

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**

**Facultad de Derecho**



Controversias en la fase de Ejecución y Liquidación de obras públicas: Análisis del Laudo Arbitral, en virtud de la demanda arbitral interpuesta por Consorcio JOHESA-UPACA contra PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE NACIONAL (“PROVÍAS NACIONALES”) por la Obra “Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Izcuchaca-Huancavelica, Tramo I Izcuchaca-Palca”

Trabajo de suficiencia profesional para optar el título profesional de Abogada

Autor:

***Giannina Corali Vasquez Alvarado***

Asesor:

***María Teresa Quiñones Alayza***

Lima, 2022

## **RESUMEN**

*Mediante el presente trabajo se analizan los fundamentos del presente Laudo Arbitral (Segundo Arbitraje) que evalúa la eficacia de la Resolución administrativa que aprueba una liquidación final de un contrato de obra, en torno a criterios de “irregularidad” y “extemporaneidad”. Dicha evaluación se da en observancia a la normativa aplicable sobre ejecución contractual en la Ley de Contrataciones y su Reglamento vigente al momento de suscitada la controversia, y en atención a normativa supletoria aplicable, en lo que resulte compatible.*

*En ese sentido, se evalúa los componentes integrantes de la liquidación final del contrato de obra y la observancia a los plazos establecidos en la normativa aplicable, esto en relación al Primer Arbitraje, que resuelve la primera controversia sobre la Ampliación de Plazo N°9, que antecede al presente arbitraje materia de análisis.*

*Adicionalmente, se evalúa las atribuciones y límites del Tribunal Arbitral y la delimitación en sus pronunciamientos sobre las pretensiones planteadas por el Consorcio en este Segundo Arbitraje. Sin perjuicio de lo anterior, se amerita evaluar el fondo que motivó el presente Segundo Arbitraje; es decir, el sustento de la Liquidación administrativa en base al hallazgo de Contraloría sobre la Ampliación de Plazo N°3.*

### **Palabras clave**

*Contrato de Obra- Liquidación- Ampliaciones de plazo- Solución de Controversias-Arbitraje*

### **ABSTRACT**

*The present dispute develops in order to determinate the technical concepts includes in the cost of a public work, that are involves in two arbitrations. Also, will be evaluate the rules to apply according to the nature of the dispute.*

*Finally, it also will be analyze the limits about the pronouncement in the arbitration, according it nature and other legal provisions and principles involved.*

### **Keywords**

*Public Contract- Liquidation- Terms Extension- Dispute resolution- Arbitration*

## ÍNDICE

|  |         |
|--|---------|
| <b>ABREVIATURAS</b>                          | Pág. 05 |
| <b>INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL CASO</b> | Pág. 07 |

### **Capítulo 1: Hechos relevantes**

|                            |        |
|----------------------------|--------|
| 1.1. Antecedentes y hechos | Pág.08 |
|----------------------------|--------|

### **Capítulo 2: Marco Teórico**

|  |         |
|--|---------|
| 2.1. Contratación Pública:   | Pág. 26 |
| 2.1.1. Contrato público o Contrato estatal: Contrato de Obra         |         |
| 2.1.2. Ejecución contractual: valorizaciones y ampliaciones de plazo |         |
| 2.1.3. Recepción y Liquidación del Contrato de obra                  |         |
| 2.1.4. Plazos aplicables   |         |

### **Capítulo 3: Identificación de los principales problemas jurídicos identificados**

|  |         |
|--|---------|
| 3.1. Cuestión preliminar   |         |
| a. ¿Correspondía declarar la improcedencia de la excepción de incompetencia respecto de la CUARTA PRETENSIÓN de la demanda arbitral por enriquecimiento sin causa interpuesta por PROVIAS? |         |
| - La vía arbitral como mecanismo de solución de controversias en la Contratación Pública   |         |
| - ¿Qué se entiende por materia inarbitrable? ¿Es el enriquecimiento sin causa una materia inarbitrable?  | Pág. 29 |

#### 3.2. Problemas principales:

##### Problema N° 01: Primera Liquidación 1-Ampliación de Plazo N°9

3.2.1. ¿Cuándo se presentó la liquidación del Contrato? ¿Cuándo quedó consentida la liquidación del Contrato?

¿La Primera Liquidación cumplía con los requisitos legales para ser considerada una liquidación del Contrato o existiendo una controversia abierta sobre la Ampliación de Plazo N°9 se entendía que no había liquidación, según posición de la Entidad?

¿En caso de no haber liquidación por existir una controversia abierta, presuntamente, una vez resuelta la misma mediante la liquidación del Primer Laudo y presentado el Cuadro de Resumen de la liquidación del Contrato por el Consorcio, se entiende que ya existía una Liquidación del Contrato?

¿Constituye el Cuadro de Resumen de liquidación del Contrato una liquidación integrada del Contrato?

Problema N° 02: Segunda Liquidación - Ampliación de Plazo N°3

¿Es fundada o se ajusta a derecho la objeción de la Entidad cuestionando el otorgamiento de Ampliación de Plazo N°3, mediante la Resolución N°691 fundada en el hallazgo de Contraloría, cuando anteriormente ya había consentido dicho otorgamiento y nunca lo cuestionó en ninguna vía? ¿Constituía la Ampliación de Plazo N° 3 un acto administrativo?

¿Cabía observar una liquidación sobre una ampliación de plazo que ya había sido otorgada mediante acto administrativo consentido y firme, que no había sido cuestionada?

Problema N° 03: Fondo-Ampliación de Plazo N°3

¿Podía el Tribunal pronunciarse de manera extra petita?

¿Podía el Tribunal pronunciarse además de la “irregularidad” y “extemporaneidad” de la Resolución N°691 y declarar infundados los fundamentos sobre la Ampliación de Plazo N°3?

¿Cómo se entiende o relativiza el principio de iura novit curia en la vía arbitral?

3.3. Problema secundario

¿Cuáles son los límites y las formalidades en los pronunciamientos de la Contraloría en los Contratos de Obra pública?

Pág. 30

**Capítulo 4: Análisis de los problemas jurídicos y posición de la candidata**

4.1. Cuestión preliminar

Pág.31

4.2. Análisis de los problemas jurídicos principales y secundarios, y posición individual.

Pág.34

4.3. Posición individual sobre el Laudo Arbitral.

Pág.47

**Capítulo 5: Conclusiones**

Pág. 47

**Bibliografía consultada**

Pág. 49

| <b>ABREVIATURAS PRESENTES EN EL INFORME</b> |   |   |
|---|---|---|
| <b>1</b>                                    | JOHESA-UPACA y/o Consorcio y/o Contratista: | Consortio JOHESA-UPACA  |
| <b>2</b>                                    | PROVIAS y/o Entidad:                        | PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE NACIONAL   |
| <b>3</b>                                    | Obra:                                       | Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Izcuchaca-Huancavelica, Tramo I Izcuchaca- Palca del Km 0+ 000 al Km 30+ 000  |
| <b>4</b>                                    | Contrato:                                   | Contrato de Ejecución de Obra N° 306-2005-MTC/20 para la Obra   |
| <b>5</b>                                    | Resolución Directoral N° 691:               | Resolución Directoral N° 691-2009-MTC/20, de PROVIAS NACIONAL, que declaró un saldo a favor de esta entidad por S/. 120, 301.28(Ciento veinte mil trescientos uno y 28/100 Nuevos Soles) producto de la Liquidación del Contrato. Equivalente a la Segunda Liquidación materia del Segundo Arbitraje. |
| <b>6</b>                                    | Resolución Directoral N° 1150:              | Resolución Directoral N° 1150-2006-MTC/20, que declaró procedente la Ampliación de Plazo N°3, otorgando 23 días solicitados por JOHESA-UPACA. Vinculado al hallazgo de Contraloría que da sustento a la Segunda Liquidación.  |
| <b>7</b>                                    | Primera Liquidación                         | Carta CS N° 646-2007/RMCIH-RO, con fecha 10 de agosto de 2007 (Liquidación inicial que posteriormente se integró con el Primer Laudo y el Cuadro Resumen del Consorcio).  |
| <b>8</b>                                    | Primer Laudo:                               | Laudo del primer arbitraje de liquidación interpuesto por JOHESA-UPACA que determinó la liquidación por un saldo a favor del contratista por S/ 259, 926.92 (Doscientos cincuenta y nueve mil novecientos veintiséis y 92/100 Nuevos Soles), de fecha 27 de enero de 2009.                            |
| <b>9</b>                                    | Segundo Laudo:                              | Laudo del segundo arbitraje interpuesto por JOHESA-UPACA, de fecha 30 de junio de 2010.   |
| <b>10</b>                                   | Segunda Liquidación:                        | Liquidación que se aprueba mediante Resolución Directoral N° 691.   |
| <b>11</b>                                   | LCE y Reglamento:                           | TUO de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento vigente y aplicable al caso.   |
| <b>12</b>                                   | LPAG:                                       | Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.   |

|           |                        |  |
|-----------|------------------------|--|
| <b>13</b> | Ley de Arbitraje o LA: | Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N°1071, aplicable al caso. |
| <b>14</b> | Contraloría o CGR:     | Contraloría General de la República.                             |
| <b>15</b> | Tribunal:              | Tribunal Arbitral.   |
| <b>16</b> | Código Civil:          | CC.  |



## INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL CASO

Mediante el presente expediente, se elabora una investigación jurídica de importancia para esclarecer las pautas y reglas aplicables en la ejecución de obras públicas (recepción de obra y liquidación de contrato de obra) y aplicables en la etapa de solución de controversias en la vía arbitral, referida a la arbitrabilidad de algunas materias sometidas a controversia y a los límites del pronunciamiento arbitral. Ello es así, mediante una exposición y análisis de los fundamentos de derecho que realiza el Tribunal Arbitral, en el presente Segundo Arbitraje, de las pretensiones sometidas a su consideración, tales como el análisis de la “extemporaneidad” y la “regularidad” de la resolución que emite la Entidad, mediante la cual aprueba administrativamente la liquidación de la Obra, y del análisis de eficacia que hace el Tribunal de dicha resolución. Lo anterior está vinculado a temas, tales como la aplicación supletoria de normativa, principios generales del Derecho, e instituciones civiles como el “enriquecimiento sin causa”. También se somete a análisis por el Tribunal la justificación de su competencia y el sustento de la Entidad al emitir un acto administrativo cuestionando un acto administrativo propio y consentido, entre otras materias vinculadas a las facultades de la Contraloría.

Asimismo, resulta relevante realizar una aproximación a los principios procesales aplicables al arbitraje y delimitar su alcance en el presente caso.

Por lo anterior, se proyecta un análisis de las reglas y conceptos aplicables en la fase de ejecución contractual respecto de la Obra pública, y a la delimitación de la vía arbitral competente en la fase de solución de controversias.

A mayor abundamiento, a continuación, iniciamos el desarrollo del Informe.

*La autora*

## **CAPÍTULO I: HECHOS RELEVANTES**

### **Relación de principales hechos sobre los que versa la controversia**

#### **1.1 Antecedentes del Segundo Arbitraje (Primer Arbitraje)**

##### **Otorgamiento de la buena pro de la Licitación Pública**

Con fecha 14 de octubre de 2005, mediante Licitación Pública Nacional N°001-2005-MTC/20, PROVIAS otorgó la buena pro al Consorcio por la ejecución del proyecto “Obra de Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Izcuchaca-Huancavelica, Tramo I Izcuchaca-Palca del Km 0+000 al Km 30+000”, (en adelante, la Obra) suscribiéndose el Contrato, cuyo monto contractual ascendía a S/. 36, 760, 862.39 (Treinta y seis millones setecientos sesenta mil ochocientos sesenta y dos y 39/100 Nuevos Soles), incluido el IGV, por un plazo inicial de 360 días calendario.

Asimismo, conforme al Contrato se acordó que éste se regía por las Bases de la Licitación, el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM (en adelante, TUO de la Ley) y su Reglamento, aprobado mediante 084-2004-PCM (en adelante, el Reglamento) y que, en caso surgiera alguna controversia, ésta se solucionaría en la vía arbitral, de acuerdo a la cláusula Décimo Tercera del Contrato y por el artículo 274° del Reglamento <sup>1</sup>.

##### **Ejecución contractual (Se aborda la Ampliación de Plazo N°9)**

Durante la ejecución del Contrato se otorgaron 15 Ampliaciones de Plazo, pero, para efectos del presente trabajo, abordaremos principalmente las dos Ampliaciones de Plazo que llegaron a arbitraje: N°3 y N°9, siendo pertinente citar en esta primera parte la Ampliación de Plazo N°9.

En ese sentido, surgió una controversia sobre la procedencia de la Ampliación de Plazo N° 9, se sometió a arbitraje, (en adelante, Primer Arbitraje), el mismo que se desarrollará en el siguiente punto.

De acuerdo a lo expuesto, finalmente, se incrementó el plazo contractual de 360 días a 572 días calendario, con fecha de terminación el 24 de mayo de 2007. Adicionalmente, se autorizaron 6 presupuestos adicionales y 3 deductivos conformes.

##### **Recepción de la Obra y Presentación de la Liquidación**

Con fecha 24 de mayo de 2007, el Consorcio solicitó la recepción de la obra, conforme a la cláusula

<sup>1</sup> Al respecto, léase el artículo 274°, que indica que todas las controversias derivadas de la ejecución e interpretación del contrato, incluso también referidas a su nulidad e invalidez, se resolverán de manera definitiva e inapelable por arbitraje de derecho, en atención a la normativa de contrataciones.

Décimo Séptima del Contrato y el artículo 268° del Reglamento:

Con fecha 13 de junio de 2007 se produjo la recepción de la Obra, siendo ésta recibida sin observaciones por PROVIAS, siendo que, a partir del 14 de junio de 2007 se empezó a computar el plazo de 60 días para que el Consorcio presente su liquidación, conforme al Contrato y el artículo 269° del Reglamento<sup>2</sup>.

Con fecha 10 de agosto de 2007, mediante Carta CS N°646-2007/RMCIH-RO, el Consorcio presentó su liquidación dentro del plazo previsto determinando un saldo a su favor de S/. 937, 808.12 (Novecientos treinta y siete mil ochocientos ocho y 12/100 Nuevos Soles), incluido el IGV, estando aún a dicha fecha una controversia entre las partes.

Luego de 30 días, referidos en el artículo 269° del Reglamento, PROVIAS observó la liquidación por lo informado por el Supervisor de la Obra, el Consorcio Cielo Azul (en adelante, el Supervisor), y el Informe N° 270-2007-MTC/20.5-JUD, determinando un saldo a favor del Consorcio por S/. 435, 050.87 (Cuatrocientos treinta y cinco mil cincuenta 87/100 Nuevos Soles), incluido el IGV. En consecuencia, a raíz de los montos distintos de ambas liquidaciones, y no estando de acuerdo las partes, el Consorcio determinó dar inicio al Primer Arbitraje de Liquidación de la Obra.

### **Inicio del Primer Arbitraje y el Primer Laudo**

El 06 de septiembre de 2007, **PROVIAS comunicó al Consorcio que no se procedería con la liquidación el Contrato**, conforme al artículo 269° del Reglamento, por existir una disputa en arbitraje respecto del reconocimiento de prórroga y gastos generales derivados de la Ampliación de Plazo N°9, producto de los cálculos efectuados por el Supervisor confirmados por PROVIAS que arrojó un saldo a favor del Consorcio por S/. 435, 050.87 (Cuatrocientos treinta y cinco mil cincuenta y 87/100 Nuevos Soles), incluido el IGV.

Con fecha 27 de enero de 2009, el Tribunal expide el Laudo del Primer Arbitraje (en adelante, Primer Laudo) que determinó que sobre el monto controvertido de la liquidación existe un saldo a favor del Consorcio por la suma de S/. 259, 926.92 (Doscientos cincuenta y nueve mil novecientos veintiséis y 92/100 Nuevos Soles), incluido el IGV más intereses legales.

Con fecha 08 de mayo de 2009, mediante Carta N° 469-2009-MTC/20.5, PROVIAS solicitó al Consorcio la “documentación sustentatoria correspondiente y actualizada” del Cuadro Resumen, previamente solicitado sobre la liquidación de la Obra. Adicionalmente, la cancelación de los intereses ordenados por el Laudo sería calculados a la fecha de la cancelación del monto ordenado por el Laudo, y se incluiría en la liquidación final.

El 13 de mayo de 2009, mediante Comprobante de Pago N° 02646, PROVIAS canceló al Consorcio la suma ordenada por el Laudo, quedando aún pendiente el pago de intereses legales.

---

<sup>2</sup> Al respecto, léase el artículo 269° respecto de la liquidación del contrato de obra.

Con fecha 18 de mayo de 2009, PROVIAS recepcionó de parte del Consorcio la Carta CS N° 0006-CJU-2009 (en adelante, Cuadro Resumen), a petición de la entidad, que adjunta el “Cuadro Resumen de la Liquidación Final de la Obra”, que indicaba un saldo pendiente por S/. 16, 612. 39 (Dieciséis mil seiscientos doce y 39/100 Nuevos Soles), incluido el IGV, por concepto de intereses legales devengados.

## **1.2 Hechos y actuaciones procesales que dieron origen al Segundo Arbitraje, materia de análisis.**

### **Resolución Directoral N°691-2009-MTC/20**

Con fecha 18 de junio de 2009, la Entidad notificó al Consorcio con la Resolución Directoral N°691-2009-MTC/20, (en adelante, la Resolución N°691), la cual aprobó administrativamente la liquidación del Contrato, determinando lo siguiente:

- a. El Costo Final de la Obra Ejecutada ascendía a S/. 44' 800, 681.62 (Cuarenta y cuatro millones ochocientos mil seiscientos ochenta y uno y 62/100 Nuevos Soles); y
- b. Existencia de un saldo a favor de PROVIAS por la suma de S/ 120, 301.28. (Ciento veinte mil trescientos uno y 28/100 Nuevos Soles).

Referida Resolución toma de referencia el Cuadro Resumen y se sustenta en los siguientes documentos:

- I. El Informe N°047-2009-MTC/20.5-AHP, de fecha 02 de junio de 2009, en virtud de la cual la Contraloría efectuó un hallazgo de auditoría a la Obra por la Ampliación de Plazo N°3.
- II. La carta s/n, de fecha 11 de noviembre de 2008, de la ingeniera Magdalena Bravo Hinostroza, sobre sus descargos al referido hallazgo.

### **Hallazgo de la Contraloría (Se aborda la Ampliación de Plazo N°3)**

El presente hallazgo observó el otorgamiento de la Ampliación de Plazo N°3, aprobado mediante la Resolución N° 1150-2006-MTC/2 (en adelante, la Resolución N° 1150), de fecha 02 de mayo de 2006, que declaró procedente dicha ampliación otorgando 23 días solicitados por el Consorcio a causa de “las dificultades técnicas experimentadas por la contratista en la ejecución del Contrato.

Finalmente, se concluye que se otorgó indebidamente 6 días calendario, pues en lugar de los 23 días otorgados, se debió otorgar solo 17 días calendario. Por tanto, se generó un pago de mayores gastos generales al Consorcio por S/. 99, 350.96 (Noventa y nueve mil trescientos cincuenta y 96/100 Nuevos Soles), sumado a la contraprestación adicional por servicio al Supervisor de la Obra por S/. 95, 993.58 (Noventa y cinco mil novecientos noventa y tres y 58/100 Nuevos Soles)<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> En la carta de descargos de la ingeniera en respuesta al hallazgo, esta señala que el monto correcto del hallazgo por las mayores prestaciones de supervisión debió ser S/. 37, 562.71 (Treinta y siete mil quinientos sesenta y dos 71/100 Nuevos Soles), monto que indicó la Contraloría por un error de cálculo. En consecuencia,

## **Inicio del Segundo Arbitraje**

Debido a la controversia sobre la liquidación final del Contrato una vez notificada la Resolución N° 691, el Consorcio decide iniciar un Segundo Arbitraje, esgrimiendo los principales argumentos y pretensiones en su demanda arbitral a continuación, presentada con fecha 29 de septiembre de 2009 y la Entidad contestó la demanda arbitral dentro del plazo legal, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos con fecha 04 de noviembre de 2009, con los principales argumentos a continuación.

### **PRINCIPALES ARGUMENTOS DE LA DEMANDA ARBITRAL Y DE LA CONTESTACIÓN DE LA ENTIDAD:**

El Consorcio planteó como **PRIMERA PRETENSIÓN:** Que se declare sin efecto la Liquidación de Parte que PROVIAS ha aprobado en forma irregular y extemporánea, mediante la Resolución N°691 respecto del Contrato, que determina un supuesto saldo en contra del contratista, por un monto de S/. 120, 301.28 (Ciento veinte mil trescientos uno y 28/100 Nuevos Soles), declarándose y restableciéndose la real liquidación consentida, así como la deuda de PROVIAS por S/. 16, 612.39 (Dieciséis mil seiscientos doces y 39/100 Nuevos Soles).

Al respecto, el Consorcio señala que cumplió con el trámite regular en la presentación de su liquidación del Contrato y la Entidad hizo valer su derecho de observar la misma. Incluso, agrega el Consorcio que la Entidad, en señal de su conformidad, procedió con la cancelación de la suma establecida en el Laudo acreditado con el Comprobante de Pago N° 02646, de fecha 13 de mayo de 2009. Así, una vez ya consolidada dicha liquidación, la Entidad procedió a solicitar al Consorcio el cuadro resumen de la liquidación, con la finalidad de determinar el monto de los intereses pendientes.

Para el Consorcio, los plazos para la recepción de la Obra, la presentación de la liquidación y su consecuente observación, ya se habrían cumplido, siendo un imposible jurídico que esté presente su liquidación en mayo de 2009 y la presentación de una posible observación acompañada de una nueva liquidación en junio de 2009, tal como aduce la Entidad.

Asimismo, en cuanto al sustento de la Resolución N°691, referido al hallazgo de auditoría, el Consorcio recoge los descargos de la ingeniera Magdalena Bravo indicando que si bien ésta admite haber revisado y visado la Ampliación de Plazo N°3, la responsabilidad es del especialista bajo sus órdenes. Finalmente, el Consorcio señala que el Examen de Especial de Control realizado por la Contraloría solo alcanzaría a los funcionarios involucrados en la ejecución de la Obra, no siendo admisible una auditoría al Contratista, más aun cuando la legislación aplicable no establece la participación de la Contraloría en una ampliación de plazo.

Por tanto, según el Consorcio, si la Entidad no observó la Ampliación de Plazo N°3, otorgada por la Resolución N° 1150 del 2006, no podría observarla tres años después, ni disponer descuentos

---

el monto total del hallazgo debía arrojar S/. 136, 913.67 (Ciento treinta y seis mil novecientos trece y 67/100 Nuevos Soles) y no S/. 195, 344.54 (Nuevos Soles).

pecuniarios vinculados, incluso tampoco habiendo precluido la etapa la oportunidad para formular observación en la liquidación definida arbitralmente, siendo ésta liquidación la única válida y regular.

El Consorcio planteó como **SEGUNDA PRETENSIÓN:** Que se declare que PROVIAS ha consumado un cobro indirecto indebido, al descontar una nueva e improcedente Liquidación de Parte, la cantidad de S/ 136, 913. 67 (Ciento treinta y seis mil novecientos trece y 67/100 Nuevos Soles), disponiendo una compensación similar de la cantidad de S/ 16, 612. 39 (Dieciséis mil seiscientos doce y 39/100 Nuevos Soles), monto que reconoce adeuda a JOHESA-UPACA por concepto de intereses.

Sobre esta pretensión, el Consorcio sostiene que no corresponde el cobro de esta suma líquida, cuando ya había una liquidación real ya consentida desde el 13 de mayo de 2009, quedando solo pendiente el pago de los intereses legales. Así, con esta supuesta deuda la Entidad buscaría trasladar responsabilidad pecuniaria del funcionario al Consorcio, consumando un cobro ilegal, pues la liquidación válida se encontraba ya consentida a partir del 13 de mayo de 2009, una vez que la Entidad canceló el saldo del Laudo.

Asimismo, dicho cobro corresponder al desagregado de las sumas de S/ 99, 350.96 Nuevos Soles por supuesto reembolso de 6 días de mayores gastos generales de la Ampliación de Plazo N°3 y S/ 37, 562.71 por supuesto pago de 6 días de mayores prestaciones de servicios de supervisión. Lo anterior es cuestionable, ya que el cálculo por y S/ 37, 562.71 corresponde a la corrección de dicho monto que realiza en su descargo la ingeniera Magdalena Barreto.

Según el Consorcio, lo anterior es errado, ya que no sólo desautoriza el cálculo de la Comisión de Contraloría por la cuantificación de mayores pagos por supervisión, sino que traslada la responsabilidad por la Ampliación de Plazo N°3 al Consorcio, más aun cuando la Contraloría no ha determinado responsabilidad administrativa, civil o penal.

Respecto de la **PRIMERA Y SEGUNDA PRETENSIÓN**, la Entidad ha señalado en su contestación que elaboró conforme su liquidación que arrojó un saldo a favor del Consorcio por S/ 435, 050, 90 soles y que el saldo a favor del Consorcio, se debía principalmente a que el Consorcio pretendía el reconocimiento de mayores gastos generales por reducción de metas, e igualmente el reconocimiento de dichos gastos por la Ampliación de Plazo N°9, concepto que incorporó a su liquidación, y sobre el cual existió controversia.

La Entidad señala que el Consorcio incorporó en su liquidación el concepto de gastos generales por 14 días no reconocidos en la solicitud de Ampliación de Plazo N°9, materia el primer arbitraje.

Mediante el Comprobante de Pago N°06845 de noviembre de 2007, la Entidad canceló al Consorcio el saldo no controvertido de la liquidación, el cual ascendió a S/ 435, 050, 87 Nuevos Soles y mediante el Comprobante de Pago N°06846 de mayo de 2009, la Entidad canceló al Consorcio la suma ordenada por el Primer Laudo.

Que, en atención a lo anterior, finalmente, el Consorcio presenta su liquidación final mediante el

Cuadro Resumen ante PROVIAS, el 19 de mayo de 2009, por lo cual la Entidad aduce que, en adelante, tenía un plazo de 30 días siguientes conforme al Reglamento, es decir, incluso hasta el 18 de junio de 2009, para aceptar u observar dicha liquidación.

Asimismo, según la Entidad, el Primer Arbitraje no liquidó el contrato de obra, ya que solo determinó que la solicitud del Consorcio se declare fundada respecto de la petición de la Ampliación de Plazo N°9 por 26 días calendario originados por causa no imputable, no existiendo impedimento para que PROVIAS proceda a liquidar el contrato.

En atención a lo anterior, la Entidad cita el Primer Laudo de la siguiente manera:

(...) la realización de la liquidación de obra era improcedente al haber controversias pendientes de ser resueltas, y que iban a afectar directamente el resultado de la misma; no obstante, este Colegiado puede advertir que aun cuando la elaboración de la liquidación hubiera sido procedente, la misma no habría quedado consentida, en el presente caso, en tanto PROVIAS sí procedió a observarla en el plazo oportuno.

El Consorcio planteó como **TERCERA PRETENSIÓN**: Que se disponga que PROVIAS pague una indemnización a favor de JOHESA-UPACA, por haber procedido al efectuar la liquidación extemporánea, distorsionando disposiciones legales expresas sobre los términos y etapas de una liquidación, configurando dolo civil. Se estima como monto indemnizatorio la cantidad de S/. 60, 000.00 (Sesenta mil y 00/100 Nuevos Soles), más los intereses que correspondan.

Asimismo, el Consorcio planteó como **CUARTA PRETENSIÓN**: En forma acumulativa originaria subordinada a la tercera pretensión, se disponga el pago de una indemnización ascendente a S/. 60, 00.00 (Sesenta mil y 00/100 Nuevos Soles), más los intereses que correspondan luego de producido el laudo correspondiente y hasta el día efectivo del pago, por la causal de enriquecimiento sin causa, debido a que la cantidad de S/. 120, 301.28 (Ciento veinte mil trescientos uno y 28/100 Nuevos Soles) que pretende cobrar PROVIAS, dejando de pagar la suma de S/. 16, 612.39 (Dieciséis mil seiscientos doce y 39/100 Nuevos Soles), tiene como objetivo que dicha entidad y/o sus funcionarios responsables no respondan ante la Contraloría por el monto indicado en el hallazgo.

Al respecto, el Consorcio señala que la Entidad estaría actuando con dolo civil al efectuar la referida liquidación extemporánea. Lo anterior, debido a que se le estaría generando un perjuicio al Consorcio dejándolo en una situación de desventaja ante las entidades financieras, por la necesidad de renovación de las fianzas, durante 4 años, presuponiendo incumplimientos en la ejecución de la obra por parte del Consorcio, así, afectando su imagen empresarial.

Por tanto, el daño emergente causado por la Resolución N°691 contiene elementos de dolo por comisión y omisión. Por comisión, respecto a la cobranza compulsiva por el saldo de su supuesta liquidación, y por omisión, debido al incumplimiento de la Entidad de cursar comunicación a la Contraloría.

Así, según el Consorcio, la Entidad incurrió en dolo por omisión al no informar a la Contraloría que

la liquidación ya había sido consentida y pagada, restando solo el monto por los intereses por S/ 16, 612. 39 Nuevos Soles. En ese sentido, el dolo se ratifica por actuar en distorsión a las disposiciones legales expresadas sobre los términos y plazos de la normativa aplicable.

Asimismo, la conexión causal entre el hecho dañoso y la responsabilidad de la Entidad sería la Resolución N° 691, contraviniendo dispositivos legales.

Finalmente, la cuantificación del daño, según el Consorcio, obedece a las previsiones de deudas por pagar, pago de seguros por deslealtad y otros, aparte de la inmovilización del capital que se les cobra, durante el tiempo previsto por el presente proceso, a costos financieros por S/. 30, 000.00 Nuevos Soles.

También, el monto que corresponde a la tasa activa del sistema financiero peruano por la inmovilización, incluidos intereses, por el tiempo estimado del proceso asciende a S/ 30, 000.00 Nuevos soles, suma correspondiente al lucro cesante derivado del daño emergente.

En ese sentido, la situación desventajosa explica la trasgresión al principio de buena fe y común intención de las partes prescrita en el artículo 1362° del Código Civil, y considerando la cuantificación del daño, determina la obligación de la Entidad de indemnizar al Consorcio. Por tanto, la Entidad está obligada a indemnizar al Consorcio por S/ 60, 000.00 Nuevos Soles.

Respecto de la **TERCERA Y CUARTA PRETENSIÓN**, la Entidad indica en su contestación que la liquidación emitida, mediante Resolución N°691 es regular y conforme a los plazos legales, por tanto, no existe algún perjuicio de algún cobro indebido.

Asimismo, conforme a la normativa de la LA, se entiende que se somete a arbitraje aquello que las partes expresamente manifiestan que sean someter a dicha vía y sobre el particular, las partes no declararon expresamente someter al fuero arbitral la materia del “enriquecimiento sin causa”.

En adición, la Entidad señala que tampoco tenía facultades para someter dicha institución conforme al artículo 53° de la LCE<sup>4</sup>, que regula las materias arbitrables surgidas de la ejecución del contrato público, regulación que no comprende “el enriquecimiento sin causa”.

Por tanto, considerando que el enriquecimiento sin causa no forma parte de las controversias surgidas como consecuencia de la ejecución del contrato, ya que tiene otra regulación y representa una fuente de obligaciones independiente del contrato, esto en atención a la normativa de contrataciones y al carácter supletorio de las normas del Código Civil, PROVIAS carecía de facultades para incluirlo en el convenio arbitral. En ese sentido, las partes no lo incluyeron a dicha institución de manera expresa, debido a que PROVIAS no contaba con dichas facultades

Adicionalmente, considerando el carácter subsidiario de la presente acción, la Entidad argumenta

---

<sup>4</sup> Al respecto, léase el artículo 53° que indica que las controversias a partir de la suscripción del contrato, referentes a su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, se dirimirán en la vía de conciliación o arbitraje.

que si bien el enriquecimiento sin causa procede cuando no existe una causa justa que motive ese desplazamiento patrimonial, no se puede prescindir del requisito de que el demandante carezca de otra acción; es decir, la subsidiariedad de esta acción, conforme al Código Civil.

A efectos del presente caso, según la Entidad, para que proceda la acción por enriquecimiento sin causa no debería haber otra vía en la normativa aplicable, como lo es la LCE y su Reglamento, en consideración al carácter supletorio del Código Civil. Por tanto, al existir una vía principal para el cobro de estos adicionales, no procedería la acción por enriquecimiento sin causa en el presente caso.

El Consorcio planteó como **QUINTA PRETENSIÓN**: En forma acumulativa originaria accesoria a la primera pretensión, se disponga el pago de los intereses por la demora en el pago de la cantidad líquida ascendente a S/. 16, 612. 39 (Dieciséis mil seiscientos doce y 39/100 Nuevos Soles), establecida por PROVIAS en cumplimiento del Laudo, contados desde el día de la notificación con la demanda arbitral hasta el momento del pago efectivo, conforme a lo dispuesto por las Bases de la Licitación y, supletoriamente, por el artículo 49° de la Ley, concordante con el artículo 1324° del Código Civil<sup>5</sup>.

Al respecto, corresponde al pago de los intereses por la demora en el pago de S/ 16, 612. 39, establecida por la Entidad en cumplimiento del Laudo de fecha 27 de enero de 2009.

Respecto de la **QUINTA PRETENSIÓN**, debido a que se trata de una pretensión acumulativa originaria accesoria a la **PRIMERA PRETENSIÓN**, la argumentación de la Entidad en su contestación corresponde a la misma.

El Consorcio planteó como **SEXTA PRETENSIÓN**: Aun cuando el principio procesal de las costas y costos, establece que el pago de éstos corresponde a la parte vencida, JOHESA-UPACA, hace extensiva sus pretensiones al pago de los mismos, especificando que éstos comprenden los honorarios de los árbitros, gastos administrativos del Centro Arbitral, retribución del Secretario del Tribunal, honorarios del abogado patrocinante y todos los demás que corresponde.

Sobre esta pretensión, el Consorcio señala que el pago de las costas y costos comprenden los honorarios de los árbitros, gastos administrativos del Centro Arbitral, retribución del Secretario del Tribunal, honorarios de los abogados patrocinantes y todos los demás que correspondan.

Respecto de la **SEXTA PRETENSIÓN**, la Entidad indica en su contestación que no existe sustento jurídico respecto de lo solicitado, por lo que solicita que dicho pago el pago sea asumido íntegramente por el Consorcio y, en caso no ser así, sean asumidos por ambas partes en atención al principio de equidad.

---

<sup>5</sup> Al respecto, léase el artículo 1324°, referente a los efectos por la inexecución de obligaciones dinerarias.

Adicionalmente, la Entidad formuló una excepción de incompetencia y una reconvencción en su contestación de fecha 04 de noviembre de 2009, con el siguiente sustento:

### **Excepción de Incompetencia**

Adicionalmente, PROVIAS dedujo una excepción de incompetencia del Tribunal respecto de la Cuarta Pretensión de la demanda arbitral, por la cual PROVIAS debe indemnizar al Consorcio por enriquecimiento sin causa, aduciendo dicha materia no es arbitrable y, en consecuencia, se declare su improcedencia.

Al respecto, PROVIAS desarrolló su argumentación sobre la cuarta pretensión en párrafos precedentes, la misma que indica que al tratarse de una materia arbitrable, son las partes las que deciden qué materias someten a arbitraje y cuales no, de tal forma la LA señala “Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme al derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen”. En ese sentido, corresponde a las partes delimitar de manera expresa las materias que desean someter a arbitraje.

Sobre el particular, la Entidad señaló que las partes no declararon expresamente someter al fuero arbitral la materia del “enriquecimiento sin causa”, y que tampoco tenía facultades para someter dicha institución conforme al numeral 2 del artículo 53° de la LCE ya citado, que regula las materias arbitrables surgidas de la ejecución del contrato público, regulación que no comprende “el enriquecimiento sin causa”.

### **Reconvencción**

Asimismo, PROVIAS formuló las siguientes pretensiones en su reconvencción:

- A. PRIMERA PRETENSIÓN: “Que el Tribunal Arbitral declare que la Ampliación de plazo N°3 corresponde a 17 días y no a los 23 días otorgado por PROVIAS de conformidad con lo señalado por la Contraloría General de la República según los fundamentos antes señalados”
- B. SEGUNDA PRETENSIÓN: “Que el Tribunal Arbitral declare que el monto de S/. 120, 301.28 (Ciento veinte mil trescientos uno y 28/100 Nuevos Soles) sea incluido en la Liquidación final del Contrato como monto a favor de PROVIAS de conformidad con lo señalado por la Contraloría General de la República”

### **Admisión de la demanda y contestación arbitral y de la reconvencción**

Con fecha 09 de noviembre de 2009, mediante Resolución N°5, se tuvo por contestada la demanda arbitral y se corrió traslado a la otra parte.

Con fecha 11 de enero de 2010, mediante Resolución N°7, el Tribunal declaró improcedente la reconvencción de PROVIAS, ante lo cual ésta formuló una reconsideración de dicha decisión, mediante escrito de fecha 19 de enero de 2010.

Con fecha 03 de febrero de 2010, mediante Resolución N°9, el Tribunal declaró finalmente infundada la reconsideración planteada por PROVIAS El subrayado es propio.

## **PUNTOS CONTROVERTIDOS DEL SEGUNDO LAUDO ARBITRAL Y PRINCIPALES ARGUMENTOS:**

Inicialmente, cabe precisar que, mediante el Acta de Instalación, de fecha 09 de septiembre de 2009, el Tribunal se reservó la decisión de pronunciarse sobre la excepción de incompetencia respecto de la Cuarta Pretensión en el presente Laudo. (IMPROCEDENTE)

Sobre el PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si procede declarar sin efecto por irregular y extemporánea, la liquidación del Contrato efectuada por la Entidad mediante la Resolución Directoral N°691 y, como consecuencia de ello, si procede declarar inexistente el saldo en contra de JOHESA-UPACA, ascendente a la suma de S/. 120, 301.28 (Ciento veinte mil trescientos uno y 28/100 Nuevos Soles), restableciéndose la real liquidación consentida que arroja un saldo a favor del contratista ascendente a S/. 16, 612.39 (Dieciséis mil seiscientos doces y 39/100 Nuevos Soles); (INFUNDADO)

En primer lugar, el Tribunal justifica su competencia en virtud del segundo numeral del artículo 53° del LCE ya citado, y en virtud del segundo párrafo del artículo 273° del Reglamento<sup>6</sup>, concluyendo que son arbitrables las controversias sobre el consentimiento de la liquidación y/o pago de la misma.

Al respecto, el Consorcio indica que con fecha 13 de junio de 2007 se produjo la recepción de la Obra, la cual fue recibida sin observación alguna por la Entidad, empezando a computarse el plazo de 60 días para la presentación de la liquidación por parte del Consorcio, conforme al artículo 269° del Reglamento, a partir del 14 de junio de 2007.

Dentro del plazo legal, con fecha 10 de agosto de 2007, el Consorcio presentó la liquidación determinando un saldo a su favor por S/. 937, 808.12 (Novecientos treinta y siete mil ochocientos ocho y 12/100 Nuevos Soles), incluido el IGV, siendo que le correspondía 30 días a la Entidad para que formule observación a la liquidación, lo cual se ocurrió de acuerdo a lo informado por la Supervisión y el Informe N° 270-2007-MTC/20.5-JUD, determinando un saldo a favor del Contratista por S/. 435, 050.87 (Cuatrocientos treinta y cinco mil cincuenta 87/100 Nuevos Soles), incluido el IGV.

Como consecuencia de la diferencia de los montos que arrojaron las liquidaciones de las partes, el Consorcio sometió a arbitraje el monto controvertido de la liquidación, por lo que el Tribunal expidió el Primer Laudo determinado el saldo indicado a favor del Consorcio, monto que fue cancelado por la Entidad sin observación alguna el 13 de mayo de 2009 (Comprobante de pago N° 0246).

Asimismo, a pedido de la Entidad, el Consorcio remitió el Cuadro Resumen, a fin de especificar el monto de los intereses legales devengados en virtud del Primer Laudo, monto ascendente a S/. 16,

<sup>6</sup> Al respecto, léase el artículo 273° respecto a arbitraje.

612. 39 (Dieciséis mil seiscientos doces y 39/100 Nuevos Soles), incluido el IGV.

Luego de la cancelación de lo determinado en el Primer Laudo, la Entidad notificó al Consorcio con la Resolución N°691, mediante la cual aprueba administrativamente la liquidación de la Obra, arrojando un saldo a favor de la Entidad de S/. 120, 301. 28 (Ciento veinte mil trescientos uno y 28/100 Nuevos Soles). Así, el Consorcio señala que dicha resolución se remite al hallazgo de auditoría de la Contraloría sobre la Ampliación de Plazo N°3<sup>7</sup> y en la carta s/n de la ingeniera Magdalena Bravo Hinostroza<sup>8</sup>.

Sobre lo anterior, el Consorcio precisa que el hallazgo de Contraloría sola alcanzaría a los funcionarios involucrados en la ejecución de la Obra, no alcanzando en principio al contratista.

Adicionalmente, el Consorcio indica que si la Entidad no observó la Ampliación de Plazo N° 3, otorgada mediante Resolución N° 1150, ya no podría observarla, menos aun disponer descuentos tres años después como pretende hacerlo, por lo que la Resolución N°691 o Segunda liquidación se emitió de forma irregular y extemporánea.

Por otra parte, la Entidad señala que, mediante Carta CS N° 646-2007/RMCIH-RO, con fecha 10 de agosto de 2007, el Consorcio presentó su liquidación del Contrato, (en adelante, Primera Liquidación), la cual se observó por la Entidad y arrojó una diferencia sobre el cálculo del saldo a favor del Consorcio por S/. 435, 050.87 Nuevos Soles. Lo anterior se debía a que el Consorcio incorporó en su liquidación del Contrato, el concepto de gastos generales por 14 días no reconocidos de la solicitud de Ampliación de Plazo N°9, cuya diferencia por este concepto sumaba de S/. 197, 519.35 Nuevos Soles, sobre lo cual recaía una controversia.

En ese sentido, con fecha 06 de setiembre de 2007, la Entidad comunicó al Consorcio que, debido a la controversia respecto al reconocimiento de prórroga y gastos generales derivados de la Ampliación N°9 en el Primer Arbitraje, no se procedería con la liquidación del Contrato.

Al respecto, la Entidad señala que, mediante Comprobante de Pago N°06845, de noviembre de 2007, ésta canceló al Consorcio el saldo no controvertido de S/. 435, 050.87 Nuevos Soles y que, posteriormente, con fecha 13 de mayo de 2009, canceló al Consorcio el monto de S/. 259, 926. 92 Nuevos Soles, incluido IGV, en cumplimiento a lo determinado por el Primer Laudo.

Finalmente, a pedido de la Entidad, el Consorcio remite a la Entidad la liquidación final del Contrato con fecha 19 de mayo de 2009, en atención a lo determinado por el Primer Laudo.

Para el Tribunal queda claro que, con fecha 10 de agosto de 2007, el Consorcio presentó su Primera Liquidación del Contrato, la cual fue observada por la Entidad con fecha 06 de setiembre de 2007,

---

<sup>7</sup> Como se desarrolló en los párrafos precedentes, se determinó que se otorgó indebidamente 6 días calendario en la Ampliación de Plazo N°3 por el reconocimiento de mayores gastos generales y prestación adicional de servicios al Supervisor.

<sup>8</sup> La ingeniera admite haber revisado y visado la ampliación de plazo; sin embargo, le atribuye responsabilidad al ingeniero especialista de la obra que bajo sus órdenes la revisó.

señalando que existía una controversia sobre la Ampliación del Plazo N° 09, por tanto, no podría elaborarse liquidación al Contrato en la medida que exista controversia sobre la misma, conforme al artículo 269° del Reglamento y que dio origen a la controversia del Primer Arbitraje.

El Tribunal entiende que el Primer Laudo determinó que la Primera Liquidación del Contrato no había quedado consentida, en atención al artículo 269° del Reglamento<sup>9</sup>, por tanto, la liquidación del Contrato debía presentarse una vez resuelta la controversia de la ejecución del Contrato.

Asimismo, ha quedado acreditado que la Entidad ha cumplido con cancelar al Consorcio el monto de S/ 259, 926.92 Nuevos Soles, incluido IGV, según lo ordenado por el Primer Laudo, quedando pendiente de pago el monto correspondiente a los intereses legales que debían ser liquidados por parte del Consorcio.

También queda acreditado que el Consorcio cumple con dar respuesta a la solicitud de la Entidad, a través de la Carta CS N°006-CJU-2009, de fecha 19 de mayo de 2009, adjuntando un “Cuadro Resumen de la Liquidación”, especificando el monto correspondiente de S/. 16, 612.39 Nuevos Soles por los intereses legales devengados por cancelar en atención a lo dispuesto en el Primer Laudo.

Por lo anterior, el Tribunal concluye a continuación: (i) la Primera Liquidación, de fecha 10 de junio de 2007, no había quedado consentida, (ii) las liquidaciones presentadas por el Consorcio y la Entidad contenían sumas controvertidas, por tanto, se inicia el Primer Arbitraje y (iii) los montos por pagar que arrojó el Primer Laudo, incluido el Cuadro Resumen, modificaron la Primera liquidación del Contrato presentada por el Consorcio y la liquidación de la Entidad.

Sobre el último punto anterior, el Tribunal señala que el denominado Cuadro de Resumen presentado por el Consorcio, constituye una modificación a la Primera Liquidación, por tanto, se trataría de una liquidación integrada del Contrato.

En consecuencia, una vez resuelta la controversia sobre la Ampliación de Plazo N° 9, mediante Primer Laudo, se integró la liquidación del Contrato para adecuarla al laudo, presentándola integrada el Consorcio a la Entidad, mediante la Carta referida, a partir de lo cual procedía la aceptación, observación o elaboración de una nueva liquidación de parte de la Entidad, según el Reglamento.

En atención a lo descrito en el párrafo precedente, la presentación de la liquidación del Contrato modificada se produjo con la remisión del Cuadro Resumen por el Consorcio con fecha 19 de mayo de 2009, por lo cual la Entidad procedió dentro del plazo de 30 días conforme al artículo 269° del Reglamento, a aprobar administrativamente su liquidación mediante la Resolución N° 691, que estableció que (i) el costo Final de la Obra ascendía a S/. 44, 800, 681.62 Nuevos Soles y (ii) que existía un saldo a favor de la Entidad ascendente a S/. 120, 301.28 Nuevos Soles.

Asimismo, sobre el hallazgo de la Ampliación de Plazo N°3, que precisó que la Contraloría había observado dicha ampliación, pues se habrían otorgado indebidamente 6 días al Consorcio, originando

---

<sup>9</sup> En la medida que no se procedería con la liquidación, en tanto existan controversias pendientes de resolver.

un pago por los gastos generales, siendo que dicha deducción no se habría considerado en la liquidación del Consorcio, controversia explicada anteriormente que dio origen al Primer Arbitraje.

En ese sentido, según el Consorcio, la Resolución N°619 solo se fundamenta en el cambio de criterio de la Entidad respecto de la Ampliación de Plazo N°03, como consecuencia del hallazgo de la Contraloría, y no consta en el expediente evidencia alguna de que la Resolución N° 1150, que aprobó dicha ampliación, haya sido cuestionada. Por tanto, si bien el cuestionamiento de la Resolución N° 1150 es válido, no es materia del presente arbitraje a efectos de que el Tribunal se pronuncie.

Ahora bien, tal como se delimitó en la primera pretensión, el Tribunal analiza si la Resolución N°619 es un acto administrativo eficaz o, por el contrario, corresponde dejar sin efecto dicho acto por “extemporáneo e irregular”. Cabe precisar que el Tribunal no ha sometido a controversia la validez de dicha resolución, pues acorde al artículo 9° de la LPAG<sup>10</sup>, el Tribunal debe presumir la validez del acto al haberse dictado dentro del plazo conforme al artículo 269° del Reglamento.

Conforme al artículo 16° de la LPAG<sup>11</sup> y a la notificación de la Resolución N°691, de fecha 18 de junio de 2009, recepcionada sin observación alguna, para el Tribunal la Resolución N°691 fue emitida conforme a las atribuciones de las entidades como PROVIAS, para poder aprobar, observar o aprobar liquidaciones de contrato de obra de existir motivos, de acuerdo con el artículo 269° del Reglamento.

**Finalmente, el Tribunal concluye que la citada resolución fue emitida en el tiempo conforme dentro de los 30 días desde que el Consorcio presentara su liquidación integrada y modificada del Contrato, por tanto, dicha resolución no habría sido extemporánea. Asimismo, tampoco dicha resolución sería irregular, pues se expidió de acuerdo al artículo 269° del Reglamento, por tanto, el Tribunal DESESTIMÓ la Primera Pretensión de la demanda arbitral.**

Sobre el SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si procede declarar que PROVIAS ha efectuado un cobro indirecto indebido ascendente a S/ 136, 913. 67 (Ciento treinta y seis mil novecientos trece y 67/100 Nuevos Soles) al elaborar una nueva liquidación y, de ser el caso, si procede ordenar una compensación por la cantidad ascendente a S/. 16, 612.39 (Dieciséis mil seiscientos doces y 39/100 Nuevos Soles) por concepto de intereses; (IMPROCEDENTE)

Sobre la supuesta deuda alegada por la Entidad, el Consorcio señala que en la Resolución N°691 la Entidad autoriza a la Unidad Gerencial de Administración adscrita, a recuperar el saldo por la supuesta liquidación al Contrato,

Al respecto, el Consorcio indica que, desde el 13 de mayo de 2009, la liquidación se encontraba consentida, debido a la cancelación de la Entidad del saldo a favor del Consorcio que determinó el Primer Laudo, quedando solo pendiente el pago del saldo solamente por el cálculo de los intereses legales devengados.

<sup>10</sup> Al respecto, léase el artículo 9°, referente a la presunción de validez de los actos administrativos.

<sup>11</sup> Al respecto, léase el artículo 16°.

Por su parte, el Consorcio señala que su supuesta deuda se motivó por la supuesta responsabilidad de funcionarios detectada por la Contraloría dentro de un examen especial, producida por la Resolución N°691, al pretender trasladar dicha responsabilidad patrimonial de los funcionarios de la Entidad hacia el Consorcio.

Agrega el Consorcio que la exigencia de pago de la Resolución N°691 se derivaría de un desagregado de la suma de S/. 99, 350.96 Nuevos Soles, por los supuestos 6 días de reembolso por los mayores gastos generales de la Ampliación N°3 y de S/. 37, 562.71 Nuevos Soles, otorgados por el supuesto pago por mayores prestaciones adicionales al Supervisor<sup>12</sup>, desautorizando también de esta manera el cálculo de la Contraloría, pues toma como cierto el cálculo del descargo de la ingeniera que intervino en la Obra.

Finalmente, el Consorcio agrega que se estaría creando una deuda inexistente, pues el pago por la Ampliación de Plazo N°3 ya fue aprobada mediante Resolución N°1150 hace más de 3 años, siendo ésta un acto administrativo eficaz conforme al artículo 16° de la LPAG. Por tanto, el pedido sobre de la liquidación de la Entidad por S/. 120, 301.28 Nuevos Soles deviene en un cobro indirecto e ilegal.

La Entidad ha indicado que la liquidación aprobada mediante la Resolución N°691 es válida y eficaz.

**El Tribunal concluye que la obligación de pago del monto de S/. 16, 612.39 Nuevos Soles por intereses legales del Consorcio, como resultado de lo ordenado por el Primer Laudo, que dispuso el pago de S/ 259, 926.92 Nuevos Soles al Consorcio. Por tanto, la obligación de pago de intereses legales constituye cosa juzgada y no corresponde que el Tribunal se pronuncie al respecto, en esa medida, la Segunda Pretensión DEBE SER DECLARADA IMPROCEDENTE.**

Adicionalmente, respecto de la aseveración del Consorcio de que la Entidad pretende subsanar o superar un error de sus funcionarios trasladando su responsabilidad del hallazgo de auditoría de la Contraloría a el Consorcio, esto no ha sido demostrado por el Consorcio, por tanto, el Tribunal no tiene certeza sobre dicha afirmación. Asimismo, al Tribunal tampoco le genera certeza la afirmación del Consorcio sobre la alegación de pago referida en la Resolución N°691, que esta corresponda a un desagregado de la suma de S/. 99, 350. 96 Nuevos Soles por el supuesto reembolso por 6 días por los mayores gastos generales y la suma de S/. 37, 562.71 Nuevos Soles por la prestación adicional del Supervisor.

En consecuencia, habiendo declarado infundado el Primer Punto controvertido, para el Tribunal **NO PROCEDE DECLARAR QUE LA ENTIDAD HA CONSUMADO UN COBRO INDIRECTO INDEBIDO DE S/. 136, 913.67 Nuevos Soles.** El subrayado es propio.

<sup>12</sup> Cabe precisar que se está tomando como cierto el monto del cálculo indicado en el descargo de Magdalena Bravo Hinojosa, de fecha 11 de noviembre de 2008, por el supuesto pago de 6 días de mayores prestaciones por el Supervisor, pues se debía arrojar un monto de S/. 37, 562.71 Nuevos Soles.

Sobre el TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar, si procede ordenar a PROVIAS que cumpla con pagar a la orden de JOHESA-UPACA la suma de S/. 60, 000.00 (Sesenta mil y 00/100 Nuevos Soles), más intereses, por concepto de indemnización por daños y perjuicios; (INFUNDADO).

Para el siguiente análisis de la categoría jurídica de la responsabilidad civil por daños y perjuicios, el Tribunal se remite al artículo 1321° del Código Civil<sup>13</sup> que regula el resarcimiento por inejecución de la obligación.

Adicionalmente, el Tribunal acoge los siguientes elementos recogidos por la doctrina sobre la responsabilidad civil por daños: i) antijuricidad o ilicitud del acto que da lugar a la reclamación, ii) daños efectivamente causados y probados como consecuencia del acto, iii) la relación o nexo de causalidad entre el acto ilícito que provoca el daño y los daños efectivamente probados, y iv) la imputabilidad o el factor de atribución que responsabiliza a quien los ha causado y lo obliga a indemnizarlos, culpa leve, culpa grave o dolo con que actúa el causante<sup>14</sup>.

Respecto al daño, el Consorcio ha señalado haberlo sufrido, debido a las provisiones de deudas por pagar, pago de seguros por deslealtad y otros, aparte de la inmovilización del capital que se le cobra, por el transcurso estimado del presente arbitraje de aproximadamente 10 meses, a costos exclusivamente financieros, ascendentes a S/. 30, 000.00 Nuevos Soles, sumado a una tasa activa del sistema financiero peruano por la inmovilización, cuyo monto estimado sería de S/. 30, 000.00 Nuevos Soles, correspondiente al lucro cesante derivado del daño emergente, sin haber presentado prueba que acredite dichas afirmaciones no generando certeza en el Tribunal.

Por tanto, el Tribunal colige que, debido a que el Consorcio no ha acompañado pruebas suficientes en su demanda arbitral que acrediten y determinen los daños patrimoniales que pretende, no ha logrado probar que dichos daños hayan sido causados por la Entidad. En ese sentido, el Consorcio no ha probado el daño y el factor de atribución de la Entidad.

**De acuerdo a lo anteriormente expuesto, el Tribunal considera que debe declararse INFUNDADA la presente Tercera Pretensión, al no haberse acreditado la existencia concurrente y suficiente de los elementos que configurar la responsabilidad civil.**

Sobre el CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar, en caso se declare infundado el punto controvertido c) precedente, si procede ordenar a PROVIAS que cumpla con pagar a la orden del Consorcio la suma de S/. 60, 000.00 Nuevos Soles, más intereses por concepto de enriquecimiento sin causa a favor de la Entidad; (INFUNDADO)

El Consorcio ha señalado que no tiene otra vía distinta a la arbitral para ejercitar su derecho a esta pretensión, asimismo, aduce que con el objetivo del cobro de S/. 120, 301.28 Nuevos Soles, dejando de pagar la suma de S/. 16, 612.39 Nuevos Soles, el Consorcio y/o sus funcionarios no responderían

<sup>13</sup> Al respecto, léase el artículo 1321°.

<sup>14</sup> A l respecto, léase los artículos 1319° al 1321°, en adelante.

ante la Contraloría por la suma de S/. 139, 913.67 Nuevos Soles, por lo que la Entidad incurriría en causal de enriquecimiento sin causa. Cabe precisar que el Consorcio sustenta sus argumentos en la Tercera Pretensión de su demanda y su posición en el sustento del punto controvertido.

Por su parte, la Entidad dedujo una excepción de incompetencia del Tribunal aduciendo que el enriquecimiento sin causa no sería una materia arbitrable. De ese modo, el Tribunal ha indicado que, en primer lugar, se pronunciaría sobre la excepción planteada y, posteriormente, sobre dicho punto controvertido.

Así, la Entidad señala que son las partes que deciden qué materias se someten a arbitraje, conforme al primer numeral del artículo 2° de la LA<sup>15</sup>. En ese sentido, corresponde a las partes delimitar expresamente las materias que someterán a arbitraje, debido a la generalidad de la norma.

Asimismo, la norma referida en el párrafo precedente se deberá entender conjuntamente con segundo párrafo del artículo 53° del LCE, citada con anterioridad, que a entendimiento del Tribunal comprende las materias derivadas de la ejecución del Contrato tales como la presente, salvo las prescritas por ley. **En consecuencia, el Tribunal declara INFUNDADA la excepción de incompetencia.**

Ahora bien, el Tribunal entiende que la pretensión de enriquecimiento sin causa se sustenta en: (i) el enriquecimiento sin causa de una de las partes y (ii) el empobrecimiento de la otra sin que medie justificación alguna, resultando dicha pretensión “residual y excluyente”, conforme al artículo 1955° del Código Civil<sup>16</sup> aplicable. Por tanto, no sería procedente en caso de que la persona haya sufrido ese empobrecimiento injustificado pueda ejercitar otra acción o vía para ser resarcida.

Por lo anteriormente expuesto, el Tribunal concluye que el Consorcio ejercitó su derecho a dicha pretensión a través de la indemnización por daños y perjuicios, la cual fue desestimada por el Tribunal; es decir, sí existió dicha vía, la cual fue desestimada por el Tribunal. **Por tanto, el Tribunal declaró la improcedente de la presente pretensión.**

Sobre el QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar, en caso se declare fundado el punto controvertido a) precedente, si procede ordenar a PROVIAS que cumpla con pagar a la orden de JOHESA-UPACA, los intereses devengados de la suma de S/. 16, 612.39 (Dieciséis mil seiscientos doces y 39/100 Nuevos Soles), y si los mismos deben computarse desde el día de la notificación de la demanda arbitral hasta el momento del pago efectivo: y por concepto de intereses; (INFUNDADO)

El Tribunal ha indicado que, considerando que la Primera Pretensión ha sido declarada

---

<sup>15</sup> Al respecto, léase el artículo 2°, que indica que las materias susceptibles de arbitraje son las de libre disposición conforme a derecho (...).

<sup>16</sup> Al respecto, léase el artículo 1955°.

INFUNDADA, no corresponde al Tribunal pronunciarse sobre el pago de los intereses devengados sobre el monto de S/. 16, 612, 39 Nuevos Soles que alega el Consorcio se le adeuda, **por tanto, el Tribunal declaró la Quinta Pretensión IMPROCEDENTE.** Solo se precisa que lo controvertido sobre los intereses legales es materia de otro arbitraje, por lo que se debería reclamar vía ejecución de Laudo.

Sobre el SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO Y PUNTO EN COMÚN: Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir los gastos irrogados en el presente arbitraje. (IMPROCEDENTE)

El Consorcio ha señalado que el pago de las costas y costos comprendidos deberán ser asumidos por la Entidad.

Por su parte, la Entidad aduce la falta de sustento jurídico de lo pretendido por el Consorcio.

El Tribunal ha indicado que ambas partes han contribuido con su conducta para el desarrollo del presente arbitraje, brindándole las facilidades al Tribunal. **Por tanto, el Tribunal concluye que cada parte deberá asumir los gastos en los que haya incurrido, los cuales incluyen los gastos arbitrales, en proporciones iguales y la defensa de cada una independientemente.**

### **1.3 Actuaciones procesales de las partes posteriores a la emisión del Segundo Laudo (materia del Segundo Arbitraje):**

#### **➤ Solicitud de Aclaración e Integración del Segundo Laudo, y escrito ampliatorio de JOHESA-UPACA, de fecha 14 de julio de 2010**

El Consorcio ha señalado que el Tribunal debe aclarar si ha incurrido en una innovación legal en su considerando N°88 del Segundo Laudo, en contravención a lo dispuesto por el artículo 269° del Reglamento, pronunciándose sobre un punto no demandado ni controvertido. Dicho considerando señala lo siguiente:

“(…) no ha sido sometido a conocimiento de este Tribunal si la Resolución Directoral N°691 es válida... al haber sido dictada dentro del plazo y cumpliendo con los requisitos previstos del artículo 269° del Reglamento”, y que dicho literal no dispone que una liquidación deba observarse mediante Resolución Directoral, más aun luego de haber sido cancelada.

De tal forma, el Consorcio solicita aclarar el literal, además, lo pronunciado por el Tribunal respecto de una eficacia no demandada ni controvertida, más aun cuando cita el artículo 9° de la LPAG, a pesar de no existir vacío legal de la Ley Especial, ley de contrataciones, que es la que debería primar en lugar de la LPAG, por ser Ley General.

Asimismo, el Consorcio solicita al Tribunal aclarar el motivo por el cual el Laudo no considera a manera de sustento de su artículo primero, la naturaleza de la liquidación de parte de la Entidad, la

misma que ha sido demandada y controvertida, y que configura materia de fondo, pues el Tribunal se limita a evaluar consideraciones adjetivas al margen del fondo de la presente controversia, esto es, requisitos de validez y regularidad de la referida resolución, en aplicación de principios generales del Derecho, tales como primacía de la Ley Especial sobre la Ley General.

En atención al numeral 91° del Segundo Laudo, que prescribe: “(...) este Tribunal estima que la Resolución Directoral N°691 es eficaz, puesto que no cabe duda que fue expedida en tiempo... dentro de los 30 días que JOHESA UPACA presentara su liquidación integrada y modificada del contrato”, y que mediante el numeral 76° : “ (...) ha quedado demostrado que PROVIAS cumplió con cancelar a JOHESA UPACA el monto de S/. 259, 926.92 Nuevos Soles, incluido IGV, según lo ordenado por el laudo, quedando pendiente de pago el monto correspondiente a los intereses legales que debían ser liquidados por parte de JOHESA UPACA”, éste monto se fijó mediante el Cuadro Resumen notificado el 19 de mayo de 2009 a PROVIAS, y que sería para el Consorcio solo un cálculo de intereses de un contrato ya liquidado y cerrado.

Finalmente, el Consorcio también solicita al Tribunal integrar en el Segundo Laudo los artículos VI del Título Preliminar, Principio Iura Novit Curia y 225° del Código Civil aplicable, **a fin de que se entienda que el Consorcio no presentó una liquidación al contrato mediante la Carta CS N° 006-2009-CJU, de 19 de mayo de 2009, sino solamente un cálculo de intereses de un contrato ya liquidado y cerrado, mediante el monto a pagar determinado en el Segundo Laudo. El subrayado es propio.**

En virtud de la Resolución N° 18, el Tribunal declaró improcedente las solicitudes de interpretación e integración planteadas por JOHESA-UPACA, de fecha 09 de agosto de 2010.

El Tribunal elabora el marco conceptual y desarrolla la naturaleza de las solicitudes reguladas en el artículo 58° de la LA<sup>17</sup>. Al respecto, el Tribunal precisa que su naturaleza no tiene un significado impugnatorio sobre lo decidido en el Laudo, en consecuencia, no podrían alterar el contenido sustancial de la decisión del Laudo.

De lo anterior, de manera resumida, el Tribunal indica que el recurso de interpretación tiene por objeto que las partes pueda solicitar que se aclare aquellos extremos de la parte resolutive que resulten oscuros o dudosos y que tengan un impacto determinando en la decisión, por su parte, el recurso de integración apunta hacia que la subsanación de alguna posible deficiencia del laudo en caso de omisión por el mismo.

Sobre el pedido de interpretación del Consorcio sobre el numeral N°88, el Tribunal ha señalado que el Consorcio solicitó que se declare sin efecto la Resolución N°691 por irregular y extemporánea, y efectivamente, eso fue lo que analizó el Tribunal determinando que dicha resolución no fue irregular ni extemporánea, por lo que no correspondía dejarla sin efecto. En ese sentido, no corresponde interpretar este extremo, pues sobre ese pedido el Tribunal ya se había pronunciado, declarando INFUNDADA dicha pretensión.

---

<sup>17</sup> Al respecto, léase el artículo 58°, referente a Rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo.

Ahora, sobre la aseveración del Consorcio sobre que el Tribunal habría aplicado el artículo 9° de la LPAG, pese a que no existía vacío de Ley Especial, ley de contrataciones, frente a esta Ley General, el Tribunal señala que al pedir que se “deje sin efecto” la resolución cuestionada, se le está pidiendo pronunciarse sobre la “eficacia” de la misma, y , en segundo lugar, al revisar la primera pretensión se recurre a los requisitos de validez del acto, los cuales no están regulados ni en el TUO de la Ley ni en el Reglamento, por tanto, se aplica el numeral 2 del artículo II del Título Preliminar de la LPAG.

Por lo anterior, el Tribunal consideró que no había algún extremo oscuro o dudoso, por lo que **corresponde se declare IMPROCEDENTE dicha solicitud**. El subrayado es propio

Sobre el segundo pedido de interpretación sobre la Ampliación de Plazo N°3, es el mismo Consorcio quien ha reconocido que en el presente arbitraje no se puede ni debe ventilar la solicitud de Ampliación de Plazo N°3, la cual tampoco fue objeto del petitorio de la demanda.

Así, el Tribunal concluye que en el presente arbitraje el Consorcio no solicitó el análisis de validez o naturaleza jurídica de la Resolución N° 691, que cuestiona la Ampliación de Plazo N°3, sino solicitó analizar si dicha resolución debe surtir efectos en base a su “irregularidad” y “extemporaneidad”. Por tanto, y en atención al principio dispositivo que rige el arbitraje, dicho análisis de “validez” no constituye materia controvertida.

Finalmente, sobre el pedido de integración, el Tribunal señala que no puedo pronunciarse sobre una materia no controvertida en el presente arbitraje, como lo pretendido por el Consorcio al pretender que el Tribunal se pronuncie sobre “determinar que el demandante no presentó una liquidación del contrato, sino solamente un cálculo de intereses, el mismo que no tuvo, ni tiene, ni puede tener, la calidad de liquidación conforme ha sido tergiversado en autos”, **por lo cual este extremo sería improcedente**. El subrayado es propio.

## CAPÍTULO 2: MARCO TEÓRICO

### 2.1. Contratación Pública:

#### 2.2.1. Contrato administrativo o Contrato estatal: Contrato de Obra

Para un mejor entendimiento del presente trabajo, se cree conveniente abordar preliminarmente algunas categorías e instituciones jurídicas vinculadas a la presente controversia.

En materia de contratación pública se han instaurado distintas definiciones referentes al “contrato estatal” o “contrato de la administración”. Sobre el particular, DROMI ha caracterizado este tipo de contrato con los siguientes elementos: i) Objeto: “obras y servicios públicos, cuya realización y prestación constituye precisamente los fines de la Administración”, ii) Participación de un órgano estatal o ente público no estatal en ejercicio de la función administrativa, iii) Las prerrogativas

especiales de la Administración en orden a su interpretación, modificación y resolución (1980, p.24 y 25).

Dicha tesis ratifica la idea tradicional en la doctrina del Contrato Público dotado por las prerrogativas exorbitantes del Estado, afecto principalmente a una obra o servicio público.

También es cierto que, en materia de contratación pública se han instaurado distintas posiciones doctrinales referentes al “contrato estatal” o “contrato de la administración”. Según el profesor LINARES, la teoría dualista propone la existencia paralela de contratos administrativos y contratos privados de la administración, mientras que la teoría unitaria niega dicha diferenciación y postula un solo tipo de contrato, el que de acuerdo a su objeto y al caso concreto, tendrá mayor o menor preponderancia pública en cuanto al régimen legal aplicable, igualmente sometidos en uno u otro caso a la normativa de contrataciones (2002, pp.9).

Asimismo, según el profesor MORON, el término “contrato administrativo” debe considerarse asimilarse a una subcategoría referente a los contratos celebrados por la administración, a los cuales deberá aplicársele un régimen jurídico diferenciado del contrato privado. Dicho régimen tendría como objetivo garantizar el adecuado alcance de los fines públicos, en participación con los particulares (2017, pp.21).

Al respecto, se aprecia que si bien el “contrato administrativo” está aludido a los contratos celebrados por la administración, afectos a la ejecución de un interés público y a un régimen jurídico aplicable, éste no coincide con la tradicional concepción de la doctrina marcada por las potestades exorbitantes del Estado, conforme a la doctrina nacional y a la interpretación sistemática de las disposiciones de la misma ley de contrataciones.

Adicionalmente, sobre este debate, el profesor DANOS ha señalado que mediante la Ley N° 26850<sup>18</sup> se dio la unificación de la legislación dispersa sobre la materia, pues dicha ley integra en un solo cuerpo legal el régimen que regula los procesos de contratación de todas las entidades administrativas, incluso las empresas del Estado, para la adquisición de bienes y servicios y para la contratación de obras. El citado autor advierte que la ley tampoco recoge un concepto sustantivo del contrato administrativo y, por tanto, no se sigue con la corriente de los ordenamientos de otros países que establecen diferencias entre “los contratos administrativos” y los contratos que también son estatales, pero le son aplicables las reglas del derecho privado (2011. pp. 9).

Ahora bien, en cuanto al contrato de obra y las prestaciones comprometidas, el profesor MORON nos indica que las obras públicas se ejecutan a través de contratos de obra, por medio de los cuales la entidad encarga al contratista realizar- con su propia actividad, organización y medios- una o más prestaciones de ingeniería civil, enmarcado al resultado sobre inmuebles y a un proyecto o expediente técnico previamente aprobado y a cambio, la entidad se compromete a pagar al contratista una retribución económica ( 2017, pp.21).

---

<sup>18</sup> Ley previa a las normas aplicables a la presente controversia.

De tal forma, se concluye que en la normativa aplicable a la contratación pública no adopta una definición o concepto sustantivo de “contrato público” o “contrato administrativo”, pues principalmente recoge los procesos de contratación de todas las entidades, a las cuales les será aplicable el régimen jurídico de contrataciones, que de corresponder también le serán aplicables las reglas del Derecho Civil según su compatibilidad, y en atención al carácter contractual de las partes.

### 2.1.2. Ejecución contractual: valorizaciones y ampliaciones de plazo

En cuanto a la ejecución contractual, a esta se le aplica la normativa de contratación pública, TUO de la Ley y el Reglamento, aplicables al presente trabajo mediante Decreto Supremo N°083-2004-PCM y Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, y supletoriamente reglas del Código Civil.

En cuanto a las valorizaciones, el OSCE ha definido que “la valorización” es “la cuantificación económica del avance físico en la ejecución de la obra, realizada en un período determinado”, asimismo, conforme al artículo 255° del Reglamento les otorga un carácter de “pagos a cuenta” sobre la liquidación final de la obra.

Sobre las ampliaciones de plazo, éstas se generan cuando por diversos motivos y circunstancias no se termina la obra en el plazo inicial previsto y de acuerdo al cronograma acordado.

Al respecto, el profesor CAMPOS agrega que el plazo contractual puede modificarse, debido a los acuerdos entre las partes o de forma unilateral, también. Lo anterior obedecería en los supuestos de retraso por causas no imputables al contratista, como en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor (2008, pp. 305).

Asimismo, el artículo 258° del Reglamento prevé supuestos en los que el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo, siempre que se modifique el cronograma vigente de la obra, en los casos de atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista, atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas solo atribuibles a la Entidad, y, finalmente, en el caso fortuito o fuerza mayor acreditados.

En el presente caso materia de análisis nos encontraremos en el supuesto de ampliaciones por atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.

### 2.1.3. Recepción y Liquidación del Contrato de obra

Respecto de la recepción de Obra, ésta se da cuando se verifica una serie de requisitos y exigencias de la prestación del Contrato de Obra y las condiciones contractuales del mismo. Asimismo, LIMAS señala “Así pues, por una parte, el acto de recepción de obra se encuentra previsto para que la entidad realice la verificación del fiel cumplimiento de la obra, es decir, de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas a cargo de contratista, finalidad u objeto que se aprecia del propio artículo 208° del Nuevo Reglamento” (2020, pp.108).

Sobre el particular, el artículo 233° del Reglamento regula que la recepción y conformidad de la obra

estará a cargo de la entidad administrativa o del funcionario a cargo, adicionalmente, la conformidad requerirá del informe del funcionario responsable, quien corroborará la calidad de la ejecución de la prestación, según su naturaleza, y, además, el óptimo cumplimiento de las condiciones contractuales.

Sobre la Liquidación del Contrato de Obra, se entiende que esta obedece al cálculo total del costo de la obra. Al respecto, según SALINAS, citado por LIMAS, se entiende a la liquidación como un “proceso de cálculo técnico que tiene por finalidad determinar, principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico, el que puede ser a favor o en contra del contratista o de la entidad” (2020, pp.109).

Finalmente, el artículo 269° del Reglamento regula dicha figura y los plazos aplicables.

#### 2.1.4. Plazos aplicables

En cuanto a los plazos aplicables, el artículo 269° del Reglamento señala que una vez recibida la obra, es decir, transcurrido los 30 días para que la entidad de su conformidad una vez anotada la solicitud de recepción de la obra, el contratista cuenta con un plazo de sesenta (60) días para presentar su liquidación del contrato de obra.

Luego de la presentación de la liquidación por el contratista, la entidad podrá aceptar, observar y, de considerarlo, presentar una nueva liquidación en el plazo de treinta (30) días, ante lo cual el Contratista deberá pronunciarse en un plazo de quince (15) días, conforme al Reglamento.

### **CAPÍTULO 3: PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS**

A continuación, procederemos a identificar y a desarrollar los problemas jurídicos de la Sentencia materia de estudio.

#### **3.1. Cuestión preliminar**

¿Correspondía declarar la improcedencia de la excepción de incompetencia respecto de la CUARTA PRETENSIÓN de la demanda arbitral por enriquecimiento sin causa interpuesta por PROVIAS?

- La vía arbitral como mecanismo de solución de controversias en la Contratación Pública
- ¿Qué se entiende por materia inarbitrable? ¿Es el enriquecimiento sin causa una materia inarbitrable?

#### **3.2. Problemas principales:**

Problema N° 01: Primera Liquidación 1-Ampliación de Plazo N°9

3.2.1. ¿Cuándo se presentó la liquidación del Contrato? ¿Cuándo quedó consentida la

liquidación del Contrato?

¿La Primera Liquidación cumplía con los requisitos legales para ser considerada una liquidación del Contrato o existiendo una controversia abierta sobre la Ampliación de Plazo N°9 se entendía que no había liquidación, según posición de la Entidad?

¿En caso de no haber liquidación por existir una controversia abierta, presuntamente, una vez resuelta la misma mediante la liquidación del Primer Laudo y presentado el Cuadro de Resumen de la liquidación del Contrato por el Consorcio, se entiende que ya existía una Liquidación del Contrato?

¿Constituye el Cuadro de Resumen de liquidación del Contrato una liquidación integrada del Contrato?

#### Problema N° 02: Segunda Liquidación - Ampliación de Plazo N°3

¿Es fundada o se ajusta a derecho la objeción de la Entidad cuestionando el otorgamiento de Ampliación de Plazo N°3, mediante la Resolución N°691 fundada en el hallazgo de Contraloría, cuando anteriormente ya había consentido dicho otorgamiento y nunca lo cuestionó en ninguna vía?

¿Constituía la Ampliación de Plazo N° 3 un acto administrativo?

¿Cabía observar una liquidación sobre una ampliación de plazo que ya había sido otorgada mediante acto administrativo consentido y firme, que no había sido cuestionada?

#### Problema N° 03: Fondo-Ampliación de Plazo N°3

¿Podía el Tribunal pronunciarse de manera extra petita?

¿Podía el Tribunal pronunciarse además de la “irregularidad” y “extemporaneidad” de la Resolución N°691 y declarar infundados los fundamentos sobre la Ampliación de Plazo N°3?

¿Cómo se entiende o relativiza el principio de iura novit curia en la vía arbitral?

### **3.3. Problema secundario**

¿Cuáles son los límites y las formalidades en los pronunciamientos de la Contraloría en los Contratos de Obra pública?

## CAPÍTULO 4: ANALISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS Y POSICIÓN INDIVIDUAL

### 4.1. Cuestión preliminar

¿Correspondía declarar la improcedencia de la excepción de incompetencia respecto de la CUARTA PRETENSIÓN de la demanda arbitral por enriquecimiento sin causa interpuesta por PROVIAS?

- La vía arbitral como mecanismo de solución de controversias en la Contratación Pública

A efectos de poder resolver la presente interrogante, conviene delimitar la competencia del Tribunal sobre esta materia.

De acuerdo al segundo numeral del artículo 53° de la LCE, las controversias surgidas entre las partes, desde la suscripción del contrato se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje. Ahora, sobre el carácter obligatorio de recurrir a la vía arbitral en estos supuestos, si bien éste ha sido cuestionado por enervar el carácter voluntario del arbitraje, esto no desnaturaliza el carácter voluntario al recurrir a la vía arbitral. Lo anterior se debe, según explica LINARES:

No se trata de una vulneración de derechos de particulares, sino del sometimiento de un sistema legal que se explica como tanta veces se ha indicado, en la tutela del interés público o, si se quiere de modo inmediato, en la protección de recursos públicos, sistema que además deviene en liberal o pro contratista si es comparado con otros regímenes, en donde además de las potestades enunciadas que son potenciadas, existen las de interpretación unilateral del contrato, modificación y resolución sustentadas en razones de interés público, y la solución de controversias, primero en sede administrativa y luego en sede judicial (2002, pp.203).

Asimismo, el profesor MORON indica los motivos y las ventajas de remitir este tipo de controversias en la vía arbitral, pues a su entender dicha decisión fue acertada por diversos motivos, tales como la celeridad frente a la lentitud del sistema judicial, la independencia y la especialización de los árbitros frente a la burocratización y desconocimiento judicial sobre temas particulares o más técnicos, sumado el esfuerzo de otorgarle mayores garantías al contratista a fin de que sus pretensiones se diriman en instancias más especializadas y céleres (2017, pp. 179).

Por lo anterior, en la doctrina se ha considerado que la vía arbitral es la más especializada, eficiente, celeridad y garantista para el contratista.

- ¿Qué se entiende por materia inarbitrable? ¿Es el enriquecimiento sin causa una materia inarbitrable?

Ahora bien, en cuanto a la materia inarbitrable, acertadamente el Tribunal se remite al artículo 2 de la LA referido a las materias arbitrables, siendo estas todas aquellas las de libre disposición conforme

a derecho (...).

Asimismo, dicho artículo deberá entenderse conjuntamente con el artículo 53° de la LCE, previamente citada, referente a la resolución de controversias en la vía arbitral en las materias comprendidas desde la suscripción del contrato.

El Tribunal adopta una interpretación de la citada normativa de la LA de manera más restrictiva, al considerar que “la libre disposición” debe ser dada de manera expresa, ya que la aplicación literal de la norma llevaría al supuesto de una aplicación indiscriminada de la “arbitrabilidad”, pues todo sería arbitrable, “pese a que ambas partes o una de ellas, no hayan querido someter esta específica situación a un proceso arbitral”.

Al respecto, se considera un poco cuestionable la interpretación del Tribunal, pues justifica la acotación de la norma, debido a su generalidad, cuando la norma no ha hecho una restricción o exclusión expresa en cuanto a las materias arbitrables a considerarse<sup>19</sup>. De hecho, sobre la generalidad de la norma, el profesor CASTILLO ha señalado que podría tratarse cualquier controversia sobre dicho artículo, por lo que constituirá materia arbitrable, siendo que resulta ser una norma bastante amplia y general (2011, pp. 323).

Asimismo, SANTISTEVAN también ha indicado lo siguiente:

Por ello creo indispensable leer la referencia a las materias disponibles conforme a Derecho que contiene el art. 2 LA a la luz de la habilitación constitucional para arbitrar prevista en el art. 63 de la Constitución que se refiere expresamente a la arbitrabilidad objetiva de las controversias que surjan de los contratos que celebre el Estado para concluir que la única manera de asimilar las materias de libre disposición que ejercen los particulares con las materias sujetas a contratación en el campo estatal. Lo que el Estado contrata, a mi juicio, debe homologarse a lo que los particulares disponen libremente para efectos arbitrales (2010, pp.62).

Finalmente, el profesor TIRADO ha señalado en líneas generales que materias de libre disposición son aquellas que no afectan derechos fundamentales y recaen sobre derechos patrimoniales, además de no estar afectas por normas de derecho público (2012, pp. 291).

Por tanto, si bien el Tribunal ha entendido que no existe restricción o prohibición en la materia arbitrable de la interpretación del artículo 2° de la LA y del artículo 53 de la LCE<sup>20</sup>, debiendo ser estas materias que surjan de las controversias de “la ejecución del contrato”, salvo las prohibidas por la ley y por las normas presupuestarias, se considera que podría ser un exceso al tentar delimitar o acotar la interpretación de la LA, a materias de libre disposición que hayan sido expresamente

<sup>19</sup> Al respecto revisar el primer artículo de la antigua ley, Ley N° 26727, Ley General de Arbitraje, que establecía un listado excluyente de materias no susceptibles de arbitraje, lo cual no sucede en la normativa vigente de la LA.

<sup>20</sup> Cabe precisar que según la normativa aplicable al caso dicha conclusión del Tribunal es procedente, lo cual difiere de la regulación vigente conforme a la modificación a la Ley N°30225, mediante el Decreto Legislativo N° 1444, que excluye de la vía arbitral el enriquecimiento sin causa.

invocadas por las partes.

En cuanto a lo anterior, se deberá tener presente que las materias arbitrables obedecen principalmente a la naturaleza de las materias involucradas, asociadas a su libre disponibilidad y patrimonialidad, como se ha recogido en la doctrina.

Sin perjuicio de lo anterior y hecha tal salvedad, es razonable que el Tribunal haya declarado infundada la excepción de incompetencia deducida por la Entidad.

Ahora bien, respecto a la causal por enriquecimiento sin causa, el Tribunal determinó la improcedencia de esta Cuarta Pretensión, debido a que al recurrir, mediante la Tercera Pretensión, a una indemnización por daños, se vacía su carácter residual conforme al artículo 1955° del Código Civil. De esta manera, se habría agotado la vía correspondiente, por lo cual no corresponde amparar dicha causal, debido a la necesidad de su carácter residual.

Sobre el enriquecimiento sin causa, si bien la posición del Tribunal ha sido la de delimitar la “libre disponibilidad” de las partes de manera expresa, debido a la generalidad de la norma de la Ley de Arbitraje, el Tribunal admite “el enriquecimiento sin causa” como una materia arbitrable, pues, de hecho, declaró infundada la excepción por incompetencia de la Entidad.

Al respecto, conviene precisar las diferentes posturas doctrinarias, a efectos de reafirmar la presente posición. Algunos autores, señala LINARES, niegan la arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa, debido, debido a que el Código Civil peruano ubica dicha institución como fuente extracontractual de obligaciones, siendo que sólo las controversias contractuales se resolverían en la vía arbitral (2009, pp. 198).

Finalmente, sumada a la posición del Tribunal, autores como CAMPOS han indicado que se admite la tesis de la arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa, basado en el principio de equidad, independientemente de su lugar u origen en el Código Civil, pues es un principio general.

Asimismo, CAMPOS también ha indicado que incluso en el presente caso de “enriquecimiento sin causa en contratación pública”, el enriquecimiento sin causa tiene un origen contractual, ya que, aunque el enriquecimiento sin causa sea erróneamente considerado “no contractual”, no cambia en nada la conclusión arribada, pues las controversias comprendidas “desde la suscripción del contrato” o “durante la etapa de ejecución del contrato” tienen un origen claramente contractual, por tanto, aplicable a la vía arbitral (2006, pp.327).

Adicionalmente, también se coincide con el referido autor en el sentido de que el “resarcimiento” por causal de enriquecimiento sin causa es per ser “de libre disponibilidad”, por ende, arbitrable, según la Ley de Arbitraje aplicable.

## 4.2. Análisis de los problemas jurídicos principales y secundarios, y posición individual.

Problemas Principales:

### **Problema N° 01: Primera Liquidación -Ampliación de Plazo N°9**

**¿Cuándo se presentó la liquidación del Contrato? ¿Cuándo quedó consentida la liquidación del Contrato?**

**DESARROLLO:**

Para el presente análisis, es preciso citar algunos conceptos relevantes en la materia, según SALINAS citado por LIMAS, se entiende que la liquidación es un “proceso de cálculo técnico que tiene por finalidad determinar, principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico, el que puede ser a favor o en contra del contratista o de la entidad” (2020, pp.109). Adicionalmente, en la OPINION N.º 063-2005/GTN, OSCE ha recogido el citado concepto.

En el mismo sentido, la OPINIÓN N.º 119-2005/GTN de OSCE se ha manifestado en el siguiente sentido sobre los conceptos que abarca la liquidación:

El acto de liquidación tiene como propósito, además, verificar la corrección de las prestaciones a cargo de la Entidad y del contratista, constituyendo un ajuste formal y final de cuentas, que establecerá, teniendo en consideración intereses, actualizaciones y gastos generales, el *quantum* final de las prestaciones dinerarias a que haya lugar a cargo de las partes del contrato.

Adicionalmente, sobre el consentimiento de la liquidación, en la OPINION N.º 063-2005/GTN OSCE ha indicado lo siguiente: “En efecto con el consentimiento de la liquidación final del contrato el estado de cuentas que determina las obligaciones de las partes queda definido, restándole a la Entidad o al contratista hacer efectivo el pago de los saldos a favor que resultaran”.

Entonces, considerando que la liquidación del contrato delimita el costo total de la obra y los saldos a favor o en contra de las partes, vinculados a la ejecución de la obra, no cabe formular y presentar una liquidación sin contemplar todos los conceptos económicos involucrados en la ejecución de la obra, incluyendo cualquier otro concepto pendiente en disputa o que deriven de la misma.

De hecho, sobre la indeterminación de algún otro concepto pendiente de valorización y reconocimiento en la liquidación del contrato de obra, también el profesor RUBIO ha manifestado lo siguiente: “(...) Si luego de su elaboración y notificación se presentaran observaciones, la parte afectada deberá pronunciarse; pudiendo someter a arbitraje la liquidación si tales cuestionamientos no han sido acogidos (...)” (2013, pp.162).

Ahora bien, a efectos de poder resolver la primera interrogante, nos remitimos a la normativa aplicable, los artículos 268º y 269º del Reglamento, previamente citados, sobre la recepción de la obra y la liquidación del contrato de obra. Al respecto cabe resaltar que el artículo 269º citado es claro al indicar “(...) No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de

resolver”.

En ese sentido, el Tribunal es claro al indicar que la norma aplicada al presente caso advierte que la Primera Liquidación presentada por el Consorcio, de fecha 10 de agosto de 2007, no procedía, menos aún había quedado consentida, en la medida que la Entidad la observó dentro del plazo previsto en el Reglamento (dentro de los treinta días siguientes), presentando una nueva liquidación con un cálculo distinto. Así, al haber una controversia por el reconocimiento de una prórroga y mayores gastos generales sobre la Ampliación de Plazo N°9, no procedía con la liquidación.

De esta manera, resulta evidente, tal como concluye el Tribunal, que al haber una controversia abierta, no era factible liquidar el contrato de obra. Así, dicha controversia se resolvió mediante el Primer Laudo, de fecha 27 enero de 2009, que determinó el pago a favor del Consorcio por la suma de S/. 259, 926.92 (Doscientos cincuenta y nueve mil novecientos veintiséis y 92/100 Nuevos Soles), sobre el monto controvertido, incluido el IGV, más el pago por los intereses legales que debían ser liquidados por el Consorcio.

Sobre el pago por el cálculo de intereses pendiente, el Consorcio señala que el monto determinado en el Primer Laudo constituiría parte integrante y final de la Liquidación Final del Contrato.

Así, indicó el Consorcio, este cálculo de intereses correspondería solo a un saldo pendiente (remitido mediante Cuadro Resumen), pues esta Carta no podría entenderse como una parte integrante de la liquidación. Por tanto, según el Consorcio, se entiende presentada la liquidación en fecha de expedición del Primer Laudo, 27 de enero de 2009, liquidación que quedó consentida con fecha 13 de mayo de 2009, fecha en la que la Entidad canceló la suma determinada en el Primer Laudo.

En esa línea, se coincide con la conclusión del Tribunal en la medida que se considera que la Liquidación Final del Contrato comprende el gasto total de la obra, incluyendo los intereses pendientes que deriven de las controversias de la materia. En ese orden de ideas, se cita la OPINIÓN N.º 119-2005/GTN de OSCE de la siguiente manera:

“En ese sentido, ya que la norma legal no establece un contenido mínimo o forma que debe observarse en el documento de liquidación del contrato presentado por el contratista, éste se encontrará en la libertad de establecer la forma que empleará para elaborar dicho documento, atendiendo a las eventualidades económicas presentadas en la ejecución del contrato, con la única limitación que dicho documento debe determinar con precisión tanto el costo total de la obra, así como los saldos a favor o en contra de alguna de las partes del contrato. Así, por ejemplo, en la liquidación del contrato de obra deberán considerarse todas las valorizaciones mensuales, los reajustes, los adelantos otorgados y sus amortizaciones, mayores gastos generales, los impuestos que afecten la prestación, penalidades, saldos, entre otros conceptos”.

En la misma línea, la OPINIÓN N° 104-2013/DTN de OSCE indica los siguientes conceptos involucrados en la liquidación, pues se considerará todas las valorizaciones, los reajustes, los mayores gastos generales, la utilidad y los impuestos que afectan la prestación, conceptos que

siempre formarán parte del costo total de la obra<sup>21</sup>.

Adicionalmente, la OPINIÓN N.º 095-2005/GTN de OSCE ha indicado que el contrato culmina con el consentimiento de la liquidación final, luego de lo cual no procedería mayor a través de la conciliación y/o arbitraje. Por tanto, se deberá considerar que mientras exista un arbitraje derivado del contrato, cualquiera sea la naturaleza de la controversia, no puede considerarse que éste cuenta con la aprobación o consentimiento de la liquidación final<sup>22</sup>.

Por tanto, de acuerdo a la interpretación normativa de OSCE y el desarrollo de los conceptos involucrados en el cálculo de la liquidación, se concluye que solo una vez resuelta la controversia sobre la Ampliación de Plazo N.º 9, mediante el Primer Laudo y resuelto el cálculo de intereses, mediante Cuadro Resumen remitido el 19 de mayo de 2009, se entendía presentada la liquidación integrada final, que sería consentida en caso no mediar observación de la Entidad en los 30 días siguientes, conforme al artículo 269º del Reglamento, lo cual no sucedió, toda vez que la Entidad sí presentó su propia Liquidación dentro del plazo.

Adicionalmente, se deberá tener presente una interpretación jurídica de la normativa de contrataciones. Al respecto, se sostiene que, al no haber una definición acotada sobre todos los conceptos comprendidos en la liquidación del contrato de obra en el TUO de la Ley y el Reglamento, además de recurrir a las opiniones de OSCE, se debe recurrir a una interpretación por el método de ratio legis y sistemática por ubicación de la normativa.

En tal sentido, según RUBIO la interpretación ratio legis debe entenderse por “qué quiere decir” la norma, acudiendo a su razón de ser, la que generalmente se encuentra en el mismo texto (2009, pp. 240).

De igual forma, RUBIO indica que el método sistemático debe entenderse en el siguiente sentido: “En resumen, el método sistemático por ubicación de la norma interpreta aplicando el conjunto de principios, conceptos, elementos y contenidos que sirven para dar “medio ambiente” a la norma dentro de su grupo o conjunto normativo” (2009, pp. 247).

Así, se deberá observar que las disposiciones que regulan el establecimiento de plazos preclusivos en torno a ejecución contractual en el TUO de la Ley y el Reglamento, entre otras disposiciones, están orientadas a generar mayor seguridad jurídica a las partes y promover predictibilidad, principio también recogido en el numeral décimo quinto del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG.

De lo anterior se concluye que el Primer Laudo no resolvía ni liquidaba finalmente el Contrato de Obra, al existir un concepto indeterminado que integraba la liquidación y que fue resuelto con la remisión del Cuadro Resumen del Consorcio, con fecha 19 de mayo de 2009.

Al respecto, también cabe precisar que, conforme se ha verificado de las piezas procesales del

---

<sup>21</sup> Se hace la salvedad que, si bien dicha opinión es posterior a los hechos materia de análisis al ser emitida el 2013, recoge el desarrollo de los conceptos que integran la liquidación final del contrato de la obra.

<sup>22</sup> En el mismo sentido también se pronuncia la OPINIÓN N.º 064-2008/DOP.

expediente, en su contestación la Entidad cita los siguientes extractos del Primer Laudo:

(...) la realización de la liquidación de obra era improcedente al haber controversias pendientes de ser resueltas, y que iban a afectar directamente el resultado de la misma; no obstante, este Colegiado puede advertir que aun cuando la elaboración de la liquidación hubiera sido procedente, la misma no habría quedado consentida, en el presente caso, en tanto PROVIAS sí procedió a observarla en el plazo oportuno.

De la revisión del párrafo precedente, se observa que, el Primer Laudo se pronuncia expresamente sobre la Ampliación de Plazo N° 9, más no sobre la liquidación final.

Para un mejor análisis, lo anterior también debe interpretarse en atención una serie de principios procesales aplicables al arbitraje, claro, con los matices que ello derive.

Para tal análisis, advertimos distintas tesis al respecto, en primer lugar, se indica la premisa de una tesis mixta del arbitraje en la medida que se considera que, si bien éste surge del convenio arbitral, por tanto, prima el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, no es menos cierto que su naturaleza jurisdiccional se recoge en la propia constitución al tenor del artículo 139, numeral 1<sup>23</sup>, y, en ese sentido, dicha posición ha adoptado el propio Tribunal Constitucional en su desarrollo jurisprudencial<sup>24</sup>.

En relación a la tesis adoptada sobre el arbitraje, el profesor CASTILLO se ha manifestado que el arbitraje tiene ambas naturalezas jurídicas que se manifiestan en sus contextos respectivos. La contractual, en el nacimiento del arbitraje en tanto elección de las partes y la jurisdiccional, en el posterior desarrollo que permitirá realizar ese propósito ad hoc (2006, pp. 282).

De hecho, incluso tesis privatistas han reconocido la aplicación flexible de los principios y garantías que resguarda el debido proceso y la tutela judicial efectiva al proceso arbitral, tal como lo presenta BUSTAMANTE al manifestar que resultarán exigibles, por tanto, aplicables en cualquier tipo de proceso, incluyendo el arbitraje, los elementos del debido proceso que resulten razonablemente imprescindibles para que el inicio, desarrollo, conclusión y ejecución de un proceso justo, lo contrario sería un proceso viciado o inválido. Lo anterior, con la salvedad de no equiparar o efectuar un uso indiscriminado del debido proceso con las normas de la legislación procesal, especialmente del Código Procesal Civil, pues “no toda norma procesal integra el contenido del debido proceso y no todo elemento del debido proceso está regulado por la legislación procesal” (2013, pp. 404).

En esa medida reconocemos que el arbitraje debe observar los principios y garantías aplicables a la tutela judicial efectiva. Lo anterior, en modo alguno podría suponer una aplicación indiscriminada de las reglas del Proceso Civil, pero sí una aplicación razonable de los principios que lo integran, de

---

<sup>23</sup> Al respecto, léase el inciso primer del artículo 139 de la Constitución Política del Perú.

<sup>24</sup> Para un mejor desarrollo revisar el fundamento 11 en adelante de la STC N° 6167-2005-PHC/TC. Al respecto el Tribunal reconoce la “jurisdicción arbitral” y si bien indica que ésta es excepcional a la jurisdicción ordinaria de los tribunales, ésta forma parte de una “sistema jurisdiccional unitario” u “orden público constitucional”. Al respecto revisar SANTISTEVAN, Jorge (2006). Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú. Revista Peruana de Arbitraje. (Número 2, pp. 15-66).

acuerdo al caso particular, y ante el vacío de los propios principios establecidos en la misma normativa de arbitraje.

En ese sentido, el Tribunal ha considerado que dentro de dichos principios procesales aplicables al arbitraje se encuentra el principio dispositivo. En la misma línea, la doctrina ha indicado lo siguiente: “El principio dispositivo es la proyección en el derecho procesal de la autonomía privada que encuentra su más pujante afirmación en la figura del derecho subjetivo” (CORREIRA: 2017).

Adicionalmente, sobre el poder dispositivo CHOCRÓN ANA lo ha caracterizado como uno de los principios informadores del proceso civil, que configura un proceso en el que las partes disponen no solo de su inicio, sino también su desarrollo y finalización, por lo que estaríamos ante un principio que parte del reconocimiento de la autonomía privada, y correspondería reconocer su presencia en el arbitraje (2000, pp. 84).

Asimismo, en determinada jurisprudencia a nivel de Salas Civiles se ha mencionado lo siguiente: (...) los principios procesales, contenidos en el Título Preliminar del Código Procesal Civil, son pautas orientadoras a tener en cuenta en el desarrollo del proceso. El Principio Dispositivo enuncia que el proceso es de las partes y por lo tanto corresponde a éstas su inicio y desarrollo (...), cito en el fundamento N° 8 de la CAS. N° 2427-2010 LIMA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL PERMANENTE.

De ese modo, se entiende que el presente principio señala que son las partes quienes delimitan el alcance de su pretensión y las reglas de juego del proceso arbitral, en virtud de la autonomía de las partes que deriva del origen del convenio arbitral.

En atención a lo expuesto, se ha verificado que el Primer Laudo se pronunció sobre la controversia respecto de la Ampliación de Plazo N°9, pretensión de la demanda arbitral del Consorcio, no correspondiendo que el Tribunal se pronuncie sobre una nueva liquidación, como sí lo sostiene el Consorcio.

Por tanto, en el presente trabajo se concluye que la liquidación se encontraba presentada una vez que ya se había resuelto la controversia sobre la Ampliación de Plazo N°9; es decir: i) Una vez que se expide el Primer Laudo, y ii) El Consorcio presenta el Cuadro de Resumen de la Liquidación del Contrato con el saldo de los intereses pendientes devengados.

Así, a partir de dicho momento se entiende que operaba el plazo de los 30 días establecidos en el artículo 269° del Reglamento para aceptar, observar o presentar otra liquidación de parte de la Entidad.

Por tanto, se sostiene que la liquidación final del Contrato se presentó con el Cuadro Resumen de fecha 19 de mayo de 2009, que indica el saldo de los intereses pendientes devengados, constituyendo ésta parte integrante, junto con el Primer Laudo, de la Primera Liquidación.

**¿La Primera Liquidación cumplía con los requisitos legales para ser considerada una**

**liquidación del Contrato o existiendo una controversia abierta sobre la Ampliación de Plazo N°9 se entendía que no había liquidación, según posición de la Entidad?**

DESARROLLO:

Sobre la presente interrogante, consideramos que, si bien la Primera Liquidación presentada por el Contratista, con fecha 10 de junio del 2007, sí cumplió con la observancia a los plazos establecidos en el artículo 268 y 269° del Reglamento, no se puede concluir que cumplía con los requisitos de la norma aplicable, ya que posteriormente fue observada por el Contratista, siendo que existía una controversia abierta sobre la Ampliación de Plazo N°9.

De esa forma, al haber aún una controversia abierta por dilucidar respecto del reconocimiento de prórroga y mayores gastos generales sobre la Ampliación de Plazo N°9, no procedía dicha liquidación, en atención al artículo 269° del Reglamento, ya citado.

**¿En caso de no haber liquidación por existir una controversia abierta, presuntamente, una vez resuelta la misma mediante la liquidación del Primer Laudo y presentado el Cuadro de Resumen de la liquidación del Contrato por el Consorcio, se entiende que ya existía una Liquidación del Contrato?**

DESARROLLO:

Tal como se ha desarrollado en los párrafos precedentes, se entiende que al haber sido observada dicha Liquidación, en la medida que existía una controversia abierta, dicha liquidación no resulta procedente. por lo tanto, dicha Liquidación se presenta una vez que el Primer Laudo resuelve dicha controversia y el Consorcio remite el Cuadro Resumen de Liquidación Final de la Obra que determina el monto pendiente por los intereses devengados, respecto de esta Primera Liquidación integrada.

En ese sentido, la Liquidación Final se presenta una vez se recepciona el Cuadro de Resumen de la Liquidación Final de la Obra, con fecha 19 de mayo de 2009, momento a partir del cual operaban los 30 días para aceptar, observar o presentar su liquidación, de acuerdo al artículo 269° del Reglamento.

**¿Constituye el Cuadro de Resumen de liquidación del Contrato una liquidación integrada del Contrato?**

DESARROLLO:

Por los argumentos mencionados, se concluye que el Cuadro de Resumen de Liquidación Final del Contrato, presentado por el Consorcio con fecha 19 de mayo de 2009, sí constituye una liquidación integrada del Contrato.

En dicho orden de ideas, lo anterior cobra sentido en la medida que la controversia abierta respecto del reconocimiento de prórroga y mayores gastos generales sobre la Ampliación de Plazo N° 9 se resuelve con Primer Laudo y el referido Cuadro Resumen, que determina finalmente los conceptos comprendidos en la liquidación por el total en la ejecución de la Obra.

### **Problema N° 02: Segunda Liquidación – Ampliación de Plazo N°3**

**¿Es fundada o se ajusta a derecho la objeción de la Entidad cuestionando el otorgamiento de Ampliación de Plazo N°3, mediante la Resolución N°691 fundada en el hallazgo de Contraloría, cuando anteriormente ya había consentido dicho otorgamiento y nunca lo cuestionó en ninguna vía?**

#### **DESARROLLO:**

##### **ACTOS ADMINISTRATIVO**

Para el presente análisis es conveniente abordar la categoría de las ampliaciones de plazo como actos dictados de la Entidad en materia de contrataciones ¿Dichos actos constituyen actos administrativos, declaraciones de la Entidad o actos de ejecución contractual?

Al respecto, si bien es cierto que dichos actos son expedidos por una entidad, en este caso, PROVIAS, y son actos que tiene efectos jurídicos sobre derechos subjetivos de particulares -entiéndase respecto del contratista- no es menos cierto que dichos actos se dan en un contexto determinado de ejecución contractual de un contrato de obra que une a dichas partes como “partes contractuales”.

Ahora bien, se considera importante determinar dicho contexto, para comprender la categoría jurídica de dichos pronunciamientos de la entidad. En ese sentido, como podrá apreciarse, durante la ejecución contractual, la entidad y el contratista fungen como partes contractuales, sujetos de derechos y obligaciones, que deberán observar reglas específicas de ejecución contractual se recogen en la normativa de contrataciones, TUO de la Ley y el Reglamento.

En ese sentido, considerar lo contrario; es decir, considerar los pronunciamientos o declaraciones de la entidad en la fase de ejecución contractual como propiamente “actos administrativos”, implicaría partir de la premisa que en la ejecución contractual el contratista funge como administrado y la entidad como Administración, resultando aplicables las reglas de la LPAG, pensadas principalmente para “actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común (...)”, lo cual no sería acertado.

El mismo sentido se pronuncia OSCE con la opinión OPINIÓN N° 130-2018/DTN, indicando:

En dicho marco, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto las reglas específicas que se aplican a los contratos “administrativos” celebrados por las Entidades con sus proveedores,

en el Capítulo IV del Título II de la Ley, "*El Contrato y su Ejecución*", y en el Título VI del Reglamento, "*Ejecución Contractual*". Estas disposiciones tienen por objeto regular las relaciones contractuales que se instauran entre las Entidades y los proveedores o contratistas, desde los requisitos y procedimiento para el perfeccionamiento de los contratos, hasta la culminación de estos.

Lo anterior se contrasta con la normativa de la LPAG, en la medida que ésta solo regula las actuaciones de la función administrativa de las entidades y el procedimiento administrativo en general.

Ahora bien, cabe hacer la precisión que en principio se aplican las reglas propiamente de contrataciones y que, en caso de vacío o ausencia de norma aplicable, se recurrirá supletoriamente a las reglas del Código Civil, en virtud de artículo IX del Título Preliminar, pues se aplicarán dichas reglas "siempre que no sean compatibles con su naturaleza".

De lo anterior no podría concluirse que no se aplicarán normas supletorias de derecho público, pero sí deberá tenerse en cuenta la naturaleza en la relación al momento de emitir dichos actos por la entidad y, asimismo, se tendrá valorar la "compatibilidad" de las normas supletorias.

Por tanto, una vez asumida la premisa anterior, se entenderá que la vía idónea para la resolución de controversias o cuestionar una ampliación de plazo otorgada por la entidad será la vía arbitral.

Lo anterior en atención a que prima la norma especial sobre la norma general, siendo que el último párrafo del artículo 42° del TUO de la Ley <sup>25</sup>regula los adicionales, reducciones, y ampliaciones, estableciendo que el cuestionamiento de ampliaciones de plazo se solucionarán por la vía arbitral, asimismo, el artículo 53 de la citada norma establece la vía arbitral como mecanismo de solución de controversias que surjan desde la suscripción, ejecución, interpretación, resolución, etc., respecto del contrato.

Cabe precisar que incluso la misma normativa de la Ley de Contencioso Administrativo reconoce en su artículo 4°, inciso 5), la vía arbitral para cuestionar los actos o declaraciones de la entidad en el marco de un contrato administrativo:

En ese sentido, incluso normas de derecho público reconocen la vía arbitral para cuestionar dichas declaraciones de la entidad en el marco de la ejecución de un contrato de obra.

**¿Es fundada o se ajusta a derecho la objeción de la Entidad cuestionando el otorgamiento de Ampliación de Plazo N°3, mediante la Resolución N°691 fundada en el hallazgo de Contraloría, cuando anteriormente ya había consentido dicho otorgamiento y nunca lo cuestionó en ninguna vía?**

Sin perjuicio de lo anterior, el presente análisis se circunscribe a los hechos e información brindada en el expediente del Segundo Laudo arbitral.

---

<sup>25</sup> Al respecto revisar el artículo 42° y siguientes.

Conforme obra en el expediente, es cierto que la Resolución N°691 se fundamenta en el hallazgo de Contraloría respecto de la procedencia de la Ampliación de Plazo N° 3, aprobada mediante Resolución N° 1150, de fecha 02 de mayo de 2006.

Así, dicho hallazgo determina que se otorgaron indebidamente 6 días por mayores gastos generales y prestaciones adicionales al Supervisor. Siendo que no se debieron otorgar los 23 días calendario de ampliación, sino 17 días por los referidos conceptos.

Sobre este punto es preciso considerar que el Tribunal ha indicado lo siguiente en el fundamento N° 85:

No consta en el expediente evidencia alguna de que la Resolución Directoral N° 1150 haya sido impugnada o cuestionada por alguna de las partes. Adicionalmente, no existe en el expediente, no se ha hecho referencia alguna al acto administrativo que deje sin efecto o anule la referida ampliación de plazo y tampoco ha sido materia de arbitraje pronunciarse sobre la Resolución Directoral N° 1150; por lo que no existe elemento de juicio para pronunciarse al respecto, y aun existiendo, el Tribunal no podría hacerlo por no ser materia de este arbitraje. A este respecto, cabe agregar que en el presente arbitraje ninguna de las partes ha cuestionado la Ampliación de Plazo N°3, ni la Resolución Directoral N° 1150 que la otorga.

Si bien es cierto que en atención al principio de congruencia y al derecho a la debida motivación, el Tribunal no puede pronunciarse más allá de lo que no obra en el expediente y, menos aún, de lo no solicitado por las partes. En ese sentido, se considera acertado que el Tribunal no valore el fondo sin perjuicio lo cuestionable de dicho hallazgo, pues dicho análisis no se formuló en ninguna pretensión por el Consorcio.

No obstante, cabe revisar algunas inconsistencias en el fundamento del hallazgo de Contraloría que motiva la aprobación administrativa de la liquidación mediante la Resolución N° 691.

Respecto a la forma, se aprecia que dicho hallazgo se remite al informe de Contraloría, Informe N °047-2009-MTC/20.5-AHP, de fecha 02 de junio de 2009 y a la carta s/n de fecha 11 de noviembre de 2008 que contiene los descargos de la ingeniera Magdalena Brazo.

Asimismo, de los hechos indicados en la demanda se aprecia que dicho informe se generó en el marco de un Examen de la Contraloría, el cual solo ha recogido los descargos de la ingeniera; sin embargo, este Examen no había concluido aun, al no establecer aun recomendaciones y determinando responsabilidades.

En cuanto al fondo del hallazgo de la Resolución N° 691, se coincide con el Tribunal en tanto se aprecia que dicha resolución de fecha 18 de junio de 2009, buscaría cuestionar un acto administrativo, emitido válida y eficazmente hace 3 años, mediante la Resolución N° 1150, de fecha 02 de mayo de 2006, que declaró procedente la Ampliación de Plazo N° 3.

De hecho, si bien es cierto que el Tribunal cita el artículo 9° de la LPAG, sobre la presunción

de validez del acto administrativo en tanto no se haya declarado su nulidad de oficio por autoridad administrativa o jurisdiccional, adicionalmente se sostiene que la Entidad estaría obrando en contra al principio de seguridad jurídica<sup>26</sup> y de predictibilidad, este recogido en el artículo IV del Título Preliminar de la citada norma.

De acuerdo a lo señalado por el profesor MORON, la seguridad jurídica en el Derecho Administrativo se plasma en el principio de predictibilidad, el cual deberá observarse por la administración en distintos momentos, ya sea i) la certeza en el conocimiento del Derecho Administrativo, ii) certeza en la actuación de determinadas potestades administrativas y iii) certeza en los cambios regulatorios.

Al respecto, el profesor MORON ha señalado que resulta indispensable la certeza en la actuación de ciertas potestades administrativas que son particularmente incisivas en la esfera jurídica de los administrados, tales como la anulación de oficio, la revocación de actos y la ejecución de tareas de fiscalización, pues cómo se podría explicar que lo que era correcto para la entidad al cabo de un plazo, ya no lo sea, así, la explicación debería ser clara y jurídicamente inatacable, además de la observancia a los derechos que pudiera afectar o generar (2017, pp. 127).

Asimismo, sobre dicho principio el profesor GUZMAN ha indicado que la Administración deberá adoptar resultados predecibles, es decir consistentes entre sí (2009, pp.248)

De tal modo, se aprecia que la Resolución N° 1150 que declaró la procedencia de la Ampliación de Plazo N° 3 nunca fue cuestionada en ninguna vía, ni administrativa ni jurisdiccional, y, finalmente, causó estado en el tiempo, siendo eficaz y válida.

En ese sentido, se considera que el sustento que motiva la Resolución N° 691 no se ajusta a Derecho, pues contraviene distintos principios del Derecho Administrativo. Por tanto, debería ser infundado dicho sustento motivado por el hallazgo de Contraloría cuestionando la Ampliación de Plazo N°3.

**¿Cabía observar una liquidación sobre una ampliación de plazo que ya había sido otorgada mediante acto administrativo consentido y firme, que no había sido cuestionada?**  
**DESARROLLO:**

En mérito a los argumentos expuestos, se considera que no cabía observar una liquidación sobre la Ampliación de Plazo N°3, que fue declarada procedente mediante la Resolución N° 1150, acto administrativo firme y consentido, emitido procedente por la propia Entidad 3 años antes de la referida Liquidación que pretender liquidar finalmente el Contrato de Obra.

En ese orden de ideas, por un principio de especialidad, lo correspondiente hubiera sido que se discuta en la vía arbitral, conforme al principio de primacía de ley especial sobre ley general,

---

<sup>26</sup> Si bien dicho principio no se reconoce expresamente en la Constitución, sí ha tenido desarrollo por el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 016–2002/AI-TC.

conforme lo establece la normativa de contrataciones.

### **Problema N° 03: Fondo-Ampliación de Plazo N°3**

**¿Podía el Tribunal pronunciarse de manera extra petita?**

#### **DESARROLLO:**

De la revisión del expediente, se aprecia que con fecha 14 de julio de 2010 el Consorcio formula un recurso de integración e interpretación contra el Segundo Laudo, materia de análisis.

Al respecto el Consorcio indica que el Tribunal se estaría pronunciando sobre la forma y sobre una ineficacia no solicitada, pues no se estaría analizando la naturaleza de la liquidación controvertida.

Al respecto, se considera que el pronunciamiento del Tribunal sobre este punto es acertado en la medida que reconoce sus límites. Esto es, reafirma la vigencia de la autonomía de las partes en la medida que solo las partes determinan el alcance de su solicitud, sus pretensiones de la demanda arbitral y las reglas aplicables al proceso arbitral, siendo inadmisibles que el Tribunal se pronuncie sobre un aspecto no requerido en la demanda arbitral.

Lo anterior, también cobra sentido, sin enervar el principio de la autonomía de voluntad en el arbitraje, en la debida observancia a los derechos y a las garantías que componen la tutela judicial efectiva aplicables a la vía arbitral en tanto resulten aplicables, como se indicó en párrafos precedentes.

En ese sentido, en tanto resulta aplicable al caso, el Tribunal deberá respetar en sus pronunciamientos el principio de congruencia procesal. De ese modo lo señala el profesor PISANI al indicar que el principio de congruencia obedece a la debida correspondencia entre lo solicitado y el pronunciamiento, por lo que el juez solo podrá pronunciarse sobre toda la demanda (2018, pp 201).

Así, en atención a dicho principio no resultaría admisible que el Tribunal se exceda en sus competencias y se pronuncie sobre una pretensión que no ha sido formulada en la demanda arbitral, de lo contrario sí se constituirá un pronunciamiento extrapetita, contrario a Derecho.

**¿Podía el Tribunal pronunciarse además de la “irregularidad” y “extemporaneidad” de la Resolución N°691, y declarar infundados los fundamentos sobre la Ampliación de Plazo N°3?**

#### **DESARROLLO:**

Sobre este punto, y en atención al desarrollo precedente, el Tribunal no podía pronunciarse más allá de la “regularidad” y de la “extemporaneidad” de la Resolución N° 3, que fue lo que

expresamente sometió a controversia por el Consorcio.

Una interpretación contraria, como se indicó, atentaría contra el principio de congruencia procesal aplicable al presente arbitraje por las consideraciones anteriormente expuestas.

### **¿Cómo se entiende o relativiza el principio de iura novit curia en la vía arbitral?**

#### **DESARROLLO:**

Al respecto, como se ha venido desarrollando en el presente trabajo, se considera admisible la aplicación del principio de congruencia procesal al presente arbitraje, en la medida existe un vacío en los principios propios de la normativa de arbitraje y dichos principios procesales resulten compatibles y configuren la tutela judicial efectiva. Ahora bien, lo anterior en modo alguno supone que el Tribunal se encuentre facultado de aplicar indistintamente el Derecho en caso de laguna o vacío normativo, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

Esta lectura más restrictiva en la aplicación de los principios procesales a la vía arbitral, obedece al carácter privado de la misma que - sin negar su carácter jurisdiccional- reconoce en esencia su origen en la autonomía de las partes. En consecuencia, se admite la flexibilización de algunos principios procesales a la vía arbitral.

Así, lo anterior también se desprende de la Décima Disposición Complementaria de la misma Ley de Arbitraje que indica que las disposiciones procesales de esta norma respecto de cualquier actuación judicial prevalecerán sobre las normas del Código Procesal Civil.

En tal sentido, no resultaría admisible la aplicación indiscriminada de los principios o garantías de la tutela judicial efectiva a la vía arbitral, sino que corresponderá analizar una adecuada búsqueda de los principios propios de la normativa de arbitraje y, de corresponder, diferenciar los principios procesales aplicables el caso particular que resulten aplicables.

#### **Problema Secundario:**

### **¿Cuáles son los límites y las formalidades en los pronunciamientos de la Contraloría en los Contratos de Obra pública?**

Respecto este punto mencionado parcialmente en el segundo problema jurídico, corresponde revisar las competencias y obligatoriedad de los pronunciamientos de la Contraloría en este contexto.

En cuanto a las competencias de la Contraloría, el artículo N° 10 de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría, que regula y la “acción de control” como herramienta esencial del Sistema, mediante el cual el personal técnico de los órganos integrantes de la Contraloría realizará la evaluación y verificación de los actos y resultados producto de la ejecución

de los recursos de la entidad que corresponda.

Adicionalmente, dicho artículo establece la posibilidad de emitir informes determinando recomendaciones o responsabilidades a cargo de la gestión de la entidad sujeta a control, pues como consecuencia de las acciones de control se emitirán informes correspondientes, los que tendrán como finalidad una mejora en la gestión de la entidad involucrada, pudiendo abarcar identificación de responsabilidades de ser el caso.

Asimismo, el artículo 11° del citado cuerpo normativo establece que las acciones de control no podrán concluir sin que la parte implicada pueda realizar sus descargos oportunamente, lo cual también se vincula con los principios del control gubernamental, sobre el particular “el debido proceso de control” que garantiza el respeto por los derechos de las entidades o personas involucradas en estas acciones de control.

De la lectura de dichos artículos, se aprecia que hay un iter procedimental y un principio de oportunidad y debido proceso de control, para que el administrado o la entidad pueda responder en dicha evaluación, lo que constituye un límite a las potestades de la Contraría. Es decir, la debida observancia a los derechos y garantías de los involucrados sujetos a acción de control.

En tal sentido, no resulta admisible que cualquier documento o informe que elabore la Contraloría determine responsabilidades, ya que este debe ser un informe final con observancia a los principios citados y a los demás establecidos en el artículo 9° de su norma.

Así, sobre la determinación de sanciones y recomendaciones del informe de Contraloría, LEÓN señala que la responsabilidad funcional solo podrá ser identificada mediante un informe de control con todas sus formalidades, pudiendo ser una auditoría financiera, una auditoría de gestión o un informe especial, según corresponda (2018, pp.32).

Asimismo, citado autor indica que en la identificación de responsabilidades se deberá tener presente que el “Debido Proceso de Control” también se encuentra en la “Novena Disposición Final” de la Ley de Contraloría, que “constituye una garantía que tiene cualquier entidad o persona, durante el proceso integral de control (...)” (2018, pp. 34).

De hecho, RETAMOZO señala que las denominaciones de los informes de Contraloría pueden variar de acuerdo al tipo de autoría, de igual modo deberán contemplar los siguientes elementos: condición, criterio, efecto y causa (2015, pp. 197-198).

Así, se concluye que no cualquier informe de Contraloría determina recomendaciones y responsabilidades de entidades o personas, pues se deben observar las fases y órganos competentes para su formulación y conclusiones finales. Por tanto, para la emisión de tales informes, corresponde la estricta observancia a los principios y reglas que integran el Debido Proceso de Control, lo cual no se ha logrado acreditar en el presente expediente.

### 4.3. Posición individual sobre el Laudo Arbitral.

Al respecto se ha considerado correcto el pronunciamiento del Tribunal en la medida que aplica conforme a Derecho la normativa aplicable de contrataciones aplicable al caso, respecto a ejecución contractual y liquidación de obra.

Asimismo, se suscribe el criterio del Tribunal en la medida que no podía exceder sus competencias en torno a las pretensiones sometidas a su consideración al presente arbitraje, y en atención a los principios aplicables como el principio dispositivo y al principio de congruencia procesal, sin incurrir en una aplicación indiscriminada de los citados principios procesales. Pues una interpretación contraria desnaturalizaría los límites de un pronunciamiento arbitral que sería contrario a Derecho.

Sin perjuicio de lo anterior, se analizan las distintas instituciones jurídicas a fin de validar el sustento y reforzar las conclusiones del presente trabajo.

## **CAPÍTULO 5: REFLEXIONES FINALES Y CONCLUSIONES DEL INFORME LEGAL**

- A manera de conclusión, si bien la doctrina internacional ha aceptado el concepto de “Contrato Administrativo”, marcado tradicionalmente por las “potestades exorbitantes” del Estado, de la revisión de la doctrina nacional y la propia normativa de contrataciones, se concluye que el Perú no acoge expresamente tal categoría y tampoco desarrolla un concepto sustantivo del mismo. Pues, se aprecia que en la normativa de contrataciones, sumada a su interpretación por el OSCE, en el desarrollo de la ejecución contractual al Contratista y a la Entidad se les reconoce como plenas partes contractuales, diluyéndose el carácter del “Contrato Administrativo” o las “potestades exorbitantes”, tradicionalmente reconocidas en la doctrina.
- En cuanto a la materia arbitrable, si bien el Tribunal ha entendido que no existe restricción o prohibición en la materia arbitrable de la interpretación del artículo 2° de la LA y del artículo 53 de la LCE, debiendo ser estas materias que surjan de las controversias de “la ejecución del contrato”, salvo las prohibidas por la ley, se considera que no debe perderse de vista que las materias arbitrables obedecen principalmente a la naturaleza de las materias involucradas, asociadas a su libre disponibilidad y patrimonialidad, como se ha recogido en la doctrina.
- Por tanto, establecer algún otro criterio interpretativo como inicialmente intenta hacer el Tribunal de la normativa de LA acotando aún más “la libre disposición”, debiendo ser expresamente expuesta por las partes, podría ser un exceso y un contrasentido, cuando la norma no lo ha recogido así, dada su generalidad.
- Si bien la norma de contrataciones no es categórica o cubre todos los conceptos integrantes de la Liquidación del Contrato de Obra, es importante darle una lectura e integrar esos conceptos con las OPINIONES que ha ido desarrollando OSCE sobre la materia y,

asimismo, considerar la finalidad o la ratio legis de la LCE.

- Se concluye que, de acuerdo a la normativa de contrataciones, no procede una liquidación cuyo concepto quede indeterminado o sea sometido a controversia, incluso tratándose de conceptos técnicos no vinculados al costo de la propia ejecución de la obra.
- De la revisión de la Segunda Liquidación, no aprecia que no cabe admitir que la Entidad funde sus actos administrativos en base a error; es decir, la Entidad no puede pronunciarse en un sentido, causando estado, y posteriormente, pronunciarse en un sentido totalmente distinto, afectando la situación jurídica del Contratista. Lo anterior afecta el principio de seguridad jurídica y predictibilidad.
- En cuanto a la aplicación de los principios procesales al arbitraje, se advierte que en modo alguno podrá incurrirse en una aplicación indiscriminada de los mismos, pues, en primer lugar, se deberá efectuar un adecuado descarte de principios propios de la normativa de arbitraje, y, posteriormente, valorar de acuerdo en tanto resulten compatibles, la aplicación de ciertos principios procesales que resguardan la tutela judicial efectiva, como el de congruencia procesal o iura novit curia, a fin de no desnaturalizar la esencia del arbitraje.
- Sobre los informes de Contraloría se concluye que no cualquier informe, menos una comunicación, podría determinar recomendaciones y responsabilidades de entidades o personas, pues se deben observar las fases y órganos competentes para su formulación y conclusiones finales. Por tanto, para la emisión de tales informes, corresponde la estricta observancia a los principios y reglas que integran el Debido Proceso de Control, lo cual no se ha logrado acreditar en el presente expediente.

### **Bibliografía consultada:**

**CORREIA**, Luis. (2017) El dispositivo: un principio evanescente. En Revista de la Maestría en Derecho Procesal, Vol. 7(2), 2017 (ISSN 2072-7976), pp. 28-82.

**DROMI**, José (1980). *Capítulo Primero: Contratos de la Administración*. En *La Licitación Pública: Los contratos de la administración, Procedimientos de contratación, Concursos Públicos, Etapas y vicios en la licitación, Relación, responsabilidad, fiscalización y protección jurídica (2da Edic, pp.-1-23)*. Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

**RUBIO**, Cesar (2013). *Capítulo Segundo: El arbitraje como mecanismo de solución de controversias en la contratación estatal*. La solución de controversias en el régimen de contratación estatal. *Gaceta Jurídica*. (Primera edición, pp. 121-230).

**RUBIO**, Marcial (2009). *Capítulo X: La interpretación jurídica*. El sistema jurídico: Introducción al Derecho. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. (Décima edición, pp. 219-258).

**LEON**, Alfredo (2018). *Diferencias entre la Responsabilidad Administrativa Funcional y la Responsabilidad Administrativa Disciplinaria del Funcionario Público*. La Responsabilidad Administrativa Funcional. *Gaceta Jurídica*. (Primera edición, pp. 23-51).

**LINARES**, Mario (2002). *El Contrato Estatal: Teoría General del Contrato Estatal, Análisis del T.U.O. de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento*. Edit. Grijley.

**CASTILLO**, Mario (2011). El arbitraje y los adicionales de obra. *Revista DERECHO PUCP*, (Número 66, pp. 319-333).  
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3130/3477>

**CASTILLO**, Mario y VÁSQUEZ, Ricardo (2006). Arbitraje: naturaleza y definición. *Revista DERECHO PUCP*, (Número 59, pp. 273-284).  
<https://www.redalyc.org/pdf/5336/533656158013.pdf>

**GUZMAN**, Christian (2009). Los principios generales del Derecho Administrativo. *Revista IUS ET VERITAS* (Número 38, pp. 228-249).

**BUSTAMANTE**, Reynaldo (2013). La constitucionalización del arbitraje en el Perú:

algunas consideraciones en torno a la relación del arbitraje con la Constitución, los derechos fundamentales y el Estado de derecho. *Revista DERECHO PUCP*, (Número 71, pp. 387- 411). <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32501.pdf>

**MORÓN**, Juan Carlos y **AGUILERA**, Zita (2017) *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

**MORÓN**, Juan Carlos (2017) *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General TUO de la Ley N° 27444*. (Décimo Segunda Edición, Tomo I). Gaceta Jurídica.

**CHOCRÓN**, Ana (2000). *Los principios procesales en el arbitraje*. Fondo Editorial José María Bosh.

**PROTO PISANI**, Andrea (2018). *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. (Revisor Giovanni Priori).Palestra Editores.

**DANOS**, Jorge (2011). El régimen de los contratos estatales en el Perú. *Revista de Derecho Administrativo*.(Número 2, pp. 9-44).

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16330/16738>

**LINARES**, Mario (2009). Adicionales de Obra Pública. Obra Pública y Contrato, Adicionales, Función Administrativa, Control Público, Arbitraje y Enriquecimiento sin causa. *Revista de Derecho Administrativo CDA*.( Número7, pp.175-190).

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16330/16738>

**CAMPOS**, Alexander & **HINOSTROZA**, Luis (2008). El contrato de obra pública: Lo que no dice la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pero debería decir. *Revista de Derecho Administrativo CDA*. (Número 8, pp.297-308).

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14509/15120>

**CAMPOS**, Alexander (2006). La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos. *Revista Peruana de Arbitraje*. (Número 3, pp.307-328).

**LIMAS**, Sherim (2020). La ansiada devolución de la garantía de la Fianza del Fiel Cumplimiento en los contratos de obra pública. *Revista Derecho & Sociedad*. (Número 55, pp.101-111).

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/23235/22225>

/

**SALINAS**, Miguel (2003). Costos, Presupuestos, Valorizaciones y Liquidaciones de Obra, 2° edición. Lima: Instituto de la Construcción y Gerencia, Vol 44. Dicha definición ha sido recogida en las Opiniones N° 020-2016/DTN, N° 078-2017/DTN y N° 022-2019/DTN, emitidas por el OSCE.

**VELASQUEZ, Victor** (2011). Variación de Precio en los Contratos de Ejecución de Obra Pública. *Revista Derecho & Sociedad*. (Número 36, pp.30-34).

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13206/1387>

**RETAMOZO, Alberto** (2015). *Capítulo Primero: El control gubernamental y la acción de control*. Procedimiento Administrativo Sancionador por Responsabilidad Administrativa Disciplinaria y Funcional. *Gaceta Jurídica*. (Primera edición, pp. 121-230).

**SANTISTEVAN, Jorge** (2010). Habilidad constitucional, para el arbitraje con el Estado y su desarrollo en el Perú. *Revista de Arbitraje Internacional y de Inversiones*. (Vol 3, Número 1, pp. 43-83).

[https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/13171/1/Habilitacion\\_Santistevan\\_Arbitraje\\_2010.pdf](https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/13171/1/Habilitacion_Santistevan_Arbitraje_2010.pdf)

**SANTISTEVAN, Jorge** (2006). Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú. *Revista Peruana de Arbitraje*. (Número 2, pp. 15-66).

<https://ipa.pe/pdf/RPA-2006-II.pdf>

**TIRADO, Richard** (2012). La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias y la intervención de terceros en el arbitraje administrativo. *Revista Latinoamericano de Arbitraje*. (Número 2, pp. 279-297).

<https://www.ipa.pe/ipa-publicaciones-anuario-latinoamericano-de-arbitraje-numero-2.php>

**CANTUARIAS, Fernando** (2003). El arbitraje frente a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. *Revista Derecho y Sociedad* (Número 21, pp. 282-287).

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17381/17664>

**SUBDIRECCIÓN DE DESARROLLO DE CAPACIDADES DE LA DIRECCIÓN TÉCNICO NORMATIVA, OSCE** (S.F.). Capacitación N°5, Valorizaciones y Liquidación de Obra. Seminario Web.

[https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Capacidades/Capacitacion/Virtual/curso\\_contratacion\\_obras/ppt\\_cap5\\_obras.pdf](https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Capacidades/Capacitacion/Virtual/curso_contratacion_obras/ppt_cap5_obras.pdf)

**SALINAS, Miguel** (2003) . Costos, Presupuestos, Valorizaciones y Liquidaciones de Obra. *Instituto de la Construcción y Gerencia (ICG)*, 2° edición -2003. Pág. 44.

## **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Sentencia N° 6167-2005-PHC/TC. Sentencia: 28 de febrero de 2006. Tribunal Constitucional (GARCÍA TOMA, V.) <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.pdf>

Expediente N° 02706-2016-AC/TC. Sentencia: 22 de agosto de 2018.

## **CASACIONES**

CAS. N° 2427-2010 LIMA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE.

## **OPINIONES CONSULTIVAS OSCE**

### **2005**

OPINION N.º 063-2005/GT, Asunto: Intervención económica de la obra y liquidación del contrato.

OPINIÓN N.º 119-2005/GTN de OSCE, Asunto: Liquidación del contrato de obra.

OPINIÓN N.ª 095-2005/GTN de OSCE, Asunto: Vigencia de Garantía de Fiel Cumplimiento.

### **2008**

OPINIÓN Nª 064-2008/DOP

OPINIÓN N.º 087-2008/DOP

### **2013**

OPINIÓN N° 104-2013/DTN

### **2018**

OPINIÓN N° 130-2018/DTN

### **2019**

OPINIÓN N° 092-2019/DTN, Asunto: Resolución y liquidación del contrato

OPINIÓN N° 113-2019/DTN, Asunto: Aprobación de la liquidación del contrato de obra

### **2020**

OPINIÓN N° 106-2020/DTN