

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio.
Dr. Juan Huamani Chávez.
Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.*

Lima, 25 de enero de 2011

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Demandante:

Cedosa del Oriente S.A.C. – COSAC
En adelante el **CONTRATISTA**

Demandado:

Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora N° 026
En adelante la **ENTIDAD**

Tribunal Arbitral:

Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio (Presidente del Tribunal Arbitral)
Juan Huamani Chávez
Iván Alexander Casiano Lossio

Secretaria Arbitral:

Giuliana Jazmín Melgar Choy

I. ANTECEDENTES:

1.1 INSTALACIÓN TRIBUNAL ARBITRAL

Con fecha 21 de mayo de 2010, en la sede institucional del Centro de Arbitraje del Consejo Departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú (en adelante, el CIP) ubicado en Calle Guillermo Marconi N° 210, Tercer Piso, San Isidro, se llevó a cabo la audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral constituido por los señores árbitros, Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio, Dr. Juan Huamani Chávez y Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.

En dicha audiencia el Tribunal Arbitral ratificó su aceptación al cargo y señaló que no se encontraba sujeto a incompatibilidad alguna ni a hechos o circunstancias que le

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio.
Dr. Juan Huamani Chávez.
Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.*

obligara a inhibirse, al no haber mantenido ni mantener relación alguna con las partes, sus representantes y sus respectivos abogados.

1.2 DE LA DEMANDA PRESENTADA POR EL CONTRATISTA

El **CONTRATISTA**, dentro del plazo dispuesto por el Tribunal Arbitral en el numeral 8.1 del Acta de Instalación de fecha 21 de mayo de 2010, presentó su demanda mediante escrito N° 01 del 01 de junio de 2010, el cual fue ingresado en la misma fecha ante la Secretaría del Tribunal Arbitral. En dicha demanda, el **CONTRATISTA** planteó las siguientes pretensiones:

1. Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral ordene a la **ENTIDAD** que devuelva a favor del **CONTRATISTA**, el fondo de garantía derivado del Contrato de Ejecución de Obra N° 004-2004-ME/SG-OA-LIC (en adelante, el Contrato) celebrado entre las partes, por el monto de S/. 62,168.80 (Sesenta y dos mil ciento sesenta y ocho y 80/100 Nuevos soles), más el pago de intereses legales, costos, costas, daños y perjuicios.
2. Pretensión Subordinada: Que, el Tribunal Arbitral ordene a la **ENTIDAD** que devuelva a favor del **CONTRATISTA**, el fondo de garantía derivado del contrato celebrado entre las partes, por el monto de S/. 62,168.80 (Sesenta y dos mil ciento sesenta y ocho y 80/100 Nuevos soles) por concepto de enriquecimiento sin causa, más el pago de intereses legales, costos, costas, daños y perjuicios.

Mediante Resolución N° 01 de fecha 8 de junio de 2010, el Tribunal Arbitral admitió la demanda arbitral y corrió traslado de la misma a la **ENTIDAD** para que la conteste o de considerarlo conveniente formule reconvencción, para lo cual concedió a esta última un plazo de diez (10) días hábiles.

1.3 DE LA OPOSICIÓN Y EXCEPCIONES FORMULADAS POR LA ENTIDAD

Mediante escritos N° 02 y N° 03 presentados los días 16 y 17 de junio de 2010, respectivamente, la **ENTIDAD** objetó el arbitraje, deduciendo lo siguiente:

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio.
Dr. Juan Huamani Chávez.
Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.*

- a) El Tribunal Arbitral carece de competencia para pronunciarse respecto de la Liquidación de Contrato aprobada mediante Resolución de Secretaría General N° 232-2005.
- b) Por haberse producido la caducidad del derecho, por lo que deduce la excepción de caducidad.

Adicionalmente, mediante escrito presentado el 1 de julio de 2010, la **ENTIDAD** amplió su escrito de objeción al arbitraje, para lo cual interpuso:

- c) Excepción de Falta de Legitimidad para Obrar Pasiva

Mediante Resolución N° 2 de fecha 12 de julio de 2010, el Tribunal Arbitral corrió traslado de la oposición y de la excepción de caducidad formuladas por la **ENTIDAD**; asimismo declaró improcedente la excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva interpuesta por la **ENTIDAD**, al haber sido ésta deducida fuera del plazo correspondiente.

En respuesta a las objeciones formuladas contra el arbitraje, mediante escrito presentado el 20 de julio de 2010, el **CONTRATISTA** absolvió el traslado conferido en la Resolución N° 02, solicitando que la excepción de caducidad deducida por la **ENTIDAD** sea declarada infundada.

Frente a la decisión de improcedencia contenida en la Resolución N° 2, la **ENTIDAD** mediante escrito presentado el 16 de julio de 2010, interpuso recurso de reconsideración, con la finalidad de que se deje sin efecto la misma y que se proceda a admitir la ampliación de la objeción del arbitraje formulada mediante escrito de fecha 1 de julio de 2010.

Mediante Resolución N° 03 de fecha 23 de julio de 2010, el Tribunal Arbitral corrió traslado del recurso de reconsideración al **CONTRATISTA**, el cual fue absuelto

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio.
Dr. Juan Huamani Chávez.
Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.*

mediante escrito presentado el 2 de agosto de 2010, en el cual este último solicitó que dicho recurso se declare improcedente por extemporáneo.

Estando a las posiciones de las partes sobre el recurso interpuesto, mediante Resolución N° 04 de fecha 20 de agosto de 2010, el Tribunal Arbitral declaró infundado el recurso de reconsideración planteado por la **ENTIDAD** contra la Resolución N° 02, disponiéndose en dicha resolución que la excepción de caducidad será resuelta conjuntamente con el laudo arbitral.

1.4 DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA PRESENTADA POR LA ENTIDAD

Mediante escrito presentado el 23 de junio de 2010, la **ENTIDAD** contestó la demanda, negándola en todos sus extremos y solicitando que en su oportunidad sea desestimada.

Dicho escrito fue admitido a trámite mediante Resolución N° 2 de fecha 12 de julio de 2010, con lo cual el Tribunal Arbitral tuvo por contestada la demanda arbitral.

II. DEL ARBITRAJE

2.1 AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Mediante Resolución N° 5 de fecha 14 de setiembre de 2010, se citó a las partes a la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el día 6 de octubre de 2010 a las 16:30 horas.

En la sede del arbitraje, fecha y hora programada, y con la asistencia de ambas partes se llevó a cabo la referida diligencia.

2.1.1 Conciliación

El Tribunal Arbitral invitó a las partes a llegar a un acuerdo conciliatorio que ponga fin a la controversia existente entre ellas; sin embargo, las partes indicaron que a ese

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio.
Dr. Juan Huamani Chávez.
Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.*

momento no les resultada posible solucionar la controversia vía conciliación, sin perjuicio de ello, se dejó abierta dicha posibilidad para cualquier etapa del arbitraje.

2.1.2 Fijación de Puntos Controvertidos

En dicha audiencia, el Tribunal Arbitral dejó establecido que se reservaba el derecho a analizar los puntos controvertidos, no necesariamente en el orden en el que estaban señalados en el acta. Asimismo, estableció que si el pronunciamiento de un punto controvertido determinaba que careciera de objeto la resolución de algún otro, con el que guarde vinculación, tendría la potestad de omitir pronunciarse respecto de este último, expresando las razones de dicha omisión.

Ambas partes manifestaron su conformidad con los puntos controvertidos fijados por el Tribunal Arbitral, los cuales quedaron establecidos en los términos siguientes:

1. Determinar si corresponde ordenar a la ENTIDAD, que devuelva al CONTRATISTA el fondo de garantía derivado del contrato celebrado entre las partes, por el monto de S/. 62,168.80 (Sesenta y dos mil ciento sesenta y ocho y 80/100 Nuevos soles), más los intereses legales respectivos.
2. Determinar si corresponde a la ENTIDAD el pago relacionado a los gastos que genere el presente arbitraje, que incluye los honorarios del Tribunal, los gastos de la Secretaría Arbitral, así como el pago correspondiente a la indemnización por daños y perjuicios a favor del CONTRATISTA.
3. Determinar si corresponde ordenar o no a la ENTIDAD, que devuelva a favor del CONTRATISTA, el fondo de garantía derivado del contrato celebrado entre las partes, por el monto de S/. 62,168.80 (Sesenta y dos mil ciento sesenta y ocho y 80/100 Nuevos soles), por concepto de enriquecimiento sin causa.

2.1.3 Admisión de medios probatorios

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*-Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio.
Dr. Juan Huamani Chávez.
Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.*

De conformidad con lo establecido en el Acta de Conciliación, Saneamiento, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, el Tribunal Arbitral procedió a admitir los medios probatorios ofrecidos por las partes:

a) Del **CONTRATISTA**

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el **CONTRATISTA** en su escrito de demanda presentado el 01 de junio de 2010, detallados en la sección "IV. Medios Probatorios" de dicho escrito, los cuales están consignados en los literales que van del 1.A. al 1.Ñ.

b) De la **ENTIDAD**

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por la **ENTIDAD** en su escrito de contestación de demanda presentado el 23 de junio de 2010, detallados en la sección "IV. Medios Probatorios" de dicho escrito, que van del 1.A al 1.M.

En dicha Audiencia, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier otro medio probatorio que considere conveniente; de acuerdo a lo establecido en el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071.

2.2 CIERRE DE LA INSTRUCCIÓN, ALEGATOS, INFORME ORAL Y PLAZO PARA LAUDAR

Mediante Resolución N° 06 de fecha 12 de octubre de 2010, se dio por concluida la etapa probatoria y se otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles a fin de que presenten sus alegaciones y conclusiones finales por escrito, pudiendo solicitar en ese plazo el uso de la palabra.

Mediante Resolución N° 07 de fecha 25 de octubre de 2010, se tuvieron por presentados los escritos de alegatos presentados por el **CONTRATISTA** y la **ENTIDAD** los días 14 y 20 de octubre de 2010, respectivamente. Asimismo, se citó a las partes a Audiencia de Informes Orales para el 4 de noviembre de 2010 a las 16:00 horas.

*-Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio.
Dr. Juan Huamani Chávez.
Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.*




En la fecha y hora programada, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales con la presencia de ambas partes, donde cada una de ellas expuso lo conveniente a su derecho.

Finalmente, en la referida audiencia, el Tribunal Arbitral fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles contados a partir del día siguiente de realizada dicha audiencia. Posterior a ello, mediante Resolución N° 11 de fecha 10 de diciembre de 2010, se prorrogó el plazo para laudar en quince (15) días hábiles adicionales, el cual se computará a partir de vencido el término original.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

3.1 CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde afirmar y confirmar lo siguiente:

- 
- 
- 
- (i) Que el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes.
 - (ii) Que no se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
 - (iii) Que el **CONTRATISTA** presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.
 - (iv) Que la **ENTIDAD** fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa, presentando su contestación de demanda, y además interponiendo otros cuestionamientos al arbitraje.
 - (v) Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar sus alegatos y sustentar su posición haciendo uso de la palabra para informar ante el Tribunal Arbitral.
 - (vi) Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro del plazo previsto en las reglas del proceso, lo cual fue aceptado por las partes.

*Dr. Paoio del Aguila Ruiz de Somocurcio.
Dr. Juan Huamani Chávez.
Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.*

3.2 PRECISIONES PARA RESOLVER

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Actuación de Medio Probatorios de fecha 6 de octubre de 2010, en el presente caso corresponde al Tribunal Arbitral resolver las materias controvertidas puestas a su conocimiento, sobre la base de los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje.

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta la posición adoptada por cada parte, el mérito de la prueba aportada al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de ella, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso, así como a la aplicación de la normativa pertinente y vigente. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el juzgador respecto de tales hechos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en aplicación del Principio de "Comunidad o Adquisición de la Prueba", las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

"... la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la

*-Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio.
Dr. Juan Huamani Chávez.
Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.*

parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó¹.

3.2.1 OPOSICIÓN AL ARBITRAJE Y EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

El Tribunal Arbitral, de conformidad con lo señalado en la Resolución N° 04 de fecha 20 de agosto de 2010, dispuso que la excepción de caducidad sea resuelta de manera conjunta con el laudo arbitral. En tal sentido, corresponderá determinar si en el presente caso, el derecho del **CONTRATISTA** de solicitar el arbitraje en relación a la controversia surgida en torno al Contrato de Ejecución de Obra N° 004-2004-ME/SG-OA-LIC "Ejecución de la Sustitución (obra nueva) del Centro Educativo N° 8247 – Cajamarca – Celendín – José Gálvez – Huancapampa" ha caducado o no.

En relación a la oposición al arbitraje, por la cual la **ENTIDAD** cuestiona la competencia de este Colegiado de conocer el presente arbitraje, y siendo que dicha objeción aún no ha sido resuelta, corresponde que como parte del presente laudo arbitral, el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre dicho cuestionamiento a efectos de que determine su competencia o no frente al presente proceso.

3.2.1.1 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

Respecto a la oposición formulada por la **ENTIDAD**, la cual da cuenta de una supuesta falta de competencia de este Tribunal Arbitral para pronunciarse respecto de la Liquidación de Contrato aprobada por Resolución de Secretaría General N° 232-2005, la **ENTIDAD** señala que lo que el **CONTRATISTA** pretende a través de sus pretensiones, es efectuar un cobro de un monto pecuniario que supuestamente ha sido retenido mediante la Resolución de Secretaría General N° 232-2005, que aprobó la Liquidación Final del Contrato de Obra.

¹ TARAMONA HERNÁNDEZ., José Rubén. "Medios Probatorios en el Proceso Civil". Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*-Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio.
Dr. Juan Huamani Chávez.
Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.*

Es decir, la **ENTIDAD** afirma que lo que busca el **CONTRATISTA** es cuestionar la referida liquidación puesto que su actuar ha ido dirigido a señalar que no se retenga el monto pecuniario que supuestamente la referida Resolución ha dispuesto.

Asimismo, precisa que la norma aplicable al presente caso, de acuerdo a lo señalado en el contrato, es el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2001-PCM y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2001-PCM.

Del mismo modo, agrega que el Contrato ha sido liquidado, haciendo énfasis que desde el año 2005 a la fecha de la interposición de la petición del arbitraje, no se ha sometido a conciliación y/o arbitraje dicha controversia dentro del plazo señalado en el quinto párrafo del artículo 164° del Reglamento de la Antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado².

² Artículo 164° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2001-PCM:

"El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada en la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo de ejecución de la obra, el que resulte mayor contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Con la liquidación se entregará a la entidad los documentos de Declaratoria de Fábrica o la Memoria Descriptiva valorizada, según sea el caso. La entidad deberá pronunciarse dentro del plazo de treinta (30) días de recibida.

Si el contratista no presentara la liquidación en el plazo previsto, su elaboración será responsabilidad exclusiva de la entidad en idéntico plazo, siendo los gastos de cargo del contratista. La entidad remitirá la liquidación al contratista para que éste pueda observarla dentro de los quince (15) días de recibida.

La liquidación quedará consentida cuando practicada por una de las partes no sea observada por la otra dentro del plazo establecido.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio.
Dr. Juan Huamani Chávez.
Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.*

En ese sentido, indican que la fecha de la expedición de la Resolución de Secretaría General N° 232-2005 es el 21 de marzo de 2005, conforme el mismo **CONTRATISTA** expuso en su escrito de demanda.

Para sustentar su posición, hacen mención al penúltimo párrafo del artículo 186° del Reglamento³, que dice "(...) *El arbitraje obligatorio se deberá solicitar, como máximo, hasta el vencimiento de los plazos previstos en los artículos 139° o 164° para que quede consentida la liquidación del contrato según se trate de bienes y servicios o de obras respectivamente*". Así, afirma la **ENTIDAD** que si lo que se pretende cuestionar es la Liquidación del Contrato de Obra, y ello no se realizó dentro del plazo estipulado en el quinto párrafo del artículo 164° del Reglamento, el cual establece un margen perentorio para

Toda discrepancia respecto a la liquidación se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la Ley y en el presente Reglamento, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.

Una vez que la liquidación haya quedado consentida, el contrato quedará concluido debiendo cerrarse el expediente de la contratación".

³ Artículo 186° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 013-2001-PCM:

"El arbitraje será de aplicación obligatoria en la solución de controversias surgidas después de la suscripción o cumplimiento de la formalidad de perfeccionamiento de los contratos derivados de los procesos de selección hasta el consentimiento de su liquidación. Serán de aplicación las disposiciones contempladas en la Ley y en el presente Subcapítulo y, supletoriamente las de la Ley General de Arbitraje.

El arbitraje obligatorio se deberá solicitar, como máximo, hasta el vencimiento de los plazos previstos en los Artículos 139° ó 164° para que quede consentida la liquidación del contrato según se trate de bienes y servicios o de obras, respectivamente.

El arbitraje regulado en el presente Subcapítulo en todos los casos, será de derecho".

*Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio.
Dr. Juan Huamani Chávez.
Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.*

el sometimiento a un arbitraje, esta materia ya no es de competencia de un Tribunal Arbitral, dado que dicha materia ya no resulta ser arbitrable.

Por otro lado, añaden que, en el supuesto y negado caso que se pretenda señalar que hubo retención de monto pecuniario alguno y que las pretensiones del **CONTRATISTA** no se refieren a una objeción a la Liquidación del Contrato, será preciso señalar que una eventual devolución del fondo de garantía, no puede ser dispuesta en la vía arbitral, conforme lo establece el primer párrafo de la cláusula décima del Contrato y las disposiciones establecidas en la antigua Ley.

Las referidas normas establecen como finalidad, aquellas materias que van desde el perfeccionamiento del Contrato hasta el consentimiento de la liquidación. Por tanto, establecen que sólo son arbitrables los actos que devienen de la ejecución contractual, como ampliaciones de plazo, adicionales, gastos generales, liquidaciones de obra, más no la materia de la pretensión señalada por el **CONTRATISTA**.

Concluyendo que, tanto en uno como en otro supuesto, el Tribunal Arbitral no resulta competente para conocer las pretensiones señaladas en la demanda arbitral.

En cuanto a la excepción de caducidad señala que, en el supuesto y negado caso que el Tribunal Arbitral considere que no es de aplicación al presente caso la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – Decreto Supremo N° 012-2001-PCM y su Reglamento; dado que la Resolución de Secretaría General N° 232-2005 fue expedida el 21 de marzo del 2005, fecha en la que ya no se encontraban vigentes dichas normas; será aplicable al presente arbitraje los plazos establecidos en el TUO de la Ley de

Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio.
Dr. Juan Huamani Chávez.
Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.

Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobada por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, normas que al momento de la expedición de la citada resolución se encontraban vigentes.

Para este supuesto, el demandado se remite al primer párrafo del numeral 2 del artículo 53° de la Ley, el cual establece que "(...) Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato. Este plazo es de caducidad". Precisa la **ENTIDAD**, que en el caso de un contrato de obra, la culminación del contrato se da con la aprobación de la Liquidación del Contrato de Obra conforme lo señala el artículo 43° de la Ley.

De lo antes expuesto, la **ENTIDAD** concluye que el **CONTRATISTA** no procedió a cuestionar la Liquidación de Contrato dentro del plazo señalado en el artículo 269° del Reglamento; por lo que, conforme al primer párrafo del numeral 2 del artículo 53° de la Ley, las pretensiones planteadas por el **CONTRATISTA** en su escrito de demanda han caducado.

3.2.1.2 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

Con relación a estas objeciones, el **CONTRATISTA** señala que en ningún momento ha consentido la Liquidación Final de la Obra ya que, más bien, ha venido solicitando ante la **ENTIDAD** la devolución del monto ascendente a S/. 62,168.80, quien –según afirma– se ha negado a devolverlos.

*Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio.
Dr. Juan Huamani Chávez.
Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.*

Asimismo, añade que recién ante esta instancia, y sin fundamento alguno, la **ENTIDAD** pretende confundir al Tribunal Arbitral, indicando que el derecho del **CONTRATISTA** ha caducado. Sin embargo, precisa que éste se encuentra en pleno uso de su derecho de reclamar, de acuerdo a Ley, el pago de la pretensión principal, por lo que señalan que el Tribunal Arbitral debería desestimar la excepción de caducidad deducida por la demandada.

De otro lado, agregan que se debe tener presente que la caducidad es una institución jurídica que se encuentra regulada en los artículos 2003° al 2007° del Código Civil, no existiendo regulación al respecto ni en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado ni en su Reglamento. Según lo establece el Código Civil, la caducidad tiene por efecto extinguir un derecho y con ello la acción relacionada con el mismo, lo cual se da para asegurar una situación jurídica, lo que, a su vez, se explica por su íntima vinculación con el interés colectivo y la seguridad jurídica.

Asimismo, el **CONTRATISTA** indica que la caducidad es una institución que busca mantener la seguridad jurídica, velando por el interés colectivo y evitando que intereses individuales perjudiquen a los colectivos.

Por otro lado, hace referencia al artículo 2004° del Código Civil, el cual establece el principio de legalidad en relación con los plazos de caducidad, con la finalidad que no se haga uso abusivo de la misma.

Finalmente, el **CONTRATISTA** concluye que no habiéndose fijado el plazo de caducidad en la Ley, dicho plazo no existe para el presente caso. Añadiendo que, la caducidad de acuerdo a la actual legislación es luego que el contrato haya terminado, y en contratos de obra termina con la liquidación del contrato y su respectivo pago, cosa que no ha sucedido en el presente caso.

*Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio.
Dr. Juan Huamani Chávez.
Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.*

3.2.1.3 POSICIÓN DEL TRIBUNAL

Conforme a la reserva efectuada por el Colegiado, la posición del Tribunal Arbitral sobre este punto será expuesta en el numeral 3.2.2.3 del presente laudo arbitral.

3.2.2 PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde ordenar a la **ENTIDAD**, que devuelva al **CONTRATISTA**, el fondo de garantía derivado del contrato celebrado entre las partes, por el monto de S/. 62,168.80 (Sesenta y dos mil ciento sesenta y ocho y 80/100 Nuevos soles), más los intereses legales respectivos.

3.2.2.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

El **CONTRATISTA** ampara su demanda en los siguientes fundamentos de hecho y derecho:

Con fecha 16 de Enero de 2004, la **ENTIDAD** y el **CONTRATISTA** celebraron el Contrato de Ejecución de Obra N° 004-2004-ME/SG-OA-LIC "Ejecución de la Sustitución (obra nueva) del Centro Educativo N° 8247 – Cajamarca – Celendín – José Gálvez – Huancapampa".

Con fecha 5 de abril del 2004, las referidas partes suscriben la Addenda de Ejecución de Obra N° 004-2004-ME/SG-OA-LIC, donde se dispone la modificación de la Unidad Ejecutora Contratante de: el Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora N° 029 al nuevo contratante el Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora N° 026 – Programa Educación Básica para Todos.

*Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio.
Dr. Juan Huamani Chávez.
Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.*

El **CONTRATISTA** señala que habiendo ejecutado de forma satisfactoria dicha obra, con fecha 13 de octubre del 2004, se levantó el Acta de Recepción de Obra, precisando que la misma terminó dentro del plazo estipulado y con apego a la Ley.

Mediante Carta N° 0333-2004-CEDO de fecha 20 de octubre del 2004, el **CONTRATISTA** solicita a la **ENTIDAD** la devolución del fondo de garantía, indicando que el mismo había sido retenido injustamente debido a que en el contrato no se había estipulado la retención de este fondo de garantía por la suma de S/. 62,168.80 (Sesenta y dos mil ciento sesenta y ocho y 80/100 Nuevos soles).

La **ENTIDAD**, mediante Oficio N° 1992-2004-OINFE de fecha 24 de noviembre del 2004, comunica al **CONTRATISTA** que conforme a la cláusula quinta del Convenio de Financiamiento no Reembolsable suscrito entre el Ministerio de Educación y el Fondo Contravalor Ítalo Peruano (en adelante, FIP), la devolución del fondo de garantía está condicionada a la presentación de la Liquidación Final de la Obra, la cual deberá ser aprobada por el FIP, por lo que, concluyen que el **CONTRATISTA** deberá proceder a presentar su liquidación final de obra para que la misma pueda ser revisada y tramitar su aprobación por el FIP.

Asimismo, el **CONTRATISTA** señala que con fecha 21 de marzo de 2005, mediante Resolución de Secretaría General N° 232-2005, la **ENTIDAD** aprueba la Liquidación Final de Obra; sin embargo, se les retiene la suma de S/. 62,168.80.

Mediante Carta N° 114-2005-COSAC de fecha 31 de mayo de 2005, Cedosa solicita a la **ENTIDAD**, cumplir con el saldo a su favor al que se refería la Resolución de Secretaría General N° 232-2005.

*Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio.
Dr. Juan Huamani Chávez.
Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.*

Mediante Carta N° 326-2005-COSAC de fecha 3 de noviembre de 2005, el **CONTRATISTA** comunicó a la **ENTIDAD** que con fecha 24 de octubre de 2005 se les canceló el saldo de la liquidación final de la obra por un monto ascendente a S/. 42,686.96 (Cuarenta y dos mil seiscientos ochenta y seis y 96/100 Nuevos soles), precisando que aún faltaba la devolución del Fondo de Garantía por el monto de S/. 62,168.80.

Del mismo modo, mediante Carta N° 061-2006-CEDOSA de fecha 16 de febrero de 2006 y Carta N° 198-2007-CEDOSA de fecha 4 de febrero de 2007, el **CONTRATISTA** solicitó al FIP, para que ordene a quien corresponda la devolución del fondo de garantía que les había retenido la **ENTIDAD** por el monto de S/. 62,168.80.

Mediante Carta N° 198-2007-CEDOSA, de fecha 4 de mayo de 2007, el **CONTRATISTA** solicitó al Jefe del OINFE, que ordene a quien corresponda la devolución del fondo de garantía que les había retenido la **ENTIDAD**.

Asimismo, mediante Carta N° 263-2007-COSAC de fecha 8 de junio de 2007, el **CONTRATISTA** solicitó a la Presidenta de la Comisión Reorganizadora de la OINFE, que ordene a la persona encargada la devolución del fondo de garantía que había sido retenida por la **ENTIDAD**.

Finalmente, mediante Carta N° 205-2008-COSAC de fecha 3 de abril de 2008, el **CONTRATISTA** solicitó al Jefe de la Oficina de Infraestructura, ordene la devolución del fondo de garantía retenido por la **ENTIDAD**.

De los hechos antes expuestos, el **CONTRATISTA** señala que cumplió en forma satisfactoria su obligación contractual dentro del plazo estipulado, siendo que a la fecha, ya se levantó el Acta de

*Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio.
Dr. Juan Huamani Chávez.
Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.*

Recepción de Obra. Sin embargo, agregan que, de forma increíble la **ENTIDAD** retuvo el monto de S/. 62,168.80 por un supuesto concepto de fondo de garantía.

En ese sentido, el demandante indica que en el Oficio N° 1992-2004-OINFE, se le comunica al **CONTRATISTA** que el fondo de garantía está condicionado a la presentación de la Liquidación Final de la Obra, la cual precisan, fue presentada en su oportunidad y aprobada por la **ENTIDAD** mediante Resolución de Secretaría General N° 232-2005. No obstante, agrega que en esta liquidación se les retuvo el monto de S/. 62,168.80 por un supuesto concepto de fondo de garantía, lo cual se contradice con el Oficio N° 1992-2004-OINFE, donde la misma **ENTIDAD** comunicó que este fondo de garantía iba a ser devuelto al **CONTRATISTA** ni bien se presentaba la Liquidación Final de la Obra.

Del mismo modo, precisa que, mediante varias cartas enviadas al demandado y al FIP, la **ENTIDAD** en forma renuente y prepotente sigue reteniendo al **CONTRATISTA** hasta la fecha actual el monto de S/. 62,168.80 por un supuesto concepto de fondo de garantía, concluyendo que estos hechos comprueban el actuar abusivo, arbitrario, desleal y prepotente de la **ENTIDAD**.

3.2.2.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

La **ENTIDAD**, en su escrito de contestación de demanda, señala que ella no es la obligada a devolver la supuesta retención del Fondo de Garantía a la que hace mención el **CONTRATISTA**.

En ese sentido, se remite al Oficio N° 1992-2004-OINFE de fecha 24 de noviembre de 2004, el cual establece que el FIP debe ser quien apruebe la liquidación de obra; por lo que, la **ENTIDAD** precisa que

*Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio.
Dr. Juan Huamaní Chávez.
Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.*

debe entenderse que dicho organismo internacional es quien otorga el visto bueno a la liquidación efectuada. Es decir, una vez realizada la liquidación en armonía con lo estipulado en el artículo 164° de Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante, el Reglamento), la misma es remitida al FIP para que dé su visto bueno y éste sea el que proceda a la devolución del eventual monto retenido.

Asimismo, señala que de la revisión de la Resolución de Secretaria General N° 232-2005-ED se puede apreciar que, en la parte final del Anexo N° 01, que forma parte de la misma, se señala que el fondo de garantía se encuentra retenido por el FIP. Por lo que, precisa que, si el FIP es quien supuestamente ha retenido dicho fondo, por qué sería la **ENTIDAD** quien debería asumir dicha responsabilidad.

Del mismo modo, indican que las obligaciones y responsabilidades del Ministerio de Educación son derivadas de la ejecución contractual, dentro del marco del contrato así como de las disposiciones fijadas por la Ley y su Reglamento, siendo que en el presente caso, la **ENTIDAD** ha procedido a cumplir todas y cada una de sus obligaciones contractuales y legales; por lo que señalan que el **CONTRATISTA** no puede señalar que no se le ha abonado todos los conceptos correspondientes al Contrato.

La **ENTIDAD** agrega que el propio **CONTRATISTA**, en su escrito de demanda, señala que ha remitido comunicaciones al FIP para la devolución del fondo de garantía; por lo que, si el **CONTRATISTA** ya tenía conocimiento que la **ENTIDAD** no era quien retuvo el referido fondo y que el mismo se encuentra en el FIP, cuestiona el hecho que el **CONTRATISTA** haya entablado la acción contra la **ENTIDAD**.

Finalmente, concluye que no se ha probado que la **ENTIDAD** haya realizado dicha retención y que posea dentro de su esfera patrimonial

*Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio.
Dr. Juan Huamani Chávez.
Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.*

dicho supuesto monto retenido. Por el contrario, señala que, el actuar del **CONTRATISTA** acredita que posee el conocimiento de que el FIP es quien tiene dichos fondos que en nada alcanzan en responsabilidad al demandado.

3.2.2.3 POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En el presente punto controvertido a analizar, será necesario que previamente se determine la procedencia de las objeciones formuladas por la **ENTIDAD**, las cuales básicamente se resumen en la excepción de caducidad y la oposición al arbitraje referida a la falta de competencia del Tribunal Arbitral.

Para ello, se dividirá el análisis en: (i) determinar la norma aplicable que rige la controversia materia del presente arbitraje, en vista que se ha podido apreciar en los fundamentos de derecho expuestos en el escrito de objeción de arbitraje presentado por la **ENTIDAD**, que éste se ha basado tanto en el Decreto Supremo N° 012-2001-PCM y su Reglamento, así como en el Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y su Reglamento. (ii) examinar la excepción de caducidad así como la oposición mencionada en el párrafo anterior y, (iii) concluir con el análisis del primer punto controvertido, en lo que respecta al fondo de la controversia, de ser ese el caso.

(i) NORMA APLICABLE

Respecto a la norma aplicable al presente arbitraje, la parte demandada en su escrito de fecha 16 de junio de 2010 indicó:

“En el supuesto y negado caso que el Tribunal Arbitral considere que no es de aplicación al presente caso la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – Decreto Supremo N° 012-2001-PCM – y su Reglamento; entonces,

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio.
Dr. Juan Huamani Chávez.
Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.*

teniendo en cuenta que la Resolución de Secretaría General N° 232-2005 fue expedida el 21 de marzo del 2005; es aplicable al presente arbitraje los plazos procesales establecidos en el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobada por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y su Reglamento aprobado por Decreto N° 084-2004-PCM puesto que al momento de la expedición de dicha resolución se encontraban vigentes dichas normas”

Conforme se aprecia del párrafo descrito, la **ENTIDAD** da a entender que las normas aplicables a este caso, estando a la fecha de expedición de la Resolución de Secretaría General N° 232-2005 de fecha 21 de marzo de 2005, serían el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y su Reglamento, y no así el Decreto Supremo N° 012-2001-PCM y su Reglamento.

Al respecto, corresponde precisar que las normas en el ámbito de las contrataciones públicas, que deberán ser aplicadas al presente arbitraje, son aquellas vigentes al momento de la suscripción del Contrato derivado del proceso de selección. Complementando lo anterior, tenemos que cada contrato, como resulta habitual, estable la base legal respectiva que deberá aplicarse para la ejecución contractual.

Es así tenemos que, la cláusula primera del Contrato de Ejecución de Obra N° 004-2004-ME/SG-OA-LIC "Ejecución de la Sustitución (obra Nueva) del Centro Educativo N° 8247 – Cajamarca – Celendín – José Gálvez – Huancapampa" (en adelante, el Contrato), señala lo siguiente:

"Cláusula Primera: Base Legal

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio.
Dr. Juan Huamani Chávez.
Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.*

El presente contrato, adicionalmente a las indicadas en las Bases, se fundamenta en las normas legales siguiente: (...)

- Decreto Supremo N° 012-2001-PCM, que aprueba al Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

- Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, que aprueba el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. (...)"

De lo antes expuesto, y de lo establecido en el Contrato, queda claro que las normas aplicables para la solución de las controversias materia del presente arbitraje son el Decreto Supremo N° 012-2001-PCM, que aprueba al Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2001-PCM.

En consecuencia, conforme al análisis precedente, no resulta aplicable para el caso concreto la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y su Reglamento, máxime si las disposiciones contenidas en ellas así también lo establecen:

*"Tercera.- Los procesos de adquisición o contratación iniciados antes de la vigencia de la presente Ley, **se rigen por sus propias normas**" (Sombreado nuestro)*

De esta manera, y para efectos del presente caso, el Tribunal Arbitral precisa que las normas aplicables para resolver la presente controversia son el Decreto Supremo N° 012-2001-PCM, que aprueba al Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento.

*Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio.
Dr. Juan Huamani Chávez.
Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.*

(ii) EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

Habiendo esclarecido cuáles son las normas aplicables al presente arbitraje, procederemos a examinar la excepción de caducidad, con la finalidad de determinar si es o no procedente.

Al respecto, de la revisión de lo expuesto por la parte demandada en sus escritos N° 02 y N° 03 de fechas 15 y 17 de junio de 2010, respectivamente, se puede apreciar que para fundamentar dicha excepción, la **ENTIDAD** se remite a las normas del Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y su Reglamento, las cuales como ya se ha analizado en el numeral anterior, no son aplicables al presente arbitraje. Por tanto, los argumentos expuestos por la **ENTIDAD** en relación a la excepción que ha deducida, los cuales reposan en normas que no resultan aplicables al presente arbitraje, no resultan pertinentes, por lo que la excepción deducida resulta ser improcedente.

Sin perjuicio de ello, en relación a la caducidad, es preciso tener en cuenta lo establecido en el artículo 2006° del Código Civil⁴, el cual establece que esta figura puede ser declarada de oficio, esto debido a que se trata de una institución de orden público⁵; por tanto, en la medida que se busca proteger el interés público, nada impide que la caducidad pueda ser declarada de oficio, siendo que nuestro sistema jurídico así lo permite.

Al respecto, Juan Monroy Gálvez define a la caducidad como aquella institución del derecho material referida a actos, instituciones o derechos, siendo en este último caso de uso más común e interesante para el proceso. Asimismo, agrega que se caracteriza porque se

⁴ Artículo 2006° del Código Civil:

"La caducidad puede ser declarada de oficio o a petición de parte".

⁵ Casación N° 2021-98-Lima, El Peruano, 18-10-1999, p. 3761

*Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio.
Dr. Juan Huamani Chávez.
Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.*

extingue el derecho material como consecuencia del transcurso del tiempo. En ese sentido, si se ha interpuesto una demanda cuya pretensión está sustentada en un derecho que ha caducado, entonces la pretensión no tiene fundamento jurídico, por lo que ya no puede ser amparada. Esta situación es tan categórica para el proceso que el Código Civil le concede al juez el derecho de declarar la caducidad y la consecuente improcedencia de la demanda si aparece del sólo examen de ésta al momento de su calificación inicial.⁶

En atención a lo anterior, se advierte que este Tribunal Arbitral tiene la facultad de pronunciarse de oficio en relación a la caducidad del arbitraje.

Una vez establecido que este Colegiado puede dar cuenta de la existencia de una caducidad de oficio, pasaremos a desarrollar si en el presente caso se ha extinguido la acción y el derecho del **CONTRATISTA** vía la activación de esta figura, en relación a la controversia surgida en torno a la devolución del fondo de garantía derivado del Contrato.

Sobre el particular, debemos recordar que la caducidad es una institución jurídica que se encuentra regulada en los artículos 2003° al 2007° del Código Civil no existiendo regulación al respecto ni en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado ni en su Reglamento. Según lo establece el Código Civil, la caducidad tiene por efecto extinguir un derecho y con ello la acción relacionada con el mismo.

La caducidad es una institución que busca mantener la seguridad jurídica velando por el interés colectivo, y porque los intereses individuales no perjudiquen a los colectivos. Por tanto, y en relación a lo anterior, en el artículo 2004° del Código Civil se ha establecido el

⁶ Monroy Gálvez, Juan. El proceso civil en un libro sobre prescripción y caducidad. En: Themis N° 10. Lima. Pp.24 – 28.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio.
Dr. Juan Huamani Chávez.
Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.*

principio de legalidad en relación con los plazos de caducidad; con la finalidad que no se haga un uso abusivo de la misma.

El mencionado artículo establece:

"Artículo 2004.- Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto en contrario".

Así, de lo expuesto, se puede apreciar que la caducidad sólo puede estar contemplada en una norma con rango de ley.

Siguiendo con el razonamiento anterior, resulta importante mencionar lo establecido por el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil que establece:

"Artículo IX.- Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza".

De lo antes mencionado, queda claramente establecido que el Código Civil determina que los plazos de caducidad se establecen por ley y sus disposiciones son de aplicación supletoria a las disposiciones establecidas en la normativa relacionada con las contrataciones estatales.

Conforme lo expuesto, este Colegiado es de la opinión que el establecimiento de la institución de la caducidad dentro de cualquier norma de carácter especial debe respetar los elementos establecidos por el ordenamiento jurídico general.

Ahora bien, de la revisión de las disposiciones contemplada en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, podemos apreciar que

*Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio.
Dr. Juan Huamani Chávez.
Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.*

el legislador no ha previsto ni establecido la caducidad para ninguno de los plazos dispuestos en dicha norma. Por tanto, habiendo señalado que los plazos de caducidad deben ser fijados por ley y que este Colegiado respetará los elementos establecidos en el ordenamiento jurídico general, la excepción de caducidad resulta ser improcedente, toda vez que no se puede deducir caducidad alguna, y menos aun resolver favorablemente la misma, si es que la ley aplicable para este Contrato, no previó fijar dicha figura.

OPOSICIÓN SOBRE FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

En el presente punto considerativo corresponde analizar la objeción al arbitraje referida a que el Tribunal Arbitral carece de competencia para pronunciarse respecto de la Liquidación de Contrato aprobada por Resolución de Secretaría General N° 232-2005.

Para ello, nos remitiremos a las normas aplicables al presente caso, las cuales son la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – Decreto Supremo N° 012-2001-PCM y su Reglamento.

Al respecto, el artículo 53° de la Ley establece que:

“Artículo 53.- (...)

Las controversias que surjan sobre la ejecución o interpretación del contrato se resolverán obligatoriamente mediante los procedimientos de conciliación o arbitraje. Si la conciliación concluyera con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes deberán someterse a arbitraje para que se pronuncie sobre las diferencias no resueltas o resuelva la controversia definitivamente.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio.
Dr. Juan Huamani Chávez.
Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.*

El arbitraje será resuelto por un árbitro único o por un Tribunal Arbitral designados de conformidad a lo que establezca el Reglamento (...)."

Como se puede apreciar, la Ley no establece plazo alguno, sino que por el contrario nos remite a las normas del Reglamento, la cual en su artículo 186° se establece que:

"Artículo 186°.-

El arbitraje será de aplicación obligatoria en la solución de controversias surgidas después de la suscripción o cumplimiento de la formalidad de perfeccionamiento de los contratos derivados de los procesos de selección hasta el consentimiento de su liquidación. Serán de aplicación las disposiciones contempladas en la Ley y en el presente Subcapítulo y, supletoriamente las de la Ley General de Arbitraje.

El arbitraje obligatorio se deberá solicitar, como máximo, hasta el vencimiento de los plazos previstos en los Artículos 139° ó 164° para que quede consentida la liquidación del contrato según se trate de bienes y servicios o de obras, respectivamente (...)" (el subrayado es nuestro)

Conforme a la disposición analizada, queda claro que el arbitraje para los supuestos regidos bajo la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, aplicables para este caso, sólo podrá ser interpuesto hasta el momento en que quede consentida la liquidación del Contrato. En razón a que el presente Contrato es uno de obra, corresponderá en primer término determinar el momento en que quede consentida la liquidación final de la Obra.



*Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio.
Dr. Juan Huamani Chávez.
Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.*

Para ello, es pertinente remitirse a la norma pertinente, la cual en el presente caso es el artículo 164° del Reglamento, que a la letra dice:


"Artículo 164.-

1) El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada en la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo de ejecución de la obra, el que resulte mayor contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Con la liquidación se entregará a la entidad los documentos de Declaratoria de Fábrica o la Memoria Descriptiva valorizada, según sea el caso. La entidad deberá pronunciarse dentro del plazo de treinta (30) días de recibida.

2) Si el contratista no presentara la liquidación en el plazo previsto, su elaboración será responsabilidad exclusiva de la entidad en idéntico plazo, siendo los gastos de cargo del contratista. La entidad remitirá la liquidación al contratista para que éste pueda observarla dentro de los quince (15) días de recibida.

3) La liquidación quedará consentida cuando practicada por una de las partes no sea observada por la otra dentro del plazo establecido.

Toda discrepancia respecto a la liquidación se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la Ley y en el presente Reglamento, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.




*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio.
Dr. Juan Huamaní Chávez.
Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.*

Una vez que la liquidación haya quedado consentida, el contrato quedará concluido debiendo cerrarse el expediente de la contratación (el subrayado es nuestro).

Por tanto, para poder determinar si es que la liquidación del Contrato materia de controversia ha quedado consentida, habrá que determinar si se ha producido cualquiera de los supuestos previstos en la norma, cuyo efecto sea el consentimiento de dicha liquidación. Así, se deberá determinar si la liquidación en cuestión ha sido aceptada sin cuestionamiento alguno por la contraparte, o si no ha sido observado por la contraparte dentro del término legal pertinente.

Previo a determinar lo señalado en el párrafo precedente, corresponde revisar si la liquidación bajo análisis ha sido elaborada de acuerdo con el procedimiento previsto por la Ley. En el presente caso, el **CONTRATISTA** cumplió con presentar la Liquidación Final de la Obra dentro del plazo establecido para tales efectos, conforme se señala en la parte considerativa de la Resolución de Secretaría N° 0232-2005-ED de fecha 21 de marzo de 2005 (ver anexo 1.F del escrito de demanda), al indicarse:

"Que, mediante Informe N° 188-2004-GCDC/OINFE, de fecha 06 de diciembre del 2004, se precisa que el contratista CEDOSA DEL ORIENTE S.A.C. – COSAC, ha presentado la Liquidación Final del Contrato de Obra dentro del plazo de Ley con observaciones superables, por lo que ha elaborado la Liquidación Final de Obra, asimismo ha cumplido con presentar los Planos de Replanteo y la Minuta de Declaratoria de Fábrica".

Cabe precisar que, el mencionado documento presentado por el **CONTRATISTA** en su escrito de demanda, no ha sido refutado ni cuestionado por la **ENTIDAD**, por el contrario, dicha parte ha dado

*Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio.
Dr. Juan Huamani Chávez.
Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.*

cuenta de la existencia del mismo al mencionarlo también como parte de sus argumentos de defensa.

De esta manera, tenemos que el **CONTRATISTA** presentó su liquidación dentro del plazo de sesenta (60) días tal como lo exige la norma pertinente, con lo cual la **ENTIDAD** debía pronunciarse sobre dicha liquidación, en un plazo de treinta (30) días.

Al respecto, de la parte considerativa de la referida Resolución de Secretaría, se desprende que al 06 de diciembre de 2004, la **ENTIDAD** ya había tomado conocimiento de la Liquidación presentada por el **CONTRATISTA**; por lo que, incluso antes de la emisión de dicha resolución de fecha 31 de marzo de 2005, mediante la cual se aprueba la Liquidación Final de Obra, la misma ya había quedado consentida, debido a que la **ENTIDAD** no la había observado dentro del plazo establecido, conforme al numeral 3) del artículo 164° del Reglamento antes citado, activándose los efectos del silencio administrativo positivo.

En ese sentido, lo que hizo la Resolución materia del análisis es aprobar una liquidación de obra que por silencio administrativo positivo ya había quedado consentida. En consecuencia, al haberse producido el consentimiento de la liquidación, con lo cual se ha producido de manera inmediata la culminación del contrato, por ende se ha cerrado el expediente de contrataciones, todo pedido, reclamo o pretensión que se refieran a hechos posteriores a dicho acto, resultan ser no arbitrables, puesto que el efecto de la obligatoriedad para arbitrar en el ámbito de las contrataciones ha fenecido.

Por lo tanto, de acuerdo a lo señalado en el párrafo anterior, todos los conflictos, reclamos o controversias que puedan suscitarse con posterioridad a la fecha en que quedó consentida la liquidación final de obra, siempre y cuando no constituyan pretensiones propias previstas

*Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio.
Dr. Juan Huamani Chávez.
Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.*

de manera expresa en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, aplicables para este caso, no resultarán ser materias arbitrables, conforme lo dispone la Ley de la materia.


Bajo esa conclusión, la controversia materia de análisis no es arbitrable, toda vez que el reclamo del **CONTRATISTA** se refiere a un hecho originado con posterioridad a la declaración de consentida de la liquidación, por tanto como la norma ha establecido que todas aquellas controversias originadas antes de ese hecho son arbitrales, las presentadas u originadas después del mismo, no lo son, por lo que el arbitraje no es la vía correcta para ejercer dichos reclamos.

Téngase presente que lo que se busca discutir en el presente caso, es un monto retenido en la liquidación de obra, cuya devolución reclama el **CONTRATISTA**, y como el arbitraje para los casos de obra, conforme lo dispone la Ley, sólo tiene alcances hasta definir si la liquidación ha quedado consentida o no, todo lo surgido con posterioridad a dicho acto, resulta no arbitrable, por lo que corresponde declarar la improcedencia de la pretensión planteada, en razón a que este Colegiado no resulta ser competente para pronunciarse sobre dicho pedido.

7

(iii) ANÁLISIS DEL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Para la resolución de este punto controvertido, se debía determinar si el monto ascendente a S/. 62,168.80 por concepto de fondo de garantía, efectivamente ha sido retenido por la **ENTIDAD**.



Al respecto, cabe precisar que en el Contrato no se estableció ningún monto que por concepto de fondo de garantía la **ENTIDAD** podía retener al **CONTRATISTA**. Sin embargo, la existencia de dicha retención se acredita mediante Carta N° 0333-2004-CEDO de fecha 20 de octubre del 2004 (ver anexo 1.D del escrito de demanda), en la cual



*Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio.
Dr. Juan Huamani Chávez.
Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.*

el **CONTRATISTA** solicita a la parte demandada la devolución de dicho fondo de garantía, precisando que el mismo ascendía a la suma de S/. 62,168.80; así como del Oficio N° 1992-2004-OINFE de fecha 24 de Noviembre del 2004 (ver anexo 1.E del escrito de demanda), mediante el cual la **ENTIDAD** comunica al **CONTRATISTA** que la devolución del fondo de garantía estaba condicionada a la presentación de la Liquidación Final de la Obra, la misma que debía ser aprobada por el FIP.

Ahora bien, mediante Resolución de Secretaria General N° 232-2005 de fecha 21 de marzo de 2005 (ver anexo 1.F del escrito de demanda), la **ENTIDAD** aprueba la Liquidación Final del Contrato; así como dispone que la **ENTIDAD** autorizará la devolución del fondo de garantía por la suma de S/. 62,168.80 más los intereses de ley⁷.

Asimismo, en el Anexo N° 01, adjunto a la mencionada Resolución, y el cual forma parte de la misma, se menciona que el fondo de garantía se encuentra retenido en el FIP.

De lo antes expuesto, y conforme a las afirmaciones de ambas partes indicadas en los párrafos precedentes, queda evidenciado la existencia del fondo de garantías, el cual asciende a un monto de S/.

⁷ Resolución de Secretaria General N° 232-2005 de fecha 21 de marzo de 2005: "SE RESUELVE:

Artículo Primero.- APROBAR la Liquidación Final del Contrato de Ejecución de Obra, correspondiente a la ejecución de la obra: C.E. 82417 ubicado en el distrito de José Gálvez, provincia de Celendín y departamento de Cajamarca, materia de la Adjudicación Directa Pública N° 013-2003/ED-029, a cargo del contratista CEDOSA DEL ORIENTE S.A.C. – COSAC, por un monto de S/. 761,117.47 (SETECIENTOS SESENTA Y UN MIL CIENTO DIECISIETE CON 47/100 NUEVOS SOLES), por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución y de acuerdo al Anexo N° 01 adjunto forma parte de esta Resolución

Artículo Segundo.- La Unidad Ejecutora Programa de Educación Básica Para Todos UE 026, dispondrá el cumplimiento de la presente Resolución y autorizará la devolución del Fondo de Garantía por la suma de S/. 62,168.80 más los intereses de ley. (...)"


*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio.
Dr. Juan Huamani Chávez.
Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.*


62,168.80; así como que el mismo actualmente se encuentra retenido por el FIP.

En tal sentido, cabe precisar que lo señalado por el **CONTRATISTA** en sus fundamentos de hechos de su escrito de demanda de fecha 1 de junio de 2010, indicando que: *"Con fecha 21 de marzo de 2005, mediante RESOLUCIÓN DE SECRETARÍA GENERAL N° 232-2005, la ENTIDAD aprueba la liquidación final de obra, pero nos retiene la suma de S/. 62,168.80 por fondo de garantía"*, resulta ser incorrecto, toda vez que, como se ha advertido de la lectura del documento "Resolución de Secretaría General N° 232-2005", el mismo dispone lo contrario, es decir, que la **ENTIDAD** autorice su devolución.

Respecto de ello, el único cuestionamiento realizado por la **ENTIDAD**, se basa en señalar que la responsabilidad por la devolución del fondo de garantía la debería asumir el FIP y no ella debido a que quien posee el monto de dicha retención es el FIP y no la **ENTIDAD**. Para ello, en su escrito de contestación de demanda de fecha 23 de junio de 2010, señalan que:



"Queda absolutamente claro que la contraria no posee documento ni argumento alguno que señale o acredite que la recurrente (entidad) haya realizado una retención (...). Al contrario, el actuar de la contraria acredita que posee el conocimiento de que el FIP es quien tiene dichos fondos que en nada alcanzan en responsabilidad al Ministerio de Educación" (agregado es nuestro)



Al respecto, y del análisis expuesto en párrafos anteriores, es correcto señalar que el FIP es quien ha retenido el monto correspondiente al fondo de garantía. Sin embargo, en el referido análisis también se precisó que era la **ENTIDAD** quien tenía que autorizar su devolución, en razón a que quien suscribió el Contrato con el **CONTRATISTA**, por



*Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio.
Dr. Juan Huamani Chávez.
Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.*

ende quien debía asumir las obligaciones contractuales a su cargo, fue la **ENTIDAD** y no el FIP, razón por la cual, aún cuando éste último haya tenido un rol financiador, ello no supone ni implica que se haya convertido en parte contractual, con lo que la relación sustantiva sigue siendo entre los firmantes originarios del Contrato, el mismo que no fue suscrito por el FIP.

Por tanto, respecto de este punto, y sobre la base de las afirmaciones y documentos que obran en el expediente, no sólo se ha acreditado la existencia y retención del monto que alude el **CONTRATISTA**, el cual conforme a la Liquidación aprobada por la misma **ENTIDAD** debe ser reembolsado al demandante, sino que además es evidente que la **ENTIDAD** rehúye a su obligación, al exigir al **CONTRATISTA** efectuar el reclamo de devolución del fondo de garantía a un tercero que no tiene regulación alguna con éste, cuando el Contrato materia de litis fue suscrito sólo entre las partes de este proceso, razón por la cual sólo ellas asumen obligaciones y derechos en relación a los términos y obligaciones contractuales del mismo.

Sin perjuicio de lo anterior, y siendo que la pretensión planteada por el **CONTRATISTA** se originó con posterioridad al momento en que la Liquidación del Contrato quedó consentida, con lo cual el ámbito de aplicación del arbitraje, como mecanismo de solución de controversias ya no le alcanza, lo que ha determinado que bajo el ámbito de las contrataciones públicas la pretensión demandada no sea una materia arbitral, la misma debe ser declarada improcedente, debido a que, como se indicó precedentemente este Colegiado no goza de competencia para conocer una materia no arbitrable, habiéndose declarado fundada la oposición al arbitraje planteada por el Ministerio.

Sin embargo, y siendo que la decisión del Tribunal reposa en el hecho de su falta de competencia, ello no afecta en modo alguno el derecho del cual goza el **CONTRATISTA** de reclamar su pretensión en la vía



*Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio.
Dr. Juan Huamani Chávez.
Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.*

ordinaria, habiendo el Tribunal Arbitral emitido opinión también en el sentido que para el presente caso no se ha accionado la excepción de caducidad, por lo que el reclamo del **CONTRATISTA** se encuentra vigente para cualquier reclamación ante otra autoridad distinta a ésta.

3.2.3 SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde a la **ENTIDAD** el pago relacionado a los gastos que genere el presente proceso arbitral, que incluye los honorarios del Tribunal Arbitral, los gastos de la Secretaría Arbitral, así como el pago correspondiente a la indemnización por daños y perjuicios a favor del **CONTRATISTA**.

El artículo 95° del Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje del Consejo Departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú⁸ dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en el artículo 94° del citado cuerpo normativo⁹, pudiendo disponer que sean asumidos por una de ellas o disponiendo su distribución equitativa entre las partes.

⁸ Artículo 95° del Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje del Consejo Departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú:

"Los árbitros se pronunciarán en el laudo que pone fin a la controversia sobre los costos del arbitraje, pudiendo disponer que sean asumidos por una de ellas o disponiendo su distribución equitativa entre las partes"

⁹ Artículo 94° del Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje del Consejo Departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú:

"Los costos del arbitraje comprenden los siguientes conceptos:

- a) Los gastos administrativos del CENTRO*
- b) Los honorarios de los árbitros*
- c) Los gastos de viaje y otros que con ocasión de éstos, realicen los árbitros y el personal del CENTRO, de conformidad con las disposiciones de este Reglamento.*
- d) Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por los árbitros, conforme a este Reglamento.*
- e) Los honorarios razonables de las defensas de las partes.*
- f) Otros gastos razonables derivados de las actuaciones arbitrales"*

*Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio.
Dr. Juan Huamani Chávez.
Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.*

Considerando el resultado del arbitraje en el que se ha evidenciado una participación activa de las partes, desde el punto de vista del Tribunal Arbitral, no puede afirmarse que existe una "parte perdedora", en vista de que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, a pesar de que finalmente se estableció que ésta no era la vía idónea para ello; sin embargo, atendiendo a la incertidumbre jurídica que existía entre las partes, corresponde disponer que cada de una de ellas asuma los costos del presente arbitraje; en consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral); así como los costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

Al respecto, cabe precisar que mediante Resolución N° 05 de fecha 14 de setiembre de 2010, el Tribunal Arbitral facultó al **CONTRATISTA** a fin de que asuma el pago de los honorarios a cargo de la **ENTIDAD**, en razón al incumplimiento de ésta en los referidos pagos, los cuales fueron fijados en el numeral 6) del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral. El **CONTRATISTA**, en cumplimiento al mandato del Tribunal Arbitral, abonó la parte de los gastos arbitrales que le correspondía a su contraria, habiendo cumplido con pagar por concepto de honorarios del Tribunal Arbitral la suma de S/. 3,582.00, y por concepto de gastos administrativos del Centro de Arbitraje del CIP la suma de S/. 1,086.00.

En consecuencia, habiendo el Tribunal Arbitral establecido que cada parte debe hacerse cargo de los gastos arbitrales que les corresponde, así como de las costas y costos del proceso, corresponde que el Ministerio reintegre a Cedosa por este concepto la suma de S/. 4,668.00.

En relación a ello, el literal c) del artículo 92° del Reglamento Procesal de Arbitraje del CIP, dispone que cuando el pago a cargo de una parte haya sido efectuado por la otra, el Tribunal Arbitral deberá pronunciarse sobre

*Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio.
Dr. Juan Huamani Chávez.
Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.*

éstos en el laudo, lo que ha sucedido en el análisis descrito en los párrafos precedentes; disponiendo además, que de ser el caso, el reembolso respectivo incluya los intereses por mora a partir de la fecha en que debió efectuar el pago.

En ese sentido, y siendo que la **ENTIDAD** no informó las razones por las cuales no cumplió con su obligación de pago, este Colegiado dispone que se reconozca a favor del **CONTRATISTA** el pago de los intereses moratorios a los que alude el dispositivo precitado, disponiéndose que el cálculo para la determinación de éstos sea la aplicación de la tasa de interés legal, precisándose que para cuyo pago se deberá computar a partir de la fecha en que la **ENTIDAD** debió efectuar el referido pago, lo cual ocurrió con el vencimiento del plazo de cinco (5) días otorgados mediante la Resolución N° 02 de fecha 12 de julio de 2010, esto es, que los intereses deberán ser calculados a partir del 13 de julio de 2010.


En consecuencia, por los conceptos antes descritos, la **ENTIDAD** deberá reembolsar a favor del **CONTRATISTA** la suma de S/. 4,668.00, más los intereses moratorios respectivos.



3.2.4 TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde ordenar o no a la **ENTIDAD**, que devuelva a favor del **CONTRATISTA**, el fondo de garantía derivado del contrato celebrado entre las partes, por el monto de S/. 62,168.80, por concepto de enriquecimiento sin causa.

3.2.4.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA



El **CONTRATISTA** ampara su demanda en los siguientes fundamentos de hecho y derecho:



El **CONTRATISTA** indica que el enriquecimiento sin causa se explica por el vínculo de los patrimonios y no necesariamente la relación acreedor – deudor. Es decir, esta institución se fundamenta en la necesidad en que se encuentra un patrimonio enriquecido sin causa, de reparar el empobrecimiento sufrido por otro patrimonio, sin que hayan intervenido en estas circunstancias las voluntades, el consentimiento de las personas que puedan aparecer como titulares de dichos patrimonios.

Finalmente, señala los cuatro (4) requisitos del enriquecimiento sin causa, que tanto la doctrina como la jurisprudencia internacional han definido, precisando que los mismos se han cumplido a cabalidad en el caso materia de la controversia.

- a) Empobrecimiento y enriquecimiento correlativos: Es decir, que la **ENTIDAD** dispone ahora de un bien cuyo costo no ha pagado en su totalidad, ya que se ha retenido en forma ilegal y arbitraria el monto de S/. 62,168.80 por un supuesto concepto de fondo de garantía, importe que ha sido tomado del patrimonio del **CONTRATISTA** y que como consecuencia de ello, el demandante se ha empobrecido en esa cantidad.
- b) Ausencia de interés personal del empobrecido: Que implica que el patrimonio de la materia del empobrecimiento no puede haber servido al interés del reclamante, es decir, del demandante. En ese sentido, la obra construida tiene utilidad exclusiva para la **ENTIDAD** y para la educación de los niños, consecuentemente el bienestar social de la población. Por tanto, el **CONTRATISTA** no tiene ningún interés en la obra ejecutada, pues no existe forma alguna de obtener algún beneficio de su existencia o el uso de este bien.
- c) Falta de causa: debe entenderse de la causa eficiente, es decir de la fuente de la obligación. En otras palabras, significa que si la

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio.

Dr. Juan Huamani Chávez.

Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.

de Educación – Unidad Ejecutora N° 026 efectúe el mencionado pago, esto es, a partir del 13 de julio de 2010.

QUINTO.- DECLÁRESE IMPROCEDENTE la pretensión subordinada a la pretensión principal de la demanda.

Notifíquese a las partes;



PAOLO DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO

Presidente del Tribunal Arbitral



JUAN HUAMANÍ CHÁVEZ

Árbitro



IVÁN ALEXANDER CASIANO LOSSIO

Árbitro



GIULIANA JAZMÍN MELGAR CHOY

Secretaria Arbitral