

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO
POR CONSORCIO LUZ VERDE CON ELECTRO ORIENTE S.A., ANTE EL
TRIBUNAL ARBITRAL INTEGRADO POR EL DR. RAMIRO RIVERA REYES,
DR. DAVID PEREA SANCHEZ Y DR. JESUS IVAN GALINDO TIPACTI**

RESOLUCIÓN N° 06

I. LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN.-

El presente Laudo Arbitral se expide en la ciudad de Lima a los diecisiete días del mes de Enero del año dos mil doce.

II. LAS PARTES.-

- **Demandante:** CONSORCIO LUZ VERDE (en adelante el contratista o el demandante).
- **Demandado:** ELECTRO ORIENTE S.A. (en adelante la Entidad o la Demandada).

III. DEL TRIBUNAL ARBITRAL.-

- Dr. RAMIRO RIVERA REYES –Presidente del Tribunal.
- Dr. DAVID PEREA SANCHEZ - Arbitro
- Dr. JESUS IVAN GALINDO TIPACTI – Arbitro
- Dr. FRANCISCO VALDEZ HUARCAYA – Secretario Arbitral

IV. TRAMITACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL.-

1. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL.

Con fecha 23 de junio de 2009, CONSORCIO LUZ VERDE y ELECTRO ORIENTE S.A., suscribieron el Contrato de Ejecución de Obra No. G-088-2009, para la Ejecución de la Obra: "Ampliación de Redes de Distribución Primaria, Secundaria y Conexiones Domiciliarias de los Distritos de Punchana, Belén y San Juan Bautista" por el monto de S/3'917,424.67 excluido el IGV y por un plazo de 240 días calendario.

En la cláusula Vigésimo Tercera se estipuló que cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144º, 170º, 175º, 177º, 199º, 201º, 209º, 210º y 211º del Reglamento o en su defecto, en el artículo 52 de la Ley.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambos, según lo señalado en el artículo 214º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

2. DESIGNACION DE ARBITROS, INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL y DETERMINACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

Al haberse suscitado una controversia entre las partes, CONSORCIO LUZ VERDE, designó como árbitro al Dr. DAVID PEREA SANCHEZ y ELECTRO ORIENTE S.A., designó como árbitro al Dr. JESUS IVAN GALINDO TIPACTI; acordando ambos designar como Tercer miembro y Presidente del Tribunal Arbitral al Dr. RAMIRO RIVERA REYES.

INSTALACION

Con fecha 27 de junio de 2011, se instaló el Tribunal Arbitral. En dicha oportunidad, sus miembros declararon que no existe circunstancia alguna que pueda afectar su imparcialidad e independencia y no tener ningún tipo de incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes, obligándose a desempeñar con imparcialidad, probidad e independencia la labor encomendada.

SANEAMIENTO

El Tribunal Arbitral señala que no existe ningún vicio o defecto de tramitación que pueda dar lugar a cuestionamientos sobre el desarrollo y continuación del presente arbitraje y que además se han verificado la concurrencia de las condiciones de la acción y presupuestos procesales, por lo que habiéndose

cumplido con dicho aspecto y con el acuerdo de las partes se declara SANEADO EL PROCESO.

CONCILIACION:

El Tribunal Arbitral propició el acuerdo conciliatorio entre las partes, sin embargo, estas manifestaron que de momento no resultaba posible arribar a una conciliación, no obstante dejaron a salvo la posibilidad de que ella pudiera darse en cualquier estado del proceso.

3. PUNTOS CONTROVERTIDOS.

Teniendo en cuenta las pretensiones expuestas en la Demanda, y Contestación a la Demanda, el Tribunal Arbitral estableció los siguientes puntos controvertidos, contando con la aprobación de las partes en conflicto:

1. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO.-

Que corresponde con la Primera Pretensión Principal de la demanda: Determinar si corresponde o no, declarar la nulidad y/o ineficacia de la Resolución de Gerencia General N° 031-2011, de fecha 22 de febrero del 2011, notificada mediante Carta GEP-130-2011 sin los documentos y cálculos detallados, por medio del cual ELECTRO ORIENTE S.A., aprueba su expediente de liquidación final de obra con un costo total de S/. 3'789,348.49 sin IGV y con un saldo por devolver ascendente a la suma de S/. 80,511.77.

2. SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO.-

Que, corresponde con la Segunda Pretensión Principal de la demanda: Determinar si corresponde o no, declarar valido y/o eficaz la liquidación final de obra, presentado en cumplimiento del artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, mediante Carta N° 001-2011/CLV, de fecha 12 de enero del 2011 y se disponga que el monto final de la liquidación de obra asciende a la suma de S/. 3'880,409.77, con un saldo a favor del consorcio por el monto

ascendente a la suma de S/. 10,549.51, con más pagos de los intereses legales.

3. TERCER PUNTO CONTROVERTIDO.-

Que corresponde a la Pretensión Accesorio de la Segunda Pretensión Principal de la demanda: Determinar si corresponde o no, se declare consentida la liquidación final de obra, presentado en cumplimiento del artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, mediante Carta N° 001-2011/CLV de fecha 12 de enero del 2011 y se disponga que el monto final de la liquidación de obra asciende a la suma de S/. 3'880,409.77, con un saldo a favor del consorcio por el monto ascendente a la suma de S/. 10,549.51, más pagos de los intereses legales.

4. CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO.-

Que corresponde a la Tercera Pretensión Principal de la demanda: Determinar si corresponde o no, declarar la nulidad y/o ineficacia de la Resolución de Gerencia General N° 086-2010, de fecha 08 de abril del 2010, en el extremo que no se reconoce los gastos generales incurridos en la obra y se disponga el reconocimiento del pago del monto ascendente a S/. 91,061.28 por concepto de mayores gastos generales al haberse aprobado la ampliación de plazo N° 01 por 30 días calendarios, a los que se debe de adicionar los intereses legales y gastos incurridos.

5. QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO.-

Que corresponde a la Cuarta pretensión Principal de la demanda: Determinar si corresponde o no, disponer la devolución de la carta fianza y el pago de los gastos financieros por el costo de las cartas fianzas otorgadas, emitidas por la empresa MAPFRE PERU CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS, con el pago de los intereses financieros.

6. SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO.-

Que corresponde a la Quinta Pretensión Principal de la demanda:
Determinar si corresponde o no, disponer el pago de una indemnización por daño emergente y lucro cesante ascendente a la suma de S/. 40,000.00, por incumplimiento a las obligaciones contractuales.

7. SEPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO.-

Que corresponde a la Sexta Pretensión Principal de la demanda:
Determinar si corresponde o no, se disponga que Electro Oriente S.A., asuma el pago de la totalidad de gastos arbitrales (honorarios de los árbitros y secretaría arbitral) así como los honorarios del abogado contratado y los gastos incurridos por fotocopias y traslado a la ciudad de Lima de nuestro representante, ascendente a la suma de S/. 10,000.00.

4. ADMISION DE MEDIOS PROBATORIOS

El Tribunal Arbitral, procedió a admitir los siguientes medios probatorios ofrecidos por las partes:

De la parte demandante:

Se admiten como medios probatorios todos los documentos ofrecidos por EL CONSORCIO en su Escrito de Demanda y enumerados en el Rubro Medios Probatorios del literal A al I.

De la parte demandada:

La Entidad ofrece como medios de prueba, todos los documentos ofrecidos por El Consorcio en su escrito de demanda.

5. PRESENTACIÓN DE ALEGATOS ESCRITOS

Mediante Resolución N° 03 de fecha 27/09/11, el Tribunal Arbitral declaró cerrada la etapa de actuación de Pruebas y de conformidad con el numeral 26 de las reglas del proceso arbitral, se concedió a ambas partes el plazo de diez (10) días para que presenten sus alegatos escritos y de considerarlo necesario soliciten informar oralmente.

6. PLAZO PARA LAUDAR

El Tribunal Arbitral prescindió de la Audiencia de Informe Oral, debido a que ninguna de las partes lo solicitó y, habiéndose desarrollado todas las etapas del proceso, en la que las partes han hecho valer su derecho de manera irrestricta, el Tribunal Arbitral mediante Res. No. 04 declaró el cierre de la instrucción del presente arbitraje y de conformidad con el art. 33° de las reglas del proceso arbitral fijaron en 30 días hábiles el plazo para laudar.

V. LA DEMANDA.

Con fecha 11 de julio de 2011 CONSORCIO LUZ VERDE (en adelante el Contratista) presentó su demanda contra ELECTRO ORIENTE S.A., formulando en su contra las siguientes pretensiones:

1. Primera pretensión principal:

Que, se declare la nulidad y/o ineficacia de la Resolución de Gerencia General N° 031-2011, de fecha 22 de febrero de 2011, notificada al Contratista mediante carta GEP-130-2011 sin los documentos y cálculos detallados, por medio del cual ELECTRO ORIENTE S.A., aprueba su expediente de liquidación final de obra con un costo total de S/. 3'789,348.49 sin IGV, y con un saldo por devolver ascendente a la suma de S/. 80,511.77.

2. Segunda pretensión principal:

Que, se declare válido y/o eficaz la Liquidación Final de Obra del Contratista, presentada en cumplimiento del artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, mediante Carta N° 001-2011/CLV, de fecha 12 de enero de 2011, y se disponga que el monto final de la liquidación de obra asciende a la suma de S/. 3'880,409.77, con un saldo a favor del consorcio por el monto ascendente a la suma de S/. 10,549.51, más el pago de los intereses legales.

2.1 Pretensión accesoria a la segunda pretensión principal:

Que, se declare consentida la Liquidación Final de Obra del Contratista, presentada en cumplimiento del artículo 21° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, mediante Carta N° 001-2011/CLV, de fecha

12 de enero de 2011, y se disponga que el monto final de la liquidación de obra asciende a la suma de S/. 3'880,409.77, con un saldo a favor del consorcio por el monto ascendente a la suma de S/. 10,549.51, más el pago de los intereses legales.

3. Tercera pretensión principal:

Que, se declare la nulidad y/o ineficacia de la Resolución de Gerencia General N° 086-2010, de fecha 08 de abril de 2010, en el extremo que no se reconoce los gastos generales incurridos en la obra y se disponga el reconocimiento del pago del monto ascendente a S/. 91,061.28 por concepto de mayores gastos generales al haberse aprobado la ampliación de plazo N° 01 por 30 días calendarios, a los que se debe de adicionar los intereses legales y gastos incurridos.

4. Cuarta pretensión principal:

Que, se disponga la devolución de la carta fianza y el pago de los gastos financieros por el costo de las cartas fianzas otorgadas, emitidas por la empres MAPFRE PERÚ CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS, con el pago de los intereses financieros.

5. Quinta pretensión principal:

Que, se disponga el pago de una indemnización por daño emergente y lucro cesante ascendente a la suma de S/. 40,000.00, por incumplimiento a las obligaciones contractuales.

6. Sexta pretensión principal:

Que, al haber actuado de buena fe y en cumplimiento de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, se disponga que la empresa Electro Oriente S.A., asuma el pago de la totalidad gastos arbitrales (honorarios de los árbitros y secretaria arbitral) así como los honorarios del abogado contratado y los gastos incurridos por fotocopias y traslado a la ciudad de Lima del representante de Consorcio Luz Verde, ascendente a la suma de S/. 10,000.00.

El Contratista fundamenta sus pretensiones, en los siguientes argumentos:

FUNDAMENTOS DE HECHO:

1. Del Contrato de Ejecución de obra:

- Manifiesta el Contratista que, con fecha 23 de junio de 2009, suscribieron con la empresa Electro Oriente S.A. un contrato para la ejecución de la obra denominada "Ampliación de Redes de Distribución primaria, secundaria y conexiones domiciliarias de los Distritos de Punchana, Belén y San Juan Bautista", bajo el sistema de llave en mano a precios unitarios, por el monto ascendente a la suma de S/.3'917,424.67 sin IGV, con un plazo de ejecución de 180 días calendarios, de acuerdo al siguiente detalle:

1. Elaboración del estudio definitivo	S/, 132,473.30
2. Ejecución de la obra	S/.3'784,951.37

- Indica asimismo el Contratista que, luego de la aprobación del expediente definitivo, con fecha 07 de octubre de 2009, se dio inició al plazo de ejecución de la obra.

2. De la Ampliación de Plazo N° 01:

- Refiere el Contratista que, con fecha 22 de marzo de 2010, mediante Carta N° 049A-2010/CLV, presentaron a la supervisora Consorcio Génesis la solicitud de ampliación de plazo al mismo que acompañaba el informe técnico sustentatorio del pedido de ampliación de plazo, para que se sirvan analizarlo y sustentarlo ante la entidad.

- Señala el Contratista que, conforme se puede verificar del contenido del Informe Técnico de la ampliación de plazo N° 01, se sustenta en la causal de atrasos y/o paralizaciones no atribuibles al contratista, razón por lo que el cronograma de ejecución de obra ha sido modificado, habiendo cuantificado en 43 días calendarios.

- Sostiene el Contratista que, mediante Informe Especial N° 004-2010/SUPERVISION-CG, la Supervisora opina que se otorgue una

ampliación de plazo por 30 días calendarios al haberse demostrado la existencia de causal atribuible a la entidad, que afectaba la ruta crítica.

- Fundamenta el Contratista que, mediante Resolución de Gerencia General N° 086-2010, de fecha 08 de abril de 2010, la empresa Electro Oriente S.A., otorga la ampliación de plazo N° 01 por 30 días calendarios, sin reconocimiento de gastos generales, lo cual contraviene al reconocimiento de la ley y atenta contra la voluntad de una parte desmedrando su patrimonio.

3. De la Liquidación de Obra:

- Precisa el Contratista que, con fecha de recepción 13 de enero de 2011, mediante Carta N° 001-2011/CLV, de fecha 12 de enero de 2011, remiten a la empresa Electro Oriente S.A. la liquidación final de la obra materia de ejecución para su revisión y evaluación respectiva, la misma que fue elaborada mediante los metrados conciliados, adjuntando documentariamente los cálculos y sustentos respectivos en un total de 10 Volúmenes y copia en archivo magnético, en un original y copia, en el siguiente orden:

1. Volumen I: "Liquidación de Contrato".
2. Volumen II: "Memoria Descriptiva Valorizada de la Obra (Minuta de Declaratoria de Fabrica)"
3. Volumen III: "Especificaciones Técnicas de Materiales, equipos y tablas de datos".
4. Volumen IV: "Especificaciones Técnicas de Montaje Electromecánico".
5. Volumen V: "Actas, Cartas Fianzas, Pólizas de seguro de riesgo de trabajo, copia de cuaderno de obras y otros resoluciones de contrato".
6. Volumen VI: "Facturas emitidas a Electro Oriente S.A., guía de materiales copia del cuaderno de obra."

7. Volumen VII: "Protocolo de pruebas de equipos y materiales certificados de garantía".
8. Volumen VIII: "Metrados post construcción de replanteo, planilla de armados poste por poste con columnas de metrados del estudio definitivo, mayores metrados, partidas nuevas y metrados ejecutados".
9. Volumen XI: "Planos post construcción de replanteo Georeferenciado".
10. Volumen X: "Laminas de armados panel fotográfico de la obra según TDR". 11. Una copia en archivo magnético.

- Argumenta el Contratista que, los volúmenes antes referenciados obran en poder de la empresa Electro Oriente S.A., a los cuales se les debe de requerir en caso necesario.
- Expresa el Contratista que, mediante Carta GEP-060-2011, de fecha 25 de enero de 2011, la entidad contratante Electro Oriente S.A. les requiere que corrijan el sumen de la liquidación final del contrato, con el siguiente tenor:

(...)

Me dirijo a usted para comunicarle que luego de la revisión de la liquidación final de contrato recepcionado mediante documento de la referencia, se ha observado que en el Volumen N° 1, en la pagina resumen final se ha incluido el monto correspondiente a los Mayores Gastos Generales por ampliación de plazo N°01, por la suma de S/. 91,061.28 N.S.

Considerando que el pago correspondiente a los mayores gastos generales por ampliación de plazo ha sido solicitado mediante Carta N° 099-2010/CLV con fecha 27.12.2010 y. habiendo sido revisado su contenido será tramitado por la vía administrativa, en consecuencia este rubro no ha formado parte de la liquidación final de obra, por lo que le

solicitamos que se corrija el Resumen de la Liquidación Final a fin de emitir la Resolución de Aprobación de la Liquidación.

(...)

Con lo que se demuestra que la entidad recepcionó conforme los volúmenes de los sustentos y cálculos de la liquidación final de obra, y se reconoce expresamente la existencia de una obligación de pago por gastos generales referidos a la ampliación de plazo, pero que a criterio de la entidad no podía ser incluido en la liquidación final de obra por considerarlo que debió de tramitarse en la vía administrativa, concepción errada de la empresa demandada.

- Indica el Contratista que, mediante Carta N° 005-CLV/2011, de fecha 26 de enero de 2011, contestaron a la comunicación de Electro Oriente S.A., manifestándole lo siguiente:

(...)

En la liquidación final de contrato presentado por nuestra representada, mediante Carta N° 001-2011/CL", se incluyo los mayores gastos generales por ampliación de plazo N° 01, debido a que hasta la fecha no se recibió ninguna respuestas a la Carta N° 099-2010/CLV,

Por lo que nos ratificamos en la liquidación final de contrato presentada por nuestra representada, en donde se está considerando la valorización de los gastos generales por la ampliación de plazo N° 01, aprobada mediante Resolución de Gerencia General N° G-086-2010.

(....)

- Manifiesta el Contratista que, posteriormente mediante Carta GEP-130-2011, de fecha 22 de febrero de 2011, la entidad demandada les notifica conforme es de verse de los folios de la carta notarial, su liquidación de contrato final de obra al decir del mismo contenido en la Resolución de Gerencia General N° 031-2011 de fecha 18 de febrero de 2011.

4. Se disponga el pago de los Gastos Financieros de las cartas fianzas:

- Sostiene el Contratista que, existen gastos financieros por el mantenimiento de la fianza otorgada, por seriedad de oferta.
- Que, pese a tener la razón deben de afrontar un proceso arbitral con el consiguiente perjuicio económico.

5. Existencia de un perjuicio económico:

- Refiere el Contratista que, la ley de contrataciones del estado determina con claridad el pago de los gastos generales generados por ampliación de plazo, siendo este una obligación de la entidad sin embargo, emite una resolución determinando que no corresponde el pago., por lo que existe un ejercicio abusivo del derecho de la entidad contratante en perjuicio del Contratista.

6. Pago de los Gastos (honorarios y otros) arbitrales

- Señala el Contratista que, conforme se acredita, existe mala fe de la entidad contratante de no reconocer un derecho que por ley está reconocido, por lo que el recurrir al arbitraje sin que le asista el derecho debe ser reintegrado todo y cada uno de los gastos incurridos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1. Fundamentos de la Primera, Segunda y Tercera Pretensión Principal:

- Argumenta el Contratista que, como primera pretensión principal, se ha solicitado que se declare la nulidad y/o ineficacia de La Resolución de Gerencia General N° 031-2011, de fecha 22 de febrero de 2011, notificada mediante carta GEP-130-2011 al Contratista sin los documentos y cálculos detallados, por medio del cual ELECTRO ORIENTE S.A., aprueba su expediente de liquidación final de obra con un el costo total de S/, 3'789,348.49 sin IGV y con un saldo por devolver ascendente a la suma de S/. 80,511.77, contraviniendo la obligación de

presentar los cálculos detallados y documentos que los sustentan, afectando su derecho a la defensa.

- Al respecto el Contratista precisa que, la liquidación final del contrato de obra está concebida como un proceso de cálculo, técnico, ceñida a las condiciones contractuales y normativas aplicables a la relación específica bajo contrato, siendo su finalidad determinar, fundamentalmente, el costo total de la obra y el saldo económico resultante, el mismo que puede arrojar saldo sea a favor o en contra del contratista o de la Entidad. Agrega que la liquidación, tiene además, como propósito verificar la corrección de las prestaciones a cargo de la Entidad y del contratista, por lo que se constituye en un ajuste formal y final de cuentas, que establecerá el quantum final de las prestaciones dinerarias a que haya lugar, a cargo de las partes del contrato; teniendo en consideración intereses, actualizaciones y gastos generales.
- Fundamenta el Contratista que, concluida la etapa de liquidación, las relaciones jurídicas generadas por el contrato se extinguen, al haber alcanzado este su finalidad, esto es satisfacer los intereses de cada una de las partes y que es por ello que el procedimiento de liquidación de obra debe garantizar que cada una de las prestaciones haya sido debidamente verificada por cada una de las partes, de manera que los sujetos contractuales tengan la oportunidad de expresar en forma inequívoca su satisfacción o insatisfacción con la ejecución del contrato.
- Considera el Contratista que, el Tribunal Arbitral debe tener presente que la premisa en todos los supuestos del procedimiento de liquidación final se sostiene en los principios del procedimiento administrativo del silencio administrativo positivo, el cual desfavorece a la parte que no manifiesta su voluntad o desacuerdo respecto de un documento presentado. Adicionalmente, debe recordarse que la manifestación de desacuerdo no recae en la simple presentación de un documento que contenga información opuesta, sino la oposición sustentada e individual de cada uno de los puntos contradichos.

- En otras palabras, expresa el Contratista que, en el caso de la Liquidación Final de Obra, cualquier oposición realizada por alguna de las partes, debe detallar los puntos específicos a los cuales se está oponiendo y finalizar anexando su versión de la Liquidación Final a ser aprobada. En consecuencia, si una de las partes que recibe la liquidación elaborada por la otra y se encuentra en desacuerdo con la misma, puede manifestarlo por escrito, a ello se suma que tanto la liquidación presentada por el contratista como la elaborada por la entidad deben estar debidamente sustentada con la documentación y cálculo detallados, ello al amparo del artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, esta omisión determina que la liquidación presentada sin cumplir los requisitos deviene en ineficaz.
- Sustenta el Contratista que, de los hechos expuestos se acredita que, la liquidación efectuada fue recibida por la entidad debidamente sustentada con la documentación y cálculo detallados, tal y conforme se prueba con la Carta N° 001- 2011/CLV recepcionada el 13 de enero de 2011. Siendo que la entidad demandada mediante Carta GEP-130-2011, de fecha 22 de febrero de 2011, les notifica conforme es de verse de los folios de la carta notarial (06), su liquidación de contrato final de obra al decir del mismo, solo el contenido en la Resolución de Gerencia General N° 031-2011 de fecha 18 de febrero de 2011, sin los cálculos y detalles de su liquidación.
- Adicionalmente, manifiesta el Contratista que, la resolución también deviene en nula, al sustentarse esta en un hecho discordante a lo realmente ordenado pagar por la ley de contrataciones y en un hecho falso o carente de veracidad esto se suma la falta de competencia para declarar que no nos corresponde gastos generales, pese a no haber renunciado a este derecho, ello se encuentra sustentada en los puntos 19 y 20 de los considerandos de la resolución impugnada que afirma:

(...)

Que, ante la posición del consorcio Luz Verde, mediante GEP- 080-2011, se le comunica que respecto a su solicitud de mayores gastos generales por ampliación de plazo N° 01, presentada con Carta N° 099-2010 de

fecha 27.12.2010, de conformidad con lo prescrito en la Ley 27444 de procedimientos administrativos general (...) se puede concluir que la solicitud ha sido presentada fuera del plazo legal (...)

- Indica el Contratista que, con este fundamento la entidad contraviene la ley de contratación del estado y el principio de legalidad y debido proceso" estatal, ya que afirma un hecho falso y contrario a la ley por consiguiente, atenta contra el debido proceso, carece de motivación y viola el derecho a la defensa, deviniendo en nulo, pues no toma en cuenta que incluso los gastos generales se pueden presentar en la liquidación de la obra que es la etapa que le corresponde.
- En lo que respecta a la nulidad y/o ineficacia de la Resolución de Gerencia General N° 086-2010 de fecha 08 de abril de 2010 por medio del cual la empresa Electro Oriente S.A. otorga la ampliación de plazo N° 01 por 30 días calendarlos, sin reconocimiento de gastos generales, sostiene el Contratista que, esta contraviene el artículo 202°, 203° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, y atenta contra la voluntad de una parte en desmedro de su patrimonio.
- Refiere el Contratista que, conforme se puede verificar del contenido del Informe Técnico de la ampliación de plazo N° 01, se sustenta en la causal de atrasos y/o paralizaciones no atribuibles a la contratista, razón por lo que el cronograma de ejecución de obra ha sido modificado, habiendo cuantificado en 43 días calendarios.
- Señala el Contratista que, mediante Informe Especial N° 004-2010/SUPERVISION-CG, la Supervisora opina que se otorgue una ampliación de plazo por 30 días calendarios al haberse demostrado la existencia de causal atribuible a la entidad, que afectaba la ruta crítica.
- Precisa el Contratista que, con Resolución de Gerencia General N° 086-20101 de fecha 08 de abril de 20101 la empresa Electro Oriente S.A. otorga la ampliación de plazo N° 01 por 30 días calendarios, sin reconocimiento de gastos generales.

- Finaliza el Contratista argumentando que, se encuentra probado que su liquidación se encuentra consentida. Siendo además que la resolución que deniega el pago de gastos generales deviene en nula.

2. Respecto a la Cuarta Pretensión Principal:

- Fundamenta el Contratista que, en lo referente a la Garantía de Fiel Cumplimiento, el artículo 159 del Reglamento, señala que ésta deberá tener vigencia hasta el consentimiento de la liquidación final, en caso de ejecución de obras, y siendo que su liquidación se encuentra consentida, corresponde que la Entidad devuelva la garantía de fiel cumplimiento, en consecuencia debe declararse fundada esta pretensión disponiendo incluso el pago de los gastos financieros y sus intereses generados desde el día siguiente en que quedó consentida la liquidación esto es desde el 26 de enero de 2011.

3. Respecto a la Quinta Pretensión Principal:

- Expresa el Contratista que, la Indemnización por daño emergente y lucro cesante están vinculados al incumplimiento de la entidad de sus obligaciones contractuales cual es el pago de los mayores gastos generales por causal atribuible a la entidad como se ha discernido precedentemente, responsabilidad que ha causado daño pasible de reparación.
- En cuanto se refiere a ambas pretensiones indemnizatorias, el Contratista considera que, se debe tener en cuenta que, la responsabilidad contractual es la que procede ante la infracción de un contrato válido o aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Asimismo, indica que para que se configure la responsabilidad contractual, debe tenerse presente:

1. Que, exista un contrato válidamente celebrado y eficaz; contrato que efectivamente existe;

2. Que, se haya producido un incumplimiento absoluto o relativo de las obligaciones por parte del deudor, incumplimiento que debe ocasionar un daño;
3. Que, exista una relación de causalidad entre el incumplimiento del deudor y el daño ocasionado al acreedor y
4. Que, se configuren los factores de atribución subjetivos y objetivos.

- En cuanto al primero de los atributos anotados sustenta el Contratista que, es evidente la existencia de una relación contractual entre las partes y en cuanto al segundo, manifiesta que se ha configurado el supuesto del incumplimiento que habría ocasionado daño al demandante por defecto de la Entidad y por ende, se ha generado la supuesta responsabilidad civil contractual, circunstancia que hace posible la pretensión dañosa. En cuanto al tercer y cuarto atributos indica el Contratista que están satisfechos en consideración a que, el incumplimiento del contrato supone una disminución del patrimonio del contratista que ve afectada su expectativa legítima, de conseguir las utilidades previstas y los ingresos provenientes de su trabajo dañado.

- Sostiene el Contratista asimismo que, nuestro sistema de responsabilidad civil, rige la regla según la cual el daño, definido éste como el menoscabo que sufre el sujeto dentro de su esfera jurídica, patrimonial o extra-patrimonial, debe ser reparado o indemnizado, teniendo como daños patrimoniales; al daño emergente y lucro cesantes; y daños extra-patrimoniales al daño moral y al daño a la persona, de conformidad con lo establecido por el artículo 1321º del Código Civil. Agrega que, en el ámbito de la contratación de obras públicas, el Artículo 450 de LCAE concordante con los Artículos 227 y 267 del Reglamento señala, como efectos de la resolución, si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados

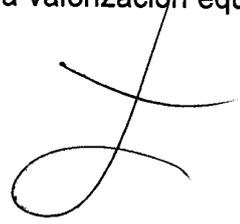
- Añade el Contratista que, siguiendo al maestro OSTERLING PARODI, *"el primer párrafo del artículo 1321 prescribe que queda sujeto a indemnización de daños y perjuicios quién inejecuta sus obligaciones por*

dolo, culpa inexcusable o culpa breve", lo que importa que la Entidad debe responder por las consecuencias de su incumplimiento, lo que queda por determinar es la forma y el monto de la reparación, atendiendo a que "La indemnización, para ser completa, debe comprender todo lo necesario a fin de colocar al acreedor en la misma situación jurídica en que se encontraría si la obligación hubiese sido cumplida. Por eso, conforme al segundo párrafo del artículo 1321, el acreedor tiene derecho de exigir el resarcimiento por el daño emergente y el lucro cesante".

- En cuanto a la determinación de la reparación, refiere el Contratista que, el artículo 1331 del Código Civil ordena que la prueba de la existencia de los daños y perjuicios, así como la de su cuantía, corresponda al perjudicado por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Al respecto agrega el Contratista que es claro que los gastos generales dejados de percibir como consecuencia directa e inmediata del reconocimiento de la ampliación de plazo y su no reconocimiento de pago y, el lucro cesante, están probados y deben ser aprobados, por ser consecuencia directa del incumplimiento de la entidad, lo que se ha desarrollado previamente.
- En cuanto al supuesto de reparación por concepto de daño emergente, señala el Contratista que, *"Las pérdidas que sufre el acreedor como consecuencia de la inejecución de la obligación, o de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, corresponden al daño emergente. El daño emergente al legítimo enriquecimiento que se frustró".*
- Asimismo indica que, el segundo párrafo del artículo 1321 comentado consigna otro precepto importante: *"la indemnización debe comprender todos los daños y perjuicios que sean consecuencia inmediata y directa del incumpliendo, trátase de daños y perjuicios previstos o no previstos."*



- De lo expuesto, fundamenta el Contratista que, el evento dañoso por el incumplimiento de la entidad, ha quedado esclarecido fuera de toda duda, lo que lleva a recurrir a lo dispuesto por el artículo 1332º del Código Civil que regula la valorización equitativa del resarcimiento en caso el daño no



podiera ser probado en su monto preciso, confiriéndole al Juez la facultad de fijarlo.

- Al respecto, precisa el Contratista que, la doctrina ha señalado que *"....la evaluación del daño depende de una serie de factores complejos, muchas veces difíciles de acreditar en su monto preciso....., el juez deberá contentarse muchas veces con presunciones"*, por lo que a ello obedece el texto del artículo 1332 comentado, que obliga al juez a liquidar con valoración equitativa en caso de que el daño no pueda ser probado en su momento preciso.
- Argumenta asimismo el Contratista que, la norma acotada permite al juzgador fijar el quantum de la reparación con criterio subjetivo y equitativamente procurando que la reparación reclamada comprenda en lo posible, la suma necesaria a fin de colocar al demandante en la misma situación jurídica en que se encontraría si la obligación hubiese sido cumplida, por lo que en ese orden de ideas, el monto de S/. 40,000.00, consideran que es el daño causado.

4. Respecto a la Sexta Pretensión Principal:

- Expresa el Contratista que, de acuerdo con el Artículo 73° del Decreto Legislativo N°1071, corresponde al Tribunal determinar respecto de los costos del arbitraje a que se contrae el Punto Controvertido y que en ese sentido se debe tener presente que no hay razones atendibles de parte de la empresa demandada para litigar o recurrir al arbitraje muy por el contrario el incumplimiento de las obligaciones contractuales les resulta atribuible al incumplir incluso la ley de contratación estatal, estando al resultado del análisis efectuado y teniendo en cuenta las circunstancias del proceso, por lo que tomando en consideración el quantum de la pretensión y teniendo presente que el actuar del Contratista ha sido diligente y en concordancia de la ley corresponde que el pago de los costos y gastos arbitrales sea asumido por la empresa Electro Oriente S.A.

VI. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Con fecha 19 de agosto de 2011, y dentro del plazo de ley, ELECTRO ORIENTE S.A., (en adelante la Entidad) contesta la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, sobre la base de los siguientes supuestos:

- Manifiesta la Entidad que, el Contratista pretende como eje principal de su demanda que, el Tribunal emita una declaración de certeza por la cual se disponga la nulidad y/o ineficacia de la Resolución de Gerencia General N°031.2011. del 22 de febrero del 2011, por la cual la Entidad aprobó su expediente de Liquidación final de la obra denominada: "Ampliación de Redes de Distribución primaria, secundaria y conexiones domiciliarias de los Distritos de Puchana, Belén y San Juan Bautista".
- Indica la Entidad que, la posición del Consorcio se explica porque la Liquidación de la Entidad arroja un saldo negativo de S/. 80,511.77 Nuevos Soles, mientras que la Liquidación que el Contratista solicita sea aprobada por este Tribunal arroja un saldo a su favor de S/. 10,549.51 Nuevos Soles.
- Sostiene la Entidad que, el Consorcio Luz Verde pretende que el Tribunal declare que la Liquidación presentada por el Contratista ha quedado consentida, a cuyo efecto invoca los alcances del Artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- Al respecto la Entidad refiere que, se opone rotundamente a tamaña pretensión en razón a lo cual, por este medio plantea formalmente su oposición y solicita que el Tribunal desestime todos los extremos de la demanda arbitral con expresa condena de costos y costas.

VII. MARCO LEGAL APLICABLE PARA RESOLVER LA CONTROVERSIA.-

En el numeral 4 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, se estableció que será de aplicación en el presente Arbitraje las reglas establecidas en el Acta de Instalación y en su defecto, lo dispuesto por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo

Nº 083-2004-PCM, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo Nº 084-2004-PCM y el Decreto Legislativo Nº 1071, que norma el arbitraje; estableciéndose asimismo, que en caso de deficiencia o vacío de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral resolverá en forma definitiva del modo que considere apropiado, mediante la aplicación de principios generales del derecho.

VIII. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES Y DE LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

Y CONSIDERANDO:

A. CUESTIONES PRELIMINARES

Previo a analizar la materia controvertida, corresponde señalar lo siguiente:

- (i) Que, este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el Acta de Instalación, por la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo Nº 1017 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo Nº 184-2008-EF y el Decreto Legislativo Nº 1071, que norma el arbitraje; estableciéndose asimismo, que en caso de deficiencia o vacío de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral resolverá en forma definitiva del modo que considere apropiado, mediante la aplicación de principios generales del derecho;
- (ii) Que, el CONSORCIO LUZ VERDE, presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de defensa
- (iii) Que, ELECTRO ORIENTE S.A.", fue debidamente emplazado con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa
- (iv) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos y
- (v) Que, el tribunal Arbitral procede a laudar dentro del plazo establecido

B. ANALISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

El Tribunal Arbitral deja establecido que procede a analizar y resolver en primer orden el Cuarto Punto Controvertido, teniendo en cuenta que éste

incidirá directamente en el análisis y valoración de los demás puntos controvertidos

1. ANALISIS DEL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

“Determinar si corresponde o no, declarar la nulidad y/o ineficacia de la Resolución de Gerencia General N° 086-2010, de fecha 08 de abril del 2010, en el extremo que no se reconoce los gastos generales incurridos en la obra y se disponga el reconocimiento del pago del monto ascendente a S/. 91,061.28 por concepto de mayores gastos generales al haberse aprobado la ampliación de plazo N° 01 por 30 días calendarios, a los que se debe de adicionar los intereses legales y gastos incurridos ”.

POSICION DEL DEMANDANTE:

Sostiene el Contratista que, mediante Resolución de Gerencia General N° 086-2010, de fecha 08 de abril de 2010, la empresa Electro Oriente S.A., otorga la ampliación de plazo N° 01 por 30 días calendarios, sin reconocimiento de gastos generales, lo cual contraviene al reconocimiento de la ley y atenta contra la voluntad de una parte en desmedro de su patrimonio.

POSICION DE LA DEMANDADA.

Que, Electro Oriente S.A., al contestar la demanda se limita a señalar que la absuelve negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, sin embargo no se manifiesta respecto a la posición del demandante sobre el reconocimiento de los gastos generales de la Ampliación de Plazo No. 01.

POSICION DEL TRIBUNAL.

Que, previamente y estando a lo establecido en último párrafo del Art.201 del Reglamento, el tribunal debe examinar si esta pretensión se encuentra dentro del plazo de caducidad; al respecto se debe precisar lo siguiente:

- *La caducidad en sentido estricto viene a ser la pérdida del derecho a entablar una demanda o proseguir la demanda iniciada en virtud de no haberse propuesto la*

pretensión procesal dentro del plazo señalado por ley. Asimismo La caducidad está referida a derechos temporales que sirven de sustento en determinadas pretensiones procesales, por lo que para que prospere deben cumplirse dos presupuestos: a) Que la pretensión tenga plazo fijado en la ley para accionar y b) Que se ejercite la acción después de haberse vencido el plazo. En conclusión, opera la caducidad cuando se ha interpuesto una demanda fuera del plazo legal, por cuanto los plazos de caducidad son fijados por ley.

- Que, el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que:

“Artículo 52. Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada está de manera independiente. Este plazo es de caducidad,

(...)

Asimismo, los procedimientos de conciliación y arbitraje se sujetarán supletoriamente a lo dispuesto por las leyes de la materia, siempre que no se opongan a lo establecido en la presente norma y su Reglamento”. (el subrayado es nuestro)

- Que, la norma mencionada preceptúa que las controversias que surjan entre las partes respecto del contrato deben ser resueltas, mediante conciliación o arbitraje, **“debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada está de manera independiente. Este plazo es de caducidad,....”**; por otra parte, el Art. 42 de la Ley, señala que: **“Tratándose de contratos de ejecución o consultoría de obras, el contrato culmina con la liquidación y pago correspondiente,....”**; por lo tanto no habiéndose aprobado aún la liquidación de obra que conlleva a la culminación del contrato, el inicio del procedimiento arbitral respecto a esta pretensión, resulta adecuado a la Ley, más aún si la norma mencionada es de superior jerarquía, la cual no puede ser tergiversada, ni desnaturalizada por disposición de menor rango como es el D.S. No.184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Que, analizado los alcances de la caducidad, corresponde analizar el fondo de la controversia.

Que, consta en autos, que mediante Resolución de Gerencia General N° G-086-2010, la Entidad otorgó al Contratista la Ampliación de Plazo N° 01 por treinta (30) días calendarios, al haberse demostrado la existencia de causal

atribuible a la entidad que afectaba la ruta crítica, sin reconocimiento de gastos generales.

Que, al respecto el art. 202° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala puntualmente que

“Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de obras adicionales que cuentan con presupuestos específicos”

Que, el artículo 10 de la Ley 27444 señala las causales de nulidad de los actos administrativos:

“Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

- 1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.*
- 2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.*
- 3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.*
- 4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.”*

Que, constituye pretensión del Contratista que se declare la nulidad y/o ineficacia de la Resolución de Gerencia General N° 086-2010, de fecha 08 de abril del 2010, en el extremo que no se reconoce los gastos generales.

Que, en relación a los alcances de la declaración de nulidad, podemos apreciar que existe nulidad total y nulidad parcial, en ese sentido el artículo 13.2. de la Ley 27444 señala lo siguiente:

“Artículo 13.- Alcances de la nulidad...”

13.2 La nulidad parcial del acto administrativo no alcanza a las otras partes del acto que resulten independientes de la parte nula, salvo que sea su consecuencia, ni impide la producción de efectos para los cuales no obstante el acto pueda ser idóneo, salvo disposición legal en contrario...”

Que, en el caso de autos consta que si bien mediante Resolución de Gerencia General N° 086-2010, la Entidad otorga la Ampliación de Plazo No. 01 por treinta (30) días calendario a favor del Consorcio Luz Verde, sin embargo no reconoce el pago de gastos generales, no obstante que el artículo 202 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, prevé el reconocimiento de estos; por lo tanto al haberse expedido la mencionada resolución en contra de lo establecido en el Reglamento, de acuerdo con el inciso 1) del Artículo 10° de la Ley 27444 adolece de nulidad, sin embargo el mencionado vicio solo afecta la Resolución de Gerencia General N° 086-2010 en cuanto a la omisión del reconocimiento y otorgamiento de mayores gastos generales; puesto que la Ampliación de Plazo N° 1 ha sido aprobada conforme al contrato y a las normas supletorias de contratación con el Estado; y mantiene su eficacia desde su notificación conforme al Artículo 16° de la Ley 27444; por lo cual, la parte de la Resolución de Gerencia General N° 086-2010, no afectada por el vicio, se mantiene firme.

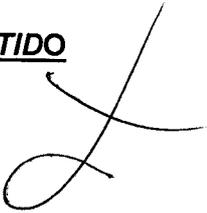
Respecto al monto de los mayores gastos generales de la ampliación de plazo N° 01, ascendente a S/. 91,061.28 nuevos soles, la Entidad demandada no ha cuestionado el cálculo de los referidos gastos generales por lo que debe tenerse por ciertos para efecto de su reconocimiento y cuyo monto se encuentra consignado en la liquidación final del contratista.

En consecuencia, corresponde declarar **FUNDADA** la pretensión del demandante contenida en el cuarto punto controvertido.


2. **ANALISIS CONJUNTO DEL PRIMERO, SEGUNDO Y TERCER PUNTO CONTROVERTIDO.**

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO





“Determinar si corresponde o no, declarar la nulidad y/o ineficacia de la Resolución de Gerencia General N° 031-2011, de fecha 22 de febrero del 2011, notificada mediante Carta GEP-130-2011 sin los documentos y cálculos detallados, por medio del cual ELECTRO ORIENTE S.A., aprueba su expediente de liquidación final de obra con un costo total de S/. 3'789,348.49 sin IGV y con un saldo por devolver ascendente a la suma de S/. 80,511.77”.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

“Determinar si corresponde o no, declarar valido y/o eficaz la liquidación final de obra, presentado en cumplimiento del artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, mediante Carta N° 001-2011/CLV, de fecha 12 de enero del 2011 y se disponga que el monto final de la liquidación de obra asciende a la suma de S/. 3'880,409.77, con un saldo a favor del consorcio por el monto ascendente a la suma de S/. 10,549.51, con más pagos de los intereses legales”.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

“Determinar si corresponde o no, se declare consentida la liquidación final de obra, presentado en cumplimiento del artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, mediante Carta N° 001-2011/CLV de fecha 12 de enero del 2011 y se disponga que el monto final de la liquidación de obra asciende a la suma de S/. 3'880,409.77, con un saldo a favor del consorcio por el monto ascendente a la suma de S/. 10,549.51, más pagos de los intereses legales”.



POSICION DEL CONTRATISTA

- Al respecto el Contratista sostiene que, la liquidación final del contrato de obra está concebida como un proceso de cálculo, técnico, ceñida a las condiciones contractuales y normativas aplicables a la relación específica



bajo contrato, siendo su finalidad determinar, fundamentalmente, el costo total de la obra y el saldo económico resultante, el mismo que puede arrojar saldo sea a favor o en contra del contratista o de la Entidad. Agrega que la liquidación, tiene además, como propósito verificar la corrección de las prestaciones a cargo de la Entidad y del contratista, por lo que se constituye en un ajuste formal y final de cuentas, que establecerá el quantum final de las prestaciones dinerarias a que haya lugar, a cargo de las partes del contrato; teniendo en consideración intereses, actualizaciones y gastos generales.

- Asimismo señala que, en el caso de la Liquidación Final de Obra, cualquier oposición realizada por alguna de las partes, debe detallar los puntos específicos a los cuales se está oponiendo y finalizar anexando su versión de la Liquidación Final a ser aprobada. En consecuencia, si una de las partes que recibe la liquidación elaborada por la otra y se encuentra en desacuerdo con la misma, puede manifestarlo por escrito, a ello se suma que tanto la liquidación presentada por el contratista como la elaborada por la entidad deben estar debidamente sustentada con la documentación y cálculo detallados, ello al amparo del artículo 211º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, esta omisión determina que la liquidación presentada sin cumplir los requisitos deviene en ineficaz.

POSICION DE LA ENTIDAD.

- La Entidad sostiene que la posición del contratista se explica porque la liquidación de la entidad arroja un saldo negativo de S/. 80,511,77 Nuevos soles, mientras que la liquidación del contratista arroja un saldo a su favor de S/. 10,549.51 Nuevos Soles, por lo que plantea formalmente su oposición y solicita se desestime todos los extremos de la demanda.

POSICION DEL TRIBUNAL.

Según lo expuesto por las partes, la controversia se centra en establecer, si se debe o no declarar nula y/o ineficaz la Resolución de Gerencia General No. 031-2011, que aprueba la liquidación final de obra de la Entidad, con un saldo en contra del Contratista de S/. 80,511.77.

Que, de acuerdo con lo establecido en la cláusula vigésima del Contrato, la liquidación del contrato de obra, se sujeta a lo establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que resulta incuestionable que el procedimiento de liquidación aplicable es el establecido en el artículo 211° del Reglamento, el mismo que regula la facultad de la Entidad para pronunciarse dentro de un plazo máximo de sesenta (60) días de recibida la liquidación del contratista, ya sea observándola, o, de considerarlo pertinente elaborando otra liquidación, notificando al contratista para que este se pronuncie dentro los quince (15) días siguientes. Del mismo modo, establece que la liquidación quedará consentida cuando practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido.

Con relación a la forma cómo debe pronunciarse la Entidad en los procesos de liquidación, resulta aplicable el artículo 42° segundo párrafo de la Ley de Contrataciones del Estado que establece una formalidad necesaria, cual es un acto resolutivo o acuerdo debidamente fundamentado en el plazo fijado en el Reglamento, caso contrario se tendrá por aprobada para todo efecto legal la liquidación presentada por el contratista.

Así, de los documentos presentados en el presente proceso tenemos que, luego que EL CONSORCIO presentara su liquidación de obra el 13 de enero de 2011, dentro del plazo establecido en el Artículo 211° del Reglamento, LA ENTIDAD disponía de un plazo de sesenta (60) días calendario para emitir pronunciamiento respecto a la liquidación presentada, ya sea observándola o, de considerarlo, necesario elaborando otra; y como se aprecia de la Carta N° 060-2011, la Entidad, a través de su Jefe del Departamento de Proyectos e Ingeniería, optó por observar el volumen No. 1, en la página del Resumen Final que incluía el monto correspondiente a los mayores gastos generales por ampliación de plazo No. 01, por la suma de S/. 91,061.28 Nuevos Soles.

Frente a este hecho, el Contratista, mediante Carta No. 005-CLV/2011, dirigida a la Entidad, se ratifica en su liquidación final de obra y

posteriormente mediante Resolución de Gerencia General No. 031-2011 de fecha 18/02/11, la Entidad aprueba su propia liquidación final de obra.

Ahora bien, hemos señalado que de acuerdo primer párrafo del artículo 211 del D.S. N° 184-2008-EF, la Entidad para pronunciarse, lo realiza ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o elaborando otra, sin embargo en el presente caso tenemos que la Entidad realiza los dos actos, primero mediante Carta N° 060-2011, recepcionada por el Contratista el 25/01/11, observa la liquidación del Contratista y posteriormente mediante Resolución de Gerencia General No. 031-2011 de fecha 18/02/11, aprueba su liquidación de obra, la cual fue notificada al Contratista el 23/02/11,

Ahora bien y conforme a lo señalado precedentemente, tanto el Contratista como la Entidad, han elaborado su propia liquidación de obra; el Contratista con un saldo a su favor ascendente a la suma de S/. 10,549.51 Nuevos Soles y la Entidad con un saldo a su favor ascendente a la suma de S/. 80,511.77 Nuevos Soles; montos que difieren sustancialmente por lo incorporación del monto de los gastos generales correspondiente a la ampliación de plazo No. 01.

En consecuencia, estando a lo resuelto en el punto controvertido precedente, donde se reconoce el monto de S/. 91,061.28 nuevos soles a favor del contratista, por concepto de gastos generales, suma que no ha sido incorporada a la liquidación elaborada por la Entidad, ha generado que la Resolución de Gerencia General N° 031-2011, de fecha 18/02/11, adolezca de nulidad al haberse expedido en contra de lo establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y de conformidad con lo establecido en el inciso 1) del Artículo 10° de la Ley 27444.

En ese sentido la liquidación del contratista ha quedado válida para los efectos de la liquidación final del Contrato No. G-088-2009, Elaboración de Estudio Definitivo y Ejecución de la Obra "Ampliación de Redes de Distribución Primaria, Secundaria y Conexiones Domiciliarias de los Distritos

de Punchana, Belén y San Juan Bautista”; con un saldo a su favor de S/.10,549.51 nuevos soles, más los intereses legales desde el consentimiento del presente laudo hasta la fecha real de pago.

3. ANALISIS DEL QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

“Determinar si corresponde o no, disponer la devolución de la carta fianza y el pago de los gastos financieros por el costo de las cartas fianzas otorgadas, emitidas por la empresa MAPFRE PERU CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS, con el pago de los intereses financieros”.

Que, de conformidad con lo establecido en el Art. 158 del Reglamento, existe la obligación de mantener vigente la Garantía de fiel cumplimiento hasta el consentimiento de la liquidación final, en consecuencia el pago de los intereses financieros no pueden ser imputables a la Entidad.

Por otra parte, habiéndose determinado la validez de la liquidación final del contrato elaborada por el Contratista, con la cual se pone fin a esta etapa contractual, corresponde disponer la devolución de la Carta fianza que obra en poder de la Entidad.

4. ANALISIS DEL SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

“Determinar si corresponde o no, disponer el pago de una indemnización por daño emergente y lucro cesante ascendente a la suma de S/. 40,000.00, por incumplimiento a las obligaciones contractuales”.

Que, nos hallamos ante un supuesto de responsabilidad civil de naturaleza contractual, debiendo por ello aplicársele las normas relativas a la inejecución de obligaciones previstas en nuestro Código Civil, a fin de determinar cuáles son los daños que deben ser indemnizados.

Sobre el particular el Artículo 1321° del mencionado cuerpo legal señala lo siguiente:

“Artículo 1321.-

(...) el resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.(...)”

De acuerdo con la norma legal antes citada, el responsable debe indemnizar tanto el daño emergente como el lucro cesante, pero únicamente si son una consecuencia directa e inmediata de su inejecución.

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 Contratista.

Ahora bien, el Contratista ha reclamado la indemnización por daño emergente y lucro cesante que se originan en el no pago de los mayores gastos generales al haberse otorgado una ampliación de plazo de 30 días calendarios por causas imputables a la Entidad, sin que la Entidad haya reconocido los mayores gastos generales que establece la Ley; sin embargo en el caso de autos el Contratista no acredita como supuesto perjudicado, los daños y perjuicios que se le habrían ocasionado y su cuantificación real.

Que, el artículo 1331° del Código Civil, prescribe que la carga de la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponden al perjudicado, por lo que al no haberse acreditado la existencia de los supuestos daños, no corresponde que la Entidad pague suma alguna referente a daños y perjuicios ocasionados a el contratista.

5. ANALISIS DEL SETIMO PUNTO CONTROVERTIDO

“Determinar si corresponde o no, se disponga que Electro Oriente S.A., asuma el pago de la totalidad de gastos arbitrales (honorarios de los árbitros y secretaría arbitral) así como los honorarios del abogado

contratado y los gastos incurridos por fotocopias y traslado a la ciudad de Lima de nuestro representante, ascendente a la suma de S/. 10,000.00”.

Este Colegiado considera a efectos de regular el pago de tales conceptos, el buen comportamiento procesal de las partes y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje, al margen del hecho de que en concepto del Tribunal Arbitral ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en vía arbitral, en consecuencia, este Tribunal estima que cada parte debe asumir los costos y costas que incurrió como consecuencia del presente proceso arbitral.

Por las razones expuestas, de acuerdo con lo establecido por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, así como por lo dispuesto en la Ley General de Arbitraje, este Tribunal Arbitral, en DERECHO,

LAUDA:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA**, la primera pretensión del demandante contenida en el primer punto controvertido, consecuentemente nula la Resolución de Gerencia General No. 031-2011 de fecha 22/02/11; por los fundamentos expuestos en los considerandos.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA**, la segunda pretensión del demandante contenida en el segundo punto controvertido, consecuentemente válida la liquidación elaborada por el Contratista de fecha 12/01/11; por los fundamentos expuestos en los considerandos.

TERCERO: Declarar que carece de objeto pronunciarse sobre la pretensión accesoria a la segunda pretensión del demandante contenida en el tercer punto controvertido.

CUARTO: Declarar **FUNDADA**, la tercera pretensión del demandante contenida en el cuarto punto controvertido, consecuentemente nula la Resolución de Gerencia General No. 086-2010 de fecha 08/04/10, en el extremo que no reconoce los gastos generales de la ampliación de plazo No.01; por los fundamentos expuestos en los considerandos.

QUINTO: Declarar **FUNDADA EN PARTE**, la cuarta pretensión del demandante contenida en el quinto punto controvertido, disponiéndose que la Entidad devuelva la carta fianza de fiel cumplimiento, por los fundamentos expuestos en los considerandos.

SEXTO: Declarar **INFUNDADA**, la quinta pretensión del demandante contenida en el sexto punto controvertido, por los fundamentos expuestos en los considerandos.

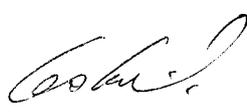
SEPTIMO: El Tribunal determina que ambas partes deberán asumir las costas y costos del proceso arbitral, en iguales proporciones.

OCTAVO: Remítase al Organismo Superior de las Contrataciones del Estado OSCE, copia del presente laudo arbitral.

Notifíquese a las partes.-


Dr. Ramiro Rivera Reyes
Presidente del Tribunal Arbitral


Dr. David Perea Sánchez
Arbitro


Dr. Jesús Iván Galindo Tipacti
Arbitro


Dr. Francisco Váñez Huarcaya
Secretario Arbitral