

LAUDO DE DERECHO

CONSORCIO NOR ORIENTAL
conformado por las empresas Constructora KAMEL E.I.R.L. e Inversiones y Representaciones
Calderón E.I.R.L.

(Demandante)

PROVIAS DESCENTRALIZADO

(Demandado)

Árbitro Único:
Dr. Ángel Marín Lozada

Secretaría Arbitral:
DIRECCIÓN DE ARBITRAJE ADMINISTRATIVO - OSCE

Contrato N° 051-2012-MTC/21 "Mantenimiento Periódico del Camino Vecinal: Querecoto –
Querocotillo (Longitud: 22.00 Km.), Departamento de Cajamarca"

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'O' followed by a series of loops and a final vertical stroke.

RESOLUCIÓN N° 35

En Lima, a los veintiséis días del mes de marzo del año dos mil quince, el Árbitro Único designado de acuerdo a ley y al convenio arbitral celebrado entre las partes, dicta el siguiente Laudo:

I. CONVENIO ARBITRAL

1. Con fecha 15 de febrero de 2012, el Consorcio Nor Oriental, conformado por Constructora KAMEL E.I.R.L. e Inversiones y Representaciones Calderón E.I.R.L. (en lo sucesivo, **EL CONSORCIO**), y el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Descentralizado - Provías Descentralizado (en lo sucesivo, **LA ENTIDAD**), suscribieron el Contrato N° 051-2012-MTC/21 "Mantenimiento Periódico del Camino Vecinal: Querecoto - Querocotillo (Longitud: 22.00 Km.), Departamento de Cajamarca" (en lo sucesivo, **el Contrato**).
2. De conformidad a lo establecido en la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato, las partes acordaron lo siguiente:

"36.1 Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado y en la Ley General de Arbitraje.

Sin perjuicio de lo anterior y de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, se establece que el arbitraje no resulta aplicable a las controversias surgidas en la ejecución de adicionales de obra, metrados no previstos contractualmente y mayores prestaciones de supervisión, respecto de los cuales la Contraloría General de la República ejerce el control previo, debiendo muchas materias ser resueltas de acuerdo a los procedimientos establecidos por la normativa. Tampoco son arbitrables las controversias derivadas de otras fuentes de obligaciones distintas al presente contrato.

El Arbitraje se desarrollará en la capital del departamento, o en su defecto en la ciudad de Lima, debiendo iniciarse dentro de los plazos de caducidad establecidos en la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado vigente. Será resuelto por un Tribunal Arbitral Colegiado, compuesto por tres árbitros. Cada parte podrá designar a un árbitro y ambas partes designarán de común acuerdo al tercer árbitro, quien presidirá el Tribunal.

Las designaciones de árbitro en defecto de las partes o de los árbitros designados por estas, estarán a cargo del OSCE. Asimismo, las recusaciones que se formulen contra los árbitros serán resueltas por el OSCE, sujetándose el procedimiento a lo dispuesto por la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado.



El laudo es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia. En consecuencia, solo procede interponer, cuando corresponda, el recurso de anulación por las causales previstas en la Ley General de Arbitraje, dejando claramente establecido que no se requiere de la presentación de la garantía establecida en el artículo 72 inciso 4 de la Ley General de Arbitraje.

Cuando se interponga el recurso de anulación contra el Laudo Arbitral, la parte que no lo haya hecho deberá cumplir con comunicar y acreditar ante el Tribunal Arbitral la interposición de dicho recurso dentro de los tres (3) días hábiles siguientes de vencido el plazo que corresponda. En caso contrario, el Tribunal Arbitral a pedido de la otra parte, podrá declarar el laudo consentido y ejecutoriado.

Los costos del arbitraje referidos a los honorarios de los árbitros y los del secretario arbitral y/o gastos administrativos, serán fijados por los propios árbitros, pero no podrán ser mayores a los establecidos en la Tabla de Aranceles del OSCE."

II. INSTALACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

3. Con fecha 17 de julio de 2013 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Árbitro Único, en la cual declaró haber sido debidamente designado de acuerdo a ley y al convenio arbitral celebrado entre las partes, reiterando no tener ninguna incompatibilidad para el cumplimiento del cargo, ni compromiso alguno con las partes. Asimismo, se obligó a desempeñar con imparcialidad y probidad la labor encomendada.
4. En el mismo acto, por acuerdo de las partes, se establecieron las reglas aplicables al presente arbitraje, el monto de los honorarios del Árbitro Único, de la Secretaría Arbitral, se declaró abierto el proceso arbitral y, finalmente, se otorgó un plazo a ambas partes para que cumplan con efectuar el pago de los honorarios arbitrales.

III. POSICIONES DE LAS PARTES

• DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR EL CONSORCIO

5. Con fecha 13 de agosto de 2013, el CONSORCIO cumplió dentro del plazo con presentar su demanda contra la ENTIDAD, formulando las siguientes pretensiones:

"PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Solicitamos que el Árbitro Único que declare la NULIDAD E INEFICACIA de la Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21 emitida por Provias Descentralizado con fecha 07.01.2013, que aprueba la Liquidación Final de Obra con un saldo en contra de Consorcio Nor Oriental por la suma de S/. 22,530.49 Nuevos Soles y la aplicación de una multa de S/. 31,196.05 Nuevos Soles, por carecer de sustento técnico y legal.

PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:
Solicitamos que el Árbitro Único declare que la Liquidación Final de Obra



presentada por Consorcio Nor Oriental mediante Carta N° 104-2012/CONOR-MTC/21 de fecha 20.11.2012, recibida por el Supervisor de Obra el 06.12.2012, ha quedado CONSENTIDA por Provias Descentralizado.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: *Solicitamos al Árbitro Único que ordene a Provias Descentralizado el pago al Consorcio Nor Oriental de la suma de S/. 50,000.00 Nuevos Soles, por concepto de TRABAJOS ADICIONALES NECESARIOS PARA EL LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES, materia del Contrato N° 051-2012-MTC/21 suscrito con fecha 15.02.2012.*

PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: *En caso se desestime la segunda pretensión principal, solicitamos que el Árbitro Único ordene a Provias Descentralizado el pago a Consorcio Nor Oriental de la suma de S/. 50,000.00 Nuevos Soles por concepto de indemnización por ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO con el levantamiento de observaciones a la obra materia del Contrato N° 051-2012-MTC/21 suscrito con fecha 15.02.2012.*

TERCERA PRETENSION PRINCIPAL: *Solicitamos que el Árbitro Único ordene a Provias Descentralizado el pago a Consorcio Nor Oriental de la suma de S/. 15,000.00 Nuevos Soles por concepto de INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS irrogados debido a la desatención de nuestros pedidos de gestión de la cantera necesaria para el levantamiento de las observaciones a la obra, lo que nos ha ocasionado innecesariamente gastos administrativos, financieros y de asesoría legal durante un año.*

CUARTA PRETENSION PRINCIPAL: *Solicitamos que el Árbitro Único disponga que Provias Descentralizado asuma los costos y costas del presente proceso arbitral."*

Fundamentos de Hecho

6. El CONSORCIO manifiesta que con fecha 15 de febrero de 2012, suscribió con la ENTIDAD el Contrato de Obra N° 051-2012-MTC/21 a fin de ejecutar la obra "Mantenimiento Periódico del Camino Vecinal: Querocoto - Querocotillo (L=22.00 Km.) en el Departamento de Cajamarca", por el monto de S/. 311,960.46 Nuevos Soles incluido IGV, con un plazo de ejecución de 45 días calendario.
7. La ejecución del referido contrato se llevó a cabo sin ningún inconveniente. Durante la vigencia del contrato únicamente se otorgó una ampliación de plazo de 4 días calendario y, posteriormente, se culminó la obra a plena satisfacción de la ENTIDAD.
8. Con fecha 27 de agosto de 2012, se constituyó a la zona de los trabajos la Comisión de Recepción de la Obra, suscribiéndose un acta en la que se consignaron 5 observaciones que el contratista debía subsanar en el plazo de Ley (1/10 del plazo contractual, esto es, 5 días). Sobre el particular, el CONSORCIO señala que en la fecha en que se firmó dicha acta se había agotado el material de afirmado que se obtenía de la cantera San Juan, lo cual consta en el cuaderno de obra, asientos 30, 32, 34 y 36 del mes de junio de 2012, así



como en el asiento 68 de fecha 28 de agosto de 2013, dejando expresa constancia de dicha situación y que sólo podía hacerse su explotación con dinamita.

9. En virtud de tal situación, asegura que remitió sendas cartas a la ENTIDAD, al Coordinador Zonal de Cajamarca y al Supervisor de Obra, solicitando la disponibilidad de la cantera, a efectos de procederé con el levantamiento de las observaciones. Así lo demostraría con la Carta N° 058-2012-CONOR-MTC/21 de fecha 28 de agosto de 2013 que habría sido presentada dentro del plazo concedido para el levantamiento de las observaciones. No obstante haber informado oportunamente, afirma que no obtuvo pronta respuesta de parte de la ENTIDAD.
10. El día 01 de agosto de 2012 se llevó a cabo la Constatación Física de la Cantera San Juan, en presencia del Juez de Paz de 2da. Nominación de Querocotillo, el Teniente Gobernador de Querocotillo y el Representante Legal de Consorcio Nor Oriental, en la que se verificó que la referida cantera se había agotado. A dicha diligencia, precisa que no acudió el Supervisor de Obra pese a estar debidamente notificado.
11. Posteriormente, con fecha 01 de septiembre de 2012 se llevó a cabo la diligencia de inspección a la que acudieron el Representante Legal del Consorcio Nor Oriental y el Supervisor de Obra, acto en el cual se verificó que no había material de afirmado disponible en la cantera San Juan. Asimismo, se acordó que se notificaría al contratista cuando la Municipalidad de Querocotillo entregara una cantera disponible para el levantamiento de las observaciones, dado que dicha entidad es la responsable de habilitar el uso de las canteras en coordinación con Provías Descentralizado. Por último, dejó expresamente establecido que las observaciones serían levantadas cuando la ENTIDAD hiciera entrega de la libre disponibilidad del afirmado.
12. El CONSORCIO resalta que en dicho documento se dejó constancia de la imposibilidad del levantamiento de observaciones y que éstas serían levantadas cuando la ENTIDAD pusiera a disponibilidad del contratista la cantera con el material de afirmado.
13. Posteriormente, señala que recibió la Carta N° 058-2012-MTC/21.CJM de fecha 20 de agosto de 2012, en la que el Coordinador Zonal de Cajamarca, Representante de Provías Descentralizado, les informa que solicitaron a la Municipalidad Distrital de Querocotillo la disponibilidad del material para su uso en el levantamiento de observaciones, siendo que dicha Municipalidad comunicaría oficialmente la disposición de ella debidamente documentada para proceder con su utilización.
14. Dado que no obtuvieron respuesta alguna durante 2 meses por parte de la ENTIDAD con relación a la habilitación de la cantera y, teniendo en cuenta que la culminación de la obra se veía imposibilitada por razones ajenas a su voluntad, señala que decidieron realizar un esfuerzo económico para obtener el material de afirmado necesario y así poder cumplir con subsanar las observaciones establecida en el Acta de fecha 24 de agosto de 2012, incurriendo en diversos gastos.

15. Manifiesta que con recursos propios el CONSORCIO procedió al levantamiento de observaciones y, posteriormente, solicitaron la recepción de la obra, la cual se llevó a cabo el 23 de octubre de 2012, en cuyo acto se dejó expresa constancia que la obra había sido concluida.
16. Posteriormente, mediante Carta N° 104-2012/CONOR-MTC/21 de fecha 20 de noviembre de 2012, recibida por el Supervisor de Obra el día 06 de diciembre de 2012, afirma que presentaron su Liquidación Final de Obra sin saldo a cargo de ninguna de las partes, liquidación que también fue remitida vía correo electrónico al Supervisor de Obra el día 27 de noviembre de 2012.
17. No obstante ello, señala que la ENTIDAD emitió injustificadamente la Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21 de fecha 07 de enero de 2013, en la que indebidamente resuelve aprobar la Liquidación Final de Obra por la suma de S/. 22,530.49 Nuevos Soles en contra del CONSORCIO y la aplicación también en su contra de una multa ascendente a S/. 31,196.05 Nuevos Soles por el retraso de 5 días en la ejecución de la obra. En este extremo, señala que la referida Resolución fue notificada al CONSORCIO el 07 de enero de 2013 vía correo electrónico, es decir, 2 días después de haberse vencido el plazo de 30 días para observar y/o reformular su propuesta de liquidación.
18. Al respecto, sostiene el CONSORCIO que si bien presentaron su liquidación el 06 de diciembre de 2012 al Supervisor de Obra, éste consignó indebidamente como fecha de recibido el 10 de diciembre de 2012 en su copia del cargo de dicha liquidación. En ese sentido, señala que contabilizando los 30 días de plazo que tenía la ENTIDAD para observar y/o reformular la Liquidación Final de Obra (según lo establecido en la Cláusula Vigésima Quinta del Contrato de Obra N° 051-2012-MTC/21) y teniendo en cuenta que presentaron su liquidación el 06 de diciembre de 2012, dicho plazo venció indefectiblemente el 05 de enero de 2013, razón por la cual habría quedado plenamente consentida por parte de la ENTIDAD.
19. Así, mediante Carta N° 07-2013/CONOR-MTC/21 remitida vía notarial con fecha 14 de enero de 2013, comunicaron a la ENTIDAD el consentimiento de su liquidación en vista que no fue observada o replanteada dentro del plazo de ley; sin embargo, persistiendo en el error, contestan mediante Oficio N° 192-2013-MTC/21 recibido el 24 de enero de 2013, en el que reitera que la Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21 fue notificada en su misma fecha de emisión, es decir, el 07 de enero de 2013.

Fundamentos de Derecho

20. El CONSORCIO ampara su demanda en los siguientes dispositivos legales:
 - La Cláusula Vigésima Quinta del Contrato de Obra N° 051-2012-MTC/21 suscrito entre las partes el 15 de febrero de 2012.
21. Teniendo en cuenta que el contratista presentó la liquidación al Supervisor el 06 de diciembre de 2012, la ENTIDAD contaba con 30 días para pronunciarse sobre dicha

liquidación o, de considerarlo conveniente, reformularla; sin embargo, emitió la Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21 el día 07 de enero de 2013, la cual notificó al CONSORCIO el mismo día, a pesar de haberse vencido el plazo para formular observaciones el día 05 de enero de 2013.

22. En consecuencia, asegura que la liquidación presentada por el contratista ha quedado plenamente consentida y resulta válida para todos sus efectos legales, situación que convierte a la Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21 en nula e ineficaz, dado que ha sido emitida fuera del plazo legal establecido en el contrato.
23. Agrega que aún en el supuesto negado que la Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21 fuera eficaz, se sustenta en hechos que no se ajustan a la verdad, siendo uno de ellos la supuesta fecha en que el Supervisor recepcionó la liquidación final de obra, esto es, el 10 de diciembre de 2012, debiendo ser lo correcto el 06 de diciembre de 2012. Asimismo, señala que la referida resolución desestima que el CONSORCIO cumplió con la totalidad de los trabajos de la obra, tal y como consta en el Acta de Recepción de Obra de fecha 23 de octubre de 2012, a pesar de que el levantamiento de las observaciones fue realizado utilizando los recursos económicos de la empresa en los que se tuvo que invertir adicionalmente (dado que nunca se solucionó el desabastecimiento de la cantera), los cuales no han sido reconocidos por la ENTIDAD hasta la fecha.
- Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General:
24. La Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21 carece de debida motivación, al haber sido sustentada en hechos que no se ajustan a la realidad. Además de ello, señala que todos los actos administrativos se deben basar en el Principio de Legalidad, esto es, tener asidero en una o varias normas legales expresas, situación que no se ha dado en el presente caso. Así, siendo la debida motivación y la legalidad requisitos indispensables para la validez del acto administrativo, la Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21 deviene en nula al no haberse respetado tales condiciones.
- Artículo 1321° del Código Civil:

"Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

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

(...)"

25. Estando al inadecuado proceder de la ENTIDAD, al no haber proporcionado la cantera para el levantamiento de las observaciones, ocasionando con ello el retraso de la recepción de la obra, el CONSORCIO procedió a realizar el levantamiento de las observaciones con recursos propios, lo cual implicó mayores gastos generales que no se encontraban previstos y, ante la imposibilidad de solicitar una ampliación de plazo dado que la vigencia del contrato ya había expirado, solicita se le indemnice por los daños y

perjuicios ocasionados por no haber recibido ninguna contraprestación a cambio de la ejecución de los trabajos adicionales para el levantamiento de las observaciones y así poder culminar con la obra a satisfacción de la ENTIDAD. Precisa que el quantum indemnizatorio asciende a S/. 15,000.00 Nuevos Soles, dado que habría incurrido en gastos administrativos por renovación de cartas fianza, costos logísticos, de personal, de asesoría legal, entre otros innecesarios durante aproximadamente un año (desde la oportunidad en que debía producirse el levantamiento de observaciones sin el inconveniente de la indisposición de la cantera), lo cual podría haberse evitado si es que se hubiese dado la atención debida a sus solicitudes.

- Artículo 1330° del Código Civil:

"La prueba del dolo y de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío y defectuoso."

26. Al respecto, señala que la ENTIDAD no cumplió con la obligación de proporcionarle la cantera para los trabajos de levantamiento de observaciones, a pesar de los múltiples requerimientos del CONSORCIO.

- Artículo 1331° del Código Civil:

"La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso."

27. En lo que respecta a la prueba de la cuantificación de los daños y perjuicios ocasionados, afirma que adjunta diversos recibos, facturas, contratos, etc, que evidenciarían todos los gastos en que incurrió el CONSORCIO desde la presentación de su oferta como postor en la licitación hasta la fecha, sin que haya obtenido ningún beneficio a cambio.

28. Agrega que la doctrina ha llegado al consenso respecto de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, a saber:

- ✓ **La imputabilidad**, entendida como la capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiona.
- ✓ **La ilicitud o antijuricidad**, vale decir, la constatación que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico.
- ✓ **El factor de atribución**, o sea, el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del sujeto.
- ✓ **El nexo causal**, concebido como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido.
- ✓ **El daño**, que comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado.

29. Relacionando estos conceptos con el presente caso, sostiene que el **sujeto imputable** de los daños y perjuicios ocasionados al CONSORCIO es Provias Descentralizado; la **ilicitud o antijuricidad** se configura al haber lesionado sus derechos patrimoniales al

irrogarles un desmedro económico innecesariamente por el retraso en el pago de una prestación que efectivamente brindaron (levantamiento de observaciones para la recepción de la obra) y que no les ha sido retribuida económicamente hasta la fecha; el **factor de atribución** se apreciaría en el largo tiempo transcurrido sin que la ENTIDAD haya cumplido con proporcionarles la cantera para el afirmado a pesar de nuestros múltiples requerimientos; el **nexo causal** es el perjuicio económico ocasionado por el transcurso del tiempo sin que se hayan podido proceder con el levantamiento de observaciones (tres meses aproximadamente) lo cual les generó gastos por el establecimiento, trabajadores, maquinarias, logística, etc. y; por último, el **daño** en sí mismo, siendo éste de por el empobrecimiento del CONSORCIO al no ver recuperada la inversión realizada en la ejecución de los trabajos adicionales para la culminación de la obra a satisfacción de la ENTIDAD (empleando recursos propios) y b) el **lucro cesante o daño a la expectativa económica** dado que durante el tiempo de retraso en la recepción de la obra, el CONSORCIO bien pudo haber gestionado y obtenido nuevos proyectos que desarrollar.

- Cláusula Trigésima Sexta del Contrato N° 051-2012-MTC/21 de fecha 15 de febrero de 2013.
- 30. Dicha cláusula establece que todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación de dicho contrato, incluidos los que se refieren a su nulidad, invalidez, serán resueltos de manera definitiva mediante arbitraje. Esta cláusula es invocada por el CONSORCIO para amparar su pretensión subordinada de indemnización por ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO (en el caso de desestimarse la segunda pretensión principal) debido a que la ENTIDAD se ha beneficiado con los trabajos realizados por su empresa en el levantamiento de observaciones, sin que hayan cumplido con reembolsar el costo de los mismos hasta la fecha.
- 31. Señala que diversos documentos acreditarían que la ENTIDAD tenía pleno conocimiento de la necesidad de habilitar una cantera para proceder al levantamiento de las observaciones acotadas por la Comisión de Recepción de Obra, sin embargo, no cumplió con dicha obligación por más de 3 meses, situación que retrasó la culminación de la obra y su consiguiente recepción. Ante tal situación, se vieron en la necesidad de realizar el levantamiento de observaciones con recursos propios, lo que les ha generado mayores gastos generales por la suma de S/. 50,000.00 Nuevos Soles.
- 32. En el supuesto que se pretendiera desconocer el derecho a la contraprestación que le asiste por los trabajos adicionales efectivamente ejecutados, solicitan el pago de S/. 50,000.00 Nuevos Soles por ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO de la ENTIDAD, al verse beneficiada con la obra debidamente culminada y en funcionamiento, a pesar de no haber cumplido con su compromiso de habilitar la cantera para el material afirmado, según lo establecido en el Acta de Inspección y Acuerdos de fecha 01 de septiembre de 2012 y en la Carta N° 058-2012-MTC/21.CJM de fecha 20 de septiembre de 2013.
- 33. En ese sentido, concluye que el enriquecimiento sin causa por parte de la ENTIDAD se produjo como consecuencia de la ejecución del contrato, por lo que su pretensión estaría



inmersa dentro del convenio arbitral y es pasible de pronunciamiento por parte del Árbitro Único.

EXCEPCIONES DE INCOMPETENCIA, CONTESTACIÓN DE DEMANDA Y RECONVENCIÓN

34. Mediante escrito de fecha 17 de septiembre de 2013, la ENTIDAD dedujo dos excepciones de incompetencia por materia no arbitrable respecto de la segunda pretensión principal de la demanda y la pretensión subordinada a la segunda pretensión principal de la demanda. Asimismo, contestó la demanda interpuesta por el CONSORCIO y formuló reconvencción, todo ello del siguiente modo:
- **Precisión respecto al monto a favor de la ENTIDAD establecido en la Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21**
35. La ENTIDAD precisa que conforme al cuadro de liquidación adjunto a la Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21, el monto a favor de la ENTIDAD, que es lo mismo que el saldo a cargo del Contratista, asciende a la suma de S/. 22,530.49 (Veintidós mil quinientos treinta y 49/100 Nuevos Soles).
36. En tal sentido, asegura que resulta falsa la aseveración contenida en la primera pretensión principal de la demanda, consistente en que la Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21 aprobaría la Liquidación Final de Obra con un saldo en contra de Consorcio Nor Oriental por la suma de S/. 22,530.49 Y la aplicación de una multa de S/. 31,196.05, toda vez que a ese último monto se le ha descontado la amortización de S/. 8,665.55, lo que da como resultado un único saldo a cargo del Contratista ascendente a S/. 22,530.49, lo cual solicita tener presente a los efectos que correspondan a todo el presente arbitraje.
- **Excepción de Incompetencia por materia no arbitrable respecto de la segunda pretensión principal de la demanda**
37. Conforme a lo establecido en la Cláusula Décima Sexta y Décima Novena del Contrato, para aprobar un adicional menor o equivalente al 10% del monto del Contrato (que equivale a S/. 31,196.04), se requiere: (i) la no objeción por PROVIAS DESCENTRALIZADO y (ii) la anotación del pedido en el Cuaderno de Obra y para su ejecución se requiere la aprobación de PROVIAS DESCENTRALIZADO. Asimismo, las partes acordamos contractualmente que el contratista no tendrá derecho al pago de costos adicionales en que hubiera incurrido y podrían haberse evitado.
38. De otro lado, afirma que para aprobar un adicional cuyo monto exceda el 10% del monto total del Contrato (que equivale a S/. 31,196.04), se requiere: (i) la aprobación de PROVIAS DESCENTRALIZADO, (ii) la no objeción de los BANCOS y (iii) la anotación del pedido en el Cuaderno de Obra, y para su ejecución y pago, LA AUTORIZACIÓN EXPRESA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Para este caso,



también las partes acordaron en el Contrato que el CONSORCIO no tendrá derecho al pago de costos adicionales en que hubieran incurrido y podrían haberse evitado.

39. Pues bien, en el presente caso no solo no se ha invocado la ocurrencia de cualquiera de los requisitos antes descritos, sino que además no ha ocurrido ninguno de esos requisitos ni en lo que respecta al levantamiento de observaciones ni en ninguna otra circunstancia, por lo que no corresponde otorgar adicional alguno, al no cumplirse los requerimientos establecidos voluntaria y contractualmente por las partes, por lo que esta pretensión debe ser declarada improcedente.
40. Sin perjuicio de ello, resalta que el monto solicitado por adicionales por el CONSORCIO asciende a S/. 50000.00 (Cincuenta mil y 00/100 Nuevos Soles), es decir, excede el 10% del monto total del Contrato (que equivale a S/. 31,196.04), lo que equivale a que para su ejecución y pago se requiere la autorización expresa de la Contraloría General de la República.
41. De la Cláusula Trigésima del Contrato, del literal k) del artículo 22 y artículo 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República - Ley N° 27785, se evidencia que el adicional solicitado por el CONSORCIO resulta materia no arbitrable, al existir un impedimento contractual y legal para someter a arbitraje el adicional solicitado por el Contratista y que inclusive supera el 15% del monto contractual referido en el artículo 208° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
42. Asevera que lo anterior es concordante con la Ley de arbitraje cuyo artículo 2 en su numeral 1 establece que "Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen (...)". En efecto, no siendo la segunda pretensión principal una materia de libre disposición, pues respecto de ella la Ley ha reservado la exclusiva competencia del órgano contralor de la República, la pretensión de la demanda bajo acotación resulta materia inarbitrable, pues para la libre disposición de la materia conforme a derecho no basta que estemos ante una controversia patrimonial, sino que dicha controversia debe encontrarse en libre disposición, lo cual no ocurre en el presente caso conforme a lo señalado.
 - **Excepción de Incompetencia por materia no arbitrable respecto de la pretensión subordinada a la segunda pretensión principal de la demanda**
43. Conforme se aprecia de la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato, las partes hemos acordado que las controversias derivadas de otras fuentes de obligaciones distintas al Contrato, no serán arbitrables.
44. Evidentemente, el enriquecimiento sin causa o enriquecimiento indebido solicitado en la pretensión subordinada a la segunda pretensión principal es una fuente de obligaciones distinta al Contrato que no se encuentra comprendida dentro de los alcances del convenio arbitral.

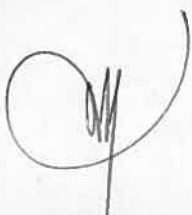


45. El enriquecimiento sin causa tiene como uno de sus requisitos indispensables la necesidad de que se presente la ausencia de una causa justa; en otras palabras, no existe un vínculo (por ejemplo contractual -un contrato-) que justifique válida y jurídicamente por qué una parte se ve "empobrecida" y la parte se ve "enriquecida" a costa de la parte afectada, de manera tal que surge como un supuesto de fuentes de las obligaciones distinto considerado por el legislador para remediar una situación injusta.
46. Entonces, para que se presente el supuesto de enriquecimiento sin causa, no debe existir un contrato o cualquier otro tipo de relación jurídica que sea la causa de la transferencia patrimonial, pues de lo contrario no deberíamos acudir a este remedio, sino a los remedios restitutorios correspondientes. En ese sentido, afirmar en este caso que el enriquecimiento sin causa surge de un contrato y por ello se puede someter a arbitraje, es una afirmación contradictoria en si misma que desnaturaliza el convenio arbitral y la voluntad de las partes pues en otras palabras se está diciendo que es un enriquecimiento sin causa basado en un contrato, que es una causa, es decir un enriquecimiento con causa.
47. La ENTIDAD recalca que existen pronunciamientos de la Sala comercial que dictan que el enriquecimiento sin causa no incorporado en el convenio arbitral no resulta arbitrable, lo cual confirma su posición.
48. De otro lado, afirma que el hecho que la pretensión de enriquecimiento sin causa haya sido formulada como una SUBORDINADA, no significa que se haya verificado el cumplimiento de la residualidad que requiere la figura jurídica invocada.
49. En efecto, la condición que impone el Código Civil de invocar el enriquecimiento indebido o sin causa cuando no exista otra vía para solicitar lo correspondiente no quiere decir que sí hayan otras vías pero que éstas hayan sido rechazadas precedentemente, pues ello iría en contra de la cosa juzgada, sino que en la realidad no debe existir mecanismo alguno para obtener un negado resarcimiento por los mismos hechos.

- **Contestación de Demanda**

Sobre la primera pretensión principal

50. El CONSORCIO señala que se hizo 5 observaciones a subsanar por dicho Consorcio en cinco (5) días; sin embargo, estas observaciones no pudieron ser levantadas en el plazo debido a que la Cantera San Juan se habría encontrado agotada, señalando expresamente en su momento que *las observaciones serían levantadas cuando la entidad haga entrega de la libre disponibilidad del afirmado* y dejando constancia expresa de la imposibilidad del levantamiento de observaciones. No obstante ello, 2 meses después sí habrían cumplido con subsanar las observaciones establecidas, conforme al gasto señalado a un cuadro que consignan en su escrito de demanda.



51. Sobre el particular, manifiesta en primer lugar que el cuadro de los negados gastos generales a los que habría incurrido no resultan sino un mero dicho de parte por lo que no encontrándose debidamente comprobados los montos, no resulta procedente dicha sustentación de gastos. Lo contrario, es decir otorgar mediante laudo esta suma por el solo dicho de parte, sería afectar nuestro derecho al debido proceso, a la legítima defensa, a la tutela jurisdiccional efectiva, entre otros, por lo que solicita desestimar esta pretensión.
52. Sin perjuicio de ello, recalca que en un primer momento, el CONSORCIO señaló que no contaba con disponibilidad de materiales en la Cantera; sin embargo, luego de dos (2) meses sí pudo cumplir con levantar las observaciones efectuadas. Pues dicho levantamiento se hizo mediante material de la propia cantera San Juan.
53. En efecto, es el mismo contratista con la no aprobación de cambio de cantera quien reconoce que efectuó el levantamiento de observaciones con la misma establecida en el Expediente lo cual entre otras pruebas se acredita con el hecho de que en su propia demanda, el Contratista no precisa de dónde es que obtuvo el material para efectuar tardíamente el levantamiento de las observaciones tardanza que derivó en la respectiva aplicación de penalidad que a su vez fue amortizada.
54. Además señala que el Contratista nunca tramitó, ni durante ni después de la ejecución contractual, un adicional de obra respecto al agotamiento de cantera, lo cual acepta el mismo Consorcio en su Carta N° 58-2012/CONOR-MTC/21, cuando reconoce que *"no se ha solicitado oportunamente ADICIONAL DE OBRA por dificultades de Extracción de Cantera"*.
55. Por dichos motivos, habiéndose acreditado que el levantamiento de observaciones sí era posible en el plazo establecido, pues el contratista sí utilizó material de la cantera aprobada en el expediente y no solicitó adicional alguno por cantera, la primera pretensión de la demanda debe ser declarada infundada.
56. De otro lado, el demandante señala que la Liquidación, aprobada por Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21 carece de debida motivación al haber sido sustentada en hechos que no ajustan a la realizada, y carece del principio de legalidad al no tener asidero en una o varias normas legales expresas. Sobre el particular, el contratista no ha explicado de qué manera dicha Liquidación no cuenta con debida motivación y no se sujeta al principio de legalidad. Por el contrario, deja constancia su oposición a este argumento, toda vez que basta una lectura a la Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21 para vislumbrar los fundamentos que redundan en la liquidación efectuada sin perjuicio de que toda la documentación al respecto es de pleno conocimiento del Contratista. Por dicho motivo la primera pretensión de la demanda debe ser declarada infundada y/ o improcedente.

Sobre la pretensión accesorio a la primera pretensión principal.

57. En primer lugar, señala que esta no es una pretensión accesorio, por lo que corresponderá al árbitro único reencausarla como una que corresponda a su naturaleza, pues el

consentimiento de la liquidación de un parte no deviene accesoriamente de la invalidez de la liquidación de la otra parte.

58. Ahora bien, asevera que el CONSORCIO reconoce y acepta en su demanda arbitral que la Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21 fue notificada al CONSORCIO el 07 de enero de 2013 vía correo electrónico.
59. Sobre el particular, manifiesta que su liquidación del contrato fue notificada por correo electrónico el 7 de enero de 2013 por lo que la fecha de válida notificación de su liquidación no se encuentra en controversia pues ha sido aceptada por ambas partes; no obstante ello dicha circunstancia no determina que la liquidación del Contratista haya quedado consentida sino que por el contrario determina que la nuestra así se encuentra.
60. Señala que la Liquidación de Obra fue presentada por el Contratista al Supervisor de Obra en fecha 10 de diciembre de 2012 tal y como consta en el cargo de Recepción de la Carta N° 104-2012/CONOR-MTC/21.
61. Teniendo en cuenta que la fecha de presentación de la Liquidación fue el 10 de diciembre de 2012 Provías Descentralizado contaba con el plazo de 30 días para su aprobación u observación, plazo que vencía el 09 de enero de 2013.
62. Provías Descentralizado cumplió con notificar copia escaneada de la Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21 al correo electrónico del Contratista conor_sac@hotmail.com en fecha 07 de enero de 2013. Sin perjuicio de la notificación vía correo electrónico, la Entidad notifica la Resolución Directoral mediante Oficio N° 30-2013-MTC/21.UGAL de fecha 08 de enero de 2012 por vía notarial, es decir, dentro del plazo legal que correspondía.
63. Precisa además que el Contratista mediante Carta N° 57-2012CONOR-MTC de fecha 29 de agosto de 2012, ratificó su correo electrónico como válido para hacerle llegar las comunicaciones y las notificaciones, quedando constancia de dicha dirección electrónica en las Cartas N° 04-2013/CONOR-MTC/2013 de fecha 02 de enero de 2013 y N° 02-2013/CONOR-MTC/2013 de fecha 03 de enero de 2013. Trae a colación sobre el particular, el numeral 4.1. de la Cláusula Cuarta del Contrato N° 051-2012-MTC/21 que dispone que surten efectos legales las comunicaciones cursadas entre las partes por correo electrónico.
64. Respecto de la Carta N° 104-2012/CONOR-MTC/21, presentada por el CONSORCIO como medio probatorio en su escrito de demanda arbitral y en la cual se apreciaría que la liquidación de obra fue recepcionada por el supervisor de obra el 06 de diciembre de 2012, manifiesta que dicha carta nunca fue presentada a la ENTIDAD por lo que desconoce, es más, le llama la atención que la carta en mención no tenga el mismo tenor que la carta que obra en los archivos de la ENTIDAD pese a tener la misma numeración.

65. Por ello, solicita que el árbitro único tome en cuenta la mala fe con la que viene obrando el Contratista, pues en su demanda señala que el supervisor puso una fecha equivocada en el cargo de la carta de liquidación del contratista; sin embargo, es el Contratista quien obró de mala fe, pues presentó dos (2) cartas diferentes entre sí, lo cual se puede apreciar de una vista al formato diferente entre ambas cartas enumeradas bajo la misma identificación N° 104-2012/CONOR-MTC/21, en donde una tiene el mismo contenido pero en distintos números de párrafos respecto de la otra y, lo que es más grave, el sello del supervisor tiene un tipo de letra distinto, lo cual evidencia la mala fe con la que ha actuado el CONSORCIO al pretender iniciar un arbitraje contravirtiendo una liquidación sobre la base de presentación de documentación falsa.
66. Además, considera que se debe tener en cuenta que en realidad el CONSORCIO aceptó tomar conocimiento inclusive con fecha anterior al 7 de enero de 2013 de su liquidación, conforme se acredita con la documentación: Carta N° 04-2013/CONOR-MTC/2013 de fecha 02.01.2013 y Carta N° 02-2013/CONOR-MTC/2013 de fecha.
67. Sin perjuicio de ello, y aún considerando la afirmación efectuada por el propio CONSORCIO, consistente en que fueron notificados de la liquidación de la ENTIDAD el 7 de enero de 2013, y que la liquidación del contratista fue planteada con anterioridad, el día 6 de diciembre de 2012, la ENTIDAD considera que se debe tener presente que haciendo un simple cálculo de días, contado desde el 6 de diciembre de 2012, los treinta (30) días para que la ENTIDAD emita una nueva liquidación, habrían vencido el 5 de enero de 2013, conforme lo admite el CONSORCIO en su demanda, empero ésta olvida que el 5 de enero de 2013 fue sábado, es decir, día inhábil.
68. Al respecto, cita el artículo 151° del Reglamento y/o el artículo 183° del Código Civil, según los cuales: "el plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente". Este artículo, precisa, es sumamente claro por lo que incluso bajo la afirmación del demandante, la liquidación de la ENTIDAD fue emitida dentro del plazo contractual, lo que determina que la liquidación presentada por el CONSORCIO no se encuentra consentida.

Sobre la segunda pretensión principal.

69. Conforme a lo establecido en la Cláusula Décima Sexta y Décima Novena del Contrato, para aprobar un adicional menor o equivalente al 10% del monto del Contrato (que equivale a S/. 31,196.04), se requiere: (i) la no objeción por PROVIAS DESCENTRALIZADO y (ii) la anotación del pedido en el Cuaderno de Obra y para su ejecución se requiere la aprobación de PROVIAS DESCENTRALIZADO. Asimismo, las partes acordamos contractualmente que el contratista no tendrá derecho al pago de costos adicionales en que hubiera incurrido y podrían haberse evitado.
70. De otro lado, afirma que para aprobar un adicional cuyo monto exceda el 10% del monto total del Contrato (que equivale a S/. 31,196.04), se requiere: (i) la aprobación de PROVIAS DESCENTRALIZADO, (ii) la no objeción de los BANCOS y (iii) la anotación del pedido en el Cuaderno de Obra, y para su ejecución y pago, LA AUTORIZACIÓN



EXPRESA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Para este caso, también las partes acordaron en el Contrato que el CONSORCIO no tendrá derecho al pago de costos adicionales en que hubieran incurrido y podrían haberse evitado.

71. Pues bien, en el presente caso no solo no se ha invocado la ocurrencia de cualquiera de los requisitos antes descritos, sino que además no ha ocurrido ninguno de esos requisitos ni en lo que respecta al levantamiento de observaciones ni en ninguna otra circunstancia, por lo que no corresponde otorgar adicional alguno, al no cumplirse los requerimientos establecidos voluntaria y contractualmente por las partes, por lo que esta pretensión debe ser declarada improcedente.
72. En efecto, señala que el CONSORCIO no presentó ningún expediente de adicional de obra por concepto de agotamiento de cantera, en el cual haya cuantificado los costos adicionales en que tendría que incurrir para el levantamiento de observaciones, tampoco consignó observación alguna en el Acta de Observaciones de Obra.
73. En tal sentido, sostiene que no procede otorgar adicional alguno al haberse incumplido con lo estipulado en la Directiva de Supervisión N° 003-2005-MTC/21, aprobada con Resolución Directoral N° 224-2005-MTC/21 de fecha 04 de marzo de 2005, en su numeral 3.3.7 Adicionales de Obra, literal c, punto 2, *"El Contratista en el plazo máximo de cinco (05) días útiles de la anotación en el cuaderno de obra deberá presentarla al Supervisor Externo o Inspector, el Expediente Completo del Adicional de Obra, debidamente sustentado, literal f) Extemporáneo.- Si el Contratista, no presenta al Supervisor Externo el Expediente del Adicional dentro del plazo establecido, el Supervisor Externo no tramitará el mismo por Extemporáneo"*.
74. Sin perjuicio de ello, agrega que también se ha incumplido la Directiva de Supervisión N° 003-2005-MTC/21, aprobada con Resolución Directoral N° 224-2005-MTC/21 de fecha 04 de marzo de 2005, que en su numeral 3.3.7 Adicionales de Obra, literal c), numeral 2, indica que el Adicional de Obra debe contener: *"Justificación Técnica y Legal, Memoria Descriptiva Detallada de cada partida a ejecutar, plazo y cronograma de ejecución, especificaciones técnicas, planilla de metrados sustentado con la información pertinente y deberá ir acompañada de los croquis y/o diagramas que permitan su verificación, así como las hojas de cálculo que correspondan para una mayor explicación, análisis de precios unitarios contratados, análisis de los gastos generales del adicional (fijos y variables), Presupuesto del Adicional, planos, calendario valorizado de avance de obra, copias de las anotaciones del cuaderno de obra, opinión del consultor que elaboró los estudios y panel fotográfico."*.
75. Asimismo, asegura que el Contrato también establece que EL CONTRATISTA no tendrá derecho al pago de costos adicionales en que hubiere incurrido y que podrían haberse evitado. Siendo que las observaciones efectuadas corresponden a un requerimiento a cumplir lo que dice el propio contrato, el CONSORCIO bien pudo evitar la realización de las observaciones mediante el fiel cumplimiento del contrato; sin embargo, no lo hizo. Tan es así, que no objetó ninguna de sus observaciones y además, las cumplió tardíamente, sin objetar nunca que las observaciones efectuadas no se encuentran comprendidas dentro de la ejecución del contrato, lo cual acreditaría el hecho que señalara, pues el CONSORCIO bien pudo evitar el costo de las observaciones simplemente mediante el cumplimiento del contrato.

76. En efecto, de la evaluación del Acta de Observaciones, se puede determinar que la comisión formuló cinco (05) observaciones, tres (03) de las cuales se referían a añadir material al afirmado existente con utilización de cantera (Observaciones 1, 4 y 5), siendo que el contratista no consignó ninguna observación al respecto referente a la falta de cantera para tal fin.
77. A su vez, considera que se debe tener en cuenta que va contra los actos propios y demuestra la mala fe del contratista solicitar un presupuesto adicional para cumplir con levantar las observaciones, pues ello conllevaría al absurdo de aceptar que el contratista "genere" o "provoque" el incumplimiento del contrato para que al entregar la obra se le efectúen observaciones y, sobre la base de ellas, solicite un dinero adicional para cumplir con ejecutar la obra cuya ejecución ya se encuentra presupuestada en la oferta económica y en el contrato, lo cual es absolutamente contradictorio y abusivo.
78. De manera referencial, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en su Artículo 210°.- Recepción de la Obra y plazos, numeral 2 establece que: *"Las obras que se ejecuten como consecuencia de observaciones no darán derecho al pago de ningún concepto a favor del contratista ni a la aplicación de penalidad alguna."*, por ello, no procede ningún costo por levantamiento de observaciones.
79. De igual manera, señala que el Reglamento ha previsto el procedimiento en caso del CONSORCIO no se encuentre conforme con las observaciones formuladas por el Comité de Recepción, en su numeral 3, indica que *"En caso que el contratista o el comité de recepción no estuviese conforme con las observaciones o la subsanación, según corresponda, anotará la discrepancia en el Acta respectiva."*
80. De otro lado, manifiesta que el cuadro de los negados gastos generales en los que habría incurrido el CONSORCIO no resulta sino un mero dicho de parte, por lo que no encontrándose debidamente comprobados los montos, no resulta procedente dicha sustentación de gastos.

Sobre la pretensión subordinada a la segunda pretensión principal

81. Sobre este punto, la ENTIDAD reitera lo señalado en su excepción contra esta pretensión, toda vez que el enriquecimiento indebido o sin causa no se encuentra comprendido dentro de los alcances del convenio arbitral suscrito por las partes, por lo que la vía arbitral no es el mecanismo idóneo para la solución de esta controversia.
82. Considera que esta pretensión deber ser declarada improcedente puesto que el CONSORCIO señala que la causa del enriquecimiento es la ejecución del contrato, entonces, si la causa es el contrato mismo, se cuestiona ¿cómo es que resultaría procedente solicitar un enriquecimiento que no tiene causa?.

83. Ahora bien, en cuanto al monto solicitado por enriquecimiento indebido o sin causa, ascendente a S/. 50,000.00 Nuevos Soles, manifiesta que el cuadro de los negados gastos generales en los que habría incurrido no resultan sino un mero dicho de parte, por lo que no encontrándose debidamente comprobados los montos, no resulta procedente dicha sustentación de gastos.
84. Asimismo, se debe tener en cuenta que el CONSORCIO señala que la Entidad tenía pleno conocimiento de la necesidad de habilitar una cantera para proceder al levantamiento de las observaciones; sin embargo señala que no habría cumplido su obligación por más de 3 meses, situación que habría retrasado la culminación de la obra y su consiguiente recepción, lo que habría forzado al CONSORCIO a levantar las observaciones con recursos propios que hoy reclama como enriquecimiento indebido; no obstante ello, con la propia aceptación del demandante se desvirtúa el hecho que la ENTIDAD haya incumplido con observación alguna, toda vez que es el mismo CONSORCIO quien acepta que levantó las observaciones; empero, no precisa qué cantera usó para efectuar el referido levantamiento, pues en realidad utilizó la cantera establecida en el Expediente, lo que acredita que sí podían cumplir con las observaciones efectuadas en el plazo establecido.
85. Sin perjuicio de ello, en caso que se hayan levantado las observaciones con una cantera distinta a la autorizada en el expediente técnico, el demandante no ha acreditado el cumplimiento de los requerimientos para utilizar una cantera distinta a la autorizada, por lo que de ser ese el caso más bien se acreditaría el incumplimiento contractual por parte del CONSORCIO.

Sobre la tercera pretensión principal

86. Sobre esta pretensión, la ENTIDAD sostiene que el levantamiento de las observaciones no son pasibles de adicionales ni mucho menos de indemnización por daños y perjuicios. Asimismo, señala que el CONSORCIO no ha adjuntado medio probatorio alguno a su demanda que acredite los supuestos daños incurridos, siendo que solo ha mencionado presentarlos pero no lo ha hecho en su demanda.

• RECONVENCIÓN

87. La ENTIDAD formula las siguientes pretensiones:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se declare consentida la Liquidación Final del Contrato practicada por Provías Descentralizado mediante Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21, al no haberse pronunciado al respecto el Consorcio Nor Oriental dentro del plazo establecido en la Cláusula Vigésimo Quinta del Contrato.

PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se ordene al Consorcio Nor Oriental el pago de la suma de S/. 22,530.49 Nuevos Soles a favor de Provías Descentralizado, como consecuencia del consentimiento de la Liquidación Final

del Contrato N° 051-2012-MTC/21 practicada por Provías Descentralizado mediante Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21.

PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y A SU PRETENSIÓN ACCESORIA: Que se declare la validez de la Liquidación Final del Contrato practicada por Provías Descentralizado mediante Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21.

PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRETENSIÓN SUBORDINADA PRECEDENTE: Que se ordene al Consorcio Nor Oriental el pago de la suma de S/. 22,530.49 Nuevos Soles, a favor de Provías Descentralizado, como consecuencia de la validez de la Liquidación Final del Contrato, practicada por Provías Descentralizado mediante Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se condene al Consorcio Nor Oriental al pago del 100% de las costas y costos arbitrales.

Fundamentos de Hecho y de Derecho

Sobre la primera pretensión principal y de la pretensión accesoria a la primera pretensión principal.

88. La ENTIDAD reitera lo desarrollado en su contestación a la pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la demanda, volviendo a manifestar que la fecha de presentación de la Carta N° 104-2012/CONOR-MTC al Supervisor fue el 10 de diciembre de 2012, acreditando más bien que el CONSORCIO ha ofrecido como medio probatorio una carta que no sería la que presentó al Supervisor, lo cual se acredita con las diferencias entre ambas misivas y la diferencia en el tipo de letra del sello del supervisor.
89. Señala que han cumplido con remitir su liquidación el 7 de enero de 2013, lo que significa que de acuerdo al procedimiento establecido en la cláusula vigésimo quinta del Contrato, el CONSORCIO tenía quince (15) días calendario a partir del 7 de enero de 2013 para realizar observaciones a su liquidación, lo que significa que el plazo para formular dichas observaciones venció el 22 de enero de 2013; sin embargo, el CONSORCIO presentó sus observaciones el 23 de enero de 2013, es decir, habiendo vencido el plazo indicado en el contrato (dicho plazo venció el 22 de enero de 2013).
90. En tal sentido, afirma que su liquidación ha quedado consentida por lo que su primera pretensión principal y su accesoria deben ser declaradas fundadas.

Sobre la pretensión subordinada a la primera pretensión principal y las pretensiones accesorias

91. Conforme lo ha aceptado en la propia demanda, el CONSORCIO levantó las observaciones efectuadas en el Acta de observaciones fuera del plazo establecido, sin haber objetado nada durante el acta, según las normas detalladas en su contestación de

demanda. Además dicho levantamiento de observaciones fue con el material de la cantera aprobada en el expediente técnico, lo que demuestra que bien pudo levantar el CONSORCIO la observación dentro del plazo establecido.

Sobre la segunda pretensión principal

92. Atendiendo a todo lo señalado, la ENTIDAD solicita condenar al CONSORCIO al pago del 100% de las costas y costos arbitrales, al haber iniciado un proceso arbitral sin contar con sustento técnico ni legal alguno.

ABSOLUCIÓN DE LAS EXCEPCIONES DE INCOMPETENCIA, CONTESTACIÓN DE DEMANDA Y RECONVENCIÓN POR PARTE DEL CONSORCIO

Sobre la excepción de incompetencia planteada a la segunda pretensión

93. El CONSORCIO sostiene que la segunda pretensión principal de su demanda no está orientada a solicitar la aprobación de un adicional de obra tal y como equivocadamente lo esgrime la ENTIDAD demandada, en primer lugar porque es bien sabido que el procedimiento para su obtención está debidamente reglamentado en la normatividad vigente y, en segundo lugar porque dicho adicional debe solicitarse durante la vigencia del plazo de ejecución contractual y, evidentemente, antes de la realización de los trabajos adicionales.
94. Asegura que en los fundamentos de hecho de su demanda han explicado claramente las diversas razones por las cuales se tuvieron que realizar los mencionados trabajos adicionales, esto debido a la renuencia de la ENTIDAD a no facilitarles la cantera para el levantamiento de las observaciones, es decir, no es que soliciten mediante el presente arbitraje la aprobación de un adicional de obra de manera extemporánea sino que pretenden el resarcimiento de todo lo que ha gasta su empresa ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la ENTIDAD.
95. En tal sentido, señala que tratándose de trabajos efectivamente realizados a satisfacción de la Entidad y siendo jurídicamente imposible la tramitación de un adicional de obra como tal, recurren a la vía arbitral para hacer efectivo su derecho al reconocimiento de los referidos trabajos, así como al correspondiente pago por la ejecución de los mismos.
96. Afirma que se encuentra acreditado con suficientes medios probatorios que la ENTIDAD tuvo pleno conocimiento de la necesidad de habilitar una cantera para proceder con el levantamiento de observaciones, incluso se firmó un convenio con el Supervisor de la Obra en el que se estableció que éstas no serían subsanadas sino hasta cuando la Entidad procediera a solucionar el problema de la cantera.
97. Siendo esto así, la ENTIDAD mal hace ahora al desconocer estos hechos y pretender desestimar la pretensión del CONSORCIO por no considerarla arbitrable. Sobre este punto, precisan que la Cláusula Arbitral contenida en el contrato excluye a los



adicionales de obra respecto de los cuales la Contraloría General de la República ejerce el control previo, sin embargo, por las razones expuestas, nos encontramos ante una pretensión que nada tiene que ver con la tramitación de un adicional de obra y mucho menos que esté sujeto al control previo de la mencionada Entidad; por el contrario, se trata de un derecho que le asiste al CONSORCIO ante la inacción de la ENTIDAD, debiendo solucionar los inconvenientes con sus propios recursos para cumplir los fines del contrato.

98. Por tanto, al no tratarse de la tramitación de un adicional de obra sujeto a control previo de la Contraloría, estima que la segunda pretensión principal de la demanda es perfectamente válida para ser conocida por el Árbitro Único.

Sobre la excepción de incompetencia planteada a la pretensión subordinada a la segunda pretensión principal

99. En cuanto a esta excepción, reitera que no se está solicitando la aprobación de un adicional de obra y mucho menos un adicional que supere los parámetros de competencia de la propia entidad. Los adicionales de obra tienen como característica que se solicitan antes de su ejecución y durante la vigencia del plazo de ejecución de la obra, esto es porque están supeditados a la aprobación de la Entidad.
100. Reitera que no se pretende la tramitación de un adicional de obra sino el resarcimiento económico por los trabajos realizados en virtud de una situación en particular por el incumplimiento de las obligaciones contractuales de la entidad al no haber habilitado la cantera correspondiente para la finalización de los trabajos del contrato al momento del levantamiento de observaciones.
101. Precisan también que se trata de un derecho que le asiste al haber sido perjudicada económicamente con la inacción de la demandada. Por tal motivo, consideran que corresponde solicitar que, en caso la segunda pretensión principal sea desestimada por el Árbitro Único, se reconozca entonces que existe enriquecimiento indebido por parte de la Entidad.
102. La Cláusula Trigésima Sexta del Contrato N° 051-2012-MTC/21 suscrito con la demandada establece que todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación de dicho contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva mediante arbitraje. Esta cláusula ampara la pretensión subordinada de indemnización por enriquecimiento indebido debido a que la ENTIDAD se ha beneficiado con los trabajos realizados por el CONSORCIO en el levantamiento de las observaciones.
103. Insiste en que ha quedado demostrado que la ENTIDAD tenía pleno conocimiento de la necesidad de habilitar una cantera para proceder al levantamiento de las observaciones, sin embargo, no cumplió con dicha obligación por más de 3 meses, situación que retrasó la culminación de la obra y su consiguiente recepción, perjudicando así a su representada.



104. Señala que la ENTIDAD se ha beneficiado con la obra debidamente culminada y en funcionamiento, a pesar de no haber cumplido con su compromiso de habilitar la cantera para el material afirmado, según lo establecido en el Acta de Inspección y Acuerdos de fecha de 01 de septiembre de 2012 y en la carta N° 058-2012-MTC/21.CJM de fecha 20 de septiembre de 2013.

Absolución de la contestación de la demanda

105. La ENTIDAD cuestiona los hechos expuestos en la demanda utilizando únicamente una afirmación carente de todo sustento probatorio: el levantamiento de observaciones se hizo mediante el material de la propia cantera san juan. Ni siquiera se ha molestado en pronunciarse con relación a todas las pruebas que aportadas en la demanda en las que se ha dejado expresa constancia de los siguientes hechos :
- a. Consorcio informó oportunamente a la Entidad (a través del Cuaderno de Obra así como diversas comunicaciones) que la Cantera San Juan se había agotado.
 - b. Consorcio y el Supervisor de Obra suscribieron un Acta de Acuerdos el día 01.09.2013, en la que se estableció que las observaciones se levantarían cuando la Entidad proporcionara el material para afirmado.
 - c. Consorcio realizó el levantamiento de observaciones utilizando recursos propios, dada la inacción de Provias Descentralizado, al haber transcurrido 3 meses desde que se solicitó la habilitación de la cantera.
106. En cuanto a la liquidación final de obra, señala que el CONSORCIO presentó su liquidación al Supervisor el 6 de diciembre de 2012, si la demandada desconociera este hecho, sostiene que bien pudo haber cuestionado la validez del mismo mediante la forma pertinente para ello mediante una tacha, lo cual no ha hecho al momento de contestar la demanda.
107. El hecho que el Supervisor haya consignado 10 de diciembre de 2012 como fecha de recepción de la liquidación del contratista denota que el supervisor actuó de mala fe y con negligencia al consignar dos fechas diferentes para el mismo documento.
108. Según lo establecido en la Cláusula Vigésima Quinta del Contrato, una vez que el contratista presentara su liquidación la entidad contaba con 30 días para observar y/o reformular dicha liquidación. La Resolución Directoral N° 2015-2013-MTC/21 fue notificada al contratista en la misma fecha de su emisión, es decir, dos días después de haberse vencido el plazo para formular observaciones o replantear la liquidación, motivo por el cual su emisión es extemporánea y por ende la liquidación del CONSORCIO ha quedado consentida.



Contestación de la Reconvención formulada por la demandada

109. Se insiste en que la Liquidación del CONSORCIO quedó consentida toda vez que contabilizando los 30 días de plazo con que contaba la ENTIDAD para observar y/o reformularla, dicho plazo venció el 5 de enero de 2013, razón por la cual ha quedado consentida.
110. Los plazos consignados en el contrato, la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento se contabilizan en días calendario, por lo que mal hace la ENTIDAD al remitirse a las normas generales cuya aplicación no resulta supletoria al presente caso.
111. Por una cuestión de equidad y en observancia del principio del debido proceso, la normatividad vigente se debe aplicar con igual rigor tanto para el Contratista como para la Entidad, por este motivo, la pretendida justificación que realiza la ENTIDAD para salvaguardar su responsabilidad por no haber observado a tiempo la liquidación del CONSORCIO, resulta improcedente.
112. Siendo ello así, considera que la liquidación del CONSORCIO ha quedado plenamente consentida y es válida para todos sus efectos legales, situación que convierte a la Resolución Directoral N° 015-20131-MTC/21 en nula e ineficaz, dado que ha sido emitida fuera del plazo legal.
113. Aún en el supuesto negado que la Resolución Directoral N° 015-20131-MTC/21 fuera eficaz, se sustenta en hecho que no se ajustan a la verdad, siendo uno de ellos la supuesta fecha en que el Supervisor recepcionó la liquidación final de obra, esto es, el 10 de diciembre de 2013, debiendo ser lo correcto el 6 de diciembre de 2013.
114. En conclusión, asegura que la Resolución Directoral N° 015-20131-MTC/21 carece de debida motivación al haber sido sustentada en hecho que no se ajustan a la realidad. Como está consignado en la Ley de la materia, todos los actos administrativos se deben basar en el principio de legalidad lo cual no ha sucedido en el presente caso, además la señala que la misma no se encuentra debidamente motivada.

IV. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

115. Con fecha 16 de abril del 2014 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos.
116. En dicha Audiencia, al verificar el Árbitro Único la existencia de una relación jurídica procesal válida, declaró saneado el proceso y dispuso que las excepciones de incompetencia deducidas por la ENTIDAD en su escrito de fecha 17 de septiembre de 2013, serían resueltas como cuestión previa al momento de emitir el laudo arbitral.



117. Dado que las partes no llegaron a conciliar, el Árbitro Único procedió a fijar los siguientes puntos controvertidos:

Puntos Controvertidos de la Demanda:

Primera Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no declarar la nulidad e ineficacia de la Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21 emitida por la ENTIDAD con fecha 07.01.2013 que aprueba la Liquidación Final de Obra con un saldo en contra del CONTRATISTA por la suma de S/. 22,530.49 Nuevos Soles y la aplicación de una multa de S/. 31,196.05 Nuevos Soles, por carecer de sustento técnico y legal.

Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no declarar que la Liquidación Final de Obra presentada por el CONTRATISTA mediante Carta N° 104-2012/CONOR-MTC/21 de fecha 20.11.2012, recibida por el Supervisor de Obra el 06.12.2012, ha quedado consentida por la ENTIDAD.

Segunda Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no ordenar a la ENTIDAD el pago al CONTRATISTA de la suma de S/. 50,000.00 Nuevos Soles, por concepto de trabajos adicionales necesarios para el levantamiento de observaciones, materia del Contrato N° 051-2012-MTC/21 suscrito con fecha 15.02.2012.

Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal: En caso que se desestime la Segunda Pretensión Principal, determinar si corresponde o no que la ENTIDAD pague al CONTRATISTA la suma de S/. 50,000.00 Nuevos Soles por concepto de indemnización por enriquecimiento indebido con el levantamiento de observaciones a la obra materia del Contrato N° 051-2012-MTC/21 suscrito con fecha 15.02.2012.

Tercera Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que la ENTIDAD pague al CONTRATISTA la suma de S/. 15,000.00 Nuevos Soles por concepto de indemnización por daños y perjuicios irrogados debido a la desatención de los pedidos del CONTRATISTA de gestión de la cantera necesaria para el levantamiento de las observaciones a la obra, lo que ha ocasionado innecesariamente gastos administrativos, financieros y de asesoría legal durante un año.

Puntos controvertidos de la Reconvención:

Primera Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no declarar consentida la Liquidación Final del Contrato N° 051-2012-MTC/21 realizada por la ENTIDAD mediante Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21, al no haberse pronunciado al respecto el Consorcio Nor Oriental dentro del Plazo establecido en la cláusula vigésimo quinta del Contrato.

Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que se ordene al CONTRATISTA pague a la ENTIDAD la suma de S/. 22,530.49 Nuevos



Soles como consecuencia del consentimiento de la Liquidación Final del Contrato N° 051-2012-MTC/21 realizada por la ENTIDAD mediante Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21.

Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal y a su Pretensión Accesorio: Determinar si corresponde o no declarar la validez de la Liquidación Final del Contrato N° 051-2012-MTC/21 realizada por la ENTIDAD mediante Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21.

Pretensión Accesorio a la Pretensión Subordinada Precedente: Determinar si corresponde o no que se ordene el pago al CONTRATISTA de la suma de S/. 22,530.49 Nuevos Soles a favor de la ENTIDAD como consecuencia de la validez de la Liquidación Final del Contrato N° 051-2012-MTC/21 realizada por la ENTIDAD mediante Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21.

Punto controvertido común: Determinar a quién corresponde el pago de las costas y costos del proceso arbitral.

118. El Árbitro Único se reservó el derecho de pronunciarse respecto a la materia controvertida, no necesariamente en el orden en el que han sido señalados los puntos controvertidos en dicha Acta. Asimismo, señaló que podría omitir, con expresión de razones, el pronunciamiento sobre algún punto controvertido si ello careciera de objeto en razón del pronunciamiento sobre otro u otros puntos controvertidos con los que el omitido guarde vinculación. Del mismo modo, precisó que los puntos controvertidos podrían ser ajustados o reformulados por el Árbitro Único si ello resultara, a su juicio, más conveniente para resolver las pretensiones planteadas por las partes, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo, sin excederse de la materia sometida al arbitraje.
119. En dicho acto, la abogada de la ENTIDAD dejó constancia de su disconformidad con el último párrafo del numeral precedente, desarrollando posteriormente mediante escrito de reconsideración de fecha 25 de abril de 2014 las razones de dicha disconformidad. Dicho recurso fue declarado INFUNDADO mediante Resolución N° 20 del 27 de mayo de 2014.
120. Seguidamente, el Árbitro Único admitió los medios probatorios ofrecidos por el CONSORCIO en el punto IV "MEDIOS PROBATORIOS" del numeral 1 al 17 del escrito de fecha 13 de agosto de 2013 y las exhibiciones de los documentos ofrecidos por dicha parte. Del mismo modo, admitió los medios probatorios ofrecidos por la ENTIDAD en el punto otrosí digo de los numerales 2 al 15 del escrito de fecha 17 de septiembre de 2013, así como los ofrecidos en su escrito de fecha 30 de septiembre de dicho año y la declaración del ingeniero Marlon Alexander Ruiz Méndez, quien se desempeñó como Supervisor de la obra.



V. AUDIENCIAS ESPECIALES

121. Con fecha 26 de mayo de 2014, se llevó a cabo la Audiencia Especial en la cual se tomó la declaración del ingeniero Marlon Alexander Ruiz Méndez, quien se desempeñó como Supervisor de la obra. En dicha audiencia, prestó su declaración respecto a la fecha de presentación de la liquidación practicada por el CONSORCIO y sobre la cantera desde la cual dicho contratista obtuvo los materiales necesarios para levantar las observaciones de la ENTIDAD.
122. Posteriormente, el 22 de septiembre de 2014, se llevó una segunda Audiencia Especial para la ilustración de los hechos materia de controversia, en la cual ambas partes hicieron expusieron lo correspondiente a su derecho.

VI. CIERRE DE LA ETAPA PROBATORIA Y ALEGATOS

123. Mediante Resolución N° 30 de fecha 13 de noviembre de 2014, se resolvió declarar concluida la etapa probatoria al no existir medios probatorios pendientes de actuación y se otorgó a ambas partes un plazo de cinco (5) días hábiles de notificadas con dicha Resolución para que presenten sus alegatos escritos y de solicitarlo alguna de ellas, citar a una Audiencia de Informes Orales.

VII. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES Y PLAZO PARA LAUDAR

124. Luego de que las partes presentaran sus alegatos escritos el 28 de noviembre de 2014, se llevó a cabo el 15 de enero de 2015 la Audiencia de Informes Orales, con la asistencia de ambas partes quienes hicieron uso de la palabra. En dicha audiencia, el Árbitro Único consideró oportuno fijar el plazo para laudar de conformidad a la regla 37 del Acta de Instalación, en treinta (30) días hábiles, el mismo que podrá ser prorrogado, a su discreción por treinta (30) días hábiles adicionales.
125. Por Resolución N° 34 de fecha 11 de febrero de 2015, fue prorrogado el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales, de vencido el plazo anterior.

VIII. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

CUESTIONES PRELIMINARES.

126. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) el Árbitro Único se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes; (ii) el CONSORCIO presentó su demanda dentro del plazo dispuesto; (iv) la ENTIDAD fue debidamente emplazada con la demanda, contestó ésta dentro del plazo conferido, dedujo excepciones y formuló reconvencción; (v) el CONSORCIO absolvió la reconvencción formulada en su contra, así como las excepciones deducidas; (vi) las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la



facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente; (vii) este Árbitro Único ha procedido a laudar dentro del plazo acordado con las partes.

127. Asimismo, el Arbitro Único considera que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza, respecto de los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba, necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad de la prueba.
128. Estos medios probatorios han sido valorados de manera conjunta, utilizando una apreciación razonada y que, si no se prueban los hechos que fundamenta su pretensión, la demanda o la reconvencción, respectivamente, deberá ser declaradas infundadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 42° de la Ley de Arbitraje, que confiere a los árbitros la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas siempre que la valorización se realice de manera conjunta y utilice su apreciación razonada.
129. El Arbitro Único deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación ha tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones de las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valorización de conjunto, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba, no supone que no lo haya tomado en cuenta para su decisión.
130. De igual manera, el Arbitro Único, conforme a sus atribuciones establecidas en la ley de Arbitraje y a los puntos controvertidos aceptados por las partes, se declara competente y en la facultad legal de laudar respecto de todos los puntos sometidos a su decisión.
131. Siendo este el estado de las cosas, se procede a laudar dentro del plazo establecido.

ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES.

132. Corresponde a continuación que el Árbitro Único realice el análisis de los puntos controvertidos.

- PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA

"Determinar si corresponde o no declarar la nulidad e ineficacia de la Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21 emitida por la ENTIDAD con fecha 07.01.2013 que aprueba la Liquidación Final de Obra con un saldo en contra del CONTRATISTA por la suma de S/. 22,530.49 Nuevos Soles y la aplicación de una multa de S/. 31,196.05 Nuevos Soles, por carecer de sustento técnico y legal".

- PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA

"Determinar si corresponde o no declarar que la Liquidación Final de Obra presentada por el CONTRATISTA mediante Carta N° 104-2012/CONOR-MTC/21 de fecha 20.11.2012, recibida por el Supervisor de Obra el 06.12.2012, ha quedado consentida por la ENTIDAD".

- **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN**

"Determinar si corresponde o no declarar consentida la Liquidación Final del Contrato N° 051-2012-MTC/21 realizada por la ENTIDAD mediante Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21, al no haberse pronunciado al respecto el Consorcio Nor Oriental dentro del Plazo establecido en la cláusula vigésimo quinta del Contrato".

- **PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN**

"Determinar si corresponde o no que se ordene al CONTRATISTA pague a la ENTIDAD la suma de S/. 22,530.49 Nuevos Soles como consecuencia del consentimiento de la Liquidación Final del Contrato N° 051-2012-MTC/21 realizada por la ENTIDAD mediante Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21".

- **PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y A SU PRETENSIÓN ACCESORIA DE LA RECONVENCIÓN**

"Determinar si corresponde o no declarar la validez de la Liquidación Final del Contrato N° 051-2012-MTC/21 realizada por la ENTIDAD mediante Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21".

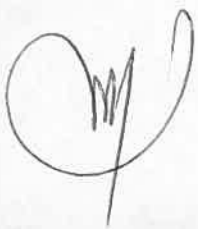
133. La presente controversia se genera a raíz del Contrato N° 051-2012-MTC/21 "Mantenimiento Periódico del Camino Vecinal: Querecoto - Querocotillo (Longitud: 22.00 Km.), Departamento de Cajamarca", suscrito el 15 de febrero de 2012.
134. De lo establecido en las Cláusulas Octava y Novena del Contrato, se puede apreciar que las leyes por la que se regirá el mismo son las leyes vigentes aplicables en el Perú, en cuanto no se opongan a los Contratos de Préstamo suscritos con el BID y el BIRF. Asimismo, se establece que será de aplicación supletoria al Contrato -en cuanto no se opongan a los Contratos de Préstamo- la Ley de Contrataciones del Estado Peruano, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y sus modificatorias, así como toda norma nacional aplicable a los Contratos suscritos por Entidades del Estado.
135. Ahora bien, respecto a la primera pretensión principal de la demanda, el CONSORCIO manifiesta que mediante Carta N° 104-2012/CONOR-MTC/21 presentó al Supervisor el 06 de diciembre de 2012, su Liquidación Final de Obra sin saldo a cargo de ninguna de las partes, no obstante ello, señala que la ENTIDAD emitió injustificadamente la Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21 de fecha 7 de enero de 2013, por la cual aprobó la Liquidación Final de Obra con un saldo a cargo del CONSORCIO por la suma de S/. 22,530.49 Nuevos Soles, así como la aplicación de una multa de S/. 31,196.05 Nuevos Soles por el retraso de cinco (5) días en la ejecución de la obra. Al respecto, afirma que la Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21 de fecha 7 de enero de 2013 les



fue notificada el 07 de enero de 2013 vía correo electrónico, es decir, dos (2) días después de haberse vencido el plazo de treinta (30) días para observar o reformular la propuesta de liquidación presentada por el CONSORCIO, plazo que habría vencido el 5 de enero de 2013. Sobre este punto, precisan que ellos presentaron su liquidación al Supervisor el 6 de diciembre de 2012, contando incluso con el cargo de notificación que consigna dicha fecha, sin embargo, señalan que el Supervisor consignó indebidamente como fecha de recibido el 10 de diciembre de 2012 en la copia del cargo de notificación del Supervisor. En tal sentido, el CONSORCIO solicita que se declare nula e ineficaz la Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21 al haber sido emitida fuera del plazo legal establecido en el contrato, y por ende, por sustentarse en hechos que no se ajustan a la verdad, careciendo además de debida motivación y del principio de legalidad.

136. Por su parte, la ENTIDAD sostiene que el Supervisor de Obra Ing. Marlon Ruiz Méndez fue notificado el 10 de diciembre de 2012 con la Carta N° 104-2012/CONOR-MTC/21 correspondiente a la Liquidación de Obra formulada por el CONSORCIO, siendo que con fecha 07 de enero de 2013 y dentro del plazo de treinta (30) días establecido en el Contrato, remitió al correo electrónico conor_sac@hotmail.com, perteneciente al CONSORCIO, su Liquidación de Obra, lo cual habría sido reconocido por dicha parte en su escrito de demanda.
137. Refiere además que la Carta N° 104-2012/CONOR-MTC/21 presentada como medio probatorio por el CONSORCIO, nunca fue presentada a la ENTIDAD, y que dicho documento no tiene el mismo tenor que la carta que obra en poder de la ENTIDAD. Asimismo, afirma que el sello del supervisor tiene un tipo de letra distinto al que obra en poder de ellos. Agrega que en el supuesto de que la liquidación del CONSORCIO habría sido notificada al Supervisor el día 6 de diciembre de 2012, haciendo un simple cálculo de días, los treinta (30) días para que la ENTIDAD emita una nueva liquidación habría vencido el 5 de enero de 2013, sin embargo, dicho día fue sábado, es decir, día inhábil, por lo que por disposición de los artículos 151° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y el 183° del Código Civil, el plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente.
138. Habiendo hecho un recuento de las posiciones de las partes respecto al primer punto controvertido de la demanda, este Árbitro Único considera necesario hacer mención respecto de lo acordado por las partes sobre la liquidación del Contrato, específicamente, lo establecido en la Cláusula Vigésima del mencionado Contrato, cuyo tenor es el siguiente:

"25.1 El Contratista deberá proporcionar al Supervisor una liquidación detallada de acuerdo a la Directiva de Supervisión vigente, con los montos que el Contratista considere que se le adeuden en virtud del Contrato. En la liquidación administrativa del Contrato, se dejará constancia de lo ejecutado, se determinarán los valores que haya recibido el Contratista, aquellos que quedarán por entregársele, los que deban serle deducidos o deba devolver, por cualquier concepto, aplicando los ajustes correspondientes. A ese efecto, se procederá a las compensaciones a que hubiere lugar.



La Liquidación será presentada 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 de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la fecha de recepción de la obra.

Dentro de treinta (30) días de recibida, PROVIAS DESCENTRALIZADO deberá pronunciarse, ya sea observando la Liquidación presentada por EL CONTRATISTA, o de considerarlo pertinente, elaborando otra y notificar a EL CONTRATISTA para que este se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

Si EL CONTRATISTA no presenta la Liquidación en el plazo previsto, su elaboración será responsabilidad exclusiva de PROVIAS DESCENTRALIZADO en idéntico plazo, siendo los gastos de cargo de EL CONTRATISTA.

PROVIAS DESCENTRALIZADO notificará la Liquidación a EL CONTRATISTA para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

La Liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra en el plazo establecido.

Cuando una de las partes observe la Liquidación presentada por la otra, ésta deberá pronunciarse dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la Liquidación con las observaciones formuladas.

(...)."

(Subrayado agregado).

139. Aunado a lo dispuesto en la cláusula precitada, conviene también traer a colación lo establecido tanto en el artículo 151° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, así como en el inciso 4 del artículo 183° del Código Civil, aplicables supletoriamente a la presente controversia, en lo que al cómputo de los plazos se refiere:

"Artículo 151.- Cómputo de los plazos

Durante la vigencia del contrato, los plazos se computan en días calendario, excepto en los casos en los que el Reglamento indique lo contrario.

El plazo de ejecución contractual se computa en días calendario desde el día siguiente de la suscripción del contrato o desde el día siguiente de cumplirse las condiciones establecidas en las Bases. En el caso de contrataciones perfeccionadas mediante orden de compra o de servicio, el plazo de ejecución se computa desde el día siguiente de recibida.

En ambos casos se aplicará supletoriamente lo dispuesto por los artículos 183° y 184° del Código Civil."



(Subrayado agregado).

"Art. 183.- Cómputo del plazo

*El plazo se computa de acuerdo al calendario gregoriano, conforme a las siguientes reglas:
(...)*

5. El plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente."

(Subrayado agregado).

140. Teniendo en cuenta el marco contractual y legal antes mencionado, se verifica de autos que mediante Carta N° 104-2012/CONOR-MTC/21, el CONSORCIO presentó al Supervisor la Liquidación Final de Obra, sin saldo a cargo de las partes; no obstante ello, existe discusión en cuanto a la fecha en que ésta fue recibida por el Supervisor, ya que por un lado, el CONSORCIO ha ofrecido como medio probatorio la copia del cargo de recepción de dicha comunicación, firmada por el Supervisor con fecha **06 de diciembre de 2012**, mientras que la ENTIDAD ha ofrecido por su parte la misma copia del cargo de recepción de dicha liquidación, también firmada por el Supervisor pero consignando como fecha el **10 de diciembre de 2012**.
141. Al respecto, con fecha 24 de mayo de 2014, se llevó a cabo la Audiencia Especial en la cual se tomó la declaración del ingeniero Marlon Alexander Ruiz Méndez quien se desempeñó como Supervisor de la obra. En dicha audiencia, el declarante manifestó que la fecha de recepción de la Carta N° 104-2012/CONOR-MTC/21 es del día 10 de diciembre de 2012. Asimismo, señaló que desconoce su sello y firma respecto a la Carta N° 104-2012/CONOR-MTC/21 presentada por el CONSORCIO.
142. Ahora bien, de la revisión de las copias simples de ambos cargos de notificación ofrecidos por las partes, se evidencia que el ofrecido por el CONSORCIO se encuentra sellada por el Notario de Lima Jesús Edgardo Vega Vega, siendo que en la parte inferior aparecen dos sellos, uno del Colegio de Notarios de Lima, y otra debajo de la firma del representante legal del CONSORCIO, en la cual dicho Notario certifica el fecha 12 de agosto de 2013, que la reproducción de dicho documento guarda absoluta conformidad con el documento original que ha tenido a la vista. En lo que respecta a la copia del cargo de notificación ofrecida por la ENTIDAD, se verifica que si bien tiene el mismo contenido que la ofrecida por el CONSORCIO, ésta no cuenta con sello notarial alguno.
143. Atendiendo a lo expuesto, en la medida que la copia del cargo de notificación de la N° 104-2012/CONOR-MTC/21 ofrecida por el CONSORCIO, cuenta con sello de certificación notarial, a diferencia de la presentada por la ENTIDAD, este Árbitro Único considera que aquella le genera mayor certeza en cuanto a la fecha de recepción consignada en ella por el Supervisor, esto es, el **06 de diciembre de 2012**, ello en comparación con la declaración testimonial brindada por el Supervisor, toda vez que éste fue un medio probatorio ofrecido por la ENTIDAD lo cual resta valor probatorio a

criterio del Árbitro Único¹. En todo caso, si la ENTIDAD consideraba que el cargo de notificación de la liquidación del CONSORCIO carecía de validez, tenía expedito el derecho para objetar o tachar la misma, conforme a lo dispuesto en el numeral 26 del Acta de Instalación del Árbitro Único, no obstante ello, se verifica que no hizo ejercicio de tal derecho respecto a dicho medio probatorio.

144. Habiendo determinado entonces que el 06 de febrero de 2012 fue la fecha en que el Supervisor recibió la N° 104-2012/CONOR-MTC/21 que contenía la Liquidación Final de Obra elaborada por el CONSORCIO, sin saldo a cargo de las partes, la ENTIDAD tenía un plazo de treinta (30) días para pronunciarse, ya sea observándola o elaborando otra. Al respecto, efectuando el cómputo respectivo, se tiene que el plazo de treinta (30) días *-entiéndase días calendarios-* venció el sábado 05 de enero de 2013, sin embargo, al ser este un día inhábil, el plazo legalmente vencía el primer día hábil siguiente, esto es, el lunes 07 de enero de 2013², siendo ésta precisamente la fecha en que la ENTIDAD remitió al correo electrónico "*conor_sac@hotmail.com*" ³perteneciente al CONSORCIO, la Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21 que aprueba la Liquidación Final del Contrato con un saldo a cargo del CONSORCIO por la suma de S/. 22,530.49 (Veintidós mil quinientos treinta con 49/100 Nuevos Soles) incluido el IGV, así como una multa a cargo de dicho contratista por la suma de S/. 31,196.05 (Treinta y un mil ciento noventa y seis con 05/100 Nuevos Soles) incluido el IGV, por cinco días de retraso en la ejecución de la obra. Cabe precisar que el CONSORCIO ha reconocido en su escrito de demanda que fue notificada con la liquidación de la ENTIDAD, vía correo electrónico, el 07 de enero de 2013⁴.
145. En este orden de ideas, este Árbitro Único verifica que la Liquidación presentada por el CONSORCIO no quedó consentida por parte de la ENTIDAD toda vez que ésta elaboró y presentó la suya dentro del plazo contractual respectivo.
146. Siendo ello así, corresponde ahora analizar si la liquidación presentada por la ENTIDAD quedó consentida por parte del CONSORCIO. Sobre el particular, de acuerdo al procedimiento establecido en la Cláusula Vigésimo Quinta del Contrato que ya fue referida, el CONSORCIO tenía quince (15) días calendario, computados desde el 08 de enero de 2013 para realizar observaciones a la liquidación presentada por la ENTIDAD, lo que significa que dicho plazo venció el día martes 22 de enero de 2013, sin embargo, conforme a lo señalado por la ENTIDAD, el CONSORCIO habría presentado sus observaciones recién el 23 de enero de 2013 mediante N° 104-2012/CONOR-MTC/21, es

¹ Art. 188 del Código Civil.- Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

² Conforme a lo dispuesto en el artículo 151° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y al inciso 5 del artículo 183° del Código Civil, ambos aplicables de manera supletoria al presente caso.

³ Mediante Carta N° 57-2012CONOR-MTC de fecha 29 de agosto de 2012, el Contratista ratifica dicho correo electrónico como válido para comunicaciones y notificaciones. Asimismo, se deja constancia de dicha dirección electrónica en las Cartas N° 04-2013/CONOR-MTC/2013 de fecha 02 de enero de 2013 y N° 02-2013/CONOR-MTC/2013 de fecha 03 de enero de 2013..

⁴ De conformidad con lo establecido en el numeral 4.1 de la Cláusula Cuarta del Contrato, surten efectos legales las comunicaciones cursadas entre las partes por correo electrónico.

decir, fuera del plazo establecido para dichos efectos, afirmación que no ha sido negada por el CONSORCIO, ni en su contestación a la reconvención de demanda, ni ofreciendo medio probatorio alguno que desvirtúe ello.

147. **Atendiendo a ello, y estando a lo dispuesto en la Cláusula Vigésima Quinta del Contrato, el Árbitro Único considera que la Liquidación presentada por la ENTIDAD ha quedado consentida, al no haber sido observada por el CONSORCIO en el plazo establecido.**
148. Ahora bien, con relación a lo manifestado por el CONSORCIO respecto a que la Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21, carecería de debida motivación al haber sido sustentada en hechos que no se ajustan a la verdad y que además habría sido expedida inobservando el principio de legalidad, resulta necesario analizar el contenido de dicha Resolución Directoral.
149. De una revisión detenida de la Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21, se advierte que ésta en su parte considerativa, hace mención de los principales aspectos del Contrato y, seguidamente, de los principales documentos e informes que respaldan su posición por la cual se establece un saldo cargo del Contratista por la suma de S/. 22,530.50 Nuevos Soles, incluido el IGV, por lo que a criterio de este Árbitro Único, la Resolución Directoral antes mencionada se encuentra debidamente motivada.
150. Respecto del principio de legalidad alegado por el CONSORCIO, el Artículo IV numeral 1.1 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que *"las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas"*. Sobre el particular, el CONSORCIO no ha fundamentado ni demostrado cómo es que la Resolución Directoral cuestionada no se sujeta a dicho principio,
151. **En ese sentido, al no haber logrado demostrar el CONSORCIO que la Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21 carece de la debida motivación y que habría sido emitida con inobservancia del principio de legalidad, no se advierte motivo alguno por el cual dicho acto administrativo deba ser declarado nulo o ineficaz.**
152. A raíz de lo señalado hasta este punto, corresponde declarar **INFUNDADA** tanto la primera pretensión principal de la demanda, así como la pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la demanda; y **FUNDADA** la primera pretensión principal de la reconvención, así como la pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la reconvención, por lo que respecto a ésta última, corresponde ordenar al CONSORCIO demandante el pago de la suma de S/. 22,530.49 (Veintidós mil quinientos treinta con 49/100 Nuevos Soles) a favor de la ENTIDAD, como consecuencia del consentimiento de la Liquidación Final del Contrato N° 051-2012-MTC/21 practicada por la ENTIDAD mediante Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21. Cabe señalar que en la medida que han sido amparadas éstas dos últimas pretensiones reconvencionales, **CARECE DE OBJETO** emitir pronunciamiento respecto de la pretensión subordinada a



la primera pretensión principal de la reconvenición y a su pretensión accesoria⁵, así como de la pretensión accesoria a la pretensión subordinada precedente⁶.

- **EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA POR MATERIA NO ARBITRABLE RESPECTO DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA "OTORGAMIENTO DE UN PRESUPUESTO ADICIONAL POR/PARA LEVANTAR OBSERVACIONES REALIZADAS COMO CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DEL CONTRATISTA"**

153. El CONSORCIO formula como segunda pretensión principal de su demanda que el Árbitro Único ordene a la ENTIDAD el pago a favor del contratista de la suma de S/. 50,000.00 Nuevos Soles, por concepto de trabajos adicionales necesarios para el levantamiento de observaciones, materia del Contrato N° 051-2012-MTC/21.
154. Sobre el particular, sostiene que con fecha 27 de agosto de 2012 suscribió con la Comisión de Recepción de Obra un Acta en la cual se consignaron 5 observaciones que el CONSORCIO debía subsanar en el plazo de cinco días, no obstante ello, señala que en esa fecha se percató que se había agotado el material de afirmado que se obtenía de la cantera San Juan, dejando constancia de ello en los asientos 30, 32, 34, 36 y 68 del Cuaderno de Obra. A raíz de ello, afirma que remitió sendas cartas a la ENTIDAD, al Coordinador Zonal de Cajamarca y al Supervisor de la Obra solicitando la disponibilidad de la cantera a efectos de proceder con el levantamiento de las observaciones, llegando incluso el 01 de septiembre de 2012 a llevarse a cabo una diligencia de inspección a la que acudieron el representante legal del CONSORCIO y el Supervisor de Obra, en el cual verificaron que no había material de afirmado disponible en la mencionada cantera y dejaron establecido que las observaciones serían levantadas cuando la ENTIDAD haga entrega de la libre disponibilidad del material de afirmado.
155. Agrega que en vista que durante 2 meses no obtuvieron respuesta alguna por parte de la ENTIDAD sobre el particular, decidieron realizar un esfuerzo económico para obtener el material de afirmado necesario y así poder cumplir con subsanar las observaciones establecidas en el Acta de fecha 24 de agosto de 2012. Así, con fecha 23 de octubre de 2012 se llevó a cabo la recepción de obra dejándose constancia de la conclusión de la misma.
156. La ENTIDAD, mediante escrito de fecha 17 de septiembre de 2013, dedujo excepción de incompetencia por materia no arbitrable respecto a la segunda pretensión principal de la demanda. Al respecto, señala que para aprobar un adicional cuyo monto exceda el 10% del monto total del Contrato (que equivale a S/. 31,196.04) se requiere: (i) la aprobación de la ENTIDAD, (ii) la no objeción de los bancos y (iii) la anotación del pedido en el Cuaderno de Obra, y para su ejecución y pago, la autorización expresa de la Contraloría General de la República. Pues bien, refiere que en el presente caso, el CONSORCIO no ha

⁵ Que se declare la validez de la Liquidación Final del Contrato practicada por Provías Descentralizado mediante Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21.

⁶ Que se ordene al Consorcio Nor Oriental el pago de la suma de S/. 22,530.49 Nuevos Soles, a favor de Provías Descentralizado, como consecuencia de la validez de la Liquidación Final del Contrato, practicada por Provías Descentralizado mediante Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21.



invocado la ocurrencia de cualquiera de los requisitos antes descritos, sino que además no ha ocurrido ninguno de esos requisitos en lo que respecta al levantamiento de observaciones ni en ninguna otra circunstancia, por lo que no corresponde otorgar adicional alguno.

157. Asimismo, señala que el adicional solicitado por el CONSORCIO resulta materia no arbitrable al existir un impedimento contractual (segundo párrafo de la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato) y legal (artículos 22 y 23 de la Ley N° 27785) para someter a arbitraje el adicional solicitado por el CONSORCIO y que inclusive supera el 15% del monto contractual referido en el artículo 208 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
158. A efectos de resolver la excepción deducida, es menester a criterio de este Árbitro Único previamente traer a colación lo establecido por las partes en el Contrato respecto a las obras adicionales, así como a la normativa de Contraloría sobre el particular.
159. Así, tenemos que en la Cláusula Décima Novena del Contrato, las partes acordaron lo siguiente:

“19.1 PROVIAS DESCENTRALIZADO podrá aprobar, ordenar y pagar directamente al Contratista la ejecución de obras adicionales o modificatorias hasta un equivalente del 10% del monto del contrato (Ley Anual de Presupuesto vigente). La aprobación de los presupuestos adicionales requerirá de la No Objeción previa de PROVIAS DESCENTRALIZADO.

19.2 Las Obras adicionales cuyos montos excedan el 10% del monto total del Contrato (Ley Anual de Presupuesto vigente), requerirán previamente la aprobación de PROVIAS DESCENTRALIZADO y la No Objeción de los BANCOS y para su ejecución y pago la autorización expresa de la Contraloría General de la República.

19.3 La ejecución de obras adicionales, sólo procederá cuando previamente se cuente con la disponibilidad presupuestal y con la aprobación de PROVIAS DESCENTRALIZADO mediante Resolución, en los casos en que sus montos por sí solos o restándole los presupuestos deductivos vinculantes sean iguales o no superen el DIEZ por ciento (10%) del Monto del Contrato original.

19.4 Los presupuestos adicionales serán formulados con los precios unitarios contratados y/o precios pactados, adicionando los gastos generales fijos y variables propios del Adicional, para lo cual se realizará el análisis correspondiente, teniendo como base o referencia los gastos generales del Presupuesto original contratado.

19.4 EL CONTRATISTA no tendrá derecho al pago de costos adicionales en que hubiere incurrido y que podrían haberse evitado.”

160. Por su parte, el artículo 23° de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República - Ley N° 27785, estipula que:

“Artículo 23°.- Inaplicabilidad del arbitraje

Las decisiones que emita la Contraloría General, en ejercicio de las atribuciones de

autorización previa a la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra y a la aprobación de mayores gastos de supervisión, no podrá ser objeto de arbitraje en concordancia con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 1° de la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje. Asimismo, tampoco se podrá someter a arbitraje las controversias que versan sobre materias comprendidas en los alcances de las atribuciones previstas en el literal k) del Artículo 22° de la Ley, las que no pueden ser sustraídas al pronunciamiento que compete a la Contraloría General."

161. Asimismo, el literal k) del artículo 22° de la Ley N° 27785 dispone, que entre las atribuciones de la Contraloría General de la República, se encuentra la siguiente:

"Artículo 22°.- Atribuciones

(...)

k) Otorgar autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales de obra pública y de las mayores prestaciones de supervisión en los casos distintos a los adicionales de obras, cuyos montos excedan a los previstos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, respectivamente, cualquiera sea la fuente de financiamiento.

(...)"

162. De otro lado, el artículo 2° de la Ley de Arbitraje, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1071, establece que:

"Artículo 2°.- Materias susceptibles de arbitraje

- 1. Pueden someterse a arbitraje las controversias materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o lo tratados o acuerdos internacionales autoricen. (...)"*

163. Ahora bien, resulta imprescindible a criterio de este Árbitro Único determinar si los trabajos a los que hace mención el CONSORCIO para levantar las observaciones, constituyen o no prestaciones adicionales de obra.

164. Al respecto, el numeral 40 del Anexo Único de Definiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF⁷, definía originalmente a la prestación adicional de obra como:

"Aquella no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal".

⁷ Numeral modificado por el Artículo 1° del Decreto Supremo N° 138-2012-EF, publicado el 07 agosto 2012, que entró en vigencia a partir del trigésimo día hábil siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, (20.09.2012) cuyo texto es el siguiente : "40. Prestación adicional de obra:

"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."

La modificación de la definición sustantivamente coincide con la definición original en el extremo que se considera prestación adicional de obra 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 original.



165. En esa misma línea, la Opinión N° 005-2006/GTN del 20 de enero de 2006, señaló que:

"3.4 Ahora bien, las prestaciones adicionales, en los contratos para la ejecución de obras públicas adoptan la denominación de obras adicionales, tal como se refiere en el artículo 159° del Reglamento.

La ejecución de obras adicionales incluye la realización de labores no consideradas en el proyecto de obra original, con carácter complementario y que resultan necesarias para que la obra proyectada pueda alcanzar su finalidad. Dichas labores, pueden ser el resultado de cambios o variaciones practicadas en los planos y/o especificaciones técnicas de la obra, o de la ejecución de mayores metrados, ello dependiendo del sistema de contratación que la Entidad haya adoptado para su ejecución."(el resaltado es nuestro).

166. Del mismo modo, la Directiva N° 002-2010-CG/OEA "Control Previo Externo de las Prestaciones Adicionales de Obra", aprobada mediante Resolución de Contraloría N° 196-2010-CG del 23 de julio de 2010, define a las prestaciones adicionales de obra de la siguiente manera:

"a) Prestación adicional de obra.- prestación no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal.

Entiéndase que dicha prestación corresponde a obras complementarias y/o mayores metrados, necesarios para alcanzar la finalidad del contrato. " (el resaltado es nuestro).

167. De las definiciones antes referidas, se desprende que para la configuración de una obra adicional o prestación adicional de obra, técnicamente se requiere que el expediente técnico⁸ y/o el proyecto aprobado, sea pasible de una deficiencia que origine y motive una subsanación o modificación técnica de la misma y/o mayores metrados que permitan cumplir con la finalidad de la obra.

168. Ahora bien, el CONSORCIO señala en su escrito de demanda que dado que durante dos meses no obtuvieron respuesta alguna por parte de la ENTIDAD con relación a la habilitación de la cantera, tuvieron que realizar un esfuerzo económico para obtener el material de afirmado necesario y así poder cumplir con subsanar las observaciones efectuadas en el Acta de Observaciones de Obra de fecha 24 de agosto de 2012, a saber:

"1. En el tramo de la progresiva del Km. 00+200 al Km. 01+000 deberá reconfigurarse la capa de afirmado, añadiéndole material de la Cantera C-SJ1 Ubicada en el Km. 01+500.

⁸ Se define expediente técnico, de acuerdo al numeral 24 del anexo de definiciones del Reglamento, como "El conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto de obra, fecha de determinación del presupuesto de obra, Valor Referencial, análisis de precios, calendario de avance de obra valorizado, fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios.

2. Del Km. 10+800 al Km. 11+200 y del Km. 14+500 al Km. 15+800 deberá corregirse el terminado del afirmado, efectuando trabajos de refinado y compactación.

3. En el tramo del Km. 12+000 al Km. 13+00 deberá mejorarse la compactación.

4. En el tramo ubicado entre las progresivas 20+000 al Km. 20+400 deberá colocarse material para alcanzar los 10 cm de espesor establecido en el Expediente Técnico.

5. Deberá procederse a la colocación de material de la Cantera C-SJ1 ubicada en el Km. 01+500 (70%) proceder a mezclarse y compactarlo en el tramo ubicado desde la progresiva 16+500 hasta Querocoto, de conformidad con lo verificado en campo y en coordinación con la Supervisión."

169. El CONSORCIO precisa que los gastos en los que incurrió para obtener el material de afirmado, están constituidos por gastos operativos y de administración de oficina, por carta fianza de fiel cumplimiento, de administración contable, de asesoramiento legal, de afirmado para pavimentos, excavadora, ingeniero residente, administrador de obra, camioneta, chofer, maestro de obra, capataz, operario y peón, todos ellos ascendentes a la suma de S/. 50,000.00 Nuevos Soles.
170. De lo expuesto por el CONSORCIO, se evidencia que si bien era necesaria la obtención del material de afirmado para el levantamiento de las observaciones contenidas en el Acta de fecha 24 de agosto de 2012, lo cierto es que el CONSORCIO a lo largo del proceso no ha hecho mención de los trabajos que específicamente habría realizado para el levantamiento de las observaciones, sino que únicamente ha hecho alusión a una serie de gastos que habría efectuado para levantar éstas. Asimismo, conviene precisar que la obtención del material de afirmado es una labor que deriva del proyecto de obra original, al consistir el objeto del contrato precisamente en el mantenimiento periódico del camino vecinal, lo cual no origina una alteración o modificación técnica del expediente o proyecto aprobado, por lo que dicha labor y los gastos incurridos para la obtención del material de afirmado, no constituyen en modo alguno una prestación de obra adicional bajo el marco conceptual y legal que se ha hecho mención precedentemente.
171. En ese sentido, habiendo determinado que lo solicitado lo solicitado por el CONSORCIO en su segunda pretensión principal de la demanda, no constituye una prestación adicional de obra, corresponde declarar IMPROCEDENTE la excepción de incompetencia por materia no arbitrable respecto de la segunda pretensión principal de la demanda, deducida por la ENTIDAD.

• SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA

"Determinar si corresponde o no ordenar a la ENTIDAD el pago al CONTRATISTA de la suma de S/. 50,000.00 Nuevos Soles, por concepto de trabajos adicionales necesarios para el levantamiento de observaciones, materia del Contrato N° 051-2012-MTC/21 suscrito con fecha 15.02.2012".



172. Con relación a este punto controvertido, conviene traer a colación lo dispuesto en la Cláusula Vigésima Segunda, inciso 4 del Contrato, en lo que respecta a la recepción de la obra:

"22.4 De existir observaciones por parte de la Comisión, éstas se consignarán en el Acta y no se recibirá la obra. EL CONTRATISTA dispondrá de un décimo (1/10) del plazo de ejecución del Contrato para subsanarlas, el cual se computará a partir del quinto día de suscrita el Acta. Las obras que se ejecuten como consecuencia de observaciones no darán derecho a pago de ningún concepto a favor del contratista ni a la aplicación de penalidad alguna."

(Subrayado agregado).

173. En el caso de autos, el CONSORCIO solicita el pago de la suma de S/. 50,000.00 Nuevos Soles por gastos realizados para el levantamiento de las observaciones contenidas en el Acta de Observaciones de fecha 24 de agosto de 2012, no obstante ello, conforme a lo establecido en la Cláusula Vigésima Segunda del Contrato que se acaba de citar, ambas partes han pactado contractualmente que las obras que se ejecuten como consecuencia de observaciones no darán derecho a pago de ningún concepto a favor del contratista, por lo tanto, no resulta procedente el pago solicitado por el CONSORCIO al existir una cláusula expresa que lo prohíbe.
174. Cabe señalar asimismo, que si el contratista no contaba con disponibilidad de material de la cantera asignada durante todo el periodo de levantamiento de observaciones, el Contratista tampoco ha establecido ni demostrado cómo pudo realizar los trabajos relacionados a la extracción del material para proceder al levantamiento de observaciones, así como tampoco ha sustentado documentalmente los gastos correspondientes.
175. Tampoco se advierte de los actuados que el Contratista haya tramitado debidamente la aprobación de los trabajos para extraer el material de la cantera asignada ni por otro concepto -incluidos adicionales-, lo cual es aceptado por la misma Contratista en la Carta N° 58-2012-CONOR-MTC/21, que señala expresamente "en tal sentido no se ha solicitado -oportunamente ADICIONAL DE OBRA, por dificultades de Extracción de Cantera al haberse -comprometido en forma verbal la MUNICIPALIDAD a dar solución a esta problemática."⁹
176. Cabe señalar a su vez, que estando a la naturaleza jurídica del contrato de obra sub materia, este se rige supletoriamente por el principio pacta sunt servanda establecido en el artículo 1361° del Código Civil. En este sentido, si en el contrato no se establece cómo

⁹ En ese sentido, también obra en los actuados la Carta N° 058- 2012-M1 C/21.CJM de fecha 20.09.2012 que se emite en respuesta a la Carta N°065-2012-CONOR-MTC/MTC/21 -la cual no obra en los actuados- y que señala expresamente, respecto del trámite de adicional de obra: Su representada no ha presentado el Expediente completo del Adicional de Obra debidamente sustentada tal como lo establece el Numeral 331 de la Directiva de 003- 2005-MTC/21, y en consecuencia la entidad no puede evaluar ni pronunciarse sobre el asunto al darse como no presentada."

proceder ante la falta de material de cantera, ninguna de las partes, puede imponer a la otra, obligaciones que no estén estipuladas en el mismo, salvo que nos encontremos ante un caso de cláusulas exorbitantes -las cuales son propias de la Administración Pública (como por ejemplo en el caso de adicionales de obra).

177. Respecto de la procedencia del pago de una prestación ejecutada sin autorización de la Entidad, la Opinión N° 126-2012-DTN del 28 de diciembre de 2012,¹⁰ señaló que:

"2.2 Tercer párrafo

"Sobre la base de lo expuesto, se puede concluir que a una Entidad sólo la vinculan válidamente los contratos u obligaciones contractuales en los que el acuerdo de voluntades se ha formado conforme a los procedimientos y formalidades establecidos en la normativa de contrataciones del Estado; en caso contrario, no resulta pertinente referirse a prestaciones o cumplimiento de obligaciones contractuales, ya que no es propiamente una relación contractual la que surge cuando la administración pública no observa los procedimientos o formalidades señaladas en la normativa de contrataciones del Estado."

En tal sentido, en principio los gastos que requieran el levantamiento de observaciones no están sujetos a derecho de pago por parte de la Entidad. Asimismo, en el caso submateria, en que la demora en el levantamiento de observaciones se debería a falta de material de la cantera al no contar con la autorización respectiva para realizar trabajos para la extracción del mismo no autorizados, la Contratista ha asumido por cuenta y riesgo propios la realización de dichas actividades.

178. Considerando lo solicitado en la segunda pretensión principal de la demanda y siendo la Cláusula Vigésimo Segunda precitada muy clara al establecer que no darán derecho al pago de ningún concepto a favor del contratista, las obras que se ejecuten como consecuencia de observaciones, corresponde declarar **IMPROCEDENTE** la segunda pretensión principal de la demanda, toda vez que el pago de la suma de S/. 50,000.00 Nuevos Soles solicitado por el CONSORCIO corresponden precisamente a gastos realizados para el levantamiento de las observaciones contenidas en el Acta de Observaciones de fecha 24 de agosto de 2012.

• **EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA POR MATERIA NO ARBITRABLE RESPECTO DE LA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA**

"En caso que se desestime la Segunda Pretensión Principal, determinar si corresponde o no que la ENTIDAD pague al CONTRATISTA la suma de S/. 50,000.00 Nuevos Soles por concepto de indemnización por enriquecimiento indebido con el levantamiento de observaciones a la obra materia del Contrato N° 051-2012-MTC/21 suscrito con fecha 15.02.2012".

¹⁰ El razonamiento contemplado en la citada opinión es aplicable a prestaciones adicionales de obra y por analogía también lo es para el caso de trabajos que no constituyen prestaciones adicionales de obra, como ocurre en el presente caso.

• PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA

"En caso que se desestime la Segunda Pretensión Principal, determinar si corresponde o no que la ENTIDAD pague al CONTRATISTA la suma de S/. 50,000.00 Nuevos Soles por concepto de indemnización por enriquecimiento indebido con el levantamiento de observaciones a la obra materia del Contrato N° 051-2012-MTC/21 suscrito con fecha 15.02.2012".

179. Mediante escrito de fecha 17 de septiembre de 2013, la ENTIDAD dedujo la excepción de incompetencia por materia no arbitrable respecto de la pretensión subordinada a la segunda pretensión principal, alegando que las partes en el Contrato acordaron que las controversias derivadas de otras fuentes de obligaciones distintas al referido Contrato no serán arbitrables, siendo precisamente el enriquecimiento sin causa o enriquecimiento indebido una fuente de obligación distinta al Contrato que no se encuentra comprendida dentro de los alcances del convenio arbitral.
180. El CONSORCIO, absolviendo dicha excepción, sostiene que la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato, establece que todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación de dicho contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva mediante arbitraje. En tal sentido, señala que dicha cláusula ampara su pretensión subordinada de indemnización por enriquecimiento indebido debido a que la ENTIDAD se habría beneficiado con los trabajos realizados por el CONSORCIO en el levantamiento de las observaciones.
181. Siendo el enriquecimiento sin causa (o enriquecimiento indebido como señala el CONSORCIO) la figura legal bajo la cual el CONSORCIO pretende que se le reconozcan los trabajos realizados por el levantamiento de las observaciones, conviene hacer mención de lo establecido en el artículo 1954° del Código Civil sobre el particular:

"Artículo 1954° Acción por enriquecimiento sin causa

Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo."

(Subrayado agregado).

182. Respecto a la posibilidad de reconocer el precio de prestaciones ejecutadas por el proveedor sin autorización de la Entidad, en caso que ésta se haya beneficiado con dichas prestaciones de forma irregular, la citada Opinión N° 126-2012-DTN del 28 de diciembre de 2012, señaló que:

"3.3 Sin perjuicio de lo antes indicado, debe señalarse que cuando una Entidad se haya beneficiado con las prestaciones ejecutadas por el proveedor de forma irregular, este último tiene derecho de 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 señala que "Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a

indemnizarlo" (El subrayado es agregado).

Al respecto, el Tribunal de Contrataciones del Estado, mediante la Resolución N° 176/2004.TC-SU, ha establecido lo siguiente: "(...) 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. En efecto, no habiéndose suscrito el contrato correspondiente, no ha existido fundamento legal ni causa justa para dicha atribución patrimonial que sustente el enriquecimiento indebido en el que ha incurrido la Entidad, circunstancias que deberá ser ventilada por las partes en la vía correspondiente." (El resaltado es agregado).

De esta manera, la acción por enriquecimiento sin causa reconocida por el Código Civil constituye un "mecanismo de tutela para aquel que se ha visto perjudicado por el desplazamiento de todo o parte de su patrimonio en beneficio de otro. El primero, será el actor o sujeto tutelado y, el segundo, el demandado o sujeto responsable (...)."

Ahora bien, para que se configure un enriquecimiento sin causa y, por ende, pueda ejercitarse la respectiva acción, es necesario que se verifiquen las siguientes condiciones: "a) el enriquecimiento del sujeto demandado y el empobrecimiento del actor; b) la existencia de un nexo de conexión entre ambos eventos; y c) la falta de una causa que justifique el enriquecimiento."

Así, 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; (ii) que exista conexión entre el enriquecimiento de la Entidad y el empobrecimiento del proveedor, la cual estará dada por el desplazamiento de la prestación patrimonial del proveedor a la Entidad; y (iii) que no exista una causa jurídica para esta transferencia patrimonial, como puede ser la ausencia de contrato, contrato complementario, o la ejecución de prestaciones adicionales sin mediar la respectiva autorización."

183. Cabe señalar que el razonamiento contemplado en la citada opinión es aplicable a prestaciones adicionales de obra y por analogía también lo es para el caso de trabajos que no constituyen prestaciones adicionales de obra, como ocurre en el presente caso.
184. Ahora bien, el Árbitro Único considera pertinente traer a colación lo señalado por la doctrina en cuanto a la relación del enriquecimiento sin causa con la arbitrabilidad de la misma. Así, se ha señalado que "este instituto es per se arbitrable al ser obviamente de libre disposición tanto por tener contenido patrimonial como por tratarse de un derecho subjetivo."¹¹

¹¹ CAMPOS MEDINA, Alexander. "La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos". En Revista Peruana de Arbitraje N° 3, Año 2006. Editorial Jurídica Grijley. Página 321.

185. No obstante ello, autores como CASTILLO FREYRE y SABROSO MINAYA en cuanto a la determinación de si el enriquecimiento sin causa es materia arbitrable o no, señalan que corresponderá "(...) analizar las cláusulas arbitrales que las partes incorporan en el contrato, a efectos de determinar si ellas excluyen al enriquecimiento sin causa como materia arbitrable. Sólo en ese supuesto es que podríamos afirmar que – para el caso en concreto – una pretensión de enriquecimiento sin causa no podría ser conocida por el Tribunal Arbitral, dado que – precisamente – existe dicha exclusión."¹²
186. Sobre el particular, el convenio arbitral contenido en la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato, establece lo siguiente en la parte pertinente:

"TRIGÉSIMA SEXTA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

- 36.1 Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado y en la Ley General de Arbitraje.

Sin perjuicio de lo anterior y de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, se establece que el arbitraje no resulta aplicable a las controversias surgidas en la ejecución de adicionales de obra, metrados no previstos contractualmente y mayores prestaciones de supervisión, respecto de los cuales la Contraloría General de la República ejerce el control previo, debiendo muchas materias ser resueltas de acuerdo a los procedimientos establecidos por la normativa. Tampoco son arbitrables las controversias derivadas de otras fuentes de obligaciones distintas al presente contrato.

(Subrayado agregado).

187. Siguiendo dicha línea argumentativa señalada, la figura del enriquecimiento sin causa, se encuentra recogida en nuestro sistema jurídico como una fuente de las obligaciones de origen legal (Sección IV del Libro VII del Código Civil), observándose del tenor del Art. 1954° que su causa no proviene de la voluntad de las partes y por lo tanto es distinta a las obligaciones contractuales.
188. Por lo tanto, siendo consecuentes con el pacto suscrito entre ambas partes, se colige que en este caso concreto, las mismas han acordado que las controversias derivadas de otras fuentes de obligaciones distintas a la del presente contrato, como es el caso del enriquecimiento sin causa, no es arbitrable, y por ende pasible de conocimiento por este Árbitro Único.

¹² CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. "El Arbitraje en la Contratación Pública". Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Palestra. Volumen 7. 1° edición. Setiembre 2009. Página N°76.

189. De esta manera, corresponde declarar **FUNDADA** la excepción de competencia deducida por la ENTIDAD, no siendo competente este Árbitro Único para emitir pronunciamiento respecto de la pretensión subordinada a la segunda pretensión principal formulada por el **CONSORCIO** en su escrito de demanda de fecha 13 de agosto de 2013.

• **TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA**

"Determinar si corresponde o no que la ENTIDAD pague al CONTRATISTA la suma de S/. 15,000.00 Nuevos Soles por concepto de indemnización por daños y perjuicios irrogados debido a la desatención de los pedidos del CONTRATISTA de gestión de la cantera necesaria para el levantamiento de las observaciones a la obra, lo que ha ocasionado innecesariamente gastos administrativos, financieros y de asesoría legal durante un año."

190. El análisis de todo problema de responsabilidad civil, supone la aplicación de un método que reconoce dos etapas: i) la primera, de **análisis material** consistente en determinar la existencia de una conducta antijurídica, daños resarcibles, la relación de causalidad entre uno y otro, así como la existencia, si la hubiere, de las fracturas causales, a fin identificar al "causante" del efecto dañoso; ii) la segunda, en donde a través del **juicio de imputabilidad** se decidirá qué es más eficiente: si dejar que la víctima soporte el coste del daño o traspasar este peso económico hacia una esfera ajena a la víctima. Esto se realiza a través de la aplicación de alguno de los criterios de imputación, sean estos de naturaleza subjetiva u objetiva.
191. La falta de uno de estos elementos tiene como consecuencia que la pretensión indemnizatoria sea desestimada en su totalidad.
192. En esa línea, el artículo 1331° del Código Civil señala lo siguiente:

"La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación o por cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".

193. Con lo antes señalado, queda claro que quien tiene la carga de la prueba según el artículo 1331° del Código Civil, es quien afirma que ha sido perjudicado por la inejecución de la obligación contractual. Asimismo, se desprende del mismo artículo que quien solicita una indemnización debe probarlo. Así, y estando a lo indicado, queda claro, en primer término, que en el presente arbitraje, quien tiene la carga de probar si se le provocó un daño por alguna inejecución en las obligaciones contractuales es el **CONSORCIO**.
194. Esto responde a lo que en doctrina se conoce como **Onus Probandi**, (o carga de la prueba) que es una expresión latina del principio jurídico que señala quién está obligado a probar un determinado hecho.
195. Ahora bien, con respecto a la tercera pretensión principal de la demanda, el **CONSORCIO** señala que se le habría ocasionado un perjuicio económico, específicamente, un daño

emergente, representado por el retraso en el pago de una prestación que efectivamente brindaron (levantamiento de observaciones para la recepción de obra), lo cual habría implicado gastos por el establecimiento, trabajadores, maquinarias, logística, entre otros, sin que hayan podido recuperar la inversión realizada en la ejecución de los trabajos adicionales. Agrega que se habría producido además un lucro cesante dado que durante el tiempo de retraso en la recepción de la obra, el CONSORCIO bien pudo haber gestionado y obtenido nuevos proyectos que desarrollar.

196. Sobre el particular, este Árbitro Único verifica que no obra en autos documento alguno mediante el cual acredite los supuestos daños que alega, tanto en lo que respecta al daño emergente, como al lucro cesante; siendo innecesario, consiguientemente, realizar el análisis de los demás elementos de la responsabilidad civil al no encontrarse acreditados los daños alegados.

197. En ese sentido, corresponde declarar **INFUNDADA** la tercera pretensión principal de la demanda.

• **PUNTO CONTROVERTIDO COMÚN**

"Determinar a quién corresponde el pago de las costas y costos del proceso arbitral".

198. Para finalizar, respecto de este último punto controvertido, es preciso recordar que según lo establecido en el Artículo 70° del Decreto Legislativo que norma el Arbitraje aprobado por el Decreto Legislativo N° 1071¹⁴, el Tribunal fijará en el laudo los costos del arbitraje, comprendiendo -entre otros-, los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral, los honorarios y gastos del Secretario, y los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.

199. Por lo tanto, en cuanto a la determinación de los "*costos del arbitraje*" (entendido este como lo define el Art. 70° de la LA), a éste Árbitro Único le corresponde establecer quién debe asumirlas.

200. Considerando el resultado de este arbitraje en el que en puridad no puede afirmarse que existe una parte vencida, ya que ambas tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta que debían defender sus pretensiones vía arbitral, y que además, el Árbitro Único considera a efectos de regular el pago de tales conceptos, el buen comportamiento procesal de las partes y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas,

¹⁴ **Artículo 70.- Costos**

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

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

corresponde disponer que cada parte asuma directamente los costos en que incurrió como consecuencia del presente arbitraje, salvo en lo correspondiente a los anticipos de honorarios arbitrales fijados en el numeral 46 del Acta de Instalación, en la que se estableció la suma de S/. 3,400.00 (Tres mil cuatrocientos con 00/100 Nuevos Soles) netos para el Árbitro Único y de S/. 1,936.00 (Mil novecientos treinta y seis con 00/100 Nuevos Soles) incluido el IGV, para la Secretaría Arbitral, los cuales fueron asumidos en su totalidad por el CONSORCIO, pues el 50% que le correspondía a la ENTIDAD fue asumido por el CONSORCIO vía subrogación, en ese sentido, corresponde **ORDENAR** a la ENTIDAD al pago del 50% de los anticipos de honorarios arbitrales y de los correspondientes a la Secretaría Arbitral del OSCE fijados en el numeral 46 del Acta de Instalación.

201. En cuanto a lo segundo, y en atención al anticipo de honorarios arbitrales fijados en el numeral 46 del Acta de Instalación; este Árbitro Único fija como honorarios arbitrales definitivos, las sumas de S/. 3,400.00 (Tres mil cuatrocientos con 00/100 Nuevos Soles) netos para el Árbitro Único y de S/. 1,936.00 (Mil novecientos treinta y seis con 00/100 Nuevos Soles) incluido el IGV, para la Secretaría Arbitral, los mismos que ya han sido cancelados en su totalidad, conforme a las precisiones reseñadas en la parte in fine del numeral precedente.

IX. LAUDO


1. Por las razones expuestas en el análisis a los puntos controvertidos y conforme a derecho, el Árbitro Único emite el siguiente Laudo:

PRIMERO: INFUNDADA la primera pretensión principal de la demanda, referida a que se declare la nulidad e ineficacia de la Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21 emitida por Provías Descentralizado con fecha 07.01.2013, que aprueba la Liquidación Final de Obra con un saldo en contra del Consorcio Nor Oriental por la suma de S/. 22,530.49 Nuevos Soles y la aplicación de una multa de S/. 31,196.05 Nuevos Soles.

SEGUNDO: INFUNDADA la segunda pretensión principal de la demanda, referida a que se declare que la Liquidación Final de Obra presentada por Consorcio Nor Oriental mediante Carta N° 104-2012/CONOR-MTC/21 de fecha 20.11.2012, recibida por el Supervisor de Obra el 06.12.2012, ha quedado consentida.

TERCERO: IMPROCEDENTE la excepción de incompetencia por materia no arbitrable respecto de la segunda pretensión principal de la demanda, deducida por Provías Descentralizado mediante escrito de fecha 17 de septiembre de 2013.

CUARTO: IMPROCEDENTE la segunda pretensión principal de la demanda, referida a que se ordene a Provías Descentralizado el pago al Consorcio Nor Oriental de la suma de S/. 50,000.00 Nuevos Soles, por concepto de trabajos adicionales necesarios para el levantamiento de observaciones, materia del Contrato N° 051-2012-MTC/21 suscrito con fecha 15.02.2012.



QUINTO: FUNDADA la excepción de incompetencia por materia no arbitrable respecto de la pretensión subordinada a la segunda pretensión principal de la demanda, deducida por Provías Descentralizado mediante escrito de fecha 17 de septiembre de 2013.

SEXTO: CARECE DE OBJETO EMITIR PRONUNCIAMIENTO respecto de la pretensión subordinada a la segunda pretensión principal de la demanda.

SÉPTIMO: INFUNDADA la tercera pretensión principal de la demanda, referida a que se ordene a Provías Descentralizado el pago al Consorcio Nor Oriental de la suma de S/. 15,000.00 Nuevos Soles, por concepto de indemnización por daños y perjuicios irrogados debido a la desatención de sus pedidos de gestión de la cantera necesaria para el levantamiento de las observaciones a la obra, lo que le habría ocasionado innecesariamente gastos administrativos, financieros y de asesoría legal durante un año.

OCTAVO: FUNDADA la primera pretensión principal de la reconvención, por lo que corresponde **DECLARAR CONSENTIDA** la Liquidación Final del Contrato N° 051-2012-MTC/21 practicada por Provías Descentralizado mediante Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21, al no haberse pronunciado al respecto el Consorcio Nor Oriental dentro del plazo establecido en la Cláusula Vigésimo Quinta del Contrato.

NOVENO: FUNDADA la pretensión accesorio a la primera pretensión principal de la reconvención, por lo que corresponde **ORDENAR** al Consorcio Nor Oriental el pago de la suma de S/. 22,530.49 (Veintidós mil quinientos treinta con 49/100 Nuevos Soles) a favor de Provías Descentralizado, como consecuencia del consentimiento de la Liquidación Final del Contrato N° 051-2012-MTC/21 practicada por Provías Descentralizado mediante Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21.

DÉCIMO: CARECE DE OBJETO EMITIR PRONUNCIAMIENTO respecto de la pretensión subordinada a la primera pretensión principal y a su pretensión accesorio, referida a que se declare la validez de la Liquidación Final del Contrato N° 051-2012-MTC/21 practicada por Provías Descentralizado mediante Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21.

UNDÉCIMO: CARECE DE OBJETO EMITIR PRONUNCIAMIENTO respecto de la pretensión accesorio a la pretensión subordinada a la primera subordinada a la primera pretensión principal y a su pretensión accesorio, referida a que se ordene al Consorcio Nor Oriental el pago de la suma de S/. 22,530.49 (Veintidós mil quinientos treinta con 49/100 Nuevos Soles) a favor de Provías Descentralizado, como consecuencia de la validez de la Liquidación Final del Contrato N° 051-2012-MTC/21 practicada por Provías Descentralizado mediante Resolución Directoral N° 015-2013-MTC/21.

DUODÉCIMO: Con respecto al punto controvertido en común, FIJAR como honorarios arbitrales la suma de S/. 3,400.00 (Tres mil cuatrocientos con 00/100 Nuevos Soles) netos para el Árbitro Único y de S/. 1,936.00 (Mil novecientos treinta y seis con 00/100 Nuevos Soles) incluido el IGV, para la Secretaría Arbitral; y disponer que cada parte asuma directamente los costos en que incurrió como consecuencia del presente arbitraje, salvo en



lo correspondiente a los anticipos de honorarios arbitrales y de los correspondientes a la Secretaría Arbitral del OSCE fijados en el numeral 46 del Acta de Instalación, los cuales fueron asumidos en su totalidad por el Consorcio Nor Oriental, pues el 50% que le correspondía pagar a Provías Descentralizado fue asumido por el Consorcio demandante vía subrogación, en ese sentido, corresponde **ORDENAR** a Provías Descentralizado al pago del 50% de los anticipos de honorarios arbitrales y de los correspondientes a la Secretaría Arbitral del OSCE fijados en el numeral 46 del Acta de Instalación.

Notifíquese a las partes.



ÁNGEL MARÍN LOZADA
Árbitro Único