

LAUDO ARBITRAL NACIONAL DE DERECHO

RESOLUCIÓN N° 13

Lima, 19 de enero de 2011

Caso Arbitral: Servicios de Ingeniería y Turismo El Gavilán S.R.L.
(en adelante, el Contratista ó La Demandante) contra
la Municipalidad Provincial de Cajamarca (en
adelante, la Municipalidad ó la Entidad).

Árbitro Único: Dr. José Talavera Herrera
Secretario Ad Hoc: Dr. Christian Virú Rodríguez

VISTOS:

I. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

Con fecha 16 de diciembre de 2008, las partes suscribieron el Contrato N° 159-2008-MPC - Contrato de Ejecución de Obra a Precios Unitarios, por el cual El Contratista se obligaba a ejecutar la obra señalada en el Contrato.

Conforme a la cláusula décima séptima del Contrato, las partes pactaron que todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación de dicho acto jurídico, serían resueltos de forma definitiva mediante arbitraje de derecho.

II. DESIGNACIÓN E INSTALACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

II.1. Habiéndose suscitado un conflicto entre las partes durante la ejecución del Contrato, el Contratista procedió a solicitar el inicio del proceso arbitral a la Municipalidad, el Tribunal Arbitral debía estar conformado por Árbitro Único.

II.2. De esta manera, al no existir acuerdo entre las partes acerca de la designación del árbitro único, por Resolución N° 210-2010-OSCE/PRE, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE designó al señor José Talavera Herrera al cargo de Árbitro Único.

II.3. Con fecha 17 de mayo de 2010, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral Unipersonal con la presencia de los representantes del Contratista y de la Municipalidad.

En dicha audiencia, el Árbitro Único se ratificó en la aceptación del cargo y designó como secretario ad hoc al señor Christian Virú Rodríguez.

Por otro lado, en el Acta de Instalación se estableció que, en aplicación de lo señalado en el convenio arbitral y en artículo 273° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el arbitraje será Nacional y de Derecho.

Asimismo, se estableció que las normas aplicables al arbitraje serán las establecidas en el Acta de Instalación antes indicada, el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, y la Ley de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071, según corresponda.

III. DEMANDA

III.1. Con fecha 4 de junio de 2010, El Contratista cumplió con presentar su escrito de demanda, estableciendo su petitorio en los siguientes términos:

- *Como pretensión principal solicitamos se ordene el cumplimiento de la Obligación de Dar Suma de Dinero, consistente en el reconocimiento y pago del saldo a nuestro favor resultante de la Liquidación Final de la obra elaborada por nuestra Empresa y aprobada y consentida por la Entidad demandada debido a su pronunciamiento fuera del plazo de ley (30 días), ascendente a la suma de CIENTO DIECISÉIS MIL TRESCIENTOS NUEVE Y 60/100 (S/.116,309.60) monto a nuestro favor resultante de la Liquidación Final de obra puesta a cobro, producto de la Resolución en forma total del contrato de ejecución ante el incumplimiento de las obligaciones esenciales de cargo de la entidad demandada, resolución efectivizada por nuestra empresa mediante Carta Notarial N° 018-2009 de fecha 20-05-2009.*
- *Se ordene el pago de los intereses devengados hasta la fecha de la efectiva cancelación de la suma de dinero antes mencionada según lo previsto por el último Artículo 49° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Decreto Supremo N° 083-2004-PCM), aplicable al caso sub materia.*
- *Se ordene el pago de lucro cesante y daño emergente como indemnización de los daños y perjuicios causados por la ilegal retención de la suma antes indicada, en la suma que considere su digna investidura.*
- *Se ordene el pago de los Costos y las Costas en que se ha incurrido para lograr la satisfacción del crédito peticionado, esto es, los gastos administrativos para propiciar el presente proceso arbitral así como los*

gastos incurridos para el pago de los honorarios profesionales del Árbitro Único y Secretaría Arbitral, así como nuestro abogado defensor los mismos que serán cancelados previa liquidación y acreditación.

III.2. Los principales fundamentos en los cuales El Contratista sustenta sus pretensiones son los siguientes:

1. El Contratista señala que una vez realizada la entrega del terreno y la designación de la Supervisión se iniciaron los trabajos de ejecución de la obra con fecha 26 de febrero de 2009 siendo la entrega de la obra el día 11 de abril de 2009 dentro del plazo de ejecución de 45 días establecido en el numeral 10.2 de la cláusula décima del Contrato.

2. Luego, mediante Carta N° 064-2009-SEIN/MPC, se habría solicitado a la entidad con conocimiento de la Supervisión, un Adicional de obra para lo cual se alcanzó el Expediente respectivo, ante lo cual la entidad no habría emitido pronunciamiento alguno pese a que se le requirió en posteriores oportunidades como se puede verificar de nuestra Carta N° 073-2009-SEINTUR/MPC haciéndose presente que tal situación es causal de retraso en la obra.

3. El Contratista señala que en el periodo en el cual se esperaba el pronunciamiento de la Entidad, se procedió a presentar ante la Subgerencia de Supervisión y Liquidación de obras de la Entidad la Valorización N° 01 de los trabajos ejecutados hasta el 31 de marzo de 2009, la cual se había hecho directamente ante la Entidad en vista de la ausencia de la Supervisión de obra. Al respecto, la Demandante indica que la referida ausencia se venía dando desde el 26 de marzo de 2009, lo cual habría sido comunicada oportunamente a la Entidad, quien no habría dado solución a dicho incidente hasta el día 28 de abril de 2009, fecha en la cual se comunicó la designación del Inspector de obra y la asunción de funciones.

4. El Contratista afirma que con fecha 7 de abril de 2009, la Valorización N° 01 le fue devuelta sin ningún documento aduciendo la Secretaria de la Sub Gerencia de Supervisión de la Entidad que faltaba el Informe de la Supervisión, lo cual obligó a la parte demandante a presentar nuevamente dicha valorización al día siguiente en Mesa de Partes del local central de la entidad, conforme consta en la Carta N° 071-2009-MPC/SEINTUR ingresada el 8 de abril de 2009. Agrega el Contratista que, en la misma fecha, presentó el Expediente de Solicitud de Ampliación de plazo N° 01 por 17 días calendario.

5. El Contratista manifiesta que la Entidad mediante Carta N° 109-2009-SGSLO-GI-MPC de fecha 15 de abril de 2009 le comunicó la improcedencia del pago de la referida valorización por haberse presentado supuestamente fuera de plazo.

6. La parte demandante señala que por Carta N° 011-2009-SEINTUR/MPC reiteró a la entidad que el retraso en la presentación aducida por la entidad se debe a la ausencia de la supervisión en obra desde el 26 de marzo de 2009. Además, se solicitó el pago de la Valorización N° 01, así como la aprobación del Adicional de obra y ampliación de plazo.

7. El Contratista afirma que mediante Carta Notarial N° 177-2009-GI-MPC de fecha 23 de abril de 2009, la Entidad le comunicó un supuesto incumplimiento de ejecución contractual por paralización unilateral sin autorización del supervisor, otorgándose el plazo para el cumplimiento de las prestaciones pactadas bajo apercibimiento de resolución contractual.

8. La Demandante señala que mediante Carta N° 082-2009-MPC/SEINTUR de fecha 24 de abril de 2009 se alcanzó a la Entidad un informe situacional de la obra indicando, entre otros, que la Supervisión no asiste a la obra desde el 26 de marzo de 2009, la existencia de una solicitud de Adicional no aprobada por la Entidad y la existencia de la Valorización N° 01 no cancelada por la Entidad, hechos de los cuales dependía la continuación de los trabajos de ejecución de obra.

9. Luego, indica que mediante Carta N° 010-2009-EQA/IO-SGSL-GI-MPC de fecha 28 de abril de 2009 se designó al Inspector de Obra; sin embargo, no se habría emitido pronunciamiento sobre la Valorización, la Ampliación de plazo y la solicitud de adicional de obra, por lo que mediante Carta N° 092-2009-MPC/SEINTUR se remitió a la Entidad el expediente de solicitud de ampliación de plazo N° 02 y por Carta Notarial N° 013 se comunicó la imposibilidad de cumplir con el requerimiento de la Entidad de terminar la obra en 15 días debido a la ausencia de la Supervisión durante un largo periodo, la existencia de constantes lluvias, el no pago de la Valorización N° 01, así como del presupuesto adicional de obra solicitado. Al respecto, la parte demandante solicitó a la Entidad que resuelva los pedidos indicados bajo apercibimiento de que, en caso de incumplimiento, se resuelva el contrato.

10. Frente a dicha situación, por Resolución de Gerencia Municipal N° 0196-2009-GM-MPC se concedió la ampliación de plazo N° 02 por espacio de siete (7) días hábiles; sin embargo, no se emitió pronunciamiento sobre los demás requerimientos.

11. El Contratista sostiene que con fecha 06 de mayo de 2009 y por Carta N° 99-2009-SEINTUR/MPC remitió a la Entidad la Valorización N° 02.

12. El Contratista afirma que mediante Carta Notarial N° 018-2009 resolvió el contrato en forma total, señalando fecha para la constatación física e inventario y a cuya diligencia no asistieron los representantes de la Entidad levantándose la respectiva acta notarial.

13. Luego, el Contratista afirma que por Carta N° 264-2009 de fecha 12 de diciembre de 2009 se remitió a la Entidad la respectiva Liquidación de obra indicando que existía un saldo de S/. 116,309.60 nuevos soles, venciendo el plazo para pronunciarse sobre dicha liquidación el día 1 de enero de 2010. Sin embargo, mediante Carta N° 002-2010-AL-GI-MPC de fecha 8 de enero de 2010, la parte demandante señala que se les devolvió el expediente de Liquidación de obra.

14. Sobre el particular, la Demandante sostiene que la Entidad manifestó que al haber quedado resuelto el Contrato y en proceso arbitral la controversia no procede efectuar trámites relacionados a la obra.

15. Posteriormente, el Contratista afirma que por Carta N° 019-2010/SEINTUR notificada el 04 de febrero de 2010 se comunicó a la Entidad que la Liquidación de obra había quedado consentida, por lo que se requirió el saldo pendiente establecido en dicha liquidación.

IV. DE LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

En el primer otrosí del escrito N° 01 presentado el 9 de julio de 2010, la Municipalidad formuló excepción de caducidad.

Al respecto, la parte demandada sostiene que el Decreto Legislativo N° 1017 es la norma aplicable al presente caso debido a que ésta habría derogado al Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y su respectivo reglamento.

En tal sentido, la Municipalidad señala que el artículo 215° del Decreto Legislativo N° 1017 establece que el inicio del arbitraje debe solicitarse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de emitida el acta conciliatoria de no acuerdo parcial o total, o de dada a conocer la resolución del contrato, por lo tanto la demanda arbitral debe desestimarse por extemporánea.

La Entidad solicita que se declare fundada la excepción de caducidad y nulo todo lo actuado por el Contratista y por ende, declarar concluido el proceso arbitral.

V. DE LA ABSOLUCIÓN A LA EXCEPCIÓN

Por su parte, mediante escrito N° 02 de fecha 23 de agosto de 2010, el Contratista absolvió la excepción de caducidad, indicando que la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1017 establece que los procesos de contratación iniciados antes de la entrada en vigencia de dicha norma se rigen por sus propias normas.

Adicionalmente, el Contratista sostiene que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE se ha pronunciado sobre dicho asunto en la Directiva N° 001-2005/CONSUCODE/PRE en la cual se precisa que los procesos de adquisición o contratación iniciados antes de la vigencia del Decreto Supremo N° 083-2004-PCM se rigen por sus propias normas.

Sobre el particular, La Demandante afirma que la misma regla se aplica a controversias surgidas y que den lugar a conciliaciones y arbitrajes, por lo que no es correcto sostener que el Decreto Legislativo N° 1017 debe aplicarse en el presente caso.

Adicionalmente, el Contratista precisa que el presente arbitraje versa sobre el pago de la Liquidación Final de obra consentida por la Entidad y derivada de la resolución del contrato contractual originada por el incumplimiento de las obligaciones esenciales de parte de la entidad, por lo que el artículo 215° del Decreto Legislativo N° 1017 no es aplicable dado a que este se refiere al cómputo de un plazo a partir de la resolución contractual.

VI CONTESTACION DE LA DEMANDA:

IV.1. Mediante escrito presentado con fecha 9 de julio de 2010, la Municipalidad cumplió con contestar la demanda solicitando que se declaren infundadas todas y cada una de las pretensiones invocadas por El Contratista, y además que se condene a éste el pago de costas y costos que el proceso arbitral irrogue.

IV.2. Los principales fundamentos con los cuales la Municipalidad sustenta su contestación de demanda son los siguientes:

1. La Municipalidad sostiene que la controversia se originó debido a que la demandante habría retrasado injustificadamente la obra y por haber presentado el expediente de liquidación en forma extemporánea e incompleta.

2. Luego, la Entidad afirma que en lo referente al tercer ítem de los fundamentos de la demanda, éstos son del todo falsos ya que no se hizo llegar documentación de manera oportuna o pertinente a la entidad sobre el tema, máxime si las valorizaciones alcanzadas por la contratista han sido presentadas fuera del plazo legal y sin la revisión del supervisor de obra la que no ha tenido acceso al cuaderno de obra desde el 21 de marzo de 2009.

3. La Municipalidad manifiesta que, respecto al punto 4 de la demanda, el Contratista debió presentar la Valorización hasta el último día del mes de marzo de 2009 para su revisión por parte del Supervisor y de no existir esta, la revisión estaba a cargo de la Sub-Gerencia, plazo dentro del cual no cumplió la

parte demandante. La Entidad sostiene que el Contratista debió remitir su valorización directamente a la sub-gerencia encargada de la obra

4. Respecto a punto 5 de la demanda, agrega que, es falso que la valorización N° 01 haya sido devuelta al contratista sin que medie documento alguno ya que en la Carta N° 109-2009-SGSLO-GI-MPC de fecha 13 de abril de 2009 se le comunicó al Contratista que se le está devolviendo su Valorización N° 01 por extemporánea. Adicionalmente, la Entidad señala que la obra al no contar con un Supervisor, el Contratista debió paralizar ésta hasta que la Municipalidad subsane la controversia suscitada con el Supervisor.

5. Respecto al punto 6 de la demanda, sostiene que si el Contratista tenía conocimiento de que el Supervisor no se encontraba en la obra, por qué con fecha 27 de marzo de 2009 hizo llegar su Valorización, siendo que, a criterio de la demandada, ésta debió remitirse directamente a la Entidad.

6. Acerca de los puntos 8 y 9 de la demanda, La Entidad indica que el Contratista ha incumplido lo pactado en el Contrato debido a que ha presentado valorizaciones fuera del plazo y el cuaderno de obra ha sido llenado en varios casos solo por el residente de obra.

7. La Municipalidad sostiene que el representante legal del Contratista ingresó la documentación por Mesa de Partes, siendo que, a criterio de la Entidad, debió entregarse a la Supervisión o en su defecto a la Sub-gerencia de la supervisión.

VII. AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Con fecha 15 de setiembre del 2010, se llevó a cabo la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, en la cual se desarrollaron los siguientes puntos:

VII.1. De conformidad con lo establecido en el numeral 18 de las reglas del proceso que forman parte del Acta de Instalación, el Árbitro Único invitó a las partes a conciliar, ante lo cual las partes manifestaron su voluntad de continuar con el trámite del proceso arbitral.

Luego, el Árbitro Único dispuso que la excepción de caducidad deducida por la Municipalidad Provincial de Cajamarca sería resuelta en un momento posterior que podría ser inclusive al momento de la emisión del laudo, por lo que se procedió a fijar como puntos controvertidos del proceso arbitral los siguientes:

1. Determinar si corresponde o no declarar consentida la Liquidación de obra formulada por el Contratista como consecuencia de un supuesto pronunciamiento fuera del plazo legal (30 días) por parte de la Municipalidad.
2. Como consecuencia de lo anterior, determinar si corresponde o no ordenar a la Municipalidad pague a favor del Contratista del importe de S/. 116,309.60 resultante de la liquidación de obra del Contratista.
3. Como consecuencia de lo indicado en el primer párrafo de la presente sección, determinar si corresponde o no ordenar a la Municipalidad para que pague a favor del Contratista los intereses legales correspondientes.
4. Determinar si corresponde o no ordenar a la Municipalidad para que pague a favor del Contratista una indemnización por concepto de daño emergente y lucro cesante.
5. Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir las costas y costos que genera la tramitación del presente proceso arbitral.

VII.2. Asimismo, se procedió a admitir los medios probatorios ofrecidos por El Contratista en su escrito de demanda, así como los ofrecidos por la Municipalidad en su escrito de contestación de demanda; dejándose a salvo el derecho del Tribunal Arbitral de solicitar pruebas de oficio de considerar necesario ello, de conformidad con lo establecido en el 43º de la Ley de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071.

Medios Probatorios ofrecidos por El Contratista

Se admitió los medios probatorios ofrecidos por El Contratista en su escrito de demanda presentada con fecha 4 de junio de 2010, señalados en el acápite XI *Medios Probatorios* e identificados con los numerales 1.D hasta el 1.B'.

Medios Probatorios ofrecidos por La Municipalidad

Se admitió el medio probatorio ofrecido por La Municipalidad en su escrito de contestación de demanda presentada con fecha 9 de julio de 2010 y complementado el 4 de agosto de 2010.

VIII. ALEGATOS Y PLAZO PARA LAUDAR

Mediante escritos de fechas 12 y 13 de octubre de 2010, el Contratista y la Municipalidad, respectivamente, cumplieron con presentar sus escritos de alegatos.

Conforme a lo establecido en el Acta de la Audiencia de Informes Orales de fecha 3 de noviembre de 2010, el Árbitro Único fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles.

Mediante Resolución N° 12, dicho plazo fue prorrogado por un término de treinta (30) días hábiles adicionales, contados a partir del vencimiento del plazo originario.

IX. CUESTIONES PRELIMINARES:

Antes de considerar la materia controvertida, corresponde expresar lo siguiente:

1. El Árbitro Único se constituyó de conformidad con lo establecido en el convenio arbitral suscrito entre las partes, así como al amparo de la normativa vigente.
2. La designación y aceptación del Árbitro Único se ajustó a las exigencias previstas en la ley de la materia.
3. Ni el demandante ni la demandada recusaron al Árbitro Único, ni tampoco impugnaron o reclamaron contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral Unipersonal.
4. El Demandante presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos. Asimismo, La Demandada fue debidamente emplazada con dicha demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa, contestando la misma y formulando excepción de caducidad.
5. Ambas partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraran pertinentes, así como para expresar sus posiciones de hechos y de defensa sin limitación alguna, habiendo presentado además sus alegaciones y conclusiones finales por escrito e, inclusive, habiendo informado oralmente.

En tal sentido dentro del plazo establecido para resolver, el Árbitro Único procede a emitir el correspondiente laudo arbitral.

X. CONSIDERANDOS

DE LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

A continuación, el Árbitro Único procederá con el análisis de la excepción formulada por la Municipalidad y de los puntos controvertidos del presente arbitraje.

La Municipalidad dedujo excepción de caducidad de la demanda arbitral interpuesta por el Contratista, refiriendo que alegando lo regulado en el Decreto Legislativo N° 1017 (norma que la parte demandada aplicable al presente caso debido ésta habría derogado al Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y su respectivo reglamento).

En tal sentido, la Municipalidad señala que el artículo 215° del Decreto Legislativo N° 1017 establece que el inicio del arbitraje debe solicitarse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de emitida el acta conciliatoria de no acuerdo parcial o total, o de dada a conocer la resolución del contrato, por lo tanto la demanda arbitral debe desestimarse por extemporánea.

Sobre el particular, el Árbitro Único considera que la norma aplicable al presente caso está dado por lo dispuesto en la Segunda Disposición Complementaria y Transitoria del Decreto Legislativo N° 1017 establece lo siguiente:

Los procesos de contratación iniciados antes de la entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo se rigen por sus propias normas.

De una revisión de la precitada norma, podemos concluir que ésta ha regulado cuál es la norma legal aplicable en los contratos suscritos bajo la vigencia del Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y N° 084-2004-PCM, esto es, a través de una disposición legal se fijado el criterio que deberá tomar en cuenta los tribunales arbitrales encargados de resolver las controversia en los arbitrajes bajo la normatividad de las contrataciones del Estado.

Adicionalmente, es pertinente recordar a las partes que en el numeral 4 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral Unipersonal, la cual fue suscrita por el árbitro único y los apoderados de ambas partes se precisó que sería de aplicación al presente arbitraje las reglas establecidas en dicha Acta y en su defecto en el Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y su respectivo Reglamento (Decreto Supremo N° 084-2004-PCM). Dicha circunstancia, resulta para el Árbitro Único por demás contradictoria; ello, si tenemos en cuenta que, en un primer momento, su propio representante suscribió la citada acta y

posteriormente, es la misma Entidad quien alega el Decreto Legislativo N° 1017) como norma aplicable al presente caso.

Ahora bien, el plazo de caducidad se encuentra previsto en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aplicable en el presente caso, esto es, el Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y N° 084-2004-PCM. Por ello, en el supuesto de que se pretenda sostener que el plazo para demandar ha caducado, el Árbitro Único considera que dicha excepción debe declararse infundada.

Al respecto, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

El párrafo 53.2 del artículo 53° de la LCAE 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.*" Nótese, en este sentido, que el plazo propiamente dicho en el que quedaría caduco el derecho a recurrir al arbitraje, no ha sido previsto de modo expreso, sino que corresponde a una fórmula abierta, carente de un plazo específico de vigencia.

Por el contrario, el último párrafo del artículo 232° del RLCA, señala que "Cualquier controversia relacionada con la ampliación de plazo (...) podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días posteriores a la comunicación de esta decisión.", siendo que el artículo 273° del mismo cuerpo legal, al regular el arbitraje y los plazos previstos en diversos artículos de la norma reglamentaria – incluido el artículo 232° los califica de modo expreso como plazos de caducidad.

De esta manera, se aprecia que en el numeral 1) del artículo 280° del Reglamento de la LCAE establece expresamente lo siguiente: "Para el caso de árbitro único, una vez respondida la solicitud de arbitraje o vencido el plazo para su respuesta, las partes tienen diez (10) días hábiles para ponerse de acuerdo en la designación del árbitro. Vencido este plazo, sin que se hubiese llegado a un acuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar al CONSUCODE en el plazo de cinco (5) días hábiles, la designación de dicho árbitro"

Tenemos así que, la caducidad se encuentra prevista de modo amplio e impreciso en la LCAE, limitada únicamente con la vigencia del contrato.

En ese sentido, es pertinente revisar la institución jurídica de la caducidad, la cual se encuentra regulada en el Código Civil. Por lo tanto, y en relación a lo anterior, en el artículo 2004° del Código Civil se ha establecido el 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:

Art. 2004.- Legalidad en plazos de caducidad.
Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto contrario.
(EL SUBRAYADO ES NUESTRO)

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

De este modo, *"el instituto de caducidad, (...), se parecía el imperativo de la ley por asegurar una situación jurídica, lo que se explica por su íntima vinculación con el intereses colectivo y la seguridad jurídica (...)"* Resolución Cas N°. 2566-99-Callao

Como se puede apreciar, la caducidad es una institución que busca mantener la seguridad jurídica velando por el intereses colectivo y que intereses individuales no perjudiquen a los colectivos.

Así, de lo expuesto hasta el momento, se puede apreciar la existencia de una situación de desavenencia entre la LCAE que no establece el plazo para solicitar al OSCE la designación del árbitro único como un plazo cierto y específico de caducidad, como de este último con las disposiciones del Derecho Común, que de modo específico y especializado regula el instituto de la caducidad o extinción de un derecho y la acción correspondiente, en el que establece que tal medida (la caducidad) sólo puede estar contemplada en una norma con rango de ley.

Siguiendo con el razonamiento anterior resulta importante mencionar lo establecido por los artículos y IX del Título Preliminar del Código Civil, que establecen:

Artículo I.- Abrogación de la ley

La ley se deroga solo por otra ley. La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de esta es íntegramente regulada por aquella.

Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado.

Artículo IX.- Aplicación supletoria del Código Civil

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. (El subrayado es agregado)

La parte final del segundo párrafo del artículo 201º del RLCA reafirma la aplicación supletoria del Código Civil, en cuanto establece, que en adición a las normas privativas de contratación pública resultan igualmente aplicables de modo supletorio las disposiciones del Código Civil.

De lo antes mencionado, ha quedado 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.

En conclusión, el Árbitro Único considera que la excepción de caducidad deducida por la Municipalidad Provincial de Cajamarca debe declararse infundada.

ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

El contrato materia de controversia es uno de obra signado como Contrato N° 159-2008-MPC suscrito entre las partes con fecha 16 de diciembre de 2008. Al respecto, la definición de contrato de obra ha sido recogida en el artículo 1771º del Código Civil Peruano, el cual establece lo siguiente:

“Por el contrato de obra el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución.”

A pesar de esta mención al contrato de obra, considero que en la referida norma no existe una definición exacta y detallada del objeto de este contrato. De acuerdo a lo establecido por la doctrina, podemos afirmar que el objeto de este contrato – de obra- es la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien, así como la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo a cambio de un precio. En este tipo de contratos, las partes tomarán en cuenta y pactarán sus obligaciones en base a los resultados y no sobre la actividad o trabajo del contratista.

En el referido contrato, las partes pactaron una serie de cláusulas correspondientes al objeto, plazo, vigencia del acto jurídico, garantías, entre otras, detallándose cada una de las prestaciones, tanto del Contratista como de la propia Municipalidad.

Así, el Contratista informó a la Entidad acerca de una serie de hechos y situaciones en las cuales se daba a conocer incumplimientos contractuales y legales por parte de la Municipalidad, entre ellas, la omisión a un pedido de ampliación del plazo contractual y el no pronunciamiento de dicha Entidad respecto a una Valorización efectuada por el Contratista.

De una revisión de las posiciones de ambas partes, se advierte de que el Contratista mediante Carta Notarial N° 018-2009 resolvió de forma total el Contrato N° 159-2008-MPC suscrito con la Entidad. (Anexo 1.U del escrito de demanda)

“Mediante la presente y por conducto notarial le comunico que nuestro Contrato N° 159-2008-MPC firmado en la fecha 16.12.2008 para la ejecución de la Obra: “Construcción de la Pavimentación del Pasaje Guimaldas cuadra 1 y 2 Barrio San Martín, Provincia de Cajamarca”, por parte de mi representada ha quedado RESUELTO en forma total; a raíz de que en la reunión convocada mediante Carta N° 165-2009-SGSLO-GI-MPC no se llegó a ningún acuerdo para el cumplimiento de nuestra Carta Notarial N° 013 de fecha 04.05.2009 (...)”

Acerca de la resolución contractual dentro del ámbito de las contrataciones del Estado, el artículo 267° del Reglamento de la LCAE establece expresamente lo siguiente:

Artículo 267.- Efectos de la resolución del contrato de obras

La resolución del contrato de obra determina la inmediata paralización de la misma, salvo los casos en que, estrictamente por razones de seguridad o disposiciones reglamentarias de construcción, no sea posible.

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. Culminado este acto, la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad y se procede a la liquidación, conforme a lo establecido en el Artículo 269.

En caso que la resolución sea por incumplimiento del contratista, en la liquidación se consignarán las penalidades que correspondan, las que se harán efectivas

conforme a lo dispuesto en los Artículos 222 y 226, pudiendo la Entidad optar por culminar lo que falte de la obra mediante administración directa o por convenio con otra Entidad, o previa convocatoria al proceso de selección que corresponda, de acuerdo con el valor referencial respectivo.

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.

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.

En caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el contrato, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida.

J
Del presente caso, se desprende que la Entidad no cumplió con una serie de obligaciones previstas en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, motivo por el cual, la Demandante procedió a resolver el contrato. Así, se puede apreciar que para la ejecución de la obra no se contó con un Supervisor dentro de un período, lo que ocasionó una serie de incidentes que perjudicó directamente las labores del Contratista.

Lo indicado en el párrafo precedente fue expuesto por La Demandante en la Carta Notarial N° 013 notificada con fecha 04 de mayo de 2009 a la propia Municipalidad (Anexo 1.R de la demanda)

1. *No existe supervisión desde el 26.03.2009*
- 2.

(...)

5. *Con fecha 07.04.2009 se presentó la Valorización N° 01; sin embargo esta fue devuelta el día 08/04/2009 hecho que mi representada la volvió a reingresar por trámite documentario en la oficina central el 08.04.2009 y con fecha 15.04.2009 nos devuelven nuevamente aduciendo que el pago de nuestra Valorización N° 01 es improcedente, luego la hemos vuelto a*

ingresar notarialmente el 17.04.2009 esperando hasta la fecha de pago correspondiente.

Respecto a la ausencia de la Supervisión en la obra, mediante escrito de contestación de demanda, La Municipalidad sostiene que el Contratista ha ejecutado la obra de forma irregular ejecutando partidas sin la aprobación o autorización de la Supervisión; sin embargo, en dicho escrito no ha contradicho lo sostenido por el Contratista acerca de la ausencia de la Supervisión de la obra por un período de tiempo. Adicionalmente, en el escrito de alegatos, la Municipalidad señala que la parte demandante no debió ejecutar la obra sin la presencia del Supervisor, razón por la cual, la Valorización N° 01 debió tramitarse a través de la Supervisión hasta el último día del mes de marzo del año 2009 y no directamente ante la Entidad.

De acuerdo a lo analizado, el Árbitro Único debe precisar que en la presente controversia, así como toda relación contractual debe primar lo que en doctrina se entiende como la buena fe contractual.

Así, el Código Civil Peruano en su artículo 1362° establece lo siguiente:

“Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

Por su parte, el jurista Manuel De La Puente¹ señala que el actuar leal de cada una de las partes debe ir dirigido a que las prestaciones de cargo de una parte resulten lo más beneficiosa posible para la otra:

“Este deber de ejecutar de buena fe tiene como contenido esencial que se actúe lealmente a fin de que las prestaciones a cargo de una parte se cumplan de la manera que resulte más beneficiosa para la contraparte, aunque, desde luego, ello no imponga a la parte sacrificios desmedidos.”

Igualmente, resulta pertinente sobre este aspecto la opinión de Larenz², quien se pronuncia respecto de la triple función de la buena fe en la interpretación y ejecución de los contratos:

“En primer lugar, se dirige al deudor, con el mandato de cumplir su obligación, ateniéndose no sólo a la letra, sino también al espíritu de la relación obligatoria correspondiente y en la forma que el acreedor puede razonablemente esperar de él. En segundo lugar, se dirige al acreedor, con el mandato de ejercitar el derecho

¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "El Contrato en General" Tomo I. Palestra. Lima, 2001. pp. 378.

² LARENZ, Karl. Derecho de las obligaciones. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1958, Tomo I. p. 146.

que le corresponde, actuando según la confianza depositada por la otra parte y la consideración altruista que esta parte pueda pretender según la clase de vinculación especial existente. En tercer lugar, se dirige a todos los participantes en la relación jurídica en cuestión, con el mandato de conducirse como corresponda en general al sentido de esta especial vinculación y a una conciencia honrada".

De acuerdo con lo señalado, el Árbitro Único considera que los argumentos esbozados por la Municipalidad no tienen mayor asidero, ya que se ha comprobado fehacientemente que la ausencia de la Supervisión en la obra es un hecho imputable directamente a la Entidad, máxime si tenemos en cuenta que el Contratista informó en su debida oportunidad la ausencia de este en la obra (Anexo 1.R de la demanda).

Atendiendo a lo expresado en los párrafos precedentes, se han expuesto y comprobado una serie de hechos y demás indicios en los que podemos concluir que existió,- además de una negligencia grave por parte de la Entidad en la ejecución de las obligaciones contractuales – hechos que no se condicen con el principio de buena fe. Por ejemplo, resulta desconcertante para el árbitro único que la Entidad, en vez de subsanar el incidente del Supervisor de la obra, alegue dicha circunstancia para desconocer la Valorización N° 01 y la ampliación de plazo N° 01, para luego de transcurridos muchos días, la Municipalidad ordene la paralización de la obra.

Ahora bien, en lo que se refiere a la Liquidación de la obra efectuada por el Contratista, el artículo 269° del Reglamento de la LCAE establece lo siguiente:

"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.

Si el contratista no presenta 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 notificará la liquidación al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

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

El Árbitro Único advierte que por Carta Notarial N° 108-2009 de fecha 20 de mayo de 2009, el Contratista resolvió el Contrato ante el incumplimiento de una serie de obligaciones estipuladas en el Contrato y previstas en la LCAE y su respectivo Reglamento. Asimismo, la Demandante procedió siguiendo el procedimiento previsto en los artículos 267° y 269° del Reglamento de la LCAE. Es decir, procedió a citar a la Entidad a la constatación física e inventario en el lugar de la obra. Dicha constatación fue realizada el día 5 de mayo de 2009 ante la Notaria Pública de Cajamarca, señora Eddy Alejandrina Lozano Gutiérrez (según se acreditó en el anexo 1.V de la demanda) levantándose el acta correspondiente, la cual fue notificada a la Municipalidad con fecha 29 de mayo de 2009 debido a que los representantes no asistieron a dicha diligencia.

Por Informe N° 264-2009-MPC de fecha 2 de diciembre de 2009, el Contratista presentó su liquidación de obra, de acuerdo con lo previsto en el artículo 269° de la precitada norma, la cual no fue objetada hasta el día 8 de enero de 2010. En tal sentido, mediante Carta N° 002-2009-AL-GI-MPC, la Municipalidad le comunicó al Contratista que su Liquidación de obra devenía en improcedente, debido a que según dicha parte no se podía seguir ningún trámite de la ejecución del Contrato.

Sobre el particular, existen dos asuntos relevantes para emitir un pronunciamiento acerca de la presente controversia, el primero, es que la respuesta emitida por la Entidad se efectúa pasado los treinta (30) días que prevé la norma para absolver la liquidación de obra del Contratista, y el segundo aspecto, es que el pronunciamiento de la Entidad (el pedido de improcedencia de la liquidación) no se fundamenta en ninguna norma legal para sostener dicha posición. Lo indicado en el párrafo anterior, debe valorarse y analizarse con lo previsto en el artículo 269° del Reglamento de LCAE ya que dicha norma no establece ningún motivo o situación por la cual se cambie el procedimiento establecido en la LCAE respecto de la liquidación de obra ó un supuesto que exima de responsabilidad a una de las partes, en caso una de ellas no observe la liquidación de obra. Así, la consecuencia natural en el supuesto de que no se haya objetado la mencionada liquidación es que una vez transcurridos los treinta días de presentado dicho documento, se tenga por consentida esta liquidación de obra.

En este orden de ideas, al comprobarse que no se objetó la liquidación de obra del Contratista dentro de los treinta días de notificada a la Municipalidad, el Árbitro Único considera que la primera pretensión debe declararse fundada. en consecuencia, se ordena a la Municipalidad para que pague el importe de S/.

116,309.60 nuevos soles al Contratista producto de la liquidación de obra presentada por este y que quedó consentida.

En cuanto a los intereses, habiéndose determinado que existe un monto a ser pagado por la Municipalidad a favor del Contratista, corresponde que se abone el mismo con los intereses respectivos, los cuales al no haberse especificado en el contrato el tipo de éstos, corresponde que se pague el interés legal, de conformidad con lo establecido en el artículo 1245º del Código Civil, debiendo efectuarse el cálculo de éste desde la fecha en que el Contratista presentó su demanda en el arbitraje, es decir, desde el 04 de junio de 2010 hasta la fecha que se haga efectiva el pago dispuesto a través de este arbitraje.

Respecto a la pretensión indemnizatoria, lo pretendido por el Contratista en este punto es que se ordene a la Municipalidad pague a la Demandada una indemnización por concepto de daño emergente y lucro cesante que le habría ocasionado la parte contraria.

Al respecto, debemos señalar que para que se configure un supuesto de responsabilidad civil, es necesario que concurren conjuntamente algunos elementos (daño, relación causal y factor de atribución); en caso los referidos elementos no coexistan simultáneamente, no se configuraría un supuesto de responsabilidad civil, y por lo tanto no será atendible lo solicitado por el Demandante.

Seguidamente, procederemos a analizar cada uno de los elementos de la responsabilidad civil, para constatar si en el caso concreto corresponde conceder al Contratista una indemnización por daño emergente y/o lucro cesante, tal cual fue solicitada.

Al respecto, la doctrina reconoce que para que un daño sea reparable no sólo debe ser alegado por las partes, sino que el mismo debe ser cierto y debidamente probado, cuestiones que están íntimamente ligadas y sin lo cual el juzgador no podrá estar convencido que lo alegado constituye el supuesto de hecho (daño) a la cual se le aplicara la consecuencia jurídica correspondiente (indemnización):

"(...) es importante destacar una característica en general de todo daño susceptible de reparación: el daño, cualquiera sea su naturaleza, debe ser cierto si quiere aspirar a una reparación; presente o futuro, pero cierto. No puede ser eventual o hipotético: el simple peligro no da lugar a la indemnización, tiene que materializarse en daño."³

1. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Tomo II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003. Pag.: 17.

“Una condición que aparentemente se deriva de la anterior –pero que puede presentar algunas particularidades- es que el daño se encuentre probado. (...) salvo intervenga una presunción (...), rige respecto del daño el principio enunciado por Paulo que prescribe que ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat. Por consiguiente, el actor debe probar que el daño se produjo. En ese sentido, los tribunales han negado indemnización cuando el daño no se ha acreditado.”⁴

Debemos señalar, que en relación al daño alegado por la Demandante, el cual de ser cierto debe ser debidamente probado, pues ya se afirmó que no existe presunción que determine lo contrario.

Atendiendo a lo antes señalado, y de una revisión de las pruebas presentadas por las partes, el Árbitro Único llega a la conclusión que, en el caso concreto, el Contratista no ha acreditado fehacientemente la existencia del daño emergente ni lucro cesante que reclama, pues con las pruebas presentadas no ha demostrado la existencia de un daño en perjuicio del Contratista, en consecuencia, ni lo alegado por la Demandante en su escrito de demanda, ni los medios probatorios ofrecidos por dicha parte han creado convicción en el Árbitro Único de la existencia de dicho daño.

La acreditación o comprobación de un daño no resulta de la afirmación de una parte, sino que ésta, conforme se ha indicado, está en la obligación de ejercer la probanza real y efectos de ese daño, pues como se señaló el perjuicio alegado debe producir un daño real, sin ello tal acción no puede ser pasible de sanción alguna.

Por lo tanto, al no haberse probado la existencia real de un daño, respecto del cual incluso el Contratista en la parte pertinente, ni siquiera ha intentado fijar el quantum del daño, carece de objeto que se continúe con el análisis de los demás elementos de la responsabilidad civil, toda vez que sin el daño (uno de los elementos esenciales que la configuran, el cual puede construir el origen del mismo), no se puede presentar tal figura; en tal sentido, no existiendo un daño probado que debe ser indemnizado, la pretensión referida a este punto debe declararse infundada.

En cuanto a los costos, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 73° de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre los gastos del arbitraje.

2. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Tomo II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003. Pag.: 21.

En este sentido corresponde determinar si procede la condena para el pago de los costos y costas del arbitraje y establecer cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas.

Sobre el particular, conforme se ha indicado a lo largo del análisis efectuado en el presente laudo, tanto el Contratista como la Municipalidad han tenido razones atendibles y justificadas para litigar y; que por tanto tenían la facultad de defender sus pretensiones en la vía arbitral.

En este sentido, se dispone que cada parte cubra sus propios gastos y los gastos comunes (honorarios del árbitro y el Secretario ad hoc), en partes iguales.

XI. DECISIÓN

En consideración de los antecedentes expuestos, dentro del plazo establecido para laudar, y conforme a la normativa pertinente, el Árbitro Único **RESUELVE**:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la primera pretensión principal de Servicios de Ingeniería y Turismo El Gavilán S.R.L. y en consecuencia, se ordena a la Municipalidad Provincial de Cajamarca pagar a Servicios de Ingeniería y Turismo El Gavilán S.R.L. el importe de S/. 116,309.60 nuevos soles.

SEGUNDO: **ORDENESE** a la Municipalidad Provincial de Cajamarca pague Servicios de Ingeniería y Turismo El Gavilán S.R.L. el interés legal respectivo, el cual se deberá calcular desde el 04 de junio de 2010, fecha de presentación de la demanda en este arbitraje, hasta la fecha efectiva de pago.

TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la tercera pretensión, referida al pago de indemnización por concepto de daño emergente y lucro cesante.

CUARTO: **DISPONGASE** que cada parte cubra sus propios gastos y los gastos comunes -honorarios del Tribunal Arbitral y del Secretario Arbitral-, en partes iguales.


JOSÉ TALAVERA HERRERA
Árbitro Único


CHRISTIAN VIRÚ RODRÍGUEZ
Secretario Ad - hoc