a la 18. Respecto al cálculo realizado por el CONSORCIO, nuevamente es incorrecto asumir el daño real como un promedio de 270 días o de 9 meses, porque en realidad las 3 Cartas Fianzas otorgadas ascienden a 271 días de protección del 14 de diciembre del 2013 hasta el 10 de setiembre del 2014.
305. Así, el monto efectivo del daño causado al CONSORCIO es un irreal cálculo que se basa en un promedio que no refleja el daño efectivamente sufrido, por lo que, deben sumarse los tres importes pagados por dichas cartas fianzas y dividirse dicho monto por 271 para tener el costo efectivo de un día de protección por la carta fianza.
306. Este cálculo se efectúa a continuación: S/. 3,335.54 + S/. 3,335.54 + S/. 3,335.54 = S/. 10006.62 / 271 días = S/. 36.92... aprox.
307. A este número debe multiplicarse el número de días en que efectivamente ocurrió la demora en la entrega de la obra, es decir 43 días. El cálculo es el siguiente: S/. 36.92.... * 43 días = S/. 1,587.77 (Mil quinientos ochenta y siete con 77/100 Soles) es el daño real causado por la renovación de cartas fianzas por la demora en la entrega de la obra en esos 43 días.
308. El daño por gastos en cartas fianzas debe fijarse en S/. 1,587.77 (Mil quinientos ochenta y siete con 77/100 Soles).

Sobre los gastos relativos a Gastos Varios y administrativos

309. Sobre estos pagos y facturas presentadas por los conceptos de Vigilancia, Limpieza y Pagos de Telefonía, se tiene en cuenta que al tener el CONSORCIO el objeto único de realizar la obra del Estadio, no es necesario establecer un nexo causal entre el desembolso realizado con el objeto del propio CONSORCIO, porque es evidente que todos coadyuvan a la correcta realización de la obra durante dicho período.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

310. En el presente caso, el CONSORCIO sólo ha presentado boletas por el período de marzo relativas a la vigilancia y limpieza, con lo cual no va a ser reconocido por este Tribunal Arbitral cualquier gasto relativo a la vigilancia por el último día del mes de febrero y por los primeros días de abril en que ocurrió la causal.
311. Respecto de los pagos realizados respecto de la telefonía móvil, este Tribunal Arbitral debe tener en cuenta, que al igual que ha sido realizado el cálculo de los daños relativos a los sueldos y a las Cartas Fianzas, igualmente debe sacarse el promedio del daño efectivamente causado durante esos días, con lo cual no se debe reconocer el total de lo pagado por telefonía durante febrero y abril como lo pretenden los cálculos realizados por el CONSORCIO.
312. A continuación se realizan los cálculos de febrero teniendo en cuenta lo siguiente: 1) Que respecto de Santiago Pereda y Francisco Rodríguez no consta ninguna prueba en el expediente y ni tampoco en el escrito N° 24 presentado por el CONSORCIO en el cual conste que efectivamente se encontraban laborando para el CONSORCIO, más bien en la estructura de gastos de sueldos del CONSORCIO de la prueba presentada no hay ningún contrato celebrado con el señor Santiago Pereda ni con el señor Francisco Rodríguez. 2) Que se considera el teléfono del almacén como un teléfono aparte manejado por el personal del CONSORCIO para comunicarse con el almacén, con lo cual si se considera el mismo dentro del cálculo. 3) Que el Tribunal afirma que los gastos de telefonía realizados por Rudy Méndez y Francisco Rodríguez si serán reconocidos por este Tribunal Arbitral como gastos válidos.
313. Con lo cual, se realizará el prorrateo respecto del mes de febrero 2014 y que lo que debe asumir la MUNICIPALIDAD es sólo el valor del día 28 de febrero. Los cálculos son los siguientes: S/. 81.86 + S/. 88.19 = S/. 170.05 / 28 días = S/. 6.07 de gasto diario por el 28 de febrero del 2014.
314. Respecto del mes de marzo se tiene como ciertos todos los daños presentados de telefonía móvil excepto los relativos al Sr. Santiago Pereda y al Sr. Francisco Rodríguez. Con lo cual el cálculo es el siguiente: S/. 83.01 es lo relativo al gasto de telefonía de almacén como gasto de telefonía de todo el mes de marzo.
315. Respecto del mes de abril se tiene como ciertos todos los daños presentados de telefonía móvil, excepto nuevamente los relativos al Sr. Santiago Pereda y al Sr. Francisco Rodríguez. Con lo cual el cálculo es el siguiente: S/. 82.62 + S/. 80.33 = S/. 162.95 / 30 días = S/. 5.43... aproximadamente que multiplicado por 11 días de abril da: S/. 59.75 de gastos de telefonía por el mes de abril que deben ser asumidos por la MUNICIPALIDAD.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

316. Sumando todos los conceptos de gastos varios y administrativos del CONSORCIO tenemos que: S/. 626.66 + S/. 3,585.87 + S/. 522 + S/. 6.07 + S/. 83.01 + S/. 59.75 = S/. 4,883. 36 (Cuatro mil ochocientos ochenta y tres con 36/100 Soles) de mayores gastos generales debidamente acreditados por el CONSORCIO en el concepto de gastos varios y administrativos del CONSORCIO.

Sobre los gastos relativos a Estructura TR Construya – Oficina en Lima; Gastos Administrativos – Oficina en Lima y Gastos Administrativos – 50% Consorcio Estadio y 50% Consorcio Polideportivo

317. Sobre estos pagos y facturas presentadas por los conceptos antes mencionados, se tiene en cuenta que al tener el CONSORCIO el objeto único de realizar la obra del Estadio, no es necesario establecer un nexo causal entre el desembolso realizado con el objeto del propio CONSORCIO, porque es evidente que todos coadyuvan a la correcta realización de la obra durante dicho período.

318. Sin embargo, lo mismo no es aplicable respecto de TR Construya S.L.U. Sucursal en el Perú y ni tampoco de los gastos comunes hechos por el Consorcio Estadio y por el Consorcio Polideportivo, porque no se puede verificar fehacientemente que dichos gastos hayan sido realizados exclusivamente para la realización de la Obra. Todos los pagos de planilla, facturas y pagos realizados por la empresa TR Construya no puede aplicar este Tribunal Arbitral un prorrato de que el 25% debe ser asumido por el CONSORCIO y que por lo tanto la MUNICIPALIDAD debe asumir dicho monto como el daño causado, porque no se tiene prueba de lo siguiente: (i) que efectivamente TR Construya S.L.U. Sucursal en el Perú en dicho momento sólo tuviera 4 contratos de construcción en los cuales dividir su carga laboral entre los trabajadores. (ii) Que todos los trabajadores mencionados efectivamente hayan dado un 25% de sus horas de trabajo en la realización exclusiva de la Obra del CONSORCIO. (iii) Tampoco se puede saber de la prueba presentada que los gastos de vigilancia, limpieza, telefonía entre otros y de que esas llamadas hechas efectivamente el 25% se hayan realizado con el fin de conseguir el objeto descrito en el Contrato y que debía ejecutar el CONSORCIO.

319. Con lo cual, no se puede establecer que en realidad exista un daño por el trabajo realizado por estos trabajadores que son pagados por TR Construya S.L.U. y ni tampoco el nexo causal entre los daños solicitados y el objeto de la obra realizado por el CONSORCIO, porque dichos gastos pueden haberse realizado con otros objetos y no se pueden vincular únicamente al objeto del Contrato.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

320. Por lo que, este Tribunal Arbitral no reconoce ningún daño por los conceptos de Estructura de TR Construya, por Gastos Administrativos de la Oficina Lima de TR Construya, y ni tampoco por los Gastos Administrativos compartidos por ambos CONSORCIOS y que se encuentran dichos gastos a nombre de TR Construya según las pruebas presentadas en el Escrito N° 24.

Monto total de Gastos Generales del Consorcio Estadio Huanchaco que se encuentran acreditados

321. En resumen, el gasto total por Gastos Generales que debe considerarse en favor del CONSORCIO asciende a lo siguiente: S/. 28,675.24 (Veintiocho mil seiscientos setenta y cinco con 24/100 Soles) por gastos de sueldos de la Estructura del CONSORCIO + S/. 4,883. 36 (Cuatro mil ochocientos ochenta y tres con 36/100 Soles) por gastos Varios y Administrativos + El daño por gastos en cartas fianzas de S/. 1,587.77 (Mil quinientos ochenta y siete con 77/100 Soles) es igual a = S/. 35,146.37 (Treinta y cinco mil ciento cuarenta y seis con 37/100 Soles) que sumándole el IGV asciende a S/. 41,472.72 (Cuarenta y un mil cuatrocientos setenta y dos con 72/100 Soles).

XXIV. NULIDAD, INVALIDEZ Y/O INEFICACIA DE LA RESOLUCIÓN DE ALCALDÍA N° 1898-2013-MDH

322. El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en este numeral resolverá el siguiente Punto Controvertido:

De la Pretensión Acumulada:

Octava Pretensión Principal:²³

Que, el Tribunal Arbitral declare la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la Resolución de Alcaldía N° 1898-2013-MDH, por la cual la Municipalidad Distrital de Huanchaco declaró la nulidad de la Adenda N° 1 del Contrato para la Ejecución de la Obra: "Mejoramiento del Servicio Deportivo en el Estadio del C.P. El Boquerón, Distrito de Huanchaco-Trujillo-La Libertad.

Posición del CONSORCIO.-

323. Mediante solicitud presentada el 10 de marzo de 2014, el CONSORCIO inició el presente arbitraje a fin de que el Tribunal Arbitral se pronuncie, en torno al cumplimiento de la Adenda N° 01 del Contrato.

²³ Con la Resolución N° 37 de fecha 31 de agosto de 2017 el Tribunal Arbitral se pronunció de la siguiente manera: "3En el escrito N° 12 presentado por el CONSORCIO de fecha 31 de mayo de 2017 sumillado "Acumulamos pretensión" el CONSORCIO acumuló lo que denominó "Novena Pretensión Principal", siendo que esta debe ser la Octava Pretensión Principal, ya que el CONSORCIO en su demanda de fecha 09 de marzo de 2016 presentó la Primera, Segunda, Tercera, Cuarta, Quinta, Sexta y Séptima Pretensión Principal, por lo que este Tribunal Arbitral entiende que la numeración que corresponde a la Pretensión Acumulada es la "Octava".

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

324. Sin embargo, habiéndose iniciado el proceso arbitral, LA MUNICIPALIDAD señaló como argumento de su reconvención que no cumpliría con la obligación contenida en la Adenda N° 01 debido a que esta fue declarada nula de oficio mediante la Resolución de Alcaldía N° 1898-2013-MDH.
325. Es así que, LA MUNICIPALIDAD manifiesta en el proceso arbitral la existencia de esta resolución y mediante el que el CONSORCIO toma conocimiento del mismo.
326. Al respecto, el CONSORCIO solicita que se declare nula, ineficaz y/o inválida la resolución en virtud de lo dispuesto en el artículo 10° inciso 1 de la Ley N° 27444 atendiendo que el mismo vulnera el derecho al debido proceso, lo cual involucra la vulneración al derecho de defensa y debida motivación fundamentalmente.

Sobre la Notificación de la Resolución de Alcaldía

327. Mediante el escrito de fundamentación de las pretensiones acumuladas, LA MUNICIPALIDAD señaló lo siguiente: Que, la notificación al contratista de la referida Resolución se efectuó de fecha 04 de enero de 2014, según consta del cargo de notificación bajo puerta que se adjuntó a este escrito de conformidad con lo prescrito en el Artículo 10° inciso 1 de la Ley N° 27444. El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días periódicos y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días.
328. Según lo informado por LA MUNICIPALIDAD, la Resolución de Alcaldía mediante la que declaraba la nulidad de oficio de la Adenda N° 01 fue notificada bajo puerta el 4 de enero de 2014.
329. Al respecto, siendo que mediante la Resolución de Alcaldía LA MUNICIPALIDAD resolvió declarar la nulidad de oficio de la Adenda N° 01, esta resolución debió ser notificada conforme a lo dispuesto en el artículo 144° del Reglamento, el cual señala lo siguiente:

“Artículo 144.- Nulidad del Contrato”

Son causales de declaración de nulidad de oficio del contrato las previstas por el artículo 56° de la Ley, para lo cual la Entidad cursará carta notarial al contratista adjuntando copia fedeateada del documento que declara la nulidad del contrato. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes el contratista que no esté de acuerdo con esta decisión, podrá someter la controversia a conciliación y/o arbitraje.”

330. En efecto, para que se tenga por válida la notificación de la Resolución de Alcaldía, esta debió cumplir con los requisitos señalados en el artículo 144°

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

del Reglamento. Es decir, la resolución de alcaldía debía ser notificada por conducto notarial y adjuntando una copia fedeateada de la misma.

331. Sin embargo, de la documentación adjuntada por LA MUNICIPALIDAD al proceso, se advierte que no solo no se cumplió con notificar al CONSORCIO por vía notarial y con copia fedeateada, sino que también se puede advertir que no se adjunta cargo alguno de la referida resolución de alcaldía.

332. Asimismo, es importante señalar que independientemente de la obligación de la forma en que se debió notificar la resolución, esta debió ser mínimamente notificada para que pueda tener efectos para terceros, conforme lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo General, que sobre el particular señala lo siguiente:

"Artículo 16º

16.1 El acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos, conforme a lo dispuesto en el presente capítulo".

333. La notificación de la declaración de nulidad de oficio del Contrato tiene especial relevancia, porque implica el respeto al derecho del debido proceso que debe ser observado por la Administración Pública al dictar una medida que afectará drásticamente el derecho de un particular. Y es que declarar la nulidad de oficio de un contrato implica el ejercicio de una facultad otorgada al estado únicamente ante supuestos excepcionales, especificados bajo supuestos objetivos y no sometidos a apreciaciones arbitrarias o subjetivas, por lo que, el ejercicio de esta facultad debe darse en absoluto respeto de los derechos de las partes involucradas.

334. Tal es la trascendencia de la notificación de las resoluciones, que el Tribunal Constitucional al respecto ha señalado que "*(...) los actos administrativos deben tener como requisito de validez la notificación con la finalidad que el administrado tenga la posibilidad de conocer el contenido de los actos administrativos, más aún en el caso que se apliquen sanciones o que se limiten los derechos del ciudadano".*

335. Ello además les conlleva a señalar que la notificación se encuentra vinculada al derecho de defensa, el cual también "*...consiste en la facultad de toda persona de contar con el tiempo y los medios necesarios para ejercerlo en todo tipo de procesos incluidos los administrativos, lo cual implica, entre otras cosas, que sea informado con anticipación de las actuaciones iniciadas en su contra".*

336. Del mismo modo, sobre los medios a través de los cuales deben ser notificadas las resoluciones administrativas, resalta la idoneidad de los

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

mismos: "Las resoluciones emitidas por la Administración Pública deben ser notificadas a través de medios idóneos (v.gr. correo, telégrafo, entre otros) que permitan tener constancia de su práctica y de las circunstancias en las que ha realizado, conforme lo establecen las normas procesales".

337. Sobre el caso en particular, al no haber sido notificado con la Resolución de Alcaldía, el CONSORCIO no tuvo conocimiento de la emisión del mismo y por tanto, no tuvo la oportunidad de manifestarse sobre esta decisión o someterla al método de resolución de controversia pactado. Ello se evidencia más aun, en el hecho que a través del presente proceso y en vía de reconvención la Entidad viene solicitando que el Tribunal Arbitral declare consentida la Resolución de Alcaldía N° 1898-2013-MDH.
338. Siendo que la Resolución de Alcaldía N° 1898-2013-MDH emitida por LA MUNICIPALIDAD contraviene lo dispuesto en la Ley, el Reglamento y la Ley N° 27444, se solicita al Tribunal Arbitral declarar su nulidad, invalidez e ineficacia.

Sobre la Nulidad de Oficio Declarada en la Resolución de Alcaldía

339. En la Resolución de Alcaldía en la que LA MUNICIPALIDAD declaró la nulidad de la Adenda N° 01, se señala como fundamento de la decisión lo siguiente:

"En efecto, se tiene que la adenda suscrita entre la anterior gestión en representación de la Municipalidad Distrital de Huanchaco y el contratista, contiene un acto jurídico que ha trasgredido la normativa, de las contrataciones del estado, en consecuencia, corresponde que se declare la nulidad de la Adenda N°1, y se modifique el monto establecido en la Resolución de Alcaldía N° 862-2013-MDH consignándose el monto original de conformidad con las bases integradas, monto adjudicado y contratado."

340. Como se puede advertir de la Resolución, LA MUNICIPALIDAD declaró la nulidad de oficio de la Adenda N° 01 alegando que esta contenía un acto jurídico que trasgredía la normativa de contrataciones del Estado.
341. Sin embargo, de una lectura detenida de la Resolución se advierte que no existe fundamento fáctico ni legal alguno que motive la decisión adoptada por LA MUNICIPALIDAD más aún si verificamos el documento que se ha tenido a vista para tomar dicha decisión.
342. Al respecto, es importante señalar que la Resolución de Alcaldía N° 1898-2013-MDH no fue notificada al CONSORCIO por lo que no tuvo conocimiento oportuno de los fundamentos que motivaron la decisión de La Entidad siendo

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

que ha tomado conocimiento de la existencia de la nulidad de oficio en el presente proceso.

343. Por tanto, el CONSORCIO no ha tenido conocimiento del contenido del Informe N° 958-2013-GDUR-MDH, Informe N° 081-2013-DRPS/MDH e Informe Legal N° 1339-2013-AL/MDH.
344. No obstante, sin perjuicio de lo señalado, el CONSORCIO se pronunció respecto de la Resolución presentada por LA MUNICIPALIDAD en el proceso.
345. Ahora bien en la parte considerativa de la Resolución de Alcaldía, se señala que corresponde la nulidad de oficio de la Adenda N° 01 por contener un acto jurídico que ha transgredido la normativa contrataciones sin señalar en base a que norma estaría declarando dicha nulidad.
346. Sobre este punto es importante recordar que la figura de la nulidad se encuentra regulada en el Código Civil (artículo 219°), Ley N° 27444 (artículo 202°) y Ley de Contrataciones del Estado (artículo 56°). Teniendo diversas acepciones cada una de ellas.
347. En definitiva, en la Resolución de Alcaldía no se puede advertir en base a cuál de estas normas LA MUNICIPALIDAD ha emitido su decisión.
348. De otro lado, sobre el motivo que habría generado la declaración de nulidad, LA MUNICIPALIDAD señala que esta se debería al hecho de existir una infracción a la norma de contrataciones del estado dado que el CONSORCIO no solicitó la aprobación de un adicional.
349. Sobre este punto en particular, el CONSORCIO ha manifestado en el escrito N° 12 que el procedimiento señalado por LA MUNICIPALIDAD (solicitud de adicional) no resultaba aplicable al supuesto presentado en el contrato materia de conocimiento, siendo ello incluso reconocido por la propia Municipalidad.
350. Ello evidencia una incoherencia en la decisión de LA MUNICIPALIDAD, ya que por un lado cuestiona la suscripción de la Adenda N° 01 porque no se habría tramitado por un adicional de obra, y por otro señala que así se hubiera planteado en su oportunidad el trámite de un adicional no resultaba aplicable al supuesto de hecho presentado.
351. Considerando lo señalado, la Resolución de Alcaldía, adolece de un defecto en su motivación, no solo porque omite señalar el fundamento legal de su decisión, sino también porque en el análisis de los hechos incurre en incoherencias que vulneran el derecho a la debida motivación de los actos de la administración pública.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

352. Sobre el derecho a la motivación de las decisiones es importante partir de lo señalado por el artículo 139° inciso 5 de la Constitución, el cual literalmente señala lo siguiente:

“Artículo 139°

(...)

La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”

353. En esa línea el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la motivación tiene "(...) referente constitucional directo. No obstante, se trata de un principio constitucional implícito de la organización del Estado Democrático de derecho, que se define en los artículos 3 o y 43° de la Constitución como un tipo de Estado contrario a la idea del poder absoluto o arbitrarlo. En el Estado constitucional democrático, el poder público está sometido al Derecho, lo que supone, entre otras cosas, que la actuación de la Administración deberá dar cuenta de esta sujeción a fin de despejar cualquier sospecha de arbitrariedad. Para lograr este objetivo, las decisiones de la Administración deben contener una adecuada motivación, tanto de los hechos como de la interpretación de las normas o el razonamiento realizado por el funcionario o colegiado, de ser el caso".

354. Es así que, el derecho a la motivación de las decisiones de la administración pública se hacen necesario para garantizar el debido proceso, el cual "(...) como principio constitucional, está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos incluido los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos (...)"

355. Siendo así, al vulnerar el derecho a la debida motivación de sus decisiones la administración pública también vulnera el derecho al debido proceso.

356. Atendiendo a los fundamentos señalados, el citado artículo 10° de la Ley de Procedimiento Administrativo General prevé como causal de la nulidad de los actos administrativos, la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

357. En tal sentido considerando que la resolución de alcaldía vulnera el derecho a al debido proceso (derecho a la defensa y a la debida STC 4298-2004-AA/TC, fundamento 2. motivación) y siendo que este derecho se encuentra amparado en la Constitución Política del Perú, se configura el supuesto de regulado en el artículo 10° de la Ley N° 27444, por lo que, se solicita al

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

Tribunal Arbitral declarar la nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 1898-2013-MDH.

Posición de LA MUNICIPALIDAD.-

Sobre La Ausencia De Motivación

358. El demandante argumenta que la resolución en controversia adolece de una debida argumentación, lo cual no es cierto, como se expresa a continuación.
359. La resolución en controversia hace una adecuada recopilación de los principales hechos suscitados durante el proceso de contratación y de ejecución de la obra, entre los que se destacan los siguientes:
360. Con fecha 22 de marzo de 2013, se suscribió con la demandante el Contrato de Elaboración del Expediente Técnico y Ejecución de la Obra: "Mejoramiento Del Servicio Deportivo en El Estadio Del C.P. El Boquerón, Distrito de Huanchaco - Trujillo - La Libertad", bajo el sistema de contratación de Suma Alzada y la modalidad de Concurso Oferta (Elaboración del Expediente Técnico y Ejecución de la Obra).
361. Que, la demandante procedió a entregar a la entidad el Expediente Técnico de la obra *sub litis*, toda vez que de conformidad con lo establecido en el contrato, el Consorcio se comprometía a la elaboración del expediente y la posterior ejecución de la obra en cuestión.
362. Que, de conformidad con el Contrato *sub litis* y las Bases Integradas del proceso de selección, el monto contractual que comprendía la elaboración del expediente técnico y ejecución de la obra difiere completamente con el expediente técnico alcanzado a la entidad por parte del contratista según se aprecia en las siguientes líneas:

Monto Ofertado, Adjudicado y Contratado:

Monto de la elaboración del expediente técnico	SI. 134, 330.00
Monto de Ejecución de la Obra	SI. 2 985, 118.00
TOTAL	SI. 3 354, 037.02

Monto de contenido en la Adenda:

Monto de la elaboración del expediente técnico	SI. 134, 330.00
Monto de Ejecución de la Obra	SI. 3 354, 037.02
TOTAL	SI. 3 488, 367.02

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

363. En ese sentido, la diferencia entre el monto estipulado en el contrato y el monto que el contratista ha colocado en el Expediente Técnico presentan una diferencia de S/. 368,919.02 (Trescientos sesenta y ocho mil novecientos diecinueve con 02/100 Soles).
364. Ante ello se suscribe la Adenda N° 1, suscrita a los 12 días del mes de junio de 2013, por la cual, en contravención de la ley, conforme se precisará en líneas posteriores, se modificó el monto de ejecución contractual a la suma de S/. 3'488, 367.02
365. Que, ante tales hechos, la Entidad a efectos de resguardar los intereses del Estado, emite la Resolución de Alcaldía N° 1898-2013-MDH mediante la cual se declara la Nulidad de la Adenda N° 1 del Contrato Sub Litis y modifica el monto establecido en la Resolución de Alcaldía N° 862-2013-MDH adecuándolo al monto adjudicado ofertado en las Bases de conformidad con la Cláusula Tercera del Contrato Sub Litis.

¿Por qué es nula la adenda?

366. La naturaleza jurídica de la Adenda N° 1 responde a la de un Acto Administrativo, toda vez que es una manifestación de la voluntad emitida a través de una entidad del estado en uso de las atribuciones que la Administración le confiere, además de repercutir en intereses colectivos y fondos estatales.
367. Es propicio entonces manifestar que de conformidad con la Ley 27444, un Acto Administrativo es nulo si incurre en alguno de los siguientes supuestos:

Artículo 10° Causales de nulidad

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

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

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

368. En efecto, las causales objetivas de la Declaración de Nulidad de la Adenda N° 1 obedecen al inciso 1 del artículo 10 de la Ley 27444, por lo que a continuación se expondrán de forma detallada las normas contravenidas con dicho acto administrativo, solicitando de esta forma que vuestro Tribunal declare consentida la decisión administrativa contenida en la Resolución de Alcaldía N° 1898-2013-MDH y en consecuencia declare que el monto contractual se sujeté a lo establecido en el Contrato de la Obra *sub litis*.

PRIMERA INFRACCION NORMATIVA: Contravención al Artículo 41 del Decreto Legislativo 1071 - Ley de Contrataciones del Estado y el Artículo 174 del Reglamento de dicho Cuerpo Normativo

369. En primer lugar, debe señalarse que el artículo 412° de la Ley otorga a la Entidad la potestad de, excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria, ordenar la ejecución de prestaciones adicionales de obra hasta por el quince por ciento (15%) del monto del contrato original, siempre que estas prestaciones sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato.
370. Al respecto, es importante indicar que, el numeral 40 del Anexo Único del Reglamento, "Anexo de Definiciones", define a la prestación adicional de obra como; *"Aquella no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato original, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional"*.
371. En esa medida, una Entidad puede ordenar al contratista la ejecución de prestaciones adicionales de obra, hasta por el quince por ciento (15%) del monto del contrato original, cuando estas no se encuentren previstas en el expediente técnico ni en el contrato original y siempre que su ejecución sea "indispensable y/o necesaria" para alcanzar la finalidad de este contrato; asimismo, puede reducir las prestaciones hasta por el veinticinco por ciento (25%) del referido monto.
372. Sin perjuicio de ello, es importante señalar que el numeral 2) del artículo 41 del Reglamento define al concurso oferta como una *"modalidad de ejecución contractual en la cual el postor debe ofertar la elaboración del Expediente Técnico, ejecución de la obra y, de ser el caso el terreno. Esta modalidad sólo podrá aplicarse en la ejecución de obras que se convoquen bajo el sistema a suma alzada y siempre que el valor referencial corresponda a una Licitación Pública. (...)"*
373. Como puede apreciarse, si bien la modalidad de concurso oferta tiene como finalidad última la ejecución de una obra, para alcanzarla es necesario ejecutar varias prestaciones de naturaleza distinta: (i) una consultoría de obra, al elaborar el expediente técnico de obra, (ii) la ejecución de la obra en sí y,

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

de ser el caso, (iii) el terreno. Cabe precisar que estas prestaciones son independientes y de ejecución sucesiva.

374. En esa medida, cuando una Entidad determine la conveniencia de ejecutar una obra bajo la modalidad de concurso oferta, en tanto la información del expediente técnico no está disponible al momento de la presentación de propuestas - dado que su elaboración constituye una prestación del contratista al momento de ejecutar el contrato - la propuesta del postor (tanto la técnica como la económica) debe formularse en función al alcance y costo de la totalidad de las prestaciones establecidas en las Bases, y demás condiciones aplicables de conformidad con la normativa que regula el objeto de la convocatoria.
375. Adicionalmente, es necesario señalar que el primer párrafo del numeral 1) del artículo 40 del Reglamento establece que en el caso de obras convocadas bajo el sistema de contratación a suma alzada “*(...) El postor formulará su propuesta por un Monto Fijo Integral y por un determinado plazo de ejecución.*”
376. En ese sentido, la Opinión N° 008-2012/DTN, establece: “*Así, al presentar sus propuestas, el postor se obliga a ejecutar el íntegro de los trabajos necesarios para la ejecución de las prestaciones requeridas por la Entidad, en el plazo y por el monto ofertados en sus propuestas técnica y económica, respectivamente, las que son parte del contrato; a su vez, la Entidad se obliga a pagar al contratista el monto o precio ofertado en su propuesta económica. De ello se desprende, como regla general, la invariabilidad del precio pactado en las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada.*”
377. De esta manera, en las obras ejecutadas bajo la modalidad de concurso oferta, en tanto se ejecutan bajo el sistema a suma alzada -y ello implica, en principio, la invariabilidad del precio pactado-, la propuesta del postor debe formularse considerando el alcance y costo de ejecución de la totalidad de las prestaciones involucradas (la elaboración del expediente técnico, la ejecución de la obra en sí y, de ser el caso, el terreno), según las características y condiciones generales establecidas en las Bases y aquellas que resulten aplicables en función a la normativa que regule el objeto de la convocatoria.
378. Sin embargo, de conformidad con lo indicado en el artículo 41 de la Ley, una Entidad puede modificar un contrato -y con ello su precio-, entre otros supuestos, al ordenar al contratista la ejecución de prestaciones adicionales, siempre que estas resulten necesarias para alcanzar la finalidad del contrato.
379. Sobre el particular, debe precisarse que, en las obras contratadas bajo el sistema de suma alzada, la entidad solo puede aprobar la ejecución de prestaciones adicionales si los planos o especificaciones técnicas fueron

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

modificados durante la ejecución contractual, justamente, con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato.

380. En virtud a lo expuesto, en las obras que se ejecutan bajo el sistema a suma alzada pueden aprobarse prestaciones adicionales cuando la Entidad requiera modificar los planos y especificaciones técnicas originales con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato.
381. Ahora bien, debe considerarse que, en el caso de obras bajo la modalidad de concurso oferta - si bien se ejecutan bajo el sistema a suma alzada - la potestad de aprobar prestaciones adicionales se reduce a aquellas situaciones en las que, para alcanzar la finalidad del contrato, la Entidad requiere modificar, por causas no atribuibles a las partes, las características técnicas y/o condiciones originales de ejecución del contrato establecidas en las bases y/o aquellas que resulten aplicables en función a la normativa que regula el objeto de la convocatoria, pues los planos y especificaciones técnicas definitivas no forman parte de los documentos del proceso de selección, en tanto su elaboración constituye parte de las prestaciones del contratista al elaborar el expediente técnico.
382. Asimismo, debe precisarse que, aun cuando el segundo párrafo del numeral 41.2 del artículo 41 de la Ley permite a las Entidades aprobar prestaciones adicionales de obra por deficiencias o errores del expediente técnico, dicha prerrogativa no resulta aplicable a las obras convocadas bajo la modalidad de concurso oferta, dado que en ellas el contratista es proyectista y ejecutor de obra a la vez, por lo que asume entera responsabilidad por su diseño, debiendo asumir económicamente los errores que en él se adviertan, salvo que se encuentre en el supuesto descrito en el numeral precedente, que no es el caso.
383. En consecuencia, en un contrato ejecutado bajo la modalidad de concurso oferta, si bien debe ejecutarse bajo el sistema a suma alzada, la potestad de aprobar prestaciones adicionales se reduce a aquellas situaciones en las que, para alcanzar la finalidad del contrato, la Entidad requiere modificar, por causas no atribuibles a las partes, las características técnicas y/o las condiciones originales de ejecución del contrato, situación que puede tener su origen en la emisión de normas de obligatorio cumplimiento.
384. En ese sentido, es necesaria para la aprobación de un adicional en contratos a suma alzada es imprescindible como requisito *sine qua non* que se haya variado los planos y/o especificaciones técnicas de modo tal; hecho que no se presenta en esta causa toda vez que mediante Informe N° 11-2013/MDH/GDUR/JTBB-IO, emitido por el Inspector de Obra, Ing. Julio Bonilla Bonilla, el mismo que señala que no se han realizado variaciones ni

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

modificaciones sustanciales durante el desarrollo de la obra que permitan cambios que conlleven a un adicional de obra.

385. Por lo antes manifestado, queda fehacientemente acreditado que no ha existido variación alguna en los planos de la obra *sub litis*, por lo que no existe la posibilidad de la aprobación de un adicional de obra, tal como pretendería la demandante en la presentación de su Expediente Técnico el cual no se sujeta al monto establecido en la Cláusula Tercera del Contrato *Sub Litis*.

SEGUNDA INFRACCIÓN NORMATIVA: Contravención a los Artículos 207 y 208 del Reglamento del Decreto Legislativo 1071

386. De conformidad con lo prescrito en los artículos 207° y 208° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado (Reglamento) y en concordancia con el primer y segundo párrafos de la Única Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley, como parte de las formalidades o requisitos para aprobar la ejecución de una prestación adicional de obra, además de la certificación de crédito presupuestario y encontrarse dentro de los límites establecidos, es necesario que el titular de la Entidad o el Directorio -en el caso de empresas-, haya emitido una resolución o acuerdo, según corresponda, autorizando dicha ejecución y, de ser necesario, que la Contraloría General de la República haya emitido la autorización correspondiente.
387. Ahora bien, el primer párrafo del artículo 207° del Reglamento precisa que *“solo 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, restándoles los presupuestos deductivos vinculados, sean iguales o no superen el quince por ciento (15%) de! monto del contrato original,”*
388. De la disposición citada, se advierte que la ejecución de prestaciones adicionales implica, necesariamente, la ejecución de presupuestos adicionales que se encuentran fuera del alcance original del contrato, e involucran la erogación de mayores recursos públicos, motivo por el cual resulta indispensable que para su ejecución se cuente previamente con la autorización del Titular de la Entidad, único funcionario competente para brindar tal autorización, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 5 de la Ley.
389. Adicionalmente, el quinto párrafo del artículo 207° del Reglamento establece el procedimiento para la aprobación de prestaciones adicionales de obra, conforme a lo siguiente: *“La necesidad de tramitarla autorización de la ejecución de prestaciones adicionales de obra debe ser anotada en el cuaderno de obra, ya sea por el inspector o supervisor o por el contratista. El*

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

inspector o supervisor debe comunicar a la Entidad sobre la necesidad de elaborar el expediente técnico de la prestación adicional de obra".

390. Por su parte, el octavo párrafo del referido artículo dispone que "*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*".
391. Como se aprecia, la normativa de Contrataciones del Estado ha previsto la competencia, procedimiento y plazos para tramitar y aprobar la ejecución de prestaciones adicionales de obra. Sobre el particular, es importante precisar que la potestad de aprobar prestaciones adicionales le ha sido conferida a la Entidad en reconocimiento de su calidad de garante del interés público en los contratos que celebra a efectos de abastecerse de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
392. En ese sentido, siendo facultad de la Entidad aprobar prestaciones adicionales y reducciones de obra, tal potestad se encuentra circunscrita al procedimiento previsto en la normativa de contrataciones del Estado, el mismo que no contempla la posibilidad de que sea aprobado por silencio administrativo.
393. Por lo antes mencionado, es un requisito para la procedencia de aprobación de un adicional que se cuente con disponibilidad presupuestaria, siendo la formalidad exigida por ley que exista de forma fehaciente e indubitable una Resolución o Acuerdo de la entidad de disponer los recursos necesarios para poder cubrir y solventar el adicional de obra, toda vez que se debe procurar el mejor aprovechamiento de los recursos del estado.
394. Por ello, se acredita la inexistencia de recursos para la aprobación del adicional de obra de acuerdo a la Adenda N° 1, toda vez que la Gerencia de Planificación, Presupuesto y Sistemas mediante Informe N° 081 - 2013-GPPS/MDH señala que no existe en la entidad disponibilidad presupuestal para asumir la suma de SI. 368,919.02 que corresponderían al supuesto adicional que se infiere a partir de la diferencia entre el monto contractual y el monto del expediente técnico elaborado por el contratista, en consecuencia, no existió nunca presupuesto para asumir dicho adicional de obra, motivo por el cual se transgrede la ley y por tanto dicha decisión administrativa carece de todo efecto legal.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

TERCERA INFRACCIÓN NORMATIVA: Contravención al artículo 174 del Reglamento del Decreto Legislativo 1071 - Ley de Contrataciones del Estado

395. De acuerdo con lo establecido en el artículo 141° del Reglamento, previamente a la suscripción del contrato, el postor ganador de la Buena Pro debe presentar a la Entidad, además de los documentos exigidos en las Bases, las garantías exigidas por la Ley, salvo casos de excepción.
396. Las garantías, a las cuales hace referencia el citado artículo son las establecidas en el artículo 39° de la Ley, siendo estas: (i) la garantía de fiel cumplimiento del contrato, por la suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original (de acuerdo con lo indicado en el artículo 158 del Reglamento); (ii) la garantía por los adelantos, por un monto idéntico al del adelantado otorgado; y (ii) la garantía por el monto diferencial de la propuesta. Tales garantías deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país al solo requerimiento de la respectiva Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten, las mismas que deberán estar dentro del ámbito de supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros o estar consideradas en la última lista de Bancos Extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva.
397. Ahora bien, en el tercer párrafo del artículo 174° del Reglamento, prescribe que en el caso de adicionales o reducciones, el contratista aumentará o reducirá proporcionalmente las garantías que hubiere otorgado, correspondientemente.
398. En ese sentido, el monto del contrato suscrito con el contratista asciende a la suma de S/. 3'119,488.00 de conformidad con la Cláusula Tercera del Contrato materia de *litis*, por lo que, al sujetarse a la normatividad aplicable a las contrataciones con el estado, este debida otorgar una Garantía de Fiel Cumplimiento equivalente al 10% del monto contractual, tal como lo dispone la Cláusula Séptima del Contrato antes referido.
399. En ese sentido, el contratista a la suscripción del contrato *sub litis*, emite la Carta Fianza N° 7101310100349-000 a través de la empresa MAPFRE PERU Cía. de Seguros y Reaseguros, por la suma de S/. 311,944.00, equivalente al 10% del monto contractual establecido en la Cláusula Tercera de dicho contrato.
400. Sin embargo, el monto de ejecución contractual de acuerdo al expediente técnico del contratista asciende a la suma de S/. 3'488,367.02, lo que, de haber sido válido, incrementaría el monto de ejecución del contrato, por lo que, el contratista en base a los propios hechos que este realizó en su oportunidad debió haber incrementado proporcionalmente la Garantía de Fiel

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

Cumplimiento de la Obra Sub Litis, hecho que nunca ha ocurrido, por lo que se contraviene lo prescrito en el artículo 174° del Reglamento.

401. Cabe destacar que este hecho no solo contraviene la normatividad antes mencionada, también pone de manifiesto el obrar de mala fe por parte del contratista y por ende pone en alto nivel de riesgo el resguardo de los legítimos intereses del estado, al no haberse realizado el incremento proporcional de la Garantía como lo dispone la ley.
402. Asimismo, fuera de transgredir los puntos antes mencionados, se acredita además la forma dolosa con la que el contratista ha querido sorprender a la administración pública, ya que si su intención hubiera sido la de aprobar un adicional de obra, lo hubiera hecho de forma formal; así como de haber incrementado el valor de la Garantía de Fiel Cumplimiento de forma proporcional como lo exige la ley, por lo que dicha Adenda N° 1 no resguarda los intereses del estado conforme a ley.

CUARTA INFRACCIÓN NORMATIVA: Transgresión a las Disposiciones de las Bases Integradas del Proceso de Selección

403. Como es de conocimiento, las Bases Integradas del proceso de selección contienen los lineamientos generales para la realización de la ejecución contractual, toda contravención a las mismas denota una violación al orden público y a la normatividad de las contrataciones con el estado.
404. Dentro del Capítulo correspondiente a la Presentación de Informes, Plazos de Entrega y Forma de Presentación del Expediente Técnico, se establece que el mismo estará constituido por la recopilación y compatibilización de todos los documentos y estudios básicos de ingeniería que sustentan el expediente técnico. El expediente técnico será presentado debidamente anillado o espiralado, completamente terminado y foliado, y en medio magnético, dentro del plazo establecido en las presentes bases de la licitación.
405. La elaboración y presentación del Expediente Técnico, de conformidad con las Bases Integradas tiene tres etapas que son las siguientes:
 - Pre-Informe de Avance (05 días)
 - Avance de Expediente Técnico (12 días)
 - Expediente Técnico (30 días)

406. La última etapa comprende la presentación final del proyecto o propuesta del Expediente Técnico y taxativamente en el Punto N° 3 de ese apartado regula que para su aprobación se requiere necesariamente de la participación del Gerente del Proyecto, que de acuerdo a las bases, es la persona natural y/o jurídica designada por el COBOL Perú, y refrendada por tanto por LA

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

MUNICIPALIDAD, para la Supervisión de los Procesos de Gestión de las Actuaciones de Mejoramiento de Infraestructuras Deportivas de los Juegos Bolivarianos 2013, quien deberá aprobar el mismo.

407. De la observación de la Resolución de Alcaldía N° 893-2013-MDH, no existe mención alguna sobre el visto bueno del Gerente del Proyecto para la aprobación del Expediente Técnico elaborado por el contratista, lo cual trasgrede las disposiciones de las Bases Integradas del Proceso de Selección.

QUINTA INFRACCIÓN NORMATIVA: inexistencia de Solicitud Formal de Adicional de Obra y consentimiento de la declaración de nulidad de la Adenda N° 1

408. Ante la suscripción de la Adenda N° 1, de fecha 12 del mes de junio de 2013, la entidad procedió a emitir de fecha 31 de diciembre de 2013 en resguardo de los intereses del estado la Resolución de Alcaldía N° 1898-2013-MDH mediante la cual se declara la Nulidad de la Adenda N° 1 del Contrato Sub Litis y modifica el monto establecido en la Resolución de Alcaldía N° 8-2013-MDH adecuándolo al monto adjudicado ofertado en las Bases de conformidad con la Cláusula Tercera del Contrato Sub Litis.
409. La notificación al contratista de la referida Resolución se efectuó el 04 de enero de 2014, según consta del cargo de notificación bajo puerta que se adjunta a este escrito, motivo por el cual de conformidad con lo prescrito en el Artículo 207 de la Ley 27444. El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días.
410. En consecuencia, de fecha 25 de enero de 2014, habría transcurrido la facultad que confiere la ley al contratista para poder presentar cualquier tipo de recurso administrativo, entendiendo que este plazo es de caducidad absoluta.
411. De igual forma, los Actos Administrativos pueden ser declarados nulos de oficio, entendiendo que el plazo para tales efectos es de un año contabilizado a partir que los mismos han sido declarados consentidos de facto de conformidad con lo regulado en el artículo 202° de la Ley 27444, por lo que el plazo para que la Entidad haya cambiado de decisión respecto a la Nulidad de la Adenda N° 1 venció *ipso facto* el 26 de enero de 2015; por lo que a la fecha la declaración de la nulidad de la Adenda N° 1 no es objeto de posible de ningún cuestionamiento legal, ya que por imperio del tiempo, esta ha quedado firme.
412. Por otro lado, fuera de haber quedado firme la decisión administrativa antes mencionada, un argumento adicional que consolida la tesis de la nulidad de

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

la Adenda N° 1 es el hecho que nunca ha existido una solicitud formal de adicional de obra por parte del contratista, tal como se expondrá en las siguientes líneas.

413. Como se ha precisado anteriormente, existe una discrepancia entre el monto de ejecución contractual y el monto que el contratista ha consignado en el expediente Técnico, motivo por el cual en el Acto de Aprobación del expediente alcanzado por el contratista existe un superávit no previsto por la entidad para la ejecución de la obra *sub litis*.
414. El monto de diferencia entre el monto del contrato y el monto del expediente técnico asciende a la suma de S/. 368,919.02 (Trescientos sesenta y ocho mil novecientos diecinueve con 02/100 Soles), por lo que es compromiso de la Entidad y del contratista poder sujetar esta discrepancia al mecanismo legal idóneo que establezca la ley para poder adoptar o desestimar la diferencia en cuestión.
415. En ese sentido, como es de conocimiento, el Principio de Legalidad, es un ente rector dentro de las actuaciones en la Administración Pública, el mismo que para el caso de! derecho administrativo debe entenderse de modo restringido; es decir la administración pública solo está facultada a hacer lo que la ley le permite.
416. Es por ello que las actuaciones de la Administración Pública deben sujetarse a la normatividad vigente, tomando como parámetros o límites para su actuación las reglas de orden público o los mandatos imperativos de la ley.
417. Para el presente caso, el Alcalde de la Municipalidad Distrital de Huanchaco en su oportunidad optó por suscribir una Adenda al Contrato sub Litis, por la cual se varía el monto de ejecución de la obra, aceptando la propuesta hecha por el contratista en el Expediente Técnico.
418. Sin embargo, una adenda contractual no es medio idóneo jurídicamente para poder incrementar el monto de ejecución contractual, más aún si el legislador ha previsto un procedimiento específico para tales fines, es decir la solicitud de un adicional de obra de conformidad con el artículo 41° y siguientes del Decreto Legislativo 1071.
419. Es por ello que, a pesar de haber existido una manifestación de la voluntad de la Administración Pública, por el solo hecho de haber suscrito una Adenda Contractual, no significa que dicho acto se encuentre bajo el amparo y protección del ordenamiento jurídico; mucho más aún si dentro de la Ley de Procedimiento Administrativo General en su artículo 207°, ha previsto la posibilidad que la propia administración declare la nulidad de oficio de sus propios actos.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

420. A tenor del anterior razonamiento, se debe advertir que el hecho de declarar la Nulidad de la Adenda N° 1, es una facultad legítima de la administración pública, la misma que busca resguardar los intereses legítimos del estado, no presentándose el mismo panorama con la suscripción de la referida adenda toda vez que no es el medio legal idóneo, más si se ha previsto un mecanismo exclusivo para resolver situaciones como esta.

421. Es por ello que era responsabilidad del contratista poder solicitar un adicional de obra junto a la aprobación de su expediente técnico o con posterioridad a efectos de viabilizar la supuesta necesidad del incremento en el monto de ejecución de la obra según el contratista; el no haber hecho este paso indicaría un claro incumplimiento de la ley, lo cual debe ser sancionado con la nulidad del acto, hecho que se ha realizado mediante la decisión de declarar la nulidad de oficio de la adenda en cuestión.

Posición del Tribunal Arbitral.-

422. Respecto de este Punto Controvertido, este Tribunal Arbitral ya se pronunció sobre la procedencia de la nulidad de oficio de la Adenda N° 01 celebrada por las partes al resolver la procedencia del cumplimiento por parte de la MUNICIPALIDAD de la Adenda, según lo solicitado por el CONSORCIO.

423. Con lo cual, en el presente punto cabe analizar si efectivamente la Resolución de Alcaldía N° 1898-2013-MDH que declaró la nulidad de dicha Adenda y por lo tanto modificó el monto contractual, es válida o inválida.

424. Sin embargo, para este Tribunal Arbitral una declaración a favor o en contra de dicha Resolución de Alcaldía trae exactamente los mismos efectos, en virtud que este Tribunal Arbitral ya declaró la nulidad de oficio de la Adenda celebrada por no respetar el procedimiento para el otorgamiento de adicionales de obra.

425. A pesar de esto, los razonamientos por los cuales se declaró la nulidad de la Adenda por parte de la Resolución de Alcaldía no pueden ser validados por este Tribunal Arbitral, porque si bien las explicaciones en la contestación de demanda se extiende sobre las razones por las cuales la Adenda debe ser nula, esto no se refleja en la Resolución de Alcaldía antes mencionada.

426. Por lo que, este Tribunal Arbitral debe declarar FUNDADA la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la Resolución de Alcaldía N° 1898-2013-MDH, por la cual LA MUNICIPALIDAD declaró la nulidad de la Adenda N° 1 del Contrato para la Ejecución de la Obra: "Mejoramiento del Servicio Deportivo en el Estadio del C.P. El Boquerón, Distrito de Huanchaco-Trujillo-La Libertad". Sin embargo, se deja presente que el colegiado ya se pronunció al haber declarado la

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

nulidad de oficio de la Adenda por contravenir el artículo 56º inciso e) de la Ley.

XXV. COSTAS Y COSTOS

427. El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en este numeral resolverá el siguiente Punto Controvertido:

Séptima Pretensión Principal:

Que, el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD el reembolso de todos los gastos, costos y costas incurridos en el presente arbitraje, incluido los honorarios profesionales contratados para la defensa en este proceso, así como los gastos administrativos del Centro de Arbitraje y demás efectuados para su atención.

Posición del CONSORCIO.-

428. El CONSORCIO en la página 27 de su demanda indica lo siguiente:

“3.80 Por los fundamentos expuestos en las pretensiones anteriores, solicitamos al Tribunal Arbitral declare FUNDADA la Undécima Pretensión Principal; y, en consecuencia, ordene a LA MUNICIPALIDAD el pago de las costas y costos que se deriven del presente arbitraje, en base al artículo 73º de la Ley de Arbitraje, aprobada por Decreto Legislativo N° 1071.” (El resaltado es nuestro).

429. Como se puede ver este es un error material que el Tribunal Arbitral entiende que lo que el CONSORCIO está solicitando es que se declare FUNDADA la Séptima Pretensión Principal, quedando su solicitud de la siguiente manera:

Por los fundamentos expuestos en las pretensiones anteriores, se solicita al Tribunal Arbitral declare FUNDADA la Séptima Pretensión Principal; y, en consecuencia, ordene a LA MUNICIPALIDAD el pago de las costas y costos que se deriven del presente arbitraje, en base al artículo 73º de la Ley de Arbitraje, aprobada por Decreto Legislativo N° 1071.

Posición de La Municipalidad Distrital de Huanchaco.-

430. Teniendo en cuenta que se ha desvirtuado cada pretensión de la actora, con elementos de prueba que aquella ha pretendido sustraer de la presente acción, se solicita se deje sin efecto la solicitud de pago de gastos, costas y costos del proceso.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

Posición del Tribunal Arbitral.-

431. De conformidad con lo establecido en el artículo 73° del Decreto Legislativo 1071, corresponde en este punto que el Tribunal Arbitral se pronuncie acerca de los gastos del presente arbitraje, a fin de determinar si alguna de las partes debe asumirlos en su totalidad, o si por el contrario, cada parte deberá asumir sus propios gastos y los que sean comunes en partes iguales.

432. El artículo 73° del Decreto Legislativo N° 1071 dispone lo siguiente:

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

433. El Convenio arbitral no ha previsto nada relacionado a los costos y costas del arbitraje, por lo que corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre si procede o no la condena para el pago de los costos del arbitraje y establezca cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas.

434. En este sentido, el Tribunal Arbitral ha apreciado durante el desarrollo del proceso que ambas partes, han actuado basadas en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultaban atendibles, y que por ello han litigado convencidas de sus posiciones ante la controversia.

435. Teniendo en cuenta este hecho, el Tribunal Arbitral es de la opinión que ambas partes tuvieron fundadas razones para litigar por lo que cada una de ellas debe asumir los costos y costas del arbitraje en los que ha incurrido.

436. Por consiguiente, no corresponde ordenar a ninguna de las partes el pago de los costos totales del proceso arbitral.

437. En consecuencia, se resuelve que cada parte cubra sus propios gastos por un lado, y por el otro, que los gastos comunes (honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos de la secretaría arbitral) sean asumidos por el CONSORCIO y la MUNICIPALIDAD en partes exactamente iguales.

PARTE RESOLUTIVA.-

438. El Tribunal Arbitral deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

de la prueba recogido en el artículo 37° de la Ley de Arbitraje y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.

439. Por las razones expuestas, sobre la base de los considerandos glosados en este Laudo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49° y 50° del Decreto Legislativo N° 1071, y estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, este Tribunal Arbitral, en DERECHO,

LAUDA:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la Primera Pretensión Principal de la demanda del CONSORCIO; y por consiguiente, **DECLARAR NULA DE OFICIO** la Adenda N° 01 al "Contrato para la Elaboración de Expediente Técnico y Ejecución de la Obra: Mejoramiento del Servicio Deportivo en el Estadio del C.P. el Boquerón, distrito de Huanchaco - Trujillo - La Libertad", que el CONSORCIO exige que la MUNICIPALIDAD cumpla, por lo que la MUNICIPALIDAD **NO DEBE CUMPLIR** con los alcances de dicha Adenda.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la Primera Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal de la demanda del CONSORCIO; y por consiguiente, **DECLARAR** que **NO CORRESPONDE ORDENAR** en este proceso que la MUNICIPALIDAD reconozca y pague el porcentaje descontado al CONSORCIO en las valorizaciones, **DEJANDO A SALVO EL DERECHO** del CONSORCIO de hacer valer su derecho en la vía correspondiente.

TERCERO: DECLARAR FUNDADA la Segunda Pretensión Principal de la demanda del CONSORCIO; y por consiguiente, **ORDENAR** a LA MUNICIPALIDAD que reconozca y pague los mayores gastos generales asociados a la Ampliación de Plazo N° 02, aprobada por LA MUNICIPALIDAD mediante la Resolución de Alcaldía N° 1739-2013-MDH de fecha 15 de noviembre de 2013.

TERCERO: DECLARAR FUNDADA la Tercera Pretensión Principal de la demanda del CONSORCIO; y por consiguiente, **ORDENAR** a LA MUNICIPALIDAD el reconocimiento de la Ampliación de Plazo N° 03 por quince (15) días calendario.

CUARTO: DECLARAR FUNDADA la Pretensión Accesoria a la Tercera Pretensión Principal de la demanda del CONSORCIO; y por consiguiente, **ORDENAR** a LA MUNICIPALIDAD que reconozca y pague los mayores gastos generales asociados a la Ampliación de Plazo N° 03, de acuerdo a lo señalado en el artículo 202° del Reglamento, más los intereses correspondientes.

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

QUINTO: DECLARAR FUNDADA la Cuarta Pretensión Principal de la demanda del CONSORCIO; y por consiguiente, **ORDENAR** a LA MUNICIPALIDAD que reconozca y pague los mayores gastos generales asociados a la Ampliación de Plazo N° 04, aprobada por LA MUNICIPALIDAD mediante la Resolución de Alcaldía N° 036-2014-MDH de fecha 16 de enero de 2014.

SEXTO: DECLARAR FUNDADA la Quinta Pretensión Principal de la demanda del CONSORCIO; y por consiguiente, **ORDENAR** a LA MUNICIPALIDAD el reconocimiento de la Ampliación de Plazo N° 05 solicitada por veinte (20) días calendario, presentada por el CONSORCIO mediante la Carta N° 005-2014-CEH de fecha 01 de febrero de 2014.

SÉTIMO: DECLARAR FUNDADA la Pretensión Accesoria a la Quinta Pretensión Principal de la demanda del CONSORCIO; y por consiguiente, **ORDENAR** a LA MUNICIPALIDAD reconocer y pagar los mayores gastos generales asociados a la Ampliación de Plazo N° 05, de acuerdo a lo señalado en el artículo 202 del Reglamento, más los intereses correspondientes.

OCTAVO: DECLARAR FUNDADA la Sexta Pretensión Principal de la demanda del CONSORCIO; y por consiguiente, **ORDENAR** a LA MUNICIPALIDAD que reconozca y pague los mayores gastos generales ascendentes a la suma de S/. 86,274.88, asociados al retraso de cuarenta y tres (43) días por parte de LA MUNICIPALIDAD en recepcionar la Obra, más los intereses correspondientes.

NOVENO: DECLARAR que cada parte cubra sus propios gastos por un lado, y por el otro, que los gastos comunes (honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos de la secretaría arbitral) sean asumidos por el CONSORCIO y la MUNICIPALIDAD según las declaraciones de gastos arbitrales separadas elaborada por el Tribunal Arbitral durante el transcurso del proceso.

DÉCIMO: FIJAR el monto total de los honorarios que el CONSORCIO ha pagado a cada uno de los árbitros, en la suma de S/. 13,982.37 (Trece mil novecientos ochenta y dos y 37/100 Soles) netos y los honorarios de la Secretaría Arbitral en la suma de S/. 10,695.01 (Diez mil seiscientos noventa y cinco con 00/01 Soles) netos; y **ORDENAR** que LA MUNICIPALIDAD reembolse al CONSORCIO el 50% de los honorarios totales (árbitros y secretaría arbitral) que asumió por ésta, es decir, la suma de S/. 12,338.69 (Doce mil trescientos treinta y ocho y 69/100 Soles). Así mismo, **ORDENAR** que LA MUNICIPALIDAD reembolse al CONSORCIO el 50% de los gastos de transporte y viáticos de la Dra. Liliana Carolina Cabrera Moncada, esto es, el monto de S/ 1,650.00 (Un mil seiscientos cincuenta y 00/100 Soles).

Lauto Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por Consorcio Estadio Huanchaco C/. Municipalidad Distrital de Huanchaco

Caso Arbitral Ad Hoc

Tribunal Arbitral

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Liliana C. Cabrera Moncada

Jorge Vega Velasco

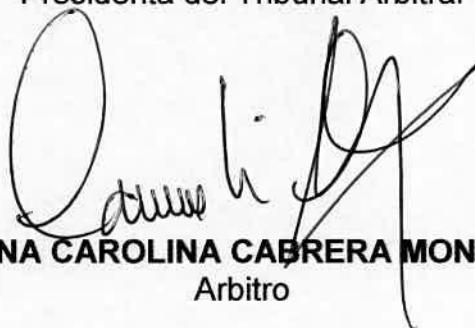
DÉCIMO SÉTIMO: ENCARGAR a la Presidenta del Tribunal Arbitral que cuelgue en el SEACE una copia del presente laudo.



Elvira Martínez C

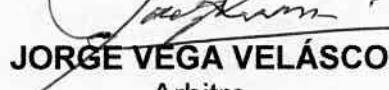
ELVIRA MARTINEZ COCO

Presidenta del Tribunal Arbitral



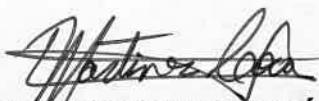
Liliana Carolina Cabrera Moncada

Arbitro



Jorge Vega Velasco

Arbitro



Martínez C.

FELIPE OSCAR MARTÍNEZ C.

Secretaria Arbitral