

LAUDO ARBITRAL NACIONAL DE DERECHO

RESOLUCIÓN N° 07

Lima, 10 de diciembre del 2012

I.- LAS PARTES: CONSTRUCTORA & CONSULTORA COVECSA
S.R.L.

En adelante la DEMANDANTE

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE LUCMA

En adelante la DEMANDADA

ARBITRO ÚNICO: Dr. VICTOR ALONSO SOLÍS BENITES.

CAL N° 27135

Secretario Arbitral: JOSÉ ROSALES RODRIGO.

Sede del Arbitraje: Edificio El Regidor N° 108, Residencial San Felipe, distrito de Jesús María, Lima.

II.- ANTECEDENTES.-

- 1- El 13 de octubre del 2010 las partes suscribieron el Contrato de Ejecución de Obra “SISTEMA DE DESAGUE LA TAYA” (en adelante el CONTRATO DE OBRA), materia de la Adjudicación Directa Selectiva N° 04-2010-MDL/CE.
- 2- Mediante Resolución de Alcaldía N° 236-2010-MDL-A, de fecha 15 de diciembre del año 2010, se declaró: 1) Aprobar el presupuesto adicional de la obra “SISTEMA DE DESAGUE TAYA”, con un monto de S/. 23.146.81 (Veintitrés mil ciento cuarenta y seis con 81/100 nuevos soles). Incluido IGV con cargo a la fuente de financiamiento CANON Y SOBRECANON. 2) Encargar a la Secretaría General de la Municipalidad

Distrital de Lucma el cumplimiento de la presente resolución en estricto cumplimiento de la Normatividad Legal en el ejercicio de sus funciones.

- 3- El 29 de diciembre del 2010, la demandada emitió el Acta de Recepción y Conformidad de Obra del “Sistema de Desagüe Taya” en la cual se deja constancia de la conclusión del 100% de de las partidas ejecutadas de acuerdo al expediente técnico del contrato principal y adicional.
- 4- **Convenio Arbitral.-** Al amparo de la cláusula décimo octava del contrato de obra, “Cláusula Solución de Controversias”, la demandante, mediante carta recibida por la demandada el 16 de agosto del 2011, solicitó a la demandada someter a arbitraje la controversia derivada de la Resolución de Alcaldía N°081-2001 –MDL/A que declaró de oficio la nulidad de la Resolución N° 236-2010-MDL/CE que aprobó la ampliación del adicional del contrato de obra.
- 5- La fecha de suscripción del contrato (13 de octubre del 2010) determina la aplicación de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento (Decreto Legislativo N° 1017 y Decreto Supremo N° 184-2008-EF), cuyos preceptos declaran conocer las partes contratantes, así como por las bases de la Adjudicación Directa Selectiva N° 04-2010-MDL/CE y supletoriamente por las disposiciones del Código Civil.
- 6- Mediante carta recibida el 13 de setiembre del 2011, la demandante cursa carta al Presidente del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, solicitando se designe Árbitro Único a fin de resolver la controversia suscitada con la demandada.
- 7- Mediante Resolución N° 04-2012-OSCE/PRE de fecha 10 de enero del 2012 se me designó como Arbitro Único para la

solución de la presente controversia, aceptando el cargo mediante carta de respuesta de fecha 17 de enero del 2012

- 8- La Instalación de Árbitro Único se llevó a cabo el 09 de abril del 2012, estableciéndose las reglas del mismo, así como las obligaciones administrativas de las partes, según el acta que obra en el expediente. En este acto se concedió 10 días hábiles a la demandante para que presente su demanda y 10 días hábiles a la demandada para su contestación, lo cual fue notificado a las partes.
- 9- La demandante, con escrito N° 1 de fecha 13 de abril del 2012 cumplió con presentar la demanda arbitral dentro del plazo concedido.
- 10-Mediante Resolución N° 01 de fecha 26 de abril del 2012, se declaró inadmisibile la demanda arbitral presentada por la demandante, y se le concedió plazo de tres días hábiles para que subsane su demanda, bajo apercibimiento de tenerse por no presentado. Asimismo, se dispuso remitir a las partes, el número de cuenta corriente que debían abonar al Árbitro Único por conceptos de sus honorarios profesionales y remitir los recibos por honorarios profesionales del Árbitro Único a las partes para los fines correspondientes.
- 11-Mediante Resolución N° 2 de fecha 22 de mayo del 2012, se resolvió tener por cumplido el pago de los honorarios arbitrales y los gastos de la secretaria general por parte de la demandante; asimismo, se admitió la demanda arbitral de la demandante y se tuvo por ofrecidos sus medios probatorios.
- 12- El 19 de junio del 2012, mediante Resolución N° 3 se declaró parte renuente a la demandada, por no haber cumplido con presentar su contestación de demanda, y se procedió a citar a las partes a la Audiencia de Conciliación y

Determinación de Puntos Controvertidos, cediéndole a las partes un plazo de tres días hábiles para que presenten sus propuestas de puntos controvertidos. Asimismo, se dejó constancia que la demandada no cumplió con el pago de los gastos arbitrales a su cargo, otorgándole tres días para devolver el recibo por honorarios que le fue cursada, y se facultó al demandante para que en el plazo de cinco días acredite la cancelación de los gastos arbitrales que eran de cargo de la demandada, bajo apercibimiento de suspender el proceso arbitral.

13-El 26 de junio del 2012, la demandada presentó escrito de contestación de demanda y cuestión previa de excepción de caducidad.

14-Mediante Resolución N° 04 se declaró extemporáneo el escrito de contestación de demanda y excepción de caducidad presentado por la demandada, al haberse presentado fuera de los plazos señalados en las reglas de la Audiencia de Instalación.

15-El 17 de julio del 2012, se llevó a cabo la Audiencia de Fijación y Determinación de Puntos Controvertidos, en la que se declaró saneado el proceso, y ante la inasistencia de las partes no se logró llegar a una conciliación, procediéndose a fijar los puntos controvertidos siguientes: 1) Determinar si corresponde o no pagar a la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE LUCMA la suma de S/. 20,947.86 a la empresa CONSTRUCTORA Y CONSULTORA COVECSA SRL, por concepto de culminación de obra adicional SISTEMA DE DESAGUE TAYA. 2) Determinar a quién corresponde el pago de las costas y costos del proceso arbitral. Asimismo, se realizó el saneamiento probatorio, admitiéndose y teniéndose por actuado los medios probatorios de la demandante y de oficio los medios probatorios adjuntados por la DEMANDADA en su escrito del 26 de junio del 2012 al no existir medios

probatorios pendientes de actuación, se prescindió de una Audiencia de Pruebas, declarándose el cierre de la etapa probatoria y otorgando a las partes un plazo de cinco días hábiles para que presenten sus alegatos escritos.

16-La demandante, mediante escrito presentado el 17 de agosto del 2012 presentó sus alegatos por escrito.

17-Mediante Resolución N° 05 de fecha 10 de septiembre del 2012, se resolvió que sólo el demandante presentó alegatos escritos, que ninguna de las partes solicitó el uso de la palabra para la Audiencia de Informes Orales, y se fijó el plazo para laudar en treinta días hábiles de notificada dicha resolución.

18-Mediante Resolución N°06 de fecha 23 de octubre del 2012, se resolvió prorrogar el plazo para laudar por treinta días hábiles adicionales al vencimiento del plazo fijado en la Resolución N° 05

III.- SÍNTESIS DE LA DEMANDA.

El 13 de abril del 2012, dentro del plazo concedido, Constructora y Consultora Covecsa S.R.L. interpuso demanda de obligación de dar suma de dinero, con la finalidad de que la entidad le cancele la suma de S/. 20,947.86 nuevos soles por concepto de culminación de obra adicional al Sistema de Desagüe Taya, con costa y costos del proceso e intereses que haya generado la deuda.

Como fundamentos de hecho reseñó que la demandada celebró el 13 de octubre del 2010 un documento privado consistente en el contrato de EJECUCION DE OBRA "SISTEMA DE DESAGUE DE TAYA".

Que mediante Resolución de Alcaldía N° 236-2010-MDL/A de fecha 15 de diciembre del 2010 se aprobó el presupuesto adicional para la obra SISTEMA DE DESAGUE TAYA, por el monto de S/. 23,146.81 nuevos soles.

Señala la demandante que a mérito de la Resolución de Alcaldía antes referida, procedió a ejecutar y culminar la obra en un cien por ciento sin ninguna objeción u observación por parte de los miembros integrantes de la comisión de recepción de la obra Sistema de Desague de Taya.

En el punto cuarto de la demanda, se señala que el ingeniero supervisor de obra de la demandada Nicanor Colonial Sal y Rosas, mediante informe 03-2010-S.O/S.D.TAYA/MDL/NCS de fecha 13 de diciembre del 2010, da a conocer al Alcalde sobre el avance físico del adicional de obra en un cien por ciento y concluye que deberá realizarse el pago por el derecho y trabajo realizado que le corresponde, informe que comprendía la valorización, deducciones y el monto total a pagar a su favor en su condición de demandante.

Por último, menciona la demandante que ante la desidia, demora y omisión de la entidad demandada, le cursó cartas y/o documentos requiriéndole el cumplimiento del pago, cuyas cartas fueron debidamente recibidas por mesa de partes de la entidad demandada.

IV.- DECLARACIÓN DE PARTE RENUENTE AL DEMANDADO.

Mediante Resolución N° 3 se declaró parte renuente a la Municipalidad Provincial de Lucma de conformidad al literal b) del artículo 46 de la Ley de Arbitraje.

V.- PUNTOS CONTROVERTIDOS.-

En la Audiencia de Fijación y Determinación de Puntos Controvertidos realizado el 17 de julio del 2012, se fijaron los puntos controvertidos siguientes:

- 1) Determinar si corresponde o no pagar a la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE LUCMA la suma de S/. 20,947.86 a la empresa CONSTRUCTORA Y CONSULTORA COVECSA SRL, por concepto de culminación de obra adicional SISTEMA DE DESAGUE TAYA.
- 2) Determinar a quién corresponde el pago de las costas y costos del proceso arbitral.

VI.- ALEGATOS.

Del demandante.- A través del escrito presentado el 17 de agosto del 2012, el demandante presentó su alegato por escrito.

En el alegato presentado la demandante manifestó que la conducta de la demandada está compuesta de actitud irresponsable, temeraria y de mala fe, por cuanto pese a estar debidamente notificado con el proceso arbitral y a sabiendas de su obligación frente a la recurrente no honra su compromiso de pago.

Señala también que la actitud temeraria y mala fe de la demandada está constituida y hasta probada con la contestación de la demanda de manera extemporánea, y la demandada pretende utilizar la norma legal correspondiente a la Ley de Contrataciones del Estado a su medida.

Del demandado.- Mediante Resolución N° 05 se dejó constancia que la Municipalidad Distrital de Lucma no presentó alegatos escritos.

VIII.- INFORME ORAL.

Mediante Resolución N° 5 de fecha 10 de septiembre del 2012 se dejó constancia que ninguna de las partes solicitó el uso de la palabra para la Audiencia de Informes Orales.

VIII.- MEDIOS PROBATORIOS.

Medios probatorios de la DEMANDANTE:

- 8.1.** Contrato original de ejecución de obra Sistema de Desagüe de Taya.
- 8.2.** Resolución de Alcaldía N° 236-2010-MDL-A.
- 8.3.** Resolución de Alcaldía N° 253-2010-MDL/A.
- 8.4.** Acta de recepción y conformidad de obra.
- 8.5.** Informe N° 03-2010-S.O/S.D.TAYA/MDL/NCS.
- 8.6.** Carta s/n 2011 -GG/CVECSA/GCG.
- 8.7.** Carta s/n 2011-GG/CVECSA/GCG.
- 8.8.** Carta de preaviso de fecha 25 de mayo del 2011.
- 8.9.** Carta de fecha 12 de agosto del 2011.

Medios probatorios de OFICIO:

- 8.10.** Resolución de Alcaldía N°081-2011-MDL/A.
- 8.11.** Informe N° 10-2011 MDL/OPO/JARP, emitido por el jefe de proyectos de obras de la Municipalidad Distrital de Lucma.
- 8.12.** Informe N° 06-2011-MDL/A/GM/CONT-CPCFASV, emitido por el que realiza las veces de jefe de presupuesto de la Municipalidad Distrital de Lucma.

8.13. Constancia emitida por el Gerente Municipal Distrital de Lucma.

8.14. Copias del proceso de transferencia.

8.15. Copias del acta de entrega de recepción y estado situacional de la oficina de infraestructura, del proceso de transferencia.

IX.- CONSIDERANDOS Y VALORACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS.-

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: i) Que, el Árbitro Único se constituyó de conformidad con la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, al que las partes se sometieron de manera incondicional; ii) que, en ningún momento se interpuso recusación alguna contra el Árbitro Único o se efectuó algún reclamo contra las disposiciones establecidas en el Acta de Instalación; iii) que, LA DEMANDANTE presentó su escrito de demanda dentro de los plazos establecidos y ejerció plenamente su derecho al debido proceso; iv) que, LA DEMANDADA a pesar de haber sido debidamente emplazada, no contestó la demanda dentro de los plazos establecidos en la Audiencia de Instalación; v) que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos e, inclusive, informar oralmente; vi) sin perjuicio de ello, el árbitro único, ejerciendo las facultades conferidas en el inciso 1 del artículo 43° del Decreto Legislativo 1071, admitió y actuó de oficio los medios probatorios ofrecidos por el demandando en el punto VII “medios probatorios” del 1 al 9 del escrito de fecha 13 de abril de 2012 .

Otro aspecto que merece análisis, previo a la materia controvertida es la verificación si ha operado algún supuesto de caducidad. La caducidad se encuentra regulada en el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, así como en los artículos 214° y 215° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, los mismos que establecen plazos de caducidad especiales, en tal sentido el artículo 175 establece el plazo de

caducidad para la solicitud de ampliación de plazo por causal de adicional de obra, sin embargo, este supuesto no es aplicable al presente caso, debido a que la DEMANDADA no ha cuestionado la solicitud de una ampliación de plazo, sino el pago por concepto de culminación de obra adicional.

En este orden de ideas, resulta de aplicación lo señalado en el artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que establece el plazo de caducidad para la liquidación del Contrato de obra¹, sin embargo de los actuados se desprende que aún no se ha efectuado la liquidación del Contrato de obra; en consecuencia, el Árbitro único declara que no ha operado la caducidad para solicitar el pago de culminación de obra adicional.

Asimismo, los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Árbitro Único respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones, conforme a los principios generales de la prueba; Necesidad, Originalidad, Pertinencia y Utilidad de la Prueba. Estos medios probatorios deben ser valorados de manera conjunta, utilizando su apreciación razonada y que, si no se prueba los hechos que fundamenta su pretensión, la demanda deberá ser declarada infundada.

Siendo ese el estado de las cosas, se procede a laudar dentro del plazo establecido.

PRIMERO.- El análisis del material probatorio ofrecido por las partes y admitido en la Audiencia de Fijación y Determinación de Puntos Controvertidos, llevada a cabo el 17 de julio del 2012, deberá estar orientado a

¹ **Artículo 211.- Liquidación del Contrato de Obra**

El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo máximo de sesenta (60) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes (...)

esclarecer los puntos controvertidos detallados en la referida audiencia y en la parte declarativa del presente laudo.

SEGUNDO.- Que respecto al *primer punto controvertido* **“Determinar si corresponde o no pagar a la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE LUCMA la suma de S/. 20, 947.86 a la empresa CONSTRUCTORA Y CONSULTORA COVECSA S.R.L. por concepto de culminación de obra adicional SISTEMA DE DESAGÜE TAYA”** se debe tomar en cuenta lo siguiente:

- 2.1. Los adicionales de obra constituyen mecanismos por los cuales se articulan la mayor ejecución del gasto público para el logro de los fines propuestos, y los mecanismos de control establecidos para garantizar la eficiencia del mismo, razón por la cual se encuentra normado tanto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, así como por la Contraloría General de la República a través de la Directiva N° 002-2010-CG/OEA “Control Previo Externo de las Prestaciones Adicionales de Obra”, aprobado por Resolución de Contraloría N° 196-2010-CG².
- 2.2. En cuanto a su definición, tenemos que en el Pronunciamiento N° 124-2003 (GTN) el CONSUCODE, hoy OSCE, definió al Presupuesto Adicional de Obra como “el mayor costo originado por la ejecución de trabajos complementarios y/o mayores metrados no considerados en las bases de licitación o en el contrato respectivo, y que son indispensables para alcanzar la finalidad del contrato”.
- 2.3. En base a lo expuesto, para resolver este punto controvertido previamente se debe verificar la existencia del adicional de obra, para ello se deberá analizar el CONTRATO, el Informe 03-2010 S.O/S.D. TAYA/MDL/NCS, la Resolución de Alcaldía N° 236-2010-MDL-A, el Acta de Recepción y Conformidad de Obra, y lo manifestado por las partes y los demás medios probatorios ofrecidos por estas.

² RETAMOZO LINARES, Alberto. “Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control – Análisis y Comentarios”. Tomo I - 8va Edición 2011, p.1063.

- 2.4. El 13 de octubre del 2010 las partes suscribieron el Contrato de Ejecución de Obra “SISTEMA DE DESAGÜE LA TAYA” materia de la Adjudicación Directa Selectiva N° 04-2010-MDL/CE.
- 2.5. Asimismo, de autos se aprecia el informe 3-2010S.O/S.D.TAYA/MDL/NCS, de fecha 13 de diciembre del 2010, presentado por el supervisor de obra, ingeniero Nicanor Colonia Sal y Rosas a la Municipalidad Distrital de Lucma, en la cual se deja constancia que el referido profesional ha realizado los trabajos de supervisión de obra, dando conformidad a los trabajos realizados, indicando que la Municipalidad Distrital de Lucma deberá realizar el pago de la respectiva valorización del adicional de obra aprobada por sesión de consejo de acuerdo al detalle que se muestra en el mismo documento.
- 2.6. La resolución de alcaldía N° 236-2010-MDL-A de fecha 15 de diciembre del 2010 aprobó el presupuesto adicional de obra para la ejecución de trabajos complementarios no considerados en las bases de la licitación, ni en el contrato de la obra “Sistema de Desagüe Taya”, por un monto de S/. 23, 146.81 (Veinte tres mil ciento cuarenta y seis con 81/00 nuevos soles), teniendo como vistos el acuerdo del Consejo de fecha 15 de diciembre del 2010 y la Carta N° 01-200-S.O/CLCMCE/MDL/NMCS de fecha 30 de noviembre del 2010 presentado por el Supervisor de Obra de la Municipalidad Distrital de Lucma.
- 2.7. Asimismo, del análisis de los medios probatorios de oficio no se advierte algún tipo de cuestionamiento respecto a la existencia del adicional de obra realizada por el contratista y más bien, en el Acta de Recepción y Conformidad de Obra del 29 de diciembre del 2010, ofrecida por el demandante, se reafirma su existencia ya que la referida entidad dio la conformidad de la conclusión de la obra al 100%, según las partidas ejecutadas de acuerdo al expediente técnico del contrato principal y adicional.

Los medios probatorios de oficio cuestionan y pretenden anular los actos administrativos que aprobaron el adicional de obra con base a deficiencias formales que podrían contener la resolución de alcaldía N°

236-2010-MDL-A de fecha 15 de diciembre del 2010, aspecto que no va a ser resuelto en el presente proceso arbitral, por cuanto, en sede arbitral no se discute la nulidad de un acto administrativo, así como tampoco las responsabilidades que pudiesen atribuirse los funcionarios que participaron en dichos actos.

Por otra parte, de los propios medios probatorios de oficio, se advierte que las nuevas autoridades de la DEMANDADA reconocen la existencia y ejecución de las obras adicionales, aunque cuestionan la validez de su pago; por lo que únicamente debe verificarse la procedencia del pago por culminación adicional de obra en función a si este pago enriquece indebidamente a la entidad DEMANDADA, generando un abuso del derecho en contra de la DEMANDANTE.

- 2.8. Cabe señalar que la Constitución Política del Perú no ampara el abuso del derecho³, la cual puede ser definida como, a decir de CAPITANT, en el «acto material o jurídico dañoso, que sería considerado lícito si se atendiese a un examen objetivo y formal de él, pero que es ilícito porque el titular del derecho lo ejerce con la intención de perjudicar a otra persona»⁴
- 2.9. Esta figura tiene orígenes y connotaciones del Derecho Civil. En el derecho peruano es una disposición que habitualmente ha figurado en el Artículo II del Título Preliminar del Código Civil⁵ y que dada su relevancia jurídica se le ha otorgado relevancia constitucional.

³ Cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 103.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

La Constitución no ampara el abuso del derecho.”

⁴ En este sentido, Enrique Bernal Ballesteros, La Constitución de 1993 – Análisis Comparado. Quinta Edición, 1999. p 484.

⁵ Cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo II.- La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.”

- 2.10. Sobre el particular, FERNANDEZ SESSAREGO señala que «Al situarse el problema del abuso del derecho dentro del marco de la situación jurídica subjetiva es recién posible comprender, a plenitud, cómo el acto abusivo significa trascender el límite de lo lícito para ingresar en el ámbito de lo ilícito al haberse transgredido una fundamental norma de convivencia social, nada menos que un principio general del derecho dentro del que se aloja el genérico del deber de no perjudicar el interés ajeno en el ámbito del ejercicio o del no uso de un derecho patrimonial. Se trata, por cierto, de una ilicitud sui generis, lo que permite considerar al abuso del derecho como una configuración autónoma que desborda el campo de la responsabilidad para ingresar en el de la Teoría General del Derecho»⁶
- 2.11. En este mismo sentido debemos tomar en cuenta la teoría del enriquecimiento sin causa, sobre la cual Castillo Freyre y Molina Agui⁷, señalan como uno de los aciertos más notables de la técnica jurídica, pues sin duda alguna, lo que se pretende amparar con tal figura son- precisamente- todos los casos de enriquecimiento sin causa que pasaron inadvertidos por el legislador, motivo por el cual los afectados no encuentran remedio alguno en la norma; pero no obstante ello, los principios de la moral, la equidad, la justicia y la eficiencia no aceptan que exista una persona que se beneficie a expensas de otra, sancionando así tal situación a través de la acción de enriquecimiento sin causa que se otorga al perjudicado.
- 2.12. Así pues, la acción se dirige fundamentalmente a proteger a la persona cuyo patrimonio ha sido injustificadamente lesionado, más que a sancionar enriquecimientos inmorales o ilegítimos. Esto, toda vez que el efecto del enriquecimiento sin causa es restituir el equilibrio patrimonial alterado, es decir, es “causa eficiente de la obligación de indemnizarlo” por la cual se puede exigir la restitución de lo ilegítimamente pagado o del ahorro del cual se benefició indebidamente el enriquecido⁸.

⁶ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos: El abuso del derecho. En Tratado de Derecho Civil. Varios autores, Universidad de Lima, Tomo 1. Lima, 1990, pp. 139-140.

⁷ Castillo Freyre, Mario y Giannina Molina Agui. “Tienes más, tengo menos. Reflexiones acerca de dos de los elementos esenciales del enriquecimiento sin causa”. En Jus Doctrina & Práctica, Nº 02, Lima: Editora Jurídica Grijley, 2009, p. 185.

⁸ En este sentido, Castillo Freyre, Mario y Sabroso Minaya, Rita, en Materia Arbitrable en la Contratación Pública. p 13.

- 2.13. Por su parte el artículo 1954 de nuestro Código Civil señala que “Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo”
- 2.14. En este sentido, el Tribunal de Contrataciones del Estado, mediante la Resolución N° 176/2004.TC-SU, ha establecido que “(...) *nos encontramos frente a una situación de hecho, en la que ha habido – aún sin contrato válido – un conjunto de prestaciones de una parte debidamente aceptadas – y utilizadas por la otra, hecho que no puede ser soslayado para efectos civiles. En este sentido, cabe señalar que, conforme al artículo 1954° del Código Civil, el ordenamiento jurídico nacional no ampara en modo alguno el enriquecimiento sin causa.*” (El subrayado es agregado)
- 2.15. Asimismo, la Opinión N° 083-2012/DTN emitida por La Dirección Técnica Normativa del OSCE ha señalado en su fundamento 2.1.3 que “*Efectuada la precisión anterior, debe indicarse que si una Entidad obtuvo la prestación de un servicio por parte de un proveedor, este tendría derecho a exigir que la Entidad le reconozca el precio del servicio prestado –aún cuando el servicio haya sido obtenido sin observar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado-, pues el Código Civil, en su artículo 1954, establece que “Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo”* (El subrayado es agregado)”
- 2.16. Tal y como se ha establecido en diversos pronunciamientos emitidos por el OSCE⁹, aún en los supuestos donde no existe un contrato válido, ni prestaciones adicionales amparadas en una aprobación previa para su ejecución, procede reconocer el pago al contratista a fin de evitar un enriquecimiento sin causa.

⁹ Pueden revisarse la Opinión de Gerencia Técnica Normativa del CONSUCODE (hoy OSCE) N° 64-2002-GTN sobre procedencia del pago de prestaciones adicionales sin aprobación previa de la Entidad; la Opinión N° 059-2009/DTN del OSCE sobre reconocimiento y pago de servicios prestados sin proceso de selección; la Opinión N° 083-2009/DTN sobre reconocimiento y pago de trabajos ejecutados hasta antes de declararse la nulidad del contrato suscrito entre las partes; Opinión N° 073-2011/DTN sobre reconocimiento y pago de los servicios brindados por una empresa a pesar de haberse excedido el marco contractual correspondiente; Opinión N° 051-2012/DTN sobre reconocimiento y pago de prestaciones ejecutadas cuando el contrato es declarado nulo; entre otros.

2.17. Conforme a los citados pronunciamientos, para que en el marco de las contrataciones del Estado se verifique un enriquecimiento sin causa es necesario que:

- (i) La Entidad se haya enriquecido y el proveedor se haya empobrecido, en este caso la DEMANDADA se ha beneficiado como resultado de la ejecución de trabajos complementarios considerados en las bases de la licitación, ni en el contrato de la obra “Sistema de Desagüe Taya” por parte de la DEMANDANTE; y de otro lado, la DEMANDANTE ha incurrido en costos resultantes de la ejecución de los mencionados trabajos complementarios por un monto de S/. 20, 947.86 (Veinte mil novecientos cuarenta y siete con 86/00 nuevos soles) que suponen un menoscabo a su esfera patrimonial.
- (ii) Que exista conexión entre el enriquecimiento de la Entidad y el empobrecimiento del proveedor, la cual está dada por el desplazamiento de la prestación patrimonial del proveedor a la Entidad, situación que se verifica con el Acta de Recepción y Conformidad de Obra del “Sistema de Desagüe Taya” que deja constancia de la conclusión del 100% de las partidas ejecutadas de acuerdo al expediente técnico del contrato principal y adicional.
- (iii) Que, no exista una causa jurídica para esta transferencia patrimonial, como es la ejecución de prestaciones adicionales correspondientes a la obra del “Sistema de Desagüe Taya” con una aprobación anulada que suprime la causa para la transferencia patrimonial.

2.18. Tomando en cuenta lo hasta ahora señalado, se debe precisar que si bien el artículo 207° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece un procedimiento previo para poder iniciar un adicional de obra, la falta de este requisito formal no puede servir de sustento para

negar el pago del adicional de obra efectuado por el demandante a favor de la demandada, máxime si de autos se desprende que esta última no ha objetado la existencia de la prestación adicional y que más bien aceptó el adicional de obra realizado al emitir el Acta de Recepción y Conformidad de Obra de fecha 29 de diciembre del 2010.

2.19. Una interpretación a contrario podría configurar un abuso del derecho por parte de la Municipalidad Distrital de Lucma, la misma que según nuestra Constitución Política está proscrita por ser contrario a derecho; o también un enriquecimiento sin causa a favor de la demandada, proscrita por el artículo 1954° del Código Civil¹⁰.

2.20. Finalmente, de todo lo actuado en el presente proceso arbitral se establece que la DEMANDADA se ha enriquecido indebidamente a expensas de la DEMANDANTE al haber obtenido la ejecución de una obra adicional valorizada en S/. 20, 947.86 (Veinte mil novecientos cuarenta y siete con 86/00 nuevos soles) sin tener una causa para obtenerla al haber anulado la aprobación del adicional de obra anterior.

TERCERO.- Respecto al *segundo punto controvertido*: **“Determinar a quién corresponde asumir las costas y costos del proceso arbitral”**.

3.1. El segundo párrafo del artículo 56° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, dispone que el tribunal arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73°, el mismo que señala que el tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de impulsar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

¹⁰ De aplicación supletoria en la ejecución de los contratos que se encuentran bajo las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, de conformidad con el artículo 142° del Reglamento. Para mayor información sobre este criterio puede revisarse la Opinión N° 072-2011/DTN.

3.2. En numeral 47 del Acta de Instalación de Árbitro Único se estableció que cada parte debe asumir sus gastos incurridos en este arbitraje y, siendo que mediante Resolución N° 03, de fecha 19 de junio del 2012, se facultó al demandante acredite la cancelación de los gastos arbitrales que eran de cargo de la demandada, el mismo que realizó conforme obra en autos, procede que le sean devueltos el 50% de los honorarios del Arbitro Único y de la Secretaría Arbitral.

X.- LA DECISIÓN

Por las razones expuestas, de acuerdo con lo establecido por la Ley de Arbitraje y con criterio de conciencia, **LAUDO:**

PRIMERO: Declarando **FUNDADA** la demanda, **ORDENANDO** a la DEMANDADA pagar a favor del DEMANDANTE, la suma de S/. 20, 947.86 (Veinte mil novecientos cuarenta y siete con 86/00 nuevos soles), por enriquecimiento indebido, más intereses legales devengados, los que deberán calcularse a partir de la fecha de recepción de los trabajos, es decir 29 de diciembre de 2010.

SEGUNDO: DISPONER que cada parte asuma el 50% de los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral, y que LA DEMANDADA reembolse a EL DEMANDANTE el 50% de los honorarios del Arbitro Único y de la Secretaría Arbitral que fueron asumidos por EL DEMANDANTE.

VÍCTOR ALONSO SOLÍS BENITES

Árbitro Único