

## LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

### Resolución N° 16

Cusco, 13 de Enero del 2011

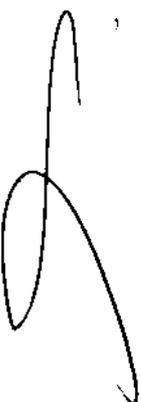
#### I. NOMBRE DE LAS PARTES:

- **EMPRESA JC CRISJ INGENIEROS SAC.**  
En adelante el Demandante, El Contratista o el Actor.
- **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE ECHARATE**  
En adelante El Demandado o La Entidad.

#### II. MIEMBROS DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

- **Abogado WARNER LEON NUÑEZ**  
Presidente del Tribunal Arbitral
- **Abogado CESAR ALBERTO MOSQUEIRA PRADO**  
Arbitro
- **Abogado JIMMY ROLANDO AGUILAR CHACON**  
Arbitro
- **Abogado JHON ROSS CASTILLO CUSI**  
Secretario del Tribunal

#### III. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL



Como resultado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 051-2006-MDE/LC, en fecha 05 de diciembre de 2006, La Entidad y la Constructora, suscribieron el Contrato de Obra N° 792-2006-MDE/LC para la ejecución de la obra "Mejoramiento de la Carretera Manguriani - Rosario Central, Mejoramiento de la Carretera Alto Manguriani - La Florida y Mejoramiento de la Carretera Nueva California la Rinconada", en adelante "La Obra", por el monto de S/. 527,468.20 (Quinientos veintisiete mil cuatrocientos sesenta y ocho con 20/100 Nuevos Soles), por un plazo de 30 días calendarios.



En el referido contrato se estipuló, en la Cláusula Décimo Sexta, que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato, se resolverá mediante arbitraje. El arbitraje será resuelto por un Tribunal Arbitral compuesto por tres árbitros. Cada una de las partes designará a un árbitro y ambos árbitros designan a su vez al tercero, este último presidirá el Tribunal Arbitral.

Por tanto, el Tribunal constata la existencia de un convenio arbitral válido.

#### IV. DESIGNACION DE ARBITROS E INSTALACION DEL TRIBUNAL ARBITRAL



Al haberse suscitado una controversia entre las partes, la Entidad, designó como Arbitro al Abogado CESAR ALBERTO MOSQUEIRA PRADO, y por su parte, la Constructora designó como Arbitro al Abogado JIMMY ROLANDO AGUILAR CHACON; acordando ambos designar como Tercer Arbitro y Presidente del Tribunal Arbitral al Abogado WARNER LEÓN NUÑEZ.



Con fecha 11 de Marzo del 2010, se instaló el Tribunal Arbitral, conforme consta del Acta que corre de folios 21 a 36 del expediente.

## V. HECHOS REFERIDOS A LA CONTROVERSIA MATERIA DE ARBITRAJE

Como resultado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 051-2006-MDE/LC, en fecha 05 de diciembre de 2006, la Entidad y la Constructora, suscribieron el Contrato de Obra N° 792-2006-MDE/LC para la ejecución de la Obra, por el monto de S/. 527,468.20 (Quinientos veintisiete mil cuatrocientos sesenta y ocho con 20/100 Nuevos Soles), por un plazo de 30 días calendarios, bajo el sistema de contratación a Precios Unitarios.

El plazo contractual de acuerdo a la Cláusula Tercera, numeral 3.4 se computaba conforme lo establecido en el artículo 240 del D.S. 084-2004-PCM.

En atención a lo previsto en la norma citada, la demandante mediante Carta de fecha 09/01/2007 solicito a la Entidad la entrega del terreno.

Mediante Carta de fecha 26/01/2007, la Constructora solicitó a la Entidad el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 240 del D.S. 084-2004-PCM.

Mediante Carta N° 15-07/JC/GG de fecha 12/02/2007, la Constructora resolvió el Contrato de Obra N° 792-2006-MDE/LC.

La Constructora al no encontrar respuesta de la Entidad respecto a su petición de pago de indemnización por incumplimiento de la entrega del terreno para ejecutar la Obra, y respecto a su petición de pago de la liquidación de obra, solicitó a la Entidad el sometimiento de las controversias a arbitraje de derecho mediante Carta de fecha 25/01/2010.

## VI. DE LA DEMANDA PRESENTADA POR LA EMPRESA JC CRISJ INGENIEROS SAC DE FECHA 15 DE FEBRERO DE 2010.

La Constructora interpone demanda arbitral en fecha 23 de marzo de 2010, contra la Entidad, con la finalidad de resolver la controversia generada por el demandado respecto al Contrato de Obra N° 792-2006-MDE/LC para la ejecución de la Obra, en los términos siguientes:

### PRETENSIONES Y FUNDAMENTO FACTICOS

#### PRETENSION N° 1:

Que la Entidad le indemnice por los daños y perjuicios irrogados hasta por la suma de S/. 39,525.00, conforme el último párrafo del artículo 240 del D.S. 084-2004-PCM. Sostiene que luego de celebrado el Contrato de Obra N° 792-2006-MDE/LC en fecha 05/12/2006, solicitó a la demandada la entrega del terreno, no encontrando respuesta por parte de la Entidad. Posteriormente el 09/01/2007 curso carta notarial a la Entidad solicitándole formalmente la entrega del terreno, sin encontrar respuesta, reiterándole en fecha 01/02/2007 y otorgándole un plazo de 5 días para la entrega del terreno. Transcurrido el plazo sin que la Entidad se pronuncie, en fecha 13/02/2007 la Constructora curso una carta resolviendo el Contrato de Obra N° 792-2006-MDE/LC, sin que la Entidad observe o se oponga a la resolución del contrato, habiendo quedado consentida la resolución. Asimismo, señala que, mediante Carta de fecha 14/05/2007 presento a la Entidad la liquidación del Contrato de Obra N° 792-2006-MDE/LC, sin que la Entidad observe la liquidación, habiendo quedado consentida ésta; asimismo, a causa de la falta de entrega de terreno por parte de la Entidad, ésta debería pagar al contratista el equivalente a cinco por mil (5/1000) del monto del contrato por día, hasta un tope de setenta y cinco por mil (75/1000) de dicho monto contractual. Agregando que, para satisfacer las prestaciones a favor de la Entidad tuvo que contratar maquinaria

pesada, celebrando dos contratos de locación, uno con la empresa Herreiva SRL (por la suma de S/. 81,000.00), y otro con el Sr. Alejandro Uruna Benítez (por la suma de S/. 154,317.00), montos que el demandante afirma haber cancelado, y al no haber cumplido la Entidad los términos contractuales, dichas contrataciones le han generado daños y perjuicios.

#### **PRETENSIÓN N° 2:**

Que se le reconozca el pago de la suma de S/. 44,324.87 por concepto de resolución de contrato. Sostiene que entregó la liquidación de obra a la demandada, sin que ésta la observe oportunamente. Asimismo, en fecha 30/09/2007 remitió una carta a la Entidad indicándole que habría quedado consentida la resolución del contrato y la liquidación, correspondiendo que la Entidad pague la suma de S/. 44,324.87 por concepto de multa, conforme el artículo 267 del Reglamento, que a la letra dice: *"...En caso que la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por cien (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo que se deja de ejecutar"*.

#### **PRETENSIÓN N° 3:**

Que se le reconozca el pago de la suma de S/. 265,949.19 por concepto de indemnización de daños y perjuicios derivada de incumplimiento del contrato de obra. Sostiene que ante el incumplimiento del Contrato de Obra N° 792-2006-MDE/LC por parte de la Entidad, se le ha ocasionado un daño real, traducido en un daño que la doctrina reconoce como emergente, pues no se le ha entregado el terreno, manteniendo la demandante personal y maquinaria a disposición de la demandada para el inicio de la obra (manifiesta la demandante que tuvo que trasladar la maquinaria y el personal al lugar de la obra, y que perdió todo tipo de contratos con otras entidades estatales por estar a la espera de la demandada).

#### **PRETENSIÓN N°4**

Que se le reconozca el pago de la suma de S/. 66,461.82 por concepto del impuesto general a las ventas, que se ha señalado ampliamente en la liquidación del contrato de obra.

#### **PRETENSIÓN N°5:**

Que se le reconozca el pago de la suma de S/. 152,537.00 por concepto de costas, costos y gastos arbitrales. Señala que se le debe reconocer el pago de costos, costas y gastos que genere el presente proceso administrativo, pues conforme se aprecia del Acta de Instalación se pactado los honorarios de los árbitros en la suma de S/. 21,750.00 y gastos administrativos en la suma de S/. 4,850.00; y además, los honorarios del letrado que asesora a la demandante ascienden a la suma de S/. 25,000.00. Indica, asimismo, que cuando sustentó la Primera Pretensión quedaba un excedente por alquiler de maquinaria por la suma de S/. 64,245.00 el que corresponde cobrar vía la presente pretensión. Señala que de igual forma debe incluirse en la presente pretensión, el alquiler del Tractor SUMAGAR por la suma de S/. 28,000.00, y el transporte de la maquinaria que asciende a la suma de S/. 25,000.00. De la misma forma debe reconocerse que el traslado de la maquinaria ha generado gastos generales, como movilidad y traslados, por lo que los costos incurridos ascienden a S/. 35,292.00. Finalmente, el monto total de sus pretensiones contenidas en la demanda arbitral asciende a la suma de S/. 620,397.88.

### **VII. CONTESTACIÓN DE DEMANDA Y RECONVENCIÓN PRESENTADA POR LA ENTIDAD.**

La Entidad contesta la demanda y plantea reconvencción en el mismo escrito en fecha 26 de abril de 2010, solicitando que el Tribunal Arbitral declare infundada la demanda arbitral, con expresa condena de costas y costos, en la forma siguiente:

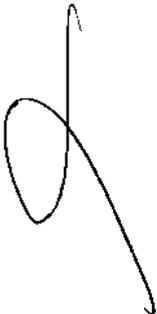
**De la primera pretensión:**

La Entidad señala que efectivamente, luego de la suscripción del contrato no se hizo la entrega del terreno, no se designó al supervisor o inspector de obra, sin embargo se entregó adelantos solicitados por la Constructora, siendo que como consecuencia del incumplimiento de las condiciones para el inicio del plazo de ejecución de obra, dicho plazo no comenzó a regir. Señala que el incumplimiento por parte de la Entidad generaría a favor de la demandante el resarcimiento de los daños y perjuicios en el monto que resulte de la penalidad prevista en la norma.

**De la segunda pretensión:**

Señala que del texto del artículo 267 del Reglamento (base legal de la segunda pretensión) se extraen los siguientes presupuestos de hecho para que proceda el pago solicitado:

- a. La resolución del contrato de obra determina la inmediata paralización de la obra. *No es posible paralizar una obra cuya ejecución no se ha iniciado;*
- b. La parte que resuelve deberá indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días. En esta fecha, las partes se reunirán en presencia de Notario Público o Juez de Paz, según corresponda, y se levantará un acta. Si alguna de ellas no se presenta, la otra levantará el acta. *Si no se ha entregado el terreno, ¿Dónde se podría haber hecho la constatación?*
- c. Culminado el acto de entrega, la Entidad queda a cargo de la obra. *¿De qué obra estamos hablando?*
- d. Si la resolución es consecuencia de causa imputable a la Entidad, ésta deberá reconocer al contratista el cincuenta por cien (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo que se deja de ejecutar. En este supuesto de resolución de contrato, por lo menos existe un avance de obra, situación que no se presenta, porque el plazo de ejecución aún no se había iniciado, cuando el contratista resolvió el contrato.



Indica que si el Tribunal considera la penalidad prevista en el artículo citado deberá precisar: a) El avance de la obra cuando se produjo la resolución; b) El asiento del cuaderno de obra cuando se produjo la paralización; c) Hacer referencia al acta de constatación física. En tal sentido, señala, que al no concurrir los presupuestos de hecho detallados, la pretensión debe ser declarada improcedente.

**De la tercera pretensión:**

La entidad asimismo sostiene que ha quedado establecido que la resolución del contrato se produjo antes de iniciarse el cómputo del plazo de ejecución de la obra.



Señala que en la cláusula 3.4 del contrato ha quedado establecida la penalidad que le corresponde pagar a la Entidad en caso de incumplimiento de, entre otras obligaciones, la entrega de terreno, por lo que corresponde limitar el resarcimiento a esta prestación, la misma que fue reconocida al absolver la Pretensión N° 01, sin embargo a fin de no limitar el derecho de la Entidad, señala que es preciso oponer los argumentos contra la pretensión y la cuantía propuesta por la demandante. En ese sentido, indica que el artículo 1321 del Código Civil establece que el resarcimiento por la inejecución de la obligación comprende el lucro cesante y el daño emergente, sin embargo en la demanda solo se limita a enunciar gastos que no han sido detallados ni acreditados, es más se pretende sorprender al Tribunal con una liquidación presentada por la demandante que no ha sido observada por la Entidad, como si ello fuera suficiente para acreditar la pretensión liberándolos de probar la misma.



De acuerdo al artículo 269 del Reglamento la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, debe ser presentada dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo de

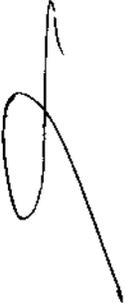


ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra.

En ese entender, señala que para que se admita la liquidación, previamente debe hacerse entrega de la obra, es decir que debió ejecutarse, situación que no se ha presentado y que ha generado que el contratista resuelva el contrato, por lo tanto habiendo quedado establecido que la liquidación presentada por el contratista no genera consecuencia alguna por haber sido presentada prematuramente, corresponde pronunciarse sobre las afirmaciones del contratista respecto a los daños y perjuicios irrogados. En tal sentido, si el contratista afirma haber contratado personal y maquinaria, debió haber acreditado con medios probatorio para demostrar haber contado con personal y solo ha presentado unos contratos para probar haber contratado maquinaria para ejecutar la obra.

Manifiesta que todas las empresas cuentan con personal, y deben cumplir con todas las obligaciones que un contrato de trabajo genera, contándose como las fundamentales, su inclusión en planillas y declarar las mismas ante SUNAT, para ello la prueba idónea sería la presentación de planillas del período diciembre 2006, enero y febrero 2007, y las declaraciones juradas de obligaciones sociales (PDT 600) de dichos períodos.

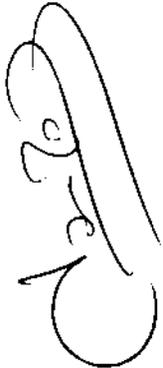
Los contratos de locación suscritos con la empresa Herreiva SRL y con el Sr. Alejandro Uruna Benites acreditan la relación contractual y aparentemente el pago parcial, pero no son suficientes para crear certeza respecto a los pagos. Las transacciones comerciales que contienen los documentos son actividades generadoras de rentas de tercera categoría, por tanto si realmente fueron pagadas, debieron estar sustentadas en comprobantes de pago y declaradas oportunamente, es más si efectivamente fueron pagadas, estas operaciones deben estar contenidas en la Declaración Anual de Operaciones con Terceros DAOT. Al no existir medios probatorios idóneos del daño emergente y del lucro cesante, no es posible determinar la concurrencia de los mismos, mucho menos cuantificarlos.

  
**De la cuarta pretensión:**

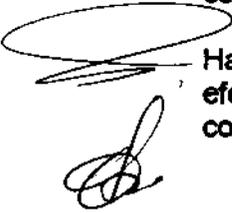
Indica que, en caso que el Tribunal Arbitral ampare alguna de las pretensiones, es preciso recordar que ninguna esta afecta al impuesto general a las ventas, por lo que esta pretensión debe ser declarada improcedente.

**De la quinta pretensión:**

Señala que, corresponde al Tribunal establecer a quién y en qué proporción corresponde el pago de costas y costos procesales.

  
**DE LA RECONVENCION**

La Entidad solicita la restitución o devolución de los adelantos entregados al contratista: la suma de S/. 105,000.00 en calidad de adelanto directo y la suma de S/. 210,000.00 en calidad de adelanto por materiales; el pago de intereses desde la fecha de resolución del contrato (13/02/2007). Sustenta que luego de la celebración del Contrato de Obra N° 792-2006-MDE/LC se ha otorgado al contratista el adelanto directo y el adelanto por materiales, siendo los adelantos, prestaciones preliminares a cargo de la entidad que tienen por objeto garantizar la liquidez del contratista para el inicio de la ejecución de la obra.

  
Habiendo sido resuelto el contrato por el contratista, debe considerarse que es efecto de la resolución la liberación de las prestaciones a cargo, por ello el contratista no inició la obra, por tanto no se aprobó ninguna valorización a su favor.

El artículo 1372 del Código Civil señala que los efectos de la resolución se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva, debiendo las partes restituirse las prestaciones ejecutadas. Ahora bien, siendo que la resolución del contrato es atribuible a la entidad, hecho que generó que no se inicie la ejecución del contrato, hasta el momento de la resolución la entidad había hecho entrega de los adelantos, razón por la que corresponde su devolución.

**PRETENSION ACCESORIA: Indemnización por enriquecimiento sin causa.**

Como pretensión accesoria, el Pago de indemnización por enriquecimiento sin causa por la suma de S/. 315,000.00, a los que deberá adicionarse los intereses legales devengados desde la fecha de resolución del contrato (13/02/2007).

Señala la Entidad que antes del inicio de la ejecución del contrato, entrego al contratista la suma de S/. 105,000.00 en calidad de adelanto directo y la suma de S/. 210,000.00 en calidad de adelanto por materiales.

La pretensión de enriquecimiento sin causa, prevista en el artículo 1954 del Código Civil es atendible cuando concurren los siguientes elementos: a. Enriquecimiento del demandado (se configura por el hecho de haber incorporado en su haber los adelantos entregados); b. Empobrecimiento del demandante (se configura por el hecho de haber dispuesto de dinero, sin haber recibido nada a cambio); c. Relación de causalidad (se entiende por el desbalance, en el caso del contratista un desbalance positivo y en el caso de la entidad un desbalance negativo).

Entendiendo el carácter residual de esta pretensión, y estando a lo dispuesto por el artículo 1955 del Código Civil, la Entidad solicita declarar fundada dicha pretensión, solo en caso que el Tribunal desestime la pretensión de devolución o restitución de adelantos.

Pago de costos y costas procesales.

**VIII. AUDIENCIA DE SANEAMIENTO, CONCILIACIÓN, FIJACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISION DE MEDIOS PROBATORIOS**

En fecha 15 de octubre de 2010, se realizó la Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, en la que estuvieron presentes los representantes legales de las partes intervinientes.

En este acto se dio por saneado el proceso, no pudiéndose arribar a conciliación posible, debido a que las partes manifestaron que no es factible llegar a una posible conciliación.

Luego de revisar lo expuesto por las partes en sus escritos de demanda arbitral y contestación a la demanda, reconvención, el Tribunal Arbitral conjuntamente con las partes intervinientes procedieron a establecer los siguientes puntos controvertidos:

**IX. DETERMINACION DE PUNTOS EN CONTROVERSIA.**

1. Determinar si a la demandante le corresponde el pago de la suma de S/. 39,525.00 (TREINTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS VEINTICINCO CON 00/100 NUEVOS SOLES) por concepto de resarcimiento de indemnización por daños y perjuicios que prevé el artículo 240 del Reglamento.

2. Determinar si corresponde el pago a la parte demandante de la suma de S/. 44,324.87 (CUARENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS VEINTICUATRO CON 87/100 NUEVOS SOLES) por concepto de lo previsto en el cuarto párrafo del art. 267 del Reglamento.
3. Determinar si a la parte demandante le corresponde el pago de S/. 265 949.19 (DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y NUEVE CON 19/100 NUEVOS SOLES) por concepto de indemnizaciones de daños y perjuicios, derivada del incumplimiento del contrato de obra.
4. Determinar si a la parte demandante le asiste el derecho a que se le pague la suma de S/. 66,461.82 (SESENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y UNO CON 82/100 NUEVOS SOLES) por concepto del pago del Impuesto General a las Ventas de la liquidación de obra alcanzada y consentida.
5. Determinar si corresponde a la parte actora el derecho a reclamar el pago de las costas, costos y gastos arbitrales, así como los pagos de asesoramiento de abogado defensor y otros por un total de S/. 152,537.00 (CIENTO CINCUENTA Y DOS MIL QUINIENTOS TREINTA Y SIETE CON 00/100 NUEVOS SOLES).
6. Determinar si corresponde que a la Entidad se le restituya la suma de S/.105,000.00 (CIENTO CINCO MIL CON 00/100 NUEVOS SOLES) entregados a la Contratista en calidad de adelanto directo más los intereses legales.
7. Determinar si corresponde que la Constructora restituya a La Entidad la suma de S/. 210,000.00 (DOSCIENTOS DIEZ MIL CON 00/100 NUEVOS SOLES) entregados en calidad de adelantos de materiales, más los intereses legales.
8. Determinar si corresponde que la Constructora pague la suma de S/. 315,000.00 (TRESCIENTOS QUINCE MIL CON 00/100 NUEVOS SOLES), por concepto de indemnización por enriquecimiento sin causa más los intereses legales devengados desde la fecha de resolución del contrato.

#### **X. ADMISION DE MEDIOS PROBATORIOS.**

En la Audiencia de fecha 15 de octubre de 2010 se admitieron los siguientes medios probatorios:

##### **De la parte demandante:**

1. Copia legalizada del contrato de Obra N° 792-2006-MDE/LC, de mejoramiento de la carretera Manguriari – Rosario Central, mejoramiento de la carretera Alto Manguari – La Florida y el mejoramiento de la carretera Nueva California – La Rinconada celebrado entre la Municipalidad de Echarate y la empresa JC CRISJ INGENIEROS SAC, de fojas 42 al 52.
2. Copia legalizada de la carta de fecha 09 de Enero del 2007.
3. Copia legalizada de la carta de fecha notarialmente del 01 de Febrero del 2007.
4. Copia legalizada de la carta notarial de fecha 13 de Febrero del 2007, por la cual la actora JC CRISJ INGENIEROS SAC, resuelve el contrato de obra.
5. Copia legalizada de la carta recepcionada por La Entidad en fecha 28 de Marzo del 2007, por la cual la actora da por consentida la Resolución del Contrato de Obra, de fojas 57.
6. Copia legalizada de la carta recepcionada por La Entidad en fecha 14 de Mayo del 2007, por la cual se hace llegar la liquidación de obra de fojas 58.
7. Copia legalizada de la liquidación de obra de folios 59 al 60.
8. Copia legalizada de la carta notarial recepcionada por La Entidad de fecha 30 de Setiembre del 2009 que contiene el requerimiento de pago y cancelación de

la liquidación consentida a la ascendente suma de S/. 416 260.88 nuevos soles de fojas 61 al 63.

9. Copia legalizada del contrato de locación de servicios celebrado entre la parte la empresa JC CRISJ INGENIEROS SAC con HERREIVA SRL.
10. Copia legalizada del contrato de locación de servicios celebrado entre la parte actora JC CRISJ INGENIEROS SAC con el Sr. Alejandro Oruna Benites.

**De la parte demandada:**

1. El contrato de obra N° 792-2006-MDE/LC.
2. Las cartas notariales dirigidas por la empresa JC CRISJ INGENIEROS SAC a La Entidad.
3. Exhibición a cargo de la demandante empresa JC CRISJ INGENIEROS SAC, respecto de la planilla de pagos de personal correspondiente a los periodos Diciembre del 2006, Enero y Febrero del 2007.
4. Exhibición a cargo de la demandante empresa JC CRISJ INGENIEROS SAC, respecto a las declaraciones juradas PDT 600 correspondiente a los periodos Diciembre 2006, Enero y Febrero 2007.
5. Exhibición a cargo de la demandante empresa JC CRISJ INGENIEROS SAC, respecto de las facturas emitidas por los pagos de las contraprestaciones, en los contratos de arrendamiento de maquinaria con la empresa HERREIVA SRL.
6. Exhibición a cargo de la demandante respecto de las facturas emitidas por los pagos de las contraprestaciones en los contratos de arrendamiento de maquinaria con el Sr. Alejandro Oruna Benites.
7. Exhibición a cargo de la demandante respecto a las Declaraciones Juradas PDT 621 correspondiente a los periodos Diciembre del 2006, Enero y Febrero del 2007.
8. Exhibición a cargo de la demandante, de las declaraciones anuales de operaciones con terceros (DAOT) correspondientes a los periodos 2006 y 2007.
9. Informe a cargo de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), acerca de las declaraciones presentadas por la empresa demandante, siguientes: PDT 600, PDT 621 y la declaración anual de operaciones con terceros DAOT, todos ellos correspondientes a los periodos Diciembre del 2006, Enero y Febrero del 2007.

De la demanda reconvenzional formulada por La Entidad, se han admitido los siguientes medios de prueba:

1. Contrato de obra N° 792-2006-MDE/LC de fojas 42 al 52.
2. Copia del comprobante de pago N° 127166 de fecha 11 de Diciembre del 2006, por la suma de S/. 316 480.00.
3. Carta notarial dirigida a La Entidad de resolución de contrato.

De la contestación de la demanda reconvenzional por JC CRISJ INGENIEROS SAC se han admitido los siguientes medios probatorios:

1. El escrito de reconvección.
2. Contrato de obra N° 792-2006-MDE/LC.
3. Resolución N° 02922-2008-TC-3S emitida por el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado por no existir en autos, requiriéndose en este estado a la empresa actora cumpla con presentar en el plazo de tres días dicha resolución bajo apercibimiento de no admitirse como medio probatorio.
4. Carta notarial recepcionada por La Entidad de fecha 13 de Febrero del 2007 de fojas 55 al 56.
5. La liquidación de obra por la cual se requiere el pago de S/. 349 799.06 nuevos soles de folios 59 al 60.

## XI. PRESENTACION DE ALEGATOS ESCRITOS E INFORMES ORALES.

De acuerdo a la Resolución N° 14 de fecha 06/12/2010, únicamente ha cumplido con presentar Informe Final la Constructora mediante escrito de fecha 27 de Diciembre del 2010, la que ha sido proveído mediante resolución N° 15, de fecha 04 de Enero del 2011.

## XII. CUESTIONES PRELIMINARES

En forma previa al análisis de las materias controvertidas y valoración de los medios probatorios admitidos y actuados por este Tribunal en el presente proceso, corresponde señalar lo siguiente: (i) Que, este Tribunal Arbitral se constituyó conforme al Convenio Arbitral existente entre las partes y sin que ninguna de ellas expresara objeción alguna a su conformación; (ii) Que, el Demandante presentó su demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa; (iii) Que, el Demandado fue debidamente emplazado con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa y acción; (iv) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar sus medios probatorios, así como para ejercer la facultad de presentar alegatos y, (v) Que, el Tribunal Arbitral procede a laudar dentro del plazo establecido.

Que, los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el Juzgador respecto a los puntos controvertidos, de acuerdo a los principios generales de necesidad de la Prueba, Originalidad de la Prueba, Pertinencia y Utilidad de la Prueba, entre otros.

## XIII. MARCO LEGAL APLICABLE

Antes de proceder al análisis puntual de cada uno de los puntos controvertidos es necesario que el Tribunal Arbitral precise claramente la normativa aplicable al contrato suscrito entre las partes y las controversias que de él se derivan.

De conformidad con el contrato suscrito resulta evidente que el mismo se celebró como resultado de una proceso de selección bajo las reglas contenidas en el Texto Único Ordenando de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por D.S. N° 083-2004-PCM (en adelante la Ley), y su Reglamento aprobado por D.S. N° 084-2004-PCM (en adelante el Reglamento), por lo tanto el Tribunal considera que las controversias derivadas del contrato le son aplicables las normas antes citadas, así como supletoriamente las normas del Código Civil, conforme lo establece el segundo párrafo del artículo 201 del Reglamento, y otras pertinentes del sistema jurídico nacional; y, en caso de deficiencia o vacío en las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral resolverá en forma definitiva de modo que considere apropiado mediante la aplicación de los principios generales del derecho.

## XIV. ANALISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

### PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si a la Constructora le corresponde el pago de la suma de S/. 39,525.00 (TREINTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS VEINTICINCO CON 00/100 NUEVOS SOLES) por concepto de resarcimiento de indemnización por daños y perjuicios a que se refiere el artículo 240 del Reglamento.

Al respecto, el artículo 240 del Reglamento establece las condiciones para que se dé inicio al contrato de obra, las que deben cumplirse en forma concurrente, dentro de los quince días de suscrito el contrato:

- a) Que se designe al inspector o al supervisor, según corresponda;

- b) Que la Entidad haya hecho entrega del expediente técnico de obra completo;
- c) Que la Entidad haya hecho entrega del terreno o lugar donde se ejecutará la obra;
- d) Que la Entidad entregue el Calendario de Entrega de Materiales e Insumos necesarios;
- e) Que se haya entregado el adelanto directo al contratista.

El contrato Contrato de Obra N° 792-2006-MDE/LC se suscribió el 05/12/2006, por lo que, la demandada para el cumplimiento de las condiciones antes indicadas tenía plazo hasta el día 20/12/2006.

Conforme es de verse de los documentos obrantes en el expediente, ante el incumplimiento por parte de la demandada de las condiciones establecidas dentro del plazo indicado en la norma (15 días naturales), la demandante le curso la Carta N° 001-2007/JC-GG de fecha 09/01/2007 (repcionada por la Entidad el 09/01/2007) requiriéndole la entrega del terreno, la Carta N° 13-07/JC-GG de fecha 26/01/2007 (repcionada por la Entidad el 01/02/2007) requiriéndole el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, la Carta N° 15-07/JC/GG de fecha 12/02/2007 (repcionada por la Entidad el 13/02/2007) resolviendo el contrato de obra; advirtiéndose que la Entidad no dio respuesta a dichas cartas, por el contrario permaneció su conducta de no entregar el terreno para el inicio de la ejecución de la obra, corroborándose dicho extremo con lo expuesto por la demandada en su escrito de contestación de demanda (fojas 80-88), por lo tanto, se tiene que en aplicación del último párrafo del artículo 240 del D.S 084-2004-PCM, ante el incumplimiento de la Entidad de las condiciones para el inicio de la ejecución de la Obra —que en el presente caso implica la no entrega oportuna del terreno—, corresponde aplicar el resarcimiento de daños y perjuicios, entiéndase penalidad a favor de la Contratista por un monto equivalente al cinco por mil (5/1000) del monto del contrato por día y hasta por un tope de setenta y cinco por mil (75/1000) de dicho monto contractual.

Teniendo que el monto del contrato asciende a la suma de S/. 527,468.20 (QUINIENTOS VEINTISIETE MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y OCHO CON 20/100 NUEVOS SOLES), corresponde aplicar una penalidad de S/. 2,637.34 (DOS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y SIETE CON 34/100 NUEVOS SOLES), por cada día de retraso, correspondiendo como tope la suma de S/. 39,560.12 (TREINTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS SESENTA CON 12/100 NUEVOS SOLES).

En el caso materia de análisis, a la fecha de resolución del contrato (13/02/2007) la entidad habría incurrido en un retraso de cincuenta y cuatro (54) días, razón por la cual correspondería aplicar como penalidad el tope previsto en la norma.

En ese sentido, habiéndose verificado el incumplimiento de las condiciones para el inicio de la ejecución del plazo de obra, por razones atribuibles a la Entidad, este Tribunal estima que debe declararse FUNDADA la primera pretensión, correspondiendo que la Entidad pague a favor de la Contratista el pago de la suma de S/. 39,560.12 (TREINTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS SESENTA CON 12/100 NUEVOS SOLES).

#### **SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO.**

Determinar si corresponde el pago a la parte demandante de la suma de S/. 44,324.87 (CUARENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS VEINTICUATRO CON 87/100 NUEVOS SOLES) por concepto de lo previsto en el cuarto párrafo del art. 267 del Reglamento.

Conforme la Carta N° 15-07/JC/GG de fecha 12/02/2007 (repcionada por la Entidad el 13/02/2007) el Contratista resolvió el Contrato de Obra N° 792-2006-MDE/LC, por el reiterado incumplimiento de las obligaciones contractuales de la Entidad; luego, mediante carta de fecha 02/05/2010 el Contratista hace llegar a la Entidad, la Liquidación de Obra (folio 60), en la que se observa el rubro "Multa art. 267 por la suma de S/. 44,324.87", y es en mérito a la resolución que el contratista, en aplicación del cuarto párrafo del art. 267 del D.S 084-2004-PCM solicita se le reconozca la suma de S/. 44,324.87 por concepto de multa.

Al respecto, cabe señalar que en los artículos 225 y 226 del Reglamento se encuentran previstas las causales de resolución de contrato, así como el procedimiento legal que se debe seguir para dicho propósito.

En este sentido, el Tribunal verifica que el Contratista ha seguido el camino regular para resolver el contrato de Obra materia de la presente controversia, teniendo en cuenta que la Entidad incumplió con todas las condiciones contenidas y enumeradas en el artículo 240 del Reglamento, norma que no sólo penaliza, sino además, faculta a la Contratista a solicitar la resolución del contrato por incumplimiento de la Entidad la que se ha verificado mediante cartas notariales que obran en folios 55 y 56 dentro de los plazos que dichas normas contemplan; por lo que la resolución del contrato de Obra N° 792-2006-MDE/LC efectivamente ha quedado consentida por parte de la Entidad, al no haberse sometido a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el contrato, dentro del plazo de diez (10) días.

Ahora bien, para resolver concretamente el presente punto controvertido, invocamos en principio el artículo 45 de la Ley, segundo párrafo que establece que: "Cuando se ponga término al contrato, por causas imputables a la Entidad, **ésta deberá ser liquidada al contratista la parte que haya sido efectivamente ejecutada y resarcirle los daños y perjuicios ocasionados**", la que han sido reglamentadas en los artículos 226 y 267 del Reglamento, que respectivamente prescriben: " Si la parte perjudicada es el Contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, según corresponda" "En caso que la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo que se deja de ejecutar. Los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del Contrato, como los notariales, de inventario y otros, son de cargo de la parte que incurrió en la causal de resolución, salvo disposición distinta del Laudo Arbitral".

Analizando las normas precedentemente invocadas, la resolución del contrato produce las siguientes consecuencias jurídicas a saber:

- La indemnización de los daños y perjuicios.
- En la Liquidación que se practique, el 50% de la utilidad prevista calculada sobre el saldo que se deja de ejecutar.
- Los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del contrato, como los notariales, de inventario y otros, son de cargo de la parte que incurrió en la causal de resolución, salvo disposición distinta del Laudo Arbitral.

Respecto a que sí le corresponde o no la indemnización de daños y perjuicios pretendida por la contratista, así como los gastos incurridos y otros, el Tribunal se pronunciará mas adelante con ocasión de resolver dichas pretensiones.

En tanto, corresponde verificar si a la Entidad le debe reconocer al Contratista, en la liquidación que se practique<sup>1</sup>, el cincuenta por cien (50%) de la utilidad prevista, sobre el saldo que se deja de ejecutar. Al respecto, el Tribunal interpreta que sólo procederá el pago de dicha utilidad en la medida que la obra se haya iniciado, pues ésta es calculada sobre el saldo que se deja ejecutar.

Al respecto, de la liquidación que obra en folios 60, el propio contratista admite en dicho documento que el avance físico de la obra contratada fue de 0.00%, situación que resulta obviamente del hecho que no se dio inicio a la obra; consiguientemente, no es posible determinar a través de la liquidación presentada por el contratista, el 50% del saldo de la utilidad, cuando la obra no ha sido efectivamente ejecutada, como exige el artículo 45 de la Ley.

Debe entenderse por liquidación el proceso de cálculo técnico, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene por finalidad determinar (una vez recepcionada la obra) principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico que puede ser a favor o en contra del contratista o de la Entidad<sup>2</sup>.

De otro lado, el consentimiento al que hace referencia la Contratista respecto de la Liquidación de folios 60 tendría efecto únicamente siempre y cuando se haya iniciado efectivamente la obra.

En ese sentido, habiendo el Tribunal analizado el supuesto normativo contenido en artículo 267 del Reglamento que prevé el 50% de la utilidad prevista sobre el saldo que se deja de ejecutar, determina que no corresponde resarcir dicha utilidad a la Constructora, debiendo declararse IMPROCEDENTE esta segunda pretensión.

### TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si a la parte demandante le corresponde el pago de soles S/. 265,949.19 (DOSCIENOS SESENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y NUEVE CON 19/100 NUEVOS SOLES) por concepto de indemnizaciones de daños y perjuicios, derivada del incumplimiento del contrato de obra como tercera pretensión.

Como se indico líneas arriba, otro de los efectos de la resolución del contrato, es el hecho conforme al artículo 45 de la Ley, que corresponde que cuando se ponga término al contrato, por causas imputables a la Entidad, ésta deberá liquidarle al contratista la parte que haya sido efectivamente ejecutada y resarcirle los daños y perjuicios ocasionados.

Sobre el particular, el artículo 1321 del Código Civil establece que queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

(<sup>1</sup>) Artículo 269.- Liquidación del contrato de obra

El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo de ejecución de la obra, el que

resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo de treinta (30) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

(<sup>2</sup>) SALINAS SEMINARIO, Miguel. Costos, Presupuestos, Valorizaciones y Liquidaciones de Obra. Instituto de la Construcción y Gerencia (ICG), 2ª edición -2003. Pág. 44

Recurriendo a la doctrina, el daño jurídicamente indemnizable es toda lesión a un interés jurídicamente protegido, bien se trate de un derecho patrimonial o extrapatrimonial, de acuerdo a la doctrina existen dos categorías de daño patrimonial: el daño emergente y el lucro cesante. El daño emergente es la pérdida patrimonial efectivamente sufrida y el lucro cesante es la renta o ganancia frustrada o dejada de percibir<sup>3</sup>.

En el caso que nos ocupa el demandante sustenta su pretensión de pago de indemnización por daños y perjuicios en el hecho que se le habría ocasionado un daño emergente porque habría mantenido personal y maquinaria a disposición de la Entidad para el inicio de la obra y que ha perdido todo tipo de contratos con otras entidades estatales por estar a la espera de que la demandada cumpla con las prestaciones a su cargo, ofreciendo como medios probatorios destinados a acreditar dichos extremos el contrato de locación de servicios celebrado con HERREIVA SRL (por alquiler de 1 motoniveladora y 1 rodillo autopropulsado) y con el contrato de locación de servicios celebrado con el Sr. Alejandro Oruna Benites (alquiler de 4 volquetes) (fojas 64 al 67), sin haber cumplido con las exhibiciones admitidas en la Audiencia de fecha 15/10/2010 (numeral 3, 4, 5, 6, 7, 8 –pruebas ofrecidas por la demandada), conforme se tiene de la Resolución N° 14 de fecha 06/12/2010.

La demandante no ha aportado medio probatorio idóneo y suficiente que haya sufrido daño (daño emergente) o menoscabo en su patrimonio por causa de la resolución del contrato, como tampoco acreditó de manera fehaciente y objetiva produzca convicción de que la Contratista haya sufrido perjuicio (lucro cesante).

En efecto, si bien la empresa Constructora ofreció como medios probatorios contratos celebrados con terceros, sin embargo ellos por sí solos no son suficientes para crear convicción en El Tribunal del daño y perjuicio alegado originados a consecuencia de la resolución del contrato de Obra, teniendo en cuenta, que la Contratista no acreditó fehaciencia respecto de las relaciones contractuales con HERREIVA SRL y con el señor Alejandro Oruna Benites.

En efecto, para comprobar la fehaciencia de dichas operaciones el Tribunal requirió a la Contratista la exhibición de los comprobantes de pago (entiéndase facturas – cuya exhibición fue ofrecida por el demandado y luego solicitadas por el Tribunal como medios probatorios de oficio) con los cuales que si habrían acreditado la prestación de los servicios (Artículo 1 Reglamento De Comprobantes De Pago - Resolución De Superintendencia N° 007-99/SUNAT) y la retribución pagada por el contratista, solicitud no atendida.

Respecto a los trabajadores que habrían sido contratados por la demandada, el Tribunal se encuentra imposibilitado de consentir dicha afirmación al no haberse ofrecido medios probatorios idóneos que acrediten los contratos de trabajo, primero y, el cumplimiento de las obligaciones sociales que derivan de una relación de carácter laboral, luego, que justificarían el daño que la demandante denuncia haber sufrido.

No obstante, el Tribunal señala que el artículo 41 de la Ley señala que "Cuando se ponga término al contrato, por causas atribuibles a la Entidad, está deberá liquidar al contratista (...) y resarcirle los daños y perjuicios ocasionados" concordante con el artículo 227 del Reglamento que textualmente reproducimos "(...). Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular

(3) TABOADA CORDOVA, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil, Editora Jurídica Gujley. 2005.

o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, según corresponda"; siendo por tanto de aplicación supletoria al presente caso, los artículos 1321 y especialmente el artículo 1332 del Código Civil que establece lo siguiente: "Si el resarcimiento del daño no pudlra ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa".

Bajo dicho escenario legal, corresponde indemnizar a favor de la Contratista cuantificando el daño con criterio de equidad en función a lo que en situaciones normales el Contratista de haber ejecutado la obra hubiera obtenido una utilidad por la ejecución de la Obra, que en este caso, no podría ser equivalente al 100% de la utilidad calculada en el presupuesto de obra.

En este sentido, el Tribunal estima que en concepto de indemnización de daños y perjuicios se le debe abonar a favor de la Contratista la suma de S/. 30,525.00 (TREINTA MIL QUINIENTOS VEINTICINCO CON 00/100 NUEVOS SOLES) que indica en su escrito de informe final (alegatos numeral 2.2.3) que equivaldría al 50% de una utilidad razonable, esto es sobre el 11.574 % del monto total de la obra ascendente a S/. 527,468.20; consiguientemente, el Tribunal debe declarar fundada en parte este extremo de la demanda, en el sentido que la Entidad deberá abonar en concepto de indemnización de daños y perjuicios a favor de la Contratista la suma de S/. 30,525.00 (TREINTA MIL QUINIENTOS VEINTICINCO CON 00/100 NUEVOS SOLES).

#### CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si a la parte demandante le asiste el derecho a que se le pague S/. 66,461.82 (SESENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y UNO CON 82/100 NUEVOS SOLES) por concepto del pago del impuesto general a las ventas de la liquidación de obra alcanzada y consentida, planteada como cuarta pretensión.

En principio, respecto a la afirmación del demandante que debe tenerse por aprobada la liquidación del contrato de obra, este Tribunal considera que no es atendible la petición, en tanto que la liquidación se elabora y presenta una vez recepcionada la obra (entendiéndose que la recepción se hace una vez culminada la obra) – interpretación sistemática de los artículos 268 y 269 del D.S. 084-2004-PCM, y como en el presente caso no se dio inicio al plazo contractual, por tanto no se dio inicio a la obra, deviene en improcedente aprobar la Liquidación elaborada por la Contratista, y disponer el pago de los conceptos en ella considerados.

No obstante, corresponde analizar si corresponde o no el pago del impuesto general a las ventas solicitados por la demandante.

El Impuesto General a las Ventas conforme el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo – Decreto Supremo N° 055-99-EF, grava entre otras operaciones, los contratos de construcción; y el nacimiento de la obligación en el caso de contratos de construcción, se configura en la fecha en que se emita el comprobante de pago de acuerdo a lo que establezca el Reglamento, o en la fecha en que se percibe la retribución, lo que ocurra primero<sup>4</sup>.

En el presente caso, como se ha advertido precedentemente, no ha habido una efectiva prestación de servicios por el Contratista, por cuanto no se cumplieron las condiciones establecidas en el artículo para el inicio de la ejecución de la obra, por tanto, al no haber una efectiva prestación de servicios, la Municipalidad de Echarate

(4) Decreto Supremo N° 055-99-EF.

no ha emitido el comprobante de pago respectivo ni tampoco el Contratista ha percibido la retribución por la ejecución de la obra "Mejoramiento de la carretera Manguniari – Rosario Central, mejoramiento de la carretera Alto Manguniari – La Florida y mejoramiento de la carretera Nueva California la Rinconada", por tanto no se ha generado el nacimiento de la obligación tributaria que determine la aplicación del Impuesto General a las Ventas, en consecuencia debe desestimarse la Cuarta pretensión debiendo declararse IMPROCEDENTE.

#### QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde a la parte actora el derecho a reclamar el pago de las costas, costos y gastos arbitrales, así como los pagos de asesoramiento de abogado defensor y otros por un total de S/. 152,537.00 (CIENTO CINCUENTA Y DOS MIL QUINIENTOS TREINTA Y SIETE CON 00/100 NUEVOS SOLES).

Cabe precisar, que de acuerdo al Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto Legislativo que norma el arbitraje, los costos del arbitraje comprenden: a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral; b. Los honorarios y gastos del secretario; c. Los gastos administrativos de la institución arbitral; d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

No cabe en ningún caso confundir los conceptos que dentro de un proceso arbitral comprenden los "Costos", como erróneamente lo ha hecho la parte demandante.

Hecha la aclaración corresponde ahora señalar que de acuerdo con el artículo 267 del Reglamento que: "Los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del contrato, como los notariales, de inventario y otros, son de cargo de la parte en que incurrió en la causal de resolución, salvo disposición distinta del Laudo".

Asimismo, conforme lo prevé el artículo 73 del Decreto Legislativo N° 1071, el Tribunal Arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes, **a falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida.**

De igual forma debe tenerse presente el cuarto párrafo del numeral 31 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral de fecha 11/03/2010, se señaló lo siguiente: "(...) Sin perjuicio que el Tribunal Arbitral pueda establecer que el pago del íntegro de las costas y costos **corresponda a la parte vencida en el arbitraje**".

En tal sentido, teniendo en cuenta que la resolución del contrato de la Obra materia de la presente controversia es atribuible únicamente a la Entidad por haber incumplido con las obligaciones previstas en el artículo 240 del Reglamento, el Tribunal Arbitral estima que los honorarios del Tribunal Arbitral así como los honorarios del Secretario Arbitral, y los gastos incurridos por la Contratista para su defensa en el presente arbitraje deben ser íntegramente asumidos por la Entidad; siendo esto así, corresponde que la Entidad reembolse a favor de la Contratista la suma de **S/. 26,600.00 (VEINTISÉIS MIL SEISCIENTOS CON 00/100 NUEVOS SOLES)**, y en cuanto a los gastos incurridos en su defensa en el presente arbitraje, el Tribunal Arbitral estima razonablemente en la suma de **S/. 7,250.00 (SIETE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA CON 00/100 NUEVOS SOLES)** equivalente a los honorarios de un Arbitro en el presente proceso arbitral respecto de las pretensiones cuantificadas en la demanda.

Respecto a la petición de la Contratista de considerar dentro de los costos arbitrales, el alquiler de maquinaria pesada por la suma de S/. 64,245.00 (SESENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO CON 00/100

debiendo declararse IMPROCEDENTE respecto de estos últimos extremos.

### **SEXTO y SÉTIMO PUNTO CONTROVERTIDO**

Determinar si corresponde que la empresa Constructora restituya a La Entidad la suma de S/.105,000.00 (CIENTO CINCUENTA MIL CON 00/100 NUEVOS SOLES) entregados en calidad de adelanto directo más los intereses legales, planteada como pretensión reconvenzional.

Determinar si corresponde que la empresa Constructora, restituya a La Entidad la suma de S/. 210,000.00 (DOSCIENTOS DIEZ MIL CON 00/100 NUEVOS SOLES) entregados en calidad de adelantos de materiales, más los intereses legales, planteada como pretensión reconvenzional.

Al respecto, conforme se tiene de la demanda reconvenzional y de los medios probatorios ofrecidos por La Entidad, la demandada de acuerdo al Comprobante de Pago N° 12176 de fecha 11/12/2006 canceló a la demandante la suma de S/. 316,480.00 (TRESCIENTOS DIECISEIS MIL CUATROCIENTOS OCHENTA CON 00/100 NUEVOS SOLES) por concepto de adelanto directo (S/. 105,493.64) y adelanto de materiales (S/. 210,987.28).

Conforme el artículo 246 del D.S 084-2004-PCM, el adelanto directo otorgado por la Entidad, debió ser amortizado mediante descuentos proporcionales en cada una de las valorizaciones de obra, y en su caso la amortización del adelanto para materiales e insumos debió realizarse de acuerdo al Decreto Supremo N° 011-79-VC.

Ahora bien, las valorizaciones<sup>5</sup> a que hace alusión la norma se realizan en función del avance ejecutado, en tal sentido, al no haberse en el presente dado inicio al plazo contractual, implicando ello que no se ejecuten las prestaciones a cargo del contratista, no se amortizó evidentemente los adelantos otorgados, más aún considerando la resolución del Contrato de Obra N° 792-2006-MDE/LC mediante Carta N° 15-07/JC/GG de fecha 12/02/2007 cursada por el contratista, ciertamente se puso fin al contrato, y no se dio lugar a ninguna valorización porque nunca se dio inicio a la obra, por tanto, corresponde la devolución del adelanto directo y del adelanto por materiales entregados al contratista más los intereses legales (lo que no tiene en ningún caso efectos indemnizatorios) desde la fecha en que quedó consentida la resolución del contrato, es decir a partir del 27/02/2007, debiendo declararse FUNDADA la demanda reconvenzional en dicho extremo.

Es pertinente aclarar que los adelantos como prestaciones dinerarias que se otorgan al Contratista para que financie la ejecución de la obra, deben ser amortizados (entiéndase reembolsados) mediante las valorizaciones, respecto del avance físico de la obra, hecho que en el caso objeto de análisis no se produjo porque no se dio inicio al plazo contractual, esto es no se dio el avance físico de la obra, por tanto estas prestaciones debieron ser devueltas inmediatamente por el contratista una vez resuelto el contrato y no debieron ser dispuestas (como afirma el contratista en su escrito de absolución a la reconvección) por cuanto ese dinero es de propiedad del Estado.

[5] Valorización de una obra: Es la cuantificación económica de un avance físico en la ejecución de la obra, realizada en un período determinado.

Asimismo, cabe aclarar que, la Resolución N° 2922-2008-TC-S3 de fecha 14/10/2008 emitida por el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que declara No ha lugar la imposición de sanción administrativa a la Constructora, se refiere al procedimiento administrativo sancionador iniciado contra EMPRESA JC CRISJ INGENIEROS SAC por posiblemente haber dado lugar a la resolución del Contrato de Obra N° 792-2006-MDE/LC, situación que no se configuró, razón por la cual no se dio lugar a la sanción administrativa.

Dicha Resolución en ninguno de sus extremos hace referencia a la falta de entrega de terreno por parte de La Entidad, por tanto las afirmaciones del contratista resultan inconsistentes y falsas, más aún el procedimiento administrativo iniciado contra la Constructora tiene distinta naturaleza al proceso arbitral, por tanto sus alcances no afectan a éste último.

#### OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde que la empresa Constructora, pague la suma de S/. 315,000.00 (TRESCIENTOS QUINCE MIL CON 00/100 NUEVOS SOLES), por concepto de indemnización por enriquecimiento sin causa más los intereses legales devengados desde la fecha de resolución del contrato, planteada como pretensión accesorias.

En principio, la pretensión de indemnización por enriquecimiento sin causa fue planteada de manera subordinada, y no accesorias como indican en la parte introductoria del escrito, por cuanto de lo manifestado en los fundamentos de la pretensión expresamente indican que: *"En la eventualidad que la pretensión anterior sea desestimada por el Tribunal, invocamos la pretensión por enriquecimiento sin causa"*; por lo tanto, habiéndose amparado la demanda reconvenzional formulada por la Municipalidad de Echarate resulta innecesario pronunciarse sobre la pretensión de indemnización por enriquecimiento sin causa más los intereses legales, ya que es una pretensión expectaticia, porque si se ampara la pretensión principal no es necesario pronunciarse por la condicionada.

Finalmente, el Tribunal aclara que las sumas de dinero que se disponen en la parte resolutive deben efectuarse con el interés legal, teniendo en cuenta que ha existido un uso del dinero y éstos no han sido acordados, de acuerdo con los artículos 1242 y 1244 del Código Civil.

Por las razones expuestas, de acuerdo con lo establecido por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, como por lo dispuesto en la Ley General del Arbitraje, este Tribunal Arbitral, en Derecho, Lauda de la forma siguiente:

#### XV. LAUDO

El Tribunal Arbitral por Unanimidad determina:

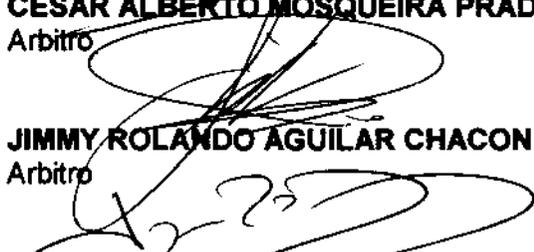
1. Declarar **FUNDADA** la pretensión demandada N° 1, respecto de la penalidad indemnizatoria prevista en el último párrafo del artículo 240 del Reglamento; consecuentemente corresponde el pago a favor de la Contratista por la suma de S/. 39,560.12 (TREINTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS SESENTA CON 12/100 NUEVOS SOLES), más los intereses legales desde la fecha de producido el incumplimiento hasta la fecha de su cancelación.
2. Declarar **IMPROCEDENTE** la pretensión demandada N° 2, respecto del pago del 50% de la Utilidad prevista en el artículo 267 del Reglamento.

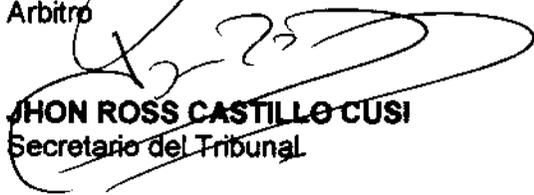
3. Declarar **FUNDADA** en parte la pretensión N° 3, respecto de la pretensión de Indemnización por Daños y Perjuicios como consecuencia de resolución del Contrato consentida de Obra, debiendo la Entidad abonar a favor de la Contratista la suma de S/.30,525.00 (TREINTA MIL QUINIENTOS VEINTICINCO CON 00/100 NUEVOS SOLES), más sus respectivos intereses legales desde la fecha de consentida la resolución del contrato de Obra hasta la fecha de su cancelación.
4. Declarar **IMPROCEDENTE** la pretensión N° 4, respecto al pago del IGV de la Liquidación de Obra presentada por la Contratista a la Entidad.
5. Declarar **FUNDADA** en parte la pretensión N° 5, respecto de la pretensión de pago de costos arbitrales, debiendo la Entidad abonar a favor de la Contratista la suma de S/. 26,600.00 (VEINTISÉIS MIL SEISCIENTOS CON 00/100 NUEVOS SOLES) y asimismo la suma de S/. 7,250.00 (SIETE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA CON 00/100 NUEVOS SOLES) en concepto de gastos incurridos en la defensa a cargo de la Contratista, e **IMPROCEDENTE** respecto de las pretensiones contenidas en los numerales 2.5.1., 2.5.2., 2.5.3. del acápite 2.5 de la demanda referidas a la quinta pretensión.
6. Declarar **FUNDADA** la reconvencción respecto de la pretensión de devolución Adelantos Directos y Adelantos por materiales entregados por la Entidad a la Contratista; en consecuencia, la Contratista deberá devolver la suma de S/. 316,480.00 (TRESCIENTOS DIECISÉIS MIL CUATROCIENTOS OCHENTA CON 00/100 NUEVOS SOLES) más los intereses legales, computados desde la fecha en que quedó consentida la resolución del contrato, es decir a partir del 27/02/2007 hasta la fecha de su total cancelación.
7. Declarar que deviene en innecesario pronunciarse por la demanda subordinada planteada por la Entidad, por los fundamentos expuestos en el Octavo Punto Controvertido.

  
**WARNER LEON NUÑEZ**

Presidente del Tribunal Arbitral

  
**CESAR ALBERTO MOSQUEIRA PRADO**  
Arbitro

  
**JIMMY ROLANDO AGUILAR CHACON**  
Arbitro

  
**JHON ROSS CASTILLO CUSI**  
Secretario del Tribunal