

## LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

### PARTES:

Demandante : CONSTRUCTORA Q.R. S.A.

Demandado : GOBIERNO REGIONAL DE JUNIN

### TRIBUNAL ARBITRAL:

- DR. FLAVIO ZENITAGOYA BUSTAMANTE (Presidente)
- DR. LUIS FELIPE PARDO NARVAEZ (Árbitro)
- ING. MARIO CÉSAR CASTRO HUAMÁN (Árbitro)

En la ciudad de Lima, con fecha 17 de Mayo del 2010, en la sede del Tribunal, sito en calle Justo Vigil N° 490, Distrito de Magdalena del Mar, se reunió el Tribunal Arbitral integrado por el Doctor Flavio Zenitagoya Bustamante, quien lo preside, Doctor Luis Felipe Pardo Narváez e Ingeniero Mario Castro Huamán, a efectos de emitir el siguiente Laudo Arbitral de Derecho, en el proceso arbitral iniciado por el CONSTRUCTORA Q.R. S.A. contra el GOBIERNO REGIONAL DE JUNIN.

**Resolución N° 11**

### **VISTOS:**

#### **I. ANTECEDENTES DE LA CONTROVERSIA**

El GOBIERNO REGIONAL DE JUNIN (en adelante GOBIERNO REGIONAL o la Entidad), convocó el Proceso de Adjudicación Directa

Pública N° 0006-2006/GRJ, para la Ejecución de la Obra: "Ampliación y Mejoramiento del Sistema de Agua Potable y Alcantarillado de la Localidad de Huaricolca", provincia de Tarma, departamento de Junín.

Realizado el proceso por Adjudicación Directa Pública, se otorgó la Buena Pro a la firma CONSTRUCTORA Q.R. S.A. (en adelante el Contratista) por su propuesta ascendente a S/. 762,233.99 (Setecientos sesenta y dos doscientos treinta y tres con 99/100 nuevos soles) incluido el Impuesto General a las Ventas e Impuesto de Promoción Municipal, de acuerdo a su propuesta económica, y conforme con las disposiciones del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, aprobados por DD.SS. 083-2004-PCM y 084-2004-PCM.

Con fecha 11 de diciembre del 2006, el Contratista y la Entidad, suscribieron el Contrato N° 689-2006-GR-JUNIN/GGR, para ejecutar la obra a suma alzada: "Ampliación y Mejoramiento del Sistema de Agua Potable y Alcantarillado de la Localidad de Huaricolca".

## II. CONVENIO ARBITRAL

En la Cláusula Décima Quinta del Contrato N° 689-2006-GR-JUNIN/GGR, las partes acordaron que cualquier controversia o reclamo que surja en relación a dicho contrato, sería resuelta en forma definitiva mediante arbitraje de derecho, conforme a las disposiciones de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, aprobados por D.S. N° 083-2004-PCM y D.S. N° 084-2004-PCM.

## III. DESIGNACIÓN E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

La Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, se llevó a cabo el 11 de agosto del 2009, en la sede institucional del Organismo Supervisor de las

Contrataciones del Estado, contando con el representante legal del Contratista, y sin la asistencia de los representantes de la Entidad, y asimismo, en el Acta de la citada Audiencia se consignó que el Tribunal Arbitral había sido designado de conformidad con el convenio arbitral celebrado entre las partes, se fijaron principalmente, las reglas del proceso y las normas legales y reglamentarias aplicables, y se declaró instalado el Tribunal Arbitral, abierto el proceso arbitral, y se concedió al Contratista el plazo de diez días para la presentación de su demanda; para lo cual se le notificó copia de dicha acta.

#### IV. DE LA POSTULACIÓN AL PROCESO ARBITRAL

##### DEMANDA INTERPUESTA POR EL CONTRATISTA

El Contratista, mediante escrito ingresado el 25 de Agosto del 2009, dentro del término concedido en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, interpuso demanda contra el Gobierno Regional, planteando las siguientes pretensiones:

##### Pretensiones Arbitrales:

1. Como PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL, solicita que el Tribunal declare que la Liquidación Final de obra ha quedado consentida para todos sus efectos legales; consecuentemente, el Tribunal Arbitral ordene pagar la suma de S/.116,152.67 (Ciento dieciséis mil ciento cincuenta y dos con 67/100 Nuevos Soles) más los intereses legales a partir del 01 de agosto del 2009 a la fecha de pago; y, ordene al GRJ devolver la Fianza de Fiel Cumplimiento No. E1257-06-2006, vigente a la fecha.

2. Como SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL, solicita al Tribunal que; ordene pagar la cantidad de S/.2,845.68 (Dos mil ochocientos cuarenta y cinco con 68/100 Nuevos Soles) por devolución de las primas pagadas a SECREX para mantener vigente la Fianza de Fiel Cumplimiento por un plazo mayor al requerido por la Ley.
3. Como TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL, solicita que el Tribunal ordene pagar la cantidad de S/.15,000.00 (Quince mil y 00/100 Nuevos Soles), por concepto de indemnización por daños y perjuicios originados en su responsabilidad por inejecución de obligaciones contractuales al negarse a devolver la fianza de FC en cumplimiento de la Cláusula 13.0 del Contrato; y peor aún por requerir la ejecución y/o renovación de la misma en ejercicio abusivo del derecho.
4. Como PRETENSIONES ACCESORIAS, solicita ordenar el pago de los costos y costes del proceso, en razón de que el Gobierno Regional Junín es la que le obliga a litigar.

**Argumentos esgrimidos en la Demanda:**

**Primera Pretensión Principal:**

Con fecha 11 de diciembre del 2006, Q.R. suscribió contrato con el Gobierno Regional de Junín, para la ejecución de la obra "Ampliación y Mejoramiento del Sistema de Agua Potable y Alcantarillado de la localidad de Huaricolca, provincia de Tarma, departamento de Junín", materia de la Adjudicación Directa Pública N° 006-2006-GRJ.

En el proceso de ejecución de la obra se han producido incumplimiento de obligaciones esenciales por parte de la Entidad, que ha dado lugar a que resuelva el Contrato N° 689-2006-GR-JUNIN/GGR.

Con fecha 11 de agosto del 2008, mediante carta notarial requirió al Gobierno Regional el cumplimiento de sus obligaciones esenciales, bajo apercibimiento de resolver el contrato, otorgándole quince días de plazo para tal efecto.

Mediante Carta Notarial de fecha 01 de setiembre del 2008, resolvió el contrato y luego de cumplir con los trámites de constatación física de avance de obra e inventario de equipos y materiales, se hizo entrega de la obra.

Consentida la resolución del contrato, luego de no haberse llegado a acuerdo alguno en la conciliación promovida por el Centro de Conciliación Diálogos de Huancayo, con fecha 12 de diciembre del 2008, se hizo entrega de la liquidación final de Obra, conforme al Decreto Supremo N° 011-79-VC y sus modificatorias, ampliatorias y reglamentarias y al Artículo 269° del Reglamento de la Ley.

Al no haberse producido observación alguna dentro de los treinta días posteriores al 12 de diciembre, la liquidación final de obra quedó consentida para todos sus efectos a partir del 11 de enero del 2009, en aplicación de la Cláusula 13.0 Liquidación Final, así como del Artículo 269°, antes citado.

Mediante Carta s/n de fecha 30 de enero del 2009, solicitó al Gobierno Regional la devolución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° E1257-03-2006 y el pago del monto resultante de la liquidación final, solicitud reiterada mediante cartas de fechas 20 de marzo y 07 de abril del 2009.

Ante tales requerimientos, por Carta N° 257-2009-GRJUNIN/GRI de fecha 17 de abril del 2009, el Gobierno Regional respondió en el sentido que la devolución de la carta fianza se hará efectiva a la emisión de la resolución gerencial de la liquidación de la obra.

Ante este pronunciamiento, inició el proceso de conciliación como

paso previo al arbitraje de derecho, en cuya segunda citación se hizo presente el representante del Gobierno Regional, sin adoptarse acuerdo alguno, por lo que se extendió el Acta de Conciliación sin acuerdo, quedando expedito para iniciar el arbitraje de derecho, el cual se verificó con la comunicación de fecha 28 de mayo del 2009, recibiendo respuesta positiva de la Entidad, mediante Carta N° 019-2009-PPR/GRJ, de fecha 08 de junio del 2009, con la que comunican su aceptación a dar inicio al proceso arbitral.

Como puede colegirse de esta última línea, la Entidad comete una arbitrariedad, toda vez que el mencionado artículo exige mantener vigente la fianza de fiel cumplimiento hasta el consentimiento de la liquidación y no hasta la emisión de la resolución gerencial de la liquidación de obra, que de ser así nos encontraríamos ante el ejercicio abusivo del derecho, permitiéndose a la Entidad emitir la respectiva resolución sin fecha de termino ni plazo alguno, quedando en suspenso la liquidación y la devolución de la fianza.



Ante esta situación, que no hace más que demorar innecesariamente el pago de la liquidación final, cabe imputarle que, el mismo, se pague conforme, así, lo establece la Cláusula 9.04 del Contrato concordante con el Artículo 49° de la Ley de Contrataciones, que dispone que en el caso de incumplimiento del pago procede reconocer y pagar intereses, conforme a lo establecido en el Código Civil; de igual forma el Artículo 238° y 255° del Reglamento, dispone que en el caso de atraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en las Bases o en el Contrato, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse. En su defecto, agrega la norma se aplicará el interés legal, conforme a las disposiciones del Código Civil.



Respecto a la demora del pago, el Contrato estableció en la Cláusula 9.04 que "El Contratista tendrá derecho al pago de intereses

conforme a lo establecido en el Artículo 49° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; y el Artículo 255° de su Reglamento.

Siendo así, los intereses lo ha calculado desde la fecha "en que el pago debió efectuarse"; esto es, desde la fecha en la que quedó consentida la liquidación, 11 de enero del 2009, más 30 días (a tenor del sexto párrafo del Artículo 255° del Reglamento, como plazo máximo para pagar) lo que da como fecha máxima de pago el 10 de febrero del 2009.

En estas condiciones, el monto del interés desde el 11/02/09 al 31/07/09, arroja un monto total de S/. 1,807.22 (Un mil ochocientos siete con 22/100 Nuevos Soles) conforme al cálculo adjunto en el Anexo correspondiente, efectuados por la contadora contable, Sara Herrera Hernández, C.P.C. N° 24881.

Consecuentemente, el monto principal más intereses alcanzan la suma de: S/.116,152.67 (Ciento dieciséis mil ciento cincuenta y dos con 67/100 Nuevos Soles) que es el monto que reclamamos que el Tribunal Arbitral ordene pagar.

**Segunda Pretensión Principal:**

Desde la fecha de la suscripción del Contrato; esto es desde el 11 de diciembre del 2006, hasta la fecha de hoy, se mantendrá vigente la carta fianza hasta que el Tribunal Arbitral ordene al Gobierno Regional devolver la aludida fianza.

Si el plazo de ejecución de obra, fue tan solo de siete meses (210 días calendario), es oneroso que hasta la fecha se mantenga vigente la fianza, causándonos perjuicio económico.

Pese a que mediante Carta S/N de fecha 30 de enero del 2009, se hizo saber que la liquidación había quedado consentida y entonces correspondía devolver la Fianza de Fiel Cumplimiento N° E1257-03-2006 (renovada últimamente con el N° E1257-06-2006), de SECREX, la Entidad no lo consideró así, por lo que insistimos mediante Carta S/N de fecha 20 de marzo y Carta S/N de fecha 07 de abril del 2009. En esta Carta reiterativa, les hicimos saber que al retener la fianza, nos estaban causando perjuicios económicos al obligarnos a pagar a la entidad financiera sucesivas e innecesarias renovaciones de la primas, el mismo que de continuar "nos veremos obligados a solicitarles el inicio de un proceso arbitral (...) en la que les solicitaremos el reembolso de las primas pagadas a SECREX".

Por ello, corresponde ordenar al Gobierno Regional proceda no sólo a devolver la fianza que, innecesariamente, se mantiene vigente, sino a devolver los gastos que mi representada incurrió en las renovaciones sucesivas desde la fecha en la que la Liquidación quedó consentida; esto es, desde el día siguiente al 11 de enero del 2009.



Tomando en cuenta que, la renovación de la aludida fianza se efectúa trimestralmente (90 días), debe proceder a devolver por tres trimestres; esto es desde el 12/01/09 hasta el 12/09/09 (270 días) fecha en la que estimamos debe emitirse el laudo arbitral; y tomando en cuenta que por cada trimestre pagamos a SECREX la suma de S/. 948.56 (Novecientos cuarenta y ocho con 56/100 Nuevos Soles), entonces por tres (3) trimestres suma la cantidad de S/. 2,845.68 (Dos mil ochocientos cuarenta y cinco con 68/100 Nuevos Soles), que lo acreditamos con la copia de la facturas y/o notificaciones de pago de la entidad afianzadora SECREX que obran en el anexo correspondiente;



**Tercera Pretensión Principal:**

10

Tal como argumentamos en el punto precedente, la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento la venimos manteniendo vigente desde la fecha de la suscripción del Contrato; esto es, desde el 11 de diciembre del 2006 hasta la fecha de hoy, y se mantendrá vigente hasta que el Tribunal Arbitral ordene al Gobierno Regional devolver la aludida fianza.

Si el plazo de ejecución de obra fue tan solo de siete meses (210 días), es oneroso que hasta la fecha se mantenga vigente la fianza, que contabilizamos un total de 11 trimestres para un plazo de obra escasamente de tres (3) trimestres.

Por ello, es nuestro interés recuperar la fianza lo antes posible, tal como así le hicimos saber a la Entidad con la Carta S/N de fecha 30 de enero del 2009, al haber quedado consentida la liquidación final de obra y correspondía devolver la fianza de fiel cumplimiento N° E1257-03-2006, renovada, últimamente, con el N° E1257-06-2006; sin embargo, la Entidad no lo consideró así, por lo que insistimos mediante Carta S/N de fecha 20 de marzo y Carta S/N de fecha 07 de abril del 2009.

En esta Carta reiterativa, les hicimos saber que al retener la fianza nos estaban causando perjuicios toda vez que nuestra línea de crédito está comprometida y no podemos usar para otras obras, entonces les decíamos que "De persistir la retención de la fianza innecesariamente, nos veremos obligados a solicitarles el inicio de un proceso arbitral largo y costoso para ambas partes, en cuyo proceso les solicitaremos necesariamente resarcir el daño causado y reembolso de la primas pagadas a SECUREX, extremo a cual no deseamos llegar en el entendido de que su representada valorará la inconveniencia de un proceso arbitral tan solo para pedirles devolución de fianza".

Sin embargo, lejos de tomar nota sobre lo expresado en la indicada

carta, la Entidad en su afán de retener la fianza, innecesariamente, se pronuncia mediante Carta N° 257-2009-GRJUNIN/GRI, de fecha 17 de abril del 2009, en el sentido de que la devolución de la fianza se hará efectiva a la emisión de la resolución gerencial de la liquidación de obra en conformidad del Artículo 215° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Esta situación nos obliga a mantener vigente la fianza por más tiempo de lo necesario, consecuencia de actos contrarios al derecho de la administración del Gobierno Regional, por cuanto no existe dispositivo legal que nos obligue a seguir manteniendo una fianza cuando el contrato ha culminado definitivamente, conforme al Artículo 270° del Reglamento; por ello, es que requerir la renovación y/o ejecución de la indicada fianza trae aparejo daño y perjuicio, toda vez que la Fianza de Fiel Cumplimiento no cubre bajo ningún extremo, ninguna obligación pendiente que cumplir ni saldos siquiera mínimos a cargo de mi representada, obligándonos innecesariamente a continuar manteniendo la garantía en la entidad financiera SECUREX, sin posibilidad de habilitar la línea de crédito para otras obras, materia de nuestra actividad empresarial, perjuicio que valoramos en S/.15,000.00 (Quince mil y 00/100 Nuevos Soles) que la Entidad debe resarcirnos.

La Fianza de Fiel cumplimiento la mantenemos vigente desde la suscripción del Contrato y continuará vigente por decisión de la administración pública, que se ha empeñado en requerirla o ejecutarla, sin mediar causa que lo justifique, sin reparar que siendo de por sí oneroso mantener vigente una fianza por largo tiempo, nos exige seguir manteniéndola causándonos daño y perjuicio económico, por cuanto toda fianza requiere una garantía condición necesaria para emitirla y renovarla; de modo que a la fecha tenemos atrapada en la entidad financiera recursos inmovilizados desde el 11 de diciembre del 2006, y se mantendrá hasta tener a la mano el

laudo arbitral que declare que la liquidación de obra ha quedado consentida, en un caso donde la aludida fianza – repetimos – no garantiza absolutamente nada, no hay cargos imputados a mi representada ni reclamo alguno.

Es que no puede ser de otro modo, por cuanto la ley ha previsto "que una vez concluidos los presupuestos que concurren para acreditar que una liquidación quedó consentida, no puede quedar abierta la posibilidad de que el consentimiento de la liquidación quede pendiente eternamente", de lo contrario estaríamos frente a un hecho absurdo, que ya se demostró que no es así, que existe en la ley normas que regulan, conducen y permiten que formulado una liquidación de obra por una de las partes, ésta o queda consentida o es sometida a conocimiento de un Tribunal Arbitral, en mérito a las fórmulas de caducidad previstas por la ley; para demostrar esta verdad sólo basta referirnos a los Artículos 43° y 53° de la Ley de Contrataciones, o los Artículos 268°, 269°, 270° y 271° de su Reglamento; normas que prescriben el procedimiento para finalmente liquidar la obra y concluir el contrato; no sólo ello, sino que estas mismas normas están contenidas en la Cláusula 13.00 del Contrato sobre Liquidación Final y Presentación de la Valorización de Liquidación Final, por lo que se concluye que negarse a devolver la aludida fianza es ejercicio abusivo del derecho, que la ley no permite, por lo que el Tribunal debe ordenar resarcir a su representada por daños y perjuicios causados por retención indebida de una garantía.

La obligación de la administración de reparar los daños sufridos por los particulares, encuentra su fundamento en nuestro ordenamiento jurídico, en la Constitución Política del Estado y en la existencia del Estado de Derecho que en conjunto garantizan el principio de legalidad. Eso implica que a todo principio le acompaña la seguridad de que el Estado se obliga a su cumplimiento.

Si bien la administración cuenta con normas que establecen márgenes de discrecionalidad para conseguir los fines propios de su función, éstas deben estar dirigidas hacia el servicio de los administrados, fin supremo de toda administración pública, preservando los principios rectores señalados en el Artículo IV de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y Artículo 3° de la Ley de Contrataciones.

En relación al petitorio, la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, regula la responsabilidad de los actos de la administración pública, así en su Artículo III.- Finalidad.- prescribe que: "La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general"; asimismo, en su Artículo 238°, se regula la responsabilidad de la administración; con el siguiente tenor: "Los administrados tendrán Derecho a ser indemnizados por las entidades de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y Derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que el perjuicio sea consecuencia del funcionamiento de la administración".

Habiéndose cometido una arbitrariedad, al negarse a devolver una fianza con argumentos contrarios a la ley causando perjuicio económico a mi representada, sin preservar el principio de legalidad y razonabilidad; tal como muy bien lo define *Fernando Sainz Moreno* (...), "una decisión arbitraria, es contraria a la razón (entendiendo que en un sistema de Derecho positivo la razonabilidad de una solución esta determinado por las normas y principios que la integran, y no solo por principios de pura razón), es esencialmente antijurídica" (citado por El Tribunal Constitucional, en la STC N° 0090 – 2004 – AATC ); entonces estamos frente a una acción arbitraria entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad

jurídica y carente de vínculo natural con la realidad.

Respecto al deber jurídico de soportar el daño que establece el Artículo 238°, inciso 238.4 que "Sólo será indemnizable el perjuicio producido al administrado proveniente de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo a Ley", a este respecto si es la ley la que impone el deber de soportar el daño, obviamente no nacerá el Derecho a indemnización; la exigencia de la responsabilidad está en la lesión antijurídica sufrida por mi representada, quién no tiene el deber jurídico de soportar el daño por lo que la antijuricidad del acto se mantiene al no concurrir una causa justificativa que legitime el perjuicio, un título que imponga la obligación de soportar la carga, o algún precepto legal; más todo lo contrario, existe una obligación que dimana de la ley, del Artículo 215°, que dispone que la fianza de fiel cumplimiento debe tener vigencia hasta el consentimiento de la liquidación final, entonces una actuación contraria configura arbitrariedad, acto lesivo, conducta contrario al derecho, pasible de imputarle daño y perjuicio.

Por ello, surge de ella la compensación; esto es la reparación del agraviado de los daños producidos que constituye el objeto de la obligación. La administración pública a la que se le imputa el daño esta obligada en consecuencia a la reparación integral del daño sufrido, lo que significa "dejar indemne a la víctima, compensarlo económicamente para restaurar la integridad de su patrimonio".

Al haberse acreditado los hechos de la responsabilidad contractual de la administración, el Tribunal Arbitral debe amparar la indemnización deducida, al haberse demostrado la concurrencia de los presupuestos exigidos para que nazca la responsabilidad de la administración pública, y haber acreditado los daños indemnizables, cuantificando la reparación que equivale al daño sufrido.

Así, la Ley 27444, en su numeral 238.3 del Artículo 238°, nos indica

15

que el daño alegado debe ser efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos. Es requisito de la responsabilidad patrimonial "la efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas";

Conforme a la doctrina, la administración pública estará obligada a indemnizar las lesiones patrimoniales cuando el hecho o acto determinante de la lesión sea imputable a ella (requisitos de imputación); pero, no bastará que le sea imputable la conducta determinante del daño; es necesario, además, que entre la conducta y el daño exista una "relación de causalidad" y que el acto del obligado a indemnizar debe ser la causa, o una de las causas de la producción del resultado dañoso.

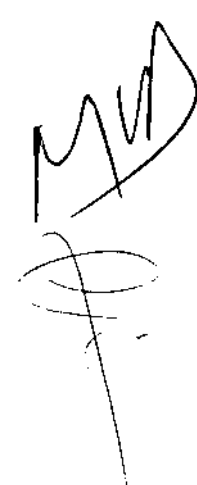
Dicho en otros términos, entre el comportamiento del agente y el daño acaecido debe existir una relación de causa a efecto y tratándose de responsabilidad objetiva, el nexo causal debe darse entre el hecho por el que la Ley obliga a reparar y el daño resultante.

Conforme a este razonamiento, en efecto el acto dañoso es imputable a la Entidad, proviene de ella, produciendo el efecto de requerir o ejecutar una fianza que ya no cubre ninguna garantía, pero por un acto arbitrario se mantiene, causando el perjuicio deducido, que debe ser reparado.

En este sentido también se encamina nuestro Código Civil, al tratar el tema de atribución de la responsabilidad contractual, que según el Artículo 1321º, señala que "queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios cuando el incumplimiento de la obligación es imputable al deudor. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución", es decir, quién

no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve tiene responsabilidad. En nuestro caso el factor de atribución de responsabilidad es por culpa inexcusable (Art. 1319 del CC) que consiste en la omisión del grado mínimo de diligencia del funcionario, toda vez que el obligado omite aquella diligencia exigida por la naturaleza de la obligación, incurriendo en culpa por negligencia grave de no ejecutar la obligación.

Por estos argumentos, el Tribunal Arbitral debe amparar nuestra pretensión; y en todo caso deberá fijar el monto de reparación mediante una valoración equitativa, justa, sopesando los hechos y compulsando los perjuicios, de modo que la Entidad no vuelva a incurrir en excesos tan perjudiciales poniendo en duda principios rectores de la Administración Pública y sobre todo poniendo en entredicho el principios de legalidad reconocido por nuestra Carta Magna.



**Argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda:**

El Gobierno Regional se apersona al proceso, con el apersonamiento del Procurador Público Regional, conforme la Resolución Ejecutiva Regional N° 407 -2006-GRJUNIN/PR y el Documento Nacional de Identidad.

**Respecto a la Primera Pretensión Principal:**

El demandante en la Liquidación Final del Contrato de Obra, ha incluido indebidamente el monto de Ciento ochenta y seis mil quinientos cincuenta y dos con 72/100 Nuevos soles (S/.186,552.72), que supuestamente corresponde a los siguientes conceptos:



R

1. La Constructora, incluye por concepto de presupuesto adicional N° 01, el monto de S/. 22,524.00, sobre este monto considerado ilegalmente debemos manifestar; el Contratista mediante documento CN. 003-2008-COR de fecha 24 de enero del 2008, solicito a la Entidad la aprobación de la Obra Adicional N° 01 por el monto de S/. 26,803.57 (veintiséis mil ochocientos tres con 57/100 Nuevos soles), y no por el primer monto indicado.
2. Al respecto el Ingeniero Ricardo Aquije Muñoz, Supervisor de la Obra mediante Informe N° 004-2008-RAM/SUP de fecha 17 de marzo de 2008, después de la revisión y evaluación al Adicional de Obra concluye señalando: "De acuerdo a la documentación sustentatoria adjunta, solicito aprobar el presente adicional N° 01 por el monto de S/. 1,845.63 Nuevos soles".
3. En razón de lo expuesto anteriormente el Gobierno Regional de Junín, mediante Resolución Gerencial General Regional N° 00148-2008-GRJ/GGR, de fecha 30 de abril de 2008, resuelve Aprobar el Adicional y Deductivo N° 01 de la Obra: "Ampliación y Mejoramiento del Sistema de Agua Potable y Alcantarillado de la Localidad de Huaricolca" Tarma - Junín, ejecutada por la modalidad de Contrata a suma alzada por la Constructora Q. R. S. A., por el monto de S/. 1,845.63 (Mil ochocientos cuarenta y cinco y 63/100 Nuevos soles).
4. Por consiguiente el monto de S/. 22,524.00 (Veintidós mil quinientos veinticuatro y 00/100 Nuevo soles), incluido como Presupuesto Adicional 01, es injusta e ilegal; debiendo tan solamente considerarse el monto de S/. 1,845.63 (Un mil ochocientos cuarenta y cinco con 63/100 Nuevos soles), situación que debe tomar en consideración el Tribunal Arbitral, lo manifestado se encuentra corroborado con los documentos adjuntos al presente.)

5. El demandante también ha incluido por mayores gastos generales por ampliaciones de plazo, el monto de S/. 106,292.00 (Ciento seis mil doscientos noventa y dos con 00/100 Nuevos soles).

6. En efecto, el Contratista ha solicitado varias ampliaciones de plazo, los mismos que han sido aprobadas por la Entidad, sin el otorgamiento de mayores gastos generales al Contratista ni a la Supervisión mediante las Resoluciones:

- Resolución Gerencial General Regional N° 462-2007 - GRJ/GGR, de fecha 16 de octubre de 2007, que aprueba la ampliación de plazo N° 01 por 45 días calendario; sin el otorgamiento de mayores gastos generales al Contratista ni a la Supervisión de Obra.
- Resolución Gerencial General Regional N° 00522-2007 - GRJ/GGR, de fecha 23 de noviembre de 2007, que aprueba la ampliación de plazo N° 02 por cinco (5) días calendario; sin el otorgamiento de mayores gastos generales al Contratista ni a la Supervisión.
- Resolución Gerencial General Regional N° 00577-2007 - GRJ/GGR, de fecha 12 de diciembre de 2007, que aprueba la ampliación de plazo N° 03 por treinta (30) días calendario; sin el otorgamiento de mayores gastos generales al Contratista ni a la Supervisión.
- Resolución Gerencial General Regional N° 00021-2008- GRJ/GGR, de fecha 25 de enero de 2008, que aprueba la ampliación de plazo N° 04 por treinta (30) días calendario; sin el otorgamiento de mayores gastos generales al Contratista ni a la Supervisión.

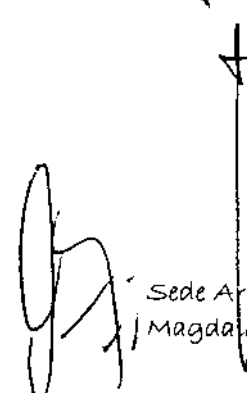
- Resolución Gerencial General Regional N° 00146-2008-GRJ/GGR, de fecha 30 de abril de 2008, que aprueba la ampliación de plazo N° 06 por cuarenta y cinco (45) días calendario; sin el otorgamiento de mayores gastos generales al Contratista ni a la Supervisión.

7. Conforme se advierte las referidas ampliaciones de plazo han sido aprobadas por la Entidad sin el reconocimiento de los mayores gastos generales, por lo que es ilegal desde todo punto de vista la pretensión del Contratista, incluir Mayores Gastos Generales por ampliaciones de plazo en la Liquidación.

En cuanto al Resarcimiento por Daños y Perjuicios, la Constructora Q.R. S.A. incluye este concepto por el monto de S/. 48,039.96 (Cuarenta y ocho mil treinta y nueve con 96/100 Nuevo soles), de manera indebida.



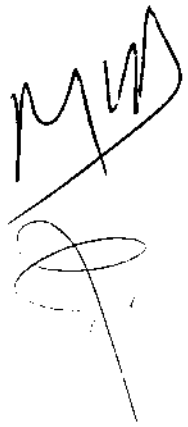
Sin embargo, la Constructora O.R. S.A no ha cumplido con acreditar de manera documentada los daños y perjuicios que alega haber sufrido por la supuesta falta de absolución de consultas, por el otorgamiento del Adelanto Directo para el inicio de la ejecución de la Obra "Ampliación y Mejoramiento del Sistema de Agua Potable y Alcantarillado de la Localidad de Huaricolca", es decir, documentos de contrata de maquinarias, personal, alquiler, compra de bienes perecibles, hechos que no ha sucedido.



Por tanto, en aplicación de lo prescrito por el artículo 1331° del Código Civil que establece: "La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso". El Contratista se encuentra obligado a demostrar los daños y perjuicios que se ha ocasionado, con los documentos idóneos.

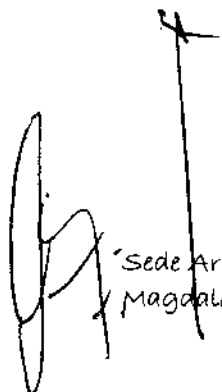
Por consiguiente, la pretensión del demandante, de declararse el consentimiento de la Liquidación Final de la Obra debe desestimarse en todos sus extremos por haberse considerado montos inexistentes, en aplicación de la última parte del Artículo 273° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, de aplicación al presente caso. Con relación a la devolución de la Fianza de Fiel Cumplimiento, en aplicación del Contrato N° 689-2006-GR-JUNIN/GGR, de fecha 11 de diciembre de 2006, para asegurar la buena ejecución y cumplimiento del presente contrato, el Contratista otorga la garantía de fiel cumplimiento, vale decir, la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, que debe tener vigencia hasta la aprobación de la Liquidación Final del Contrato mediante acto resolutivo, en virtud de la Cláusula contractual no es amparable la devolución de la Fianza de Fiel Cumplimiento N° E1257-06-2006.

**Respecto a la Segunda Pretensión Principal:**



En cuanto se ordena pagar a mi representada la cantidad de S/. 2,845.68 (Dos mil ochocientos cuarenta y cinco con 68/100 Nuevos soles) por devolución de las primas pagadas a SECREX para mantener vigente la Fianza de Fiel Cumplimiento por un plazo mayor al requerido por la Ley.

La renovación de la Garantía de Fiel Cumplimiento, es una obligación de parte del Contratista, por encontrarse estipulado en el punto 10.00 del Contrato.



Por tanto, al no haberse aprobado la Liquidación de Obra a la fecha, corresponde al Contratista mantener renovada a su costo, sin corresponder el reconocimiento de ningún costo de parte de la Entidad.

**Respecto a la Tercera Pretensión Principal:**

Respecto se ordena pagar a mí representada la cantidad de S/. 15,000.00 (Quince mil y 00/100 Nuevos soles), por concepto de indemnización por daños y perjuicios originados en su responsabilidad por inexecución de obligaciones contractuales al negarse a devolver la fianza de FC en cumplimiento de la Cláusula 13.0 del Contrato; y peor aun por requerir la ejecución y/o renovación de la misma en ejercicio abusivo del derecho y, con respecto ordenar el pago de los costos y costes que ha incurrido en este proceso por responsabilidad del Gobierno Regional Junín que le obliga a litigar.

Lo manifestado por el Contratista no se ajusta a la verdad, debido a que el Gobierno Regional Junín no ha ejecutado la Fianza de Fiel Cumplimiento; por lo que, no es posible el reconocimiento de los daños y perjuicios que reclama.

Por tanto, rechazamos en todos sus extremos la pretensión injusta e ilegal del demandado por carecer de todo sustento técnico y legal, conforme se aprecia del escrito de demanda.

Así mismo, no se presenta ningún medio de prueba que demuestre el hecho de los daños y perjuicios ocasionados al Contratista, pues durante el tiempo que indica la garantía de fiel cumplimiento deberá mantenerse vigente por mandato expreso de la Ley, por lo tanto no se ha causado ningún perjuicio mucho menos económico al demandante.

El argumento del contratista de haber sufrido daños y perjuicios, debe acreditarse con los medios de prueba idóneos que el hecho amerita, pues no se trata de señalar el derecho, sino demostrar la magnitud del detrimento ocasionado para que su derecho sea amparado; al respecto el Artículo 196° del Código Procesal Civil,

prescribe: "La carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión".

Al respecto, el Artículo 1331° del Código Civil establece: "La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".

La actitud del demandante, no se adecua a la realidad de los hechos, al parecer pretende enriquecerse indebidamente a expensas de los recursos públicos del Estado, siendo de aplicación al respecto el Artículo 1954° del Código Civil, por lo que, el Tribunal Arbitral debe ordenar el pago de la indemnización respectiva, a favor del Gobierno Regional Junín.

#### VI. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS



Con fecha 19 de enero del 2010, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios.



No habiéndose deducido excepciones, oposiciones ni defensas previas y al no encontrar defecto procesal alguno, el Tribunal Arbitral, considerando la existencia de una relación jurídica procesal válida, procedió a declarar saneado el proceso arbitral.

El Tribunal fijo los puntos controvertidos en los siguientes términos:

#### Pretensiones Principales

23

1. Determinar si la liquidación final de obra presentada por Constructora Q.R. S.A. ha quedado o no legalmente consentida.
2. Determinar si procede ordenar el pago o no de la suma de S/. 2 845,68 a favor de Constructora Q.R. S.A. por concepto de devolución de primas pagadas a la empresa SECREX, para mantener vigente la carta fianza de fiel cumplimiento por un plazo mayor al exigido por ley.
3. Determinar si corresponde ordenar o no el pago de la suma de S/. 15 000,00 a favor de Constructora Q.R. S.A. por indemnización por daños y perjuicios por la negativa del demandado de devolver la fianza de fiel cumplimiento.
4. Determinar a quién corresponde asumir las costas y costos del proceso arbitral.

#### **Pretensión Subordinada**

En caso que se declare que la liquidación de obra presentada por Constructora Q.R. S.A. ha quedado legalmente consentida, determinar si se debe ordenar el pago de la suma de S/. 116 152,67, más los intereses legales a partir del 01.08.2009.

#### **Calificación y admisión de los medios probatorios**

Asimismo, el Tribunal Arbitral admitió tanto los medios probatorios presentados por Q.R. como por el Gobierno Regional, consistentes en prueba documental, descritos en sus respectivas demanda, ampliación de la demanda y contestación de demanda.

#### **De los informes orales**

Con fecha 22 de marzo del 2010, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, haciendo uso de la palabra el Ing. Pedro Tomás Balbín Samaniego en representación del Contratista, diligencia a la cual no se hizo presente el Procurador Público del Gobierno Regional, no obstante estar debidamente notificado.

## VII. CONSIDERANDOS:

### CUESTIONES PRELIMINARES:

Antes de entrar a considerar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

- 
- 
- 
1. Este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con lo establecido en el convenio arbitral suscrito entre las partes, así como al amparo de la normativa vigente al tiempo de las relaciones contractuales, la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, aprobados por los D.S. N° 083-2004-PCM y D.S. N° 084-2004-PCM, respectivamente.
  2. La designación y aceptación de los miembros del Tribunal Arbitral se ajustó a las exigencias previstas en la ley de la materia.
  3. Ni el Contratista ni la Entidad recusaron a ningún miembro del Tribunal Arbitral, ni tampoco impugnaron o reclamaron contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral.
  4. El Contratista presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos. Asimismo, la Entidad demandada fue debidamente emplazada con dicha demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa, contestando la misma y formulando su contradicción.

5. Ambas partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraran pertinentes, así como para expresar sus posiciones de hecho, de derecho y de defensa sin limitación alguna, habiendo tenido la oportunidad de presentar sus alegatos escritos, y ejerciendo ambas el derecho a realizar sus respectivos informes orales.

En tal sentido, este colegiado procede a exponer las motivaciones que fundamentan su decisión.

### **ANÁLISIS SOBRE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL :**

Con la finalidad de pronunciarnos respecto a la Primera Pretensión Principal de la demanda, absolveremos el Primer Punto Controvertido Fijado en Audiencia de fecha 19 de enero del 2010:

***“Determinar si la liquidación final de obra presentada por Constructora Q.R. S.A. ha quedado o no legalmente consentida.”***

1. Que, con el objeto de poder evaluar el presente punto controvertido y las consecuencias que se derivan del mismo, es importante advertir las obligaciones inherentes a cada una de las partes en el marco de un contrato administrativo. A diferencia de lo que ocurre en las relaciones jurídicas civiles, en los contratos administrativos existen un conjunto de potestades administrativas que son inherentes y trascienden a las partes. Estas potestades se derivan de la propia naturaleza del contrato administrativo y ciertamente resultan oponibles a las partes contratantes. Los efectos prácticos de la acción u omisión de parte de los sujetos sometidos a una relación contractual de orden administrativo no son homogéneos o equivalentes.

En este orden de ideas, existen una serie de posiciones doctrinarias que justifican la naturaleza del contrato estatal y que escapan a los objetivos y fines que persigue el presente proceso arbitral. Sin embargo, resultan pertinentes las atingencias mencionadas, con relación a la aplicación del artículo 269° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado al presente caso.

Por ello, es que el Tribunal Arbitral estima necesario, evaluar el procedimiento establecido para la presentación de la liquidación de obra, conforme a lo señalado en el contrato y la normatividad aplicable al mismo, con la finalidad de establecer el cumplimiento de los requisitos establecidos para la validez de la Liquidación de Obra.

- 7.2. Que, en ese sentido, la **CLÁUSULA DECIMO TERCERA** del contrato suscrito entre las partes establece lo siguiente:

**CLÁUSULA 13.0: LIQUIDACIÓN FINAL**

**13.1 PRESENTACIÓN DE LA VALORIZACIÓN DE LIQUIDACIÓN FINAL**

*"EL CONTRATISTA" presentará la liquidación debidamente sustentada, con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de 60 días calendario, o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Con la liquidación se entregará a "EL GOBIERNO REGIONAL", los documentos de Declaratoria de Fábrica o la Memoria Descriptiva valorizada, según sea el caso. Dentro del plazo de treinta (30) días calendario de recibida, "EL GOBIERNO REGIONAL", deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por "EL CONTRATISTA" o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificar a "EL CONTRATISTA", para que éste se pronuncie dentro del plazo de los quince (15) días calendarios siguientes.*

*Si "EL CONTRATISTA" no presenta la liquidación en el plazo previsto, su elaboración será responsabilidad exclusiva de "EL GOBIERNO REGIONAL", en idéntico plazo, siendo los gastos de cargo de "EL CONTRATISTA". "EL GOBIERNO REGIONAL", notificará a y la remitirá a "EL CONTRATISTA", para que éste se pronuncie dentro del plazo de los quince (15) días calendarios siguientes.*

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

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

En el caso que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquella deberá manifestar por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los siete (7) días calendarios siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a un Arbitraje.

La Liquidación final se practicará con los precios unitarios, gastos generales y utilidad ofertada. Asimismo, no se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver.

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

- 7.3. Que, asimismo, la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (la Ley), respecto a la liquidación de obras, en su Artículo 43° señala lo siguiente:

**"Artículo 43.- CULMINACIÓN DEL CONTRATO.-**

Los contratos destinados a la adquisición de bienes y a la contratación de servicios, culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada.

Tratándose de contratos de ejecución o consultoría de obras, el contrato culmina con la liquidación, la misma que será elaborada y presentada a la Entidad por el contratista, según los plazos y requisitos señalados en el Reglamento debiendo aquélla pronunciarse en un plazo máximo fijado también en el Reglamento bajo responsabilidad del funcionario correspondiente.

De no emitirse resolución o acuerdo, debidamente fundamentado en el plazo antes señalado, la liquidación presentada por el contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales.

La conformidad de recepción de la última prestación o la liquidación debidamente aprobada, según corresponda, cerrará el expediente de la adquisición o contratación."

- 7.4. Que, por su parte, el Artículo 269° del Reglamento de la Ley, dispone:

**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.

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.

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

En el caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquélla deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje.

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

En el caso de obras contratadas bajo el sistema de Precios Unitarios la liquidación final se practicará con los precios unitarios, gastos generales y utilidad ofertados; mientras que en las obras contratadas bajo el sistema de Suma Alzada la liquidación se practicará con los precios, gastos generales y utilidad del valor referencial, afectados por el factor de relación.

No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver.

7.5. Que, del análisis de los hechos y los actuados administrativos de las partes que fluyen de los medios probatorios que se relacionan con este primer punto controvertido, es menester determinar si en el trámite de la aprobación de la liquidación de la obra, se ha producido el silencio administrativo positivo y, consecuentemente, la producción de sus efectos legales de haber quedado consentida la liquidación de la obra presentada por el Contratista.

7.6 Que, conforme fundamenta el Contratista en su demanda y ampliada con su escrito de fecha 14 de enero del 2010, por carta notarial de fecha 11 de agosto del 2008, requirió al Gobierno Regional el cumplimiento de sus obligaciones esenciales, bajo apercibimiento de resolver el contrato, otorgándole quince días de plazo para tal efecto y, que, posteriormente, con fecha 01 de setiembre del 2008, por carta notarial dirigida a la Entidad resolvió el contrato, luego de cumplir con los trámites de

constatación física de avance de obra e inventario de equipos y materiales para la entrega de la obra, cuya Acta ha sido ofrecida en el indicado escrito ampliatorio.

Las afirmaciones del Contratista que sustenta los hechos, no ha sido negada por la Entidad en su escrito de contestación ni en ningún otro escrito, hecho que, igualmente, no ha sido cuestionado durante la secuela del proceso arbitral.

7.7 Que, las actuaciones conciliatorias promovidas sobre la resolución del contrato, al no haberse llegado a acuerdo alguno en la conciliación llevado a cabo ante el Centro de Conciliación Diálogos de Huancayo, ha producido los efectos que dispone el párrafo final del Artículo 267° del Reglamento de la Ley.

7.8. Que, conforme se aprecia del Acta de Constatación Notarial de fecha 05 de septiembre del 2008 del acto de Constatación Física e Inventario de la obra, ofrecido por el Contratista en su escrito de fecha 14 de enero del 2010, se realizó la entrega de la obra sin contar con la presencia de los representantes de la Entidad; hecho que se produjo por mandato del Artículo 267° del Reglamento de la Ley, asimismo, mediante carta notarial fechado el 05 de septiembre del 2008, ofrecido en el indicado escrito, el demandante hizo de conocimiento de la Municipalidad Distrital de Huaricolca, que había dado cumplimiento al Acta de Constatación Física e Inventario y sin la concurrencia de los representantes del Gobierno Regional de Junín, al ser una obra ubicada dentro de su jurisdicción.

7.9 Que, por otro lado, del análisis y la revisión de los medios probatorios de las partes, los fundamentos de la demanda, la contestación y los escritos complementarios, en especial del contenido de la Carta s/n de fecha 12 de diciembre del 2008, anexo N° 02 de la demanda, para los efectos del cómputo del plazo legal, debe considerarse la suspensión del plazo

producido por las actuaciones conciliatorias, respecto de la resolución del contrato; por lo tanto, el plazo para la presentación de la liquidación debe computarse a partir del día siguiente del término de las actuaciones conciliatorias y no del día siguiente de la fecha del Acta de Constatación Notarial de fecha 05 de septiembre del 2008, relacionado con el acto de Constatación Física e Inventario de la obra.

7.10 Que, hecho el cómputo legal, los sesenta (60) días calendario para la presentación de la liquidación, se inicia el día 30 de octubre del 2008, al día siguiente de vencido el plazo de los diez (10) días hábiles que establece el Artículo 267º del Reglamento de la Ley para solicitar arbitraje y, su vencimiento, el día 29 de diciembre del 2008.

7.11 Que, verificado el contenido de la Carta s/n de fecha 12 de diciembre del 2008, anexo N° 02 de la demanda, se aprecia la presentación de la liquidación con el sustento técnico de cincuenta y seis (56) folios, en la misma que obra el sello del cargo de su recepción por parte de la Oficina de Coordinación Lima del Gobierno Regional de Junín, hecho que acredita fehacientemente que la liquidación fue presentada a la Entidad antes del vencimiento del plazo legal, que disponía de una holgura de diecisiete (17) días calendario.

7.12 Que, asimismo, se aprecia de los actuados administrativos que, el Gobierno Regional de Junín no cumplió con observar lo estipulado en la Cláusula Décimo Tercera del Contrato N° 689-2006-GR-JUNIN/GGR, referida a la LIQUIDACIÓN FINAL, en donde la Entidad, expresamente, se obligaba a que, una vez recibida la liquidación, dentro de treinta (30) días calendario siguientes, se pronunciaría, ya sea observando la liquidación presentada por el Contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y luego notificarle, para que éste se pronuncie dentro del plazo de los quince (15) días calendarios siguientes. Sin embargo, tal como está acreditado en autos, el Gobierno Regional de Junín, no

formuló observaciones a la liquidación presentada, ni mucho menos, elaboró otra liquidación que pusiera, oportunamente, en conocimiento de CONSTRUCTORA Q.R. S.A., lo cual constituye no solo una omisión a una obligación contractual sino a un deber legal, establecido en el Artículo 269° del Reglamento, toda vez que no asumió en el plazo previsto, la responsabilidad contenida en dicho dispositivo legal y conforme sus prerrogativas o de potestades administrativas que debió invocar en forma oportuna y no lo hizo.

- 7.13 Que, de la controversia sometida a conocimiento del Tribunal y la apreciación de los medios probatorios del presente proceso arbitral, éste Colegiado debe formar su propia convicción frente a las posiciones fijadas por las partes. En ese sentido, resulta necesario que el Tribunal deba resolver la controversia, pronunciándose de manera expresa con respecto a la situación de la liquidación de la obra; toda vez que no resulta arreglado a derecho mantener una situación de incertidumbre para las partes y en forma indefinida la liquidación del contrato, si consideramos que la finalidad del arbitraje es resolver el conflicto de intereses y restablecer la paz social, pues, de no mediar este criterio, no se cumpliría con el objeto del presente proceso.

- 7.14 Que, la Entidad, en su escrito de contestación de la demanda de fecha 17 de noviembre de 2009, adjuntó como Anexo1-C, una copia simple de la liquidación de Obra elaborado por el Arquitecto Edison Eulogio Matos de la Sub Gerencia de Supervisión y Liquidación de Obras del Gobierno Regional de Junín.

En esta liquidación elaborada por la Entidad se consigna un saldo a favor de ésta por la suma de S/. 150,908.07 incluido IGV, estimando por concepto de Presupuesto Adicional N° 01 el monto de S/. 1,845.63, de acuerdo a lo aprobado por Resolución Gerencia General Regional N° 0148-200-GRJ/GGR de fecha 30 de abril de 2008; sin embargo, la

Entidad no ha acreditado haber notificado la referida Resolución Administrativa, para sustentar válidamente su argumento de defensa de que, el Contratista, no lo ha tomado en cuenta en su liquidación presentada el 12 de diciembre del 2008; y aún cuando ésta haya sido de conocimiento de CONSTRUCTORA Q.R. S.A. al haber sido ofrecida como medio probatorio, este Colegiado considera que, la presentación de una Liquidación de Obra, como medio probatorio en el proceso, no podría sustituir ni convalidar el debido procedimiento administrativo que exige la norma material del Artículo 269º del Reglamento de la Ley, para los efectos de exigir el cumplimiento del trámite de observación a la liquidación de Obra presentada con anterioridad y que ha sobrepasado los sesenta (60) días calendario en exceso; por lo que, la Liquidación de Obra adjunta como Anexo1-C de la contestación de la demanda carece de validez y eficacia, máxime si no se notificó la liquidación al contratista, para que éste se pronuncie, conforme a su derecho y dentro del plazo establecido por la normativa referida a Contrataciones y Adquisiciones del Estado, hecho que contraviene la norma citada.



No parece razonable que el incumplimiento de una parte, implique la inactividad de la otra parte, mas aún si nos encontramos ante un contrato de naturaleza administrativa, que por su propia definición se encuentra sometido al interés general. Por esa misma razón, es evidente que la Entidad, tuvo una actuación negligente frente a la presentación oportuna de la liquidación practicada por el Contratista, debiendo oponer otra distinta dentro del plazo previsto por Ley, lo que no ha ocurrido.

- 7.15 Que, de otro lado, se debe tener en cuenta que, el silencio administrativo constituye una garantía a favor del administrado y no de la administración, y su aplicación excepcional, no invalida los requisitos establecidos para su otorgamiento. La idea básica, es que la aplicación del silencio administrativo positivo sustituye a la voluntad expresa de la administración, en aquellos supuestos en los que la autoridad

administrativa no haya emitido en forma oportuna una decisión, estando obligada a ello.

Siendo así, y considerando que, la liquidación de Obra presentada por el Gobierno Regional de Junín en su escrito de contestación de la demanda como Anexo 1-C, resulta siendo contrario al debido procedimiento establecido en el Reglamento de la Ley, por lo que, este Colegiado estima conveniente otorgar validez y eficacia a la liquidación de Obra presentada por el Contratista, mediante su Carta s/n de fecha 12 de diciembre del 2008, al haber quedado consentida.

- 7.16 Que, en relación al monto que resulta del saldo de la liquidación de Obra elaborada por el Contratista, del análisis efectuado al detalle de los conceptos contenidos en la hoja de Liquidación Final del Contrato de Ejecución de Obra, obrante a fojas 03 del Anexo 2 de la demanda, se desprende que el Contratista ha realizado un cálculo técnico por el cual obtiene un saldo a su favor por la suma de S/. 96,088.61, más IGV, S/. 18,256.84, esto es, la suma total de S/. 114,345.45 nuevos soles; por lo que en congruencia con este resultado, el saldo resultante a favor del Contratista es por la suma de S/. 114,345.45 (Ciento catorce mil trescientos cuarenta y cinco y 45/100 Nuevos Soles), debiendo desestimarse la pretendida suma de S/. 116,152.67, como se refiere la Primera Pretensión Principal de la demanda.

Asimismo, habiendo operado el consentimiento de la liquidación se tiene también como efectuada la extinción de las relaciones jurídicas creadas en virtud de la suscripción del contrato.

- 7.17 Que, estando al análisis del presente punto controvertido, el Tribunal determina que procede declarar consentida la liquidación del contrato elaborada por el Contratista, presentada con la Carta s/n de fecha 12 de diciembre del 2008, la misma que contiene un saldo a favor del

demandante por el monto de S/. 114,345.45 (Ciento catorce mil trescientos cuarenta y cinco y 45/100 Nuevos Soles), que la Entidad deberá pagar, más los intereses de ley que corresponda hasta la fecha efectiva del pago.

**ANÁLISIS SOBRE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

***“Determinar si procede ordenar el pago o no de la suma de S/. 2 845,68 a favor de Constructora Q.R. S.A. por concepto de devolución de primas pagadas a la empresa SECREX, para mantener vigente la carta fianza de fiel cumplimiento por un plazo mayor al exigido por ley.”***

7.18. Que, habiéndose concluido en el análisis del punto controvertido precedente y, considerando que la segunda pretensión se relaciona con la liquidación del contrato, es menester analizar la procedencia de la pretensión que invoca el demandante.

 7.19 Que, de los hechos verificados al resolver la primera pretensión principal, resulta aplicable al presente caso lo dispuesto por el Artículo 215° del Reglamento de la Ley, esto es que la carta fianza de fiel cumplimiento deberá mantenerse vigente hasta el consentimiento de la liquidación final de la ejecución de la obra; es decir, que una vez que haya quedado consentida la liquidación, se configura para la Entidad, la obligación de devolver la aludida carta fianza.

 7.20 Que, conforme el dicho de la Entidad, sostenida en su escrito de contestación, expresamente no solo ha reconocido el incumplimiento de su obligación de devolver la carta fianza, sino que se ha negado a materializar esta disposición legal, sin sustento ni fundamento alguno, situación que configura un típico abuso de derecho que la ley reprueba y

7.21 Que, en consecuencia, el Gobierno Regional de Junín, deberá pagar favor de Constructora Q.R. S.A., la suma de S/. 2,845.68 por concepto de devolución de primas pagadas a la empresa SECREX, para mantener vigente la carta fianza de fiel cumplimiento.

*“Determinar si corresponde ordenar o no el pago de la suma de S/ 15, 000,00 a favor de Constructora Q.R. S.A. por indemnización por daños y perjuicios por la negativa del demandado de devolver la fianza de fiel cumplimiento.”*

7.23 Que, es preciso señalar que los elementos que configuran la responsabilidad contractual son: a) Daño, b) Antijuricidad y c) Culpa; por lo tanto estos elementos deben confluir conjuntamente para que se establezca la responsabilidad.

respaldan la existencia de un daño, por lo que éste no se encuentra plenamente acreditado. Y, si bien, ha incurrido en costos financieros para mantener vigente carta fianza de fiel cumplimiento, el Tribunal Arbitral, ya se ha pronunciado sobre la devolución de estos costos, en el punto controvertido anterior.

Por otra parte, el elemento antijuricidad, tampoco se hace presente, toda vez que la conducta de la Entidad se realizó dentro de los límites de lo permitido por el derecho, y tampoco se ha acredita que haya existido dolo o culpa.

- 7.25 Que, el artículo 1331º del Código Civil, prescribe que la carga de la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponden al perjudicado y al no haber acreditado el Contratista, como supuesto perjudicado, los daños y perjuicios que se le habrían ocasionado y su cuantificación real, el Tribunal Arbitral considera que la indemnización de daños y perjuicios solicitada no resulta atendible, debiéndose declarar infundado.

**ANÁLISIS SOBRE LA PRETENSIÓN SUBORDINADA:**

***"En caso que se declare que la liquidación de obra presentada por Constructora Q.R. S.A. ha quedado legalmente consentida, determinar si se debe ordenar el pago de la suma de S/. 116,152.67, más los intereses legales a partir del 01.08.2009."***

Que, la presente pretensión deberá estarse a lo resuelto en la primera pretensión principal; por lo tanto, se declara no ha lugar.

**ANÁLISIS SOBRE LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

***"Determinar a quién corresponde asumir las costas y costos del proceso arbitral."***

Que, el Tribunal considera que, ambas partes han seguido la secuela del proceso arbitral en igualdad de condiciones y haciendo valer su derecho con legítimo interés, razón por el cual, en aplicación del principio de equidad ambos deberán asumir los costas y costos del presente proceso arbitral en forma equitativa.

## VIII. DECISIÓN

El Tribunal Arbitral, habiendo valorado y compulsado adecuadamente todos los medios probatorios aportados por las partes al proceso y, de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones precedentes, **LAUDA:**

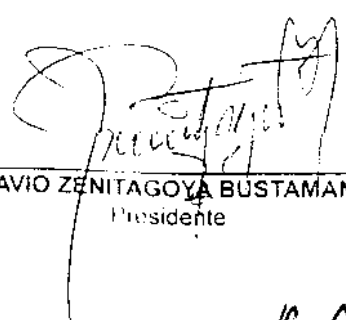
**PRIMERO:** Declarar **FUNDADA EN PARTE** la primera pretensión principal, en consecuencia se **DECLARA** consentida la liquidación presentada por el Contratista, correspondiendo el pago del saldo a su favor por la suma de S/. 114,345.45 (Ciento catorce mil trescientos cuarenta y cinco y 45/100 Nuevos Soles), incluido IGV, más los intereses legales computados desde el 01 de agosto del 2009, hasta la fecha de su pago efectivo y, se **ORDENA** al Gobierno Regional de Junín la devolución de la Fianza de Fiel Cumplimiento N° E1257-06-2006.

**SEGUNDO:** Declarar **FUNDADA la segunda pretensión principal;** en consecuencia, el Gobierno Regional de Junín, deberá pagar a favor de Constructora Q.R. S.A., la suma de S/. 2,845.68 por concepto de devolución de primas pagadas a la empresa SECREX, para mantener vigente la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento de Contrato.

**TERCERO:** Declarar **INFUNDADA** la tercera pretensión principal, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa.

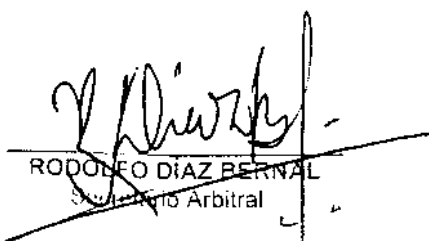
20

proceso arbitral en igualdad de condiciones y haciendo valer su derecho con legítimo interés, razón por la cual, en aplicación del principio de equidad ambas partes deberán asumir los costas y costos del presente proceso arbitral en forma equitativa.

  
FLAVIO ZENITAGOYA BUSTAMANTE  
Presidente

  
LUIS FELIPE PARDO NARVÁEZ  
Árbitro

  
MARIO CESAR CASTRO HUAMÁN  
Árbitro

  
RODOLFO DÍAZ BERNAL  
Secretario Arbitral