

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Demandante:

CVJ CONTRATISTAS GENERALES S.R.L.

En adelante El Contratista o El Demandante

Demandado:

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SALAS - ICA

En adelante La Entidad o El Demandado.

Tribunal Arbitral:

Dr. Luis Felipe Pardo Narváez – Presidente del Tribunal Arbitral

Dr. Enrique Martín La Rosa Ubillas – Árbitro

Dra. Rosa Albina Ato Muñoz – Árbitro

Secretaria Arbitral:

Dra. Massiel Rocío Mendoza Poma

RESOLUCIÓN N°14

Lima, 20 de febrero del dos mil doce.-

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 22 de febrero del 2008, CVJ Contratistas Generales S.R.L. y la Municipalidad Distrital de Salas - Ica suscribieron el Contrato de Obra N° 004-2008-MDS para la ampliación, mejoramiento, construcción de los sistemas de agua potable y alcantarillado C.P. Nuestra Señora de Guadalupe, Distrito de Salas-Ica, por un monto ascendente a S/.3'934,537.54 (Tres Millones Novecientos Treinta y Cuatro Mil Quinientos Treinta y Siete con 54/100 Nuevos Soles), y con un plazo de ejecución de ciento ochenta (180) días naturales.

No obstante, en la ejecución del Contrato surgieron controversias entre las partes que son materia del presente proceso arbitral.

II. EL PROCESO ARBITRAL

II.1 INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y PROCEDIMIENTO ARBITRAL APLICABLE

Inicio del Proceso Arbitral, Designación de los Árbitros e Instalación del Tribunal Arbitral

Surgidas las controversias entre las partes, EL CONTRATISTA designó como árbitro al doctor Enrique Martín La Rosa Ubillas.

A su vez, como árbitro de LA ENTIDAD, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE nombró a la doctora Rosa Albina Ato Muñoz, mediante Resolución N° 647-2010-OSCE/PRE, de fecha 15 de diciembre de 2010.

Por Resolución N° 254-2011/OSCE-PRE, de fecha 14 de abril de 2011, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE nombró como

tercer miembro y Presidente del Tribunal Arbitral al doctor Luis Felipe Pardo Narváez.

Con fecha 7 de junio de 2011, se instaló el Tribunal Arbitral con presencia y participación de los señores Moisés Serna Arbieto y Reynaldo Serna Arbieto, en representación de CVJ Contratistas Generales S.R.L.; así como, con presencia y participación del señor Alcalde Javier Eugenio Fernández Matta y el abogado Ronie Hernán Cevalco Farfán, en representación de la Municipalidad Distrital de Salas - Ica. En dicha Acta se señalaron las reglas del proceso y se fijaron los anticipos de honorarios de los árbitros y de la secretaria arbitral.

Cabe resaltar que las partes han aceptado plenamente la designación de este Tribunal Arbitral, al no haber recusado a los árbitros ni manifestado motivo alguno para dudar de su independencia e imparcialidad, dentro de los plazos y oportunidades establecidos en el Decreto Legislativo N° 1071 - Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, en adelante la Ley de Arbitraje.

El Convenio Arbitral y la Competencia del Tribunal Arbitral

En la Cláusula Vigésima Cuarta del Contrato, sobre la aplicación del arbitraje, se estableció que:

"En caso no haya acuerdo para la Conciliación, las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato será resuelta mediante arbitraje, conforme a las disposiciones de la LEY y su REGLAMENTO".

Por otro lado, conforme lo dispone el numeral 5 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, en adelante EL ACTA, el presente arbitraje es nacional, Ad hoc y de derecho.



Asimismo, en el convenio arbitral concordante con el numeral 36) del Acta, se pactó que el laudo del presente proceso es definitivo e inapelable y se sujetará a lo dispuesto en el artículo 59º del Decreto Legislativo N° 1071.

Procedimiento arbitral aplicable

Según lo estipulado en el numeral 6) del Acta, el arbitraje debe regirse de acuerdo con las reglas establecidas en ella y, en su defecto, de acuerdo a lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 26850 - Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, su Reglamento, y supletoriamente, por la Ley de Arbitraje - Decreto Legislativo N° 1071.

Asimismo, el Tribunal Arbitral señaló que en caso de discrepancias de interpretación, de insuficiencia de reglas o de vacío normativo respecto al contenido del Acta, resolvería en forma definitiva del modo que considere apropiado.

II.2 CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El presente laudo se expide de conformidad con lo estipulado en el Artículo 52º de la Ley de Arbitraje. Estando a lo dispuesto en el mencionado artículo, el Tribunal Arbitral advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.

En lo concerniente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en el presente proceso arbitral se ha actuado de conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del Artículo 43º de la Ley de Arbitraje, que a la letra señala que: ***"El Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva, la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas"***.

II.3 LA DEMANDA

Con fecha 21 de junio de 2011, el Contratista presentó su escrito de demanda, en los siguientes términos:

Antecedentes:

Con fecha 22 de febrero del 2008, se suscribió el Contrato de Obra N° 004-2008-MDS para la ejecución de la obra "Ampliación, Mejoramiento, Construcción de los Sistemas de Agua Potable y Alcantarillado C.P. Nuestra Señora de Guadalupe, Distrito de Salas - ICA", convocada a través de la Exoneración de Proceso N° 0004-2008-MDS/CEP.

Durante la ejecución del contrato sucedieron diversas ampliaciones de plazo, quedando como fecha definitiva de culminación de la obra el 1 de enero de 2010.

Con fecha 31 de diciembre del 2009, se concluyó con la ejecución del ciento por ciento de las partidas contratadas y con fecha 12 de mayo del 2010, luego del levantamiento de observaciones realizadas, se realizó la recepción final de la obra.

Con fecha 21 de junio del 2010, el Contratista resolvió el contrato de obra al no haber cumplido la Entidad con abonar el importe de las Valorizaciones de los meses de OCT. 2009, NOV. 2009 y DIC. 2009 pendientes de pago, no obstante estar recepcionada a satisfacción la obra, obligación que fuera requerida notarialmente conforme al procedimiento establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Pretensiones:

El Contratista procedió a formular las siguientes pretensiones:



1. Se tenga por aprobada y consentida para todos los efectos legales la liquidación final de obra presentada por el Demandante con un saldo a su favor de S/. 795,283.83.
2. Se ordene al Demandado cumpla con el pago del monto resultante de la liquidación final de obra ascendente a la suma de S/.795,283.83 (Setecientos noventa y cinco mil doscientos ochenta y tres con 83/100 Nuevos Soles) con reconocimiento de los intereses que se generen a partir del 06 de agosto del 2010, fecha en que quedó aprobada y consentida.
3. Se ordene al Demandado cumpla con la devolución de la Carta Fianza N° 0011-0337-9800002117-34 y su renovación N° 1 y Carta Fianza N° 011-0337-9800003997-38 y todas sus renovaciones por el monto de S/.393,454.00 emitida por el Banco Continental por haber culminado definitivamente el contrato de obra.
4. Se declare ineficaz y nula la Resolución de Alcaldía N° 565-2010-MDS/ALC notificada el 20 de agosto de 2010 por no ajustarse a ley ni a derecho.
5. El Demandado deberá indemnizar al Demandante por los daños y perjuicios que ocasione las renovaciones de la garantía bancaria de Fiel Cumplimiento posteriores a la fecha de consentimiento de la liquidación final de obra.
6. El Demandado deberá correr con las costas y costos que se deriven de esta controversia por haberla generado negligentemente.

Fundamentos de hecho

1. **Se tenga por aprobada y consentida para todos los efectos legales la liquidación final de obra presentada por el Demandante con un saldo a su favor de S/. 795,283.83.**

El Demandante señala que el Art. 43º de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en adelante la Ley, dispone: *"...Tratándose de contratos de ejecución o consultoría de obras, el contrato culmina con la liquidación, la cual será elaborada por el Contratista en los plazos dispuestos en el Reglamento, debiendo aquella pronunciarse en el plazo también dispuesto en el Reglamento. 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.*

Asimismo, el Demandante indica que el Art. 269º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en adelante el Reglamento, establece: *"(...) La liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido..."*

De esta manera, el Demandante manifiesta que con fecha 06 de julio del 2010, presentó la liquidación final de obra, debiendo la Entidad observar o elaborar otra liquidación a más tardar el 05 de agosto de 2010; hecho que no sucedió, quedando consentida la liquidación del Contratista, en aplicación de los dispositivos legales citados.

- 2. Se ordene al Demandado cumpla con el pago del monto resultante de la liquidación final de obra ascendente a la suma de S/.795,283.83, con reconocimiento de los intereses que se generen a partir del 06 de agosto del 2010, fecha en que quedó aprobada y consentida.**

El Demandante señala que ante la aprobación y consentimiento manifiesto por mandato expreso de la Ley y Reglamento, con fecha 09 de agosto del 2010, requirió al Demandado para que cumpla con cancelar el

importe resultante de la liquidación ascendente a la suma de S/.795,283.83, la cual no se efectuó.

Al no haberse cumplido con el pago, el Demandante sostiene que tiene derecho al reconocimiento de intereses conforme a lo establecido por el Código Civil, desde la fecha en que quedó aprobada y consentida la liquidación, esto es, a partir del 06 de agosto del 2010, hasta la fecha en que se haga efectivo el pago.

- 3. Se ordene al Demandado cumpla con la devolución de la Carta Fianza N° 0011-0337-9800002117- 34 y su renovación N° 1 y la Carta Fianza N° 011-0337-9800003997-38 y todas sus renovaciones por el monto de S/. 393,454.00 emitida por el Banco Continental por haber culminado definitivamente el contrato de obra.**

El Demandante sostiene que, de conformidad con la disposición contenida en el Art. 215° del Reglamento, entregó al Demandado una garantía de fiel cumplimiento por el 10% del monto del contrato constituida por la Carta Fianza N° 0011-0337-9800002117-34 a cargo del Banco Continental, por la suma de S/. 393,454.00, la cual luego de su primera renovación fue reemplazada por la Carta Fianza N° 011-0337-9800003997-38 a cargo del mismo Banco, por la misma suma y que se viene renovando hasta en 9 oportunidades. Esta garantía, con fecha 09 de agosto del 2010, le ha sido requerida en devolución al Demandado y tampoco mereció atención alguna.

El Demandante señala que si conforme dispone el último párrafo del Art. 204° del Reglamento, "(...) *En el caso de ejecución y consultoría de obras el contrato rige hasta el consentimiento de la liquidación*", y conforme dispone el Art. 270° del Reglamento "*Luego de haber quedado aprobada o consentida la liquidación culmina definitivamente el contrato y se cierra*

el expediente respectivo (...)"; el Demandado debe cumplir con la devolución de la garantía entregada para garantizar el Fiel Cumplimiento de contrato y todas sus renovaciones por haber culminado definitivamente el contrato de obra.

- 4. Se declare ineficaz y nula la Resolución de Alcaldía N° 565-2010-MDS/ALC, notificada con fecha 20.08.2010 por no ajustarse a ley ni a derecho.**

El Demandante manifiesta que en respuesta a la liquidación final de obra elaborada por su parte, el 20 de agosto del 2010, la Entidad remitió la Resolución de Alcaldía N° 565-2010-MDS/ALC declarando improcedente la liquidación de obra y la nulidad parcial del contrato de obra, que había sido resuelto por su parte con fecha 21 de junio del 2010, y que quedo consentido de pleno derecho dado que no fue controvertido por la Entidad, conforme a los mecanismos establecidos en el contrato, la Ley y el Reglamento.

- 5. El Demandado deberá indemnizar al Demandante por los daños y perjuicios que ocasione las renovaciones de la garantía bancaria de Fiel Cumplimiento posteriores a la fecha de consentimiento de la liquidación final de obra.**

El Demandante manifiesta que conforme dispone el Art. 215° del Reglamento, es obligación del contratista mantener la vigencia de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento de Contrato hasta el consentimiento de la liquidación final, la cual se produjo el 06 de agosto del 2010; sin embargo, el Demandado les haría incurrir en gastos de renovación de la garantía sub materia por el tiempo que demore el presente proceso; por tanto les asistiría el derecho de ser indemnizados por los daños y perjuicios que dichas renovaciones ocasionen.

6. El Demandado deberá correr con las costas y costos que se deriven de esta controversia por haberla generado negligentemente.

El Demandante indica que conforme lo dispone el Art. 47º de la Ley, los funcionarios y servidores son los responsables del cumplimiento de las normas contenidas en la Ley y Reglamento estableciendo sanciones en caso de incumplimiento. Siendo ello así, la Entidad conocía el procedimiento que establece la Ley y Reglamento respecto a las liquidaciones de obra y los efectos que causan el no pronunciamiento oportuno; sin embargo, ha generado el presente proceso arbitral, por lo que solicita que los gastos de costos y costas deben ser asumidos por el Demandado.

Fundamentos de derecho:

El Demandante ampara sus pretensiones en las disposiciones contenidas en el Contrato de obra N° 004-2008-MDS, la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento.

Medios probatorios:

El Demandante ofreció como medios probatorios, los que se indican en el escrito de demanda, desde el Anexo 1A al Anexo 1F.

Mediante Resolución N° 2, de fecha 28 de junio de 2011, se admitió a trámite el escrito de demanda, corriéndose traslado de la misma a la la Municipalidad Distrital de Salas - Ica para que cumpla con contestarla.

II.4 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Con fecha 20 de julio de 2011, el Demandado se apersonó al proceso y

contestando la demanda arbitral manifestó lo siguiente:

Petitorio

Que se declare infundada la demanda arbitral interpuesta por el Contratista, por los fundamentos que se exponen, con condena de las costas y costos emergentes de la controversia.

Fundamentos de hecho

El Demandado señala en su escrito de contestación de demanda los siguientes fundamentos de hecho:

En virtud a la situación de emergencia producida por los acontecimientos telúricos registrados el 15 de agosto de 2007 y bajo el imperio legal del D.S. N° 068-2007-PCM y D.S. N° 084-2007-PCM, se acordó ejecutar, entre otras, la obra denominada "Ampliación, Mejoramiento, Construcción de los Sistemas de Agua Potable y Alcantarillado C.P. Nuestra Señora de Guadalupe, Distrito de Salas - ICA", para cuyo objeto se aprobaron las Bases de Exoneración N° 0004-2008-MDS-ALC, con arreglo a lo establecido en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, su Reglamento y demás normas aplicables.

Las Bases aprobadas para el desarrollo del proceso y el propio proceso de selección, fueron publicados en el Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del estado - SEACE, Sistema que se constituye en una herramienta de publicidad de los diversos procesos de selección orientada a desarrollar una política de transparencia en la gestión pública.

Si se cumplió con elaborar y publicar las Bases en cuya virtud se desarrollaría el Proceso y siendo estas los documentos que contienen los requerimientos técnicos, metodología de evaluación, procedimientos y demás condiciones establecidos para la selección del postor y la ejecución contractual respectiva, se puede inferir que los participantes en el proceso y la Entidad, deben de

adecuarse a las reglas que las Bases recogen, sin posibilidad de salirse de ellas y/o substraerse de las condiciones preestablecidas, bajo sanción de nulidad.

Lo anterior, permite señalar que el Comité Especial, si bien es el órgano encargado de la elaborar las Bases de Contratación, sin embargo, aprobadas por el Titular, no puede modificarlas, tal como se ha establecido en la Resolución N° 327/2003.TC-S2 y el Pronunciamiento N° 064-2003 (GTN) donde se señala, respectivamente, que el Comité Especial "no está facultado para establecer reglas distintas de las previstas en las Bases, luego de que estas han quedado integradas" y que "las modificaciones que realice respecto de las Bases deben provenir de un cuestionamiento previo efectuado por alguno de los adquirentes de Bases, no estando el Comité Especial autorizado para efectuar variaciones no requeridas a pedido de parte".

En ese mismo sentido, la Resolución N° 1026/2007-TC-SI ha dejado sentado que "Si en el Proceso de Selección no se presentan consultas, ni observaciones, no corresponde que el Comité Especial modifique de oficio y sin justificación alguna de las Bases Integradas en la etapa de las Bases Integradas. En estos casos el Comité Especial, al momento de registrar las Bases integradas en el SEACE, debe registrar las Bases Administrativas originales".

Atendiendo a que, conforme el Contrato que integran las Bases publicadas en el SEACE, el objeto del proceso de selección por Exoneración N° 004-2008-MDS, denominado "Ampliación, Mejoramiento, Construcción de los Sistemas de Agua Potable y Alcantarillado C.P. Nuestra Señora de Guadalupe, Distrito de Salas - Ica", fue a Suma Alzada y no a Precios Unitarios; por tanto, el Contratista y la Entidad se encuentran en la obligación de ejecutar la mencionada obra al 100% por el monto establecido en el expediente de contratación. Lo mismo se extrae de la Declaración Jurada que como Anexo N° 01 integra las Bases Administrativas, por la que el Contratista, en concordancia con el Artículo 76° del Reglamento, declaró bajo juramento que

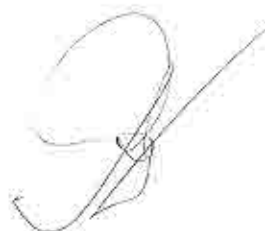
"su representada conoce, acepta y se somete a las bases, condiciones y procedimientos del proceso de selección".

Precisamente, las publicaciones tanto de las Bases como el de los instrumentos que se insertan a ellas como Anexos, permite a las personas tomar cabal conocimiento del proceso, no sólo en lo que a sus etapas y términos refieren, sino fundamentalmente, a la parte sustantiva del mismo, y su conocimiento fomenta la mayor participación de postores en función al objeto del proceso, y a la obtención de la propuesta técnica y económica más favorable.

La Ley preconiza el Principio de Trato Justo e Igualitario, cuanto establece que "Todo postor de bienes, servicios, o ejecución de obras debe tener participación y acceso para contratar con las Entidades en condiciones semejantes a las de los demás, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas, salvo las excepciones de ley".

En la cláusula segunda del contrato suscrito entre el Demandante y la Entidad, se estableció que "EL CONTRATISTA bajo la modalidad de Exoneración de Proceso, se compromete a llevar a cabo la ejecución de la obra en la Municipalidad Distrital de Salas - Ica (...) de acuerdo con lo expresado en las bases que incluye el Expediente Técnico de Obra, Propuesta Técnica y Económica de EL CONTRATISTA y demás documentos que forman parte integrante del contrato", no obstante, por razones que se desconocen y que serán materia de acciones administrativas y/o pertinentes, a fin de deslindar responsabilidades, se desnaturalizó el objeto del contrato modificándose el sistema de contratación (De Suma Alzada a Precio Unitario), lo que revela una eventual infracción de la norma, y que la actual Administración está dispuesta a corregir, en aras del principio de transparencia e imparcialidad.

El error no es fuente de obligaciones, la Ley proscribe el ejercicio y la omisión abusiva de un derecho y los actos administrativos para que revistan validez y



eficacia legal deben dictarse conforme al ordenamiento jurídico, sancionándose con nulidad, de pleno derecho, aquellos actos administrativos que se han dictado contraviniéndose a la Constitución, las leyes o las normas reglamentarias.

El Titular del Pliego de la Municipalidad Distrital de Salas, sobre la Bases de los Informes N°s 040-2010-DSU/MDS-ICA, de fecha 8 de marzo de 2010, y 121-2010-MDS/ALE, de fecha 20 de julio de 2010, evacuados por la Jefatura de la División de Servicios Urbanos y la Asesoría Legal Externa, emitió la Resolución de Alcaldía N° 565-2010-MDS/ALC, de fecha 5 de agosto de 2010, que hoy se pretende cuestionar, deviniendo en improcedente la pretensión del demandante, de que se declare su ineficacia y nulidad.

Con la dación de la Resolución de Alcaldía N° 565-2010-MDS-ALC, se recoge lo que en su momento estableció el Tribunal en la Resolución N° 1947-2007-TC-S4, en el sentido que "...Las autoridades administrativas que tienen a su cargo la conducción de los procesos de selección o que son responsables de emitir acuerdos o resoluciones respecto de ellos, deben asumir conductas y tratamientos que garanticen la mayor imparcialidad y objetividad a los postores participantes, de modo que con sus actuaciones no excedan los límites o facultades que les han sido otorgadas y no se beneficie o perjudique a un postor de manera indebida".

No obstante lo manifestado, la Municipalidad propone determinar el pendiente de pago que eventualmente pudiera existir como consecuencia de la ejecución de la obra, pero bajo la modalidad de suma alzada, en concordancia con lo establecido por las bases administrativas que originaron la adjudicación de la obra, con sujeción al Art. 35° del Reglamento, así como el reconocimiento de los adicionales que pudieran haberse realizado en la obra materia de controversia, con lo cual se estaría reproduciendo la propuesta realizada con ocasión del proceso de conciliación promovido por el Contratista, ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Ica, en los

