

Expediente N° 144- 25 -10

LAUDO ARBITRAL

DEMANDANTE:

CONALVIAS S.A. SUCURSAL PERU (en adelante
CONALVIAS o el demandante)

DEMANDADO:

**INSTITUTO METROPOLITANO PROTRANSPORTE
DE LIMA - PROTRANSPORTE** (en adelante
PROTRANSPORTE o el demandado)

TIPO DE ARBITRAJE:

Institucional y de Derecho

TRIBUNAL ARBITRAL:

Dr. Luciano Barchi Velaochaga

Dra. Elvira Martínez Coco

Dr. Juan Luis Avendaño Valdez

SECRETARIA ARBITRAL:

Silvia Rodríguez Vásquez

Resolución N° 16

En Lima, a los trece días del mes de febrero del año dos mil doce, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada:

I. **Existencia del Convenio Arbitral, Designación de árbitros e Instalación de Tribunal Arbitral**

1.1. El Convenio Arbitral. Está contenido en la Cláusula Décimo Novena del Contrato de Obra N° 038 – 2009 – MML/IMPL celebrado con fecha 29/10/09, en el cual las partes acuerdan someter el arbitraje a la administración, organización y reglas del Centro Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú y será de Derecho.

1.2. Instalación de Tribunal Arbitral. Con fecha 19/01/11 se realizó la Audiencia de Instalación de Tribunal Arbitral constituido por los árbitros, doctor Luciano Barchi Velaochaga como Presidente del Tribunal Arbitral, y los doctores Elvira Martínez Coco y Juan Luis Avendaño Valdez, en calidad de árbitros; con la asistencia de CONALVIAS S.A. SUCURSAL PERU, representado por el señor Andrés Aray Jiménez, acompañado de sus abogadas doctora María del Carmen Tovar Gil y Jessica Cubas Otárola; y de otro lado, Instituto Metropolitano Protransporte de Lima – PROTRANSPORTE representado por el doctor Gonzalo Manuel Pazos Sotomayor, acompañado de su abogada doctora Gabriela Carolina Campos Bernuy.

1.3. En dicho acto, el Tribunal Arbitral otorgó a CONALVIAS el plazo de veinte (20) días para que presente la demanda arbitral.

II. Normatividad aplicable al Proceso Arbitral

- 2.1. Conforme a lo establecido en el acta de instalación, son de aplicación al presente proceso arbitral, el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en forma supletoria, el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje. Se estableció que, en caso de discrepancias de interpretación o de insuficiencia de tales reglas, el Tribunal Arbitral resolvería en forma definitiva del modo que considere apropiado.

III. De la Demanda Arbitral presentada por CONALVIAS

- 3.1. **CONALVIAS S.A. SUCURSAL PERU** mediante escrito N° 1 de fecha 11/02/11, dentro del plazo conferido en el Acta de Instalación, presenta su demanda arbitral, ofreciendo los medios probatorios que apoyan su posición.
- 3.2. Como primera pretensión principal, CONALVIAS solicita se declare que la Liquidación del Contrato de Obra efectuada por el demandante mediante carta N° PT-GT-PN-005-10 de fecha 13/04/10 ha quedado consentida y firme.
- 3.3. Como pretensión subordinada a la primera pretensión principal, CONALVIAS solicita que en caso se desestime la primera pretensión principal se declare aprobada y consentida la Liquidación de Obra presentada por el demandante mediante carta N° PT-GT-PN-005-10 de fecha 13/04/10.
- 3.4. Como primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal y a la primera pretensión subordinada a la primera principal, CONALVIAS solicita se ordene a PROTRANSPORTE que pague a favor del demandante el saldo a favor de la liquidación que asciende a S/. 44,862.07.
- 3.5. Como segunda pretensión accesoria a la primera pretensión principal y a la primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal, CONALVIAS solicita se ordene a PROTRANSPORTE que devuelva la Carta Fianza de Fiel cumplimiento que obra en su poder en respaldo de las obligaciones contractuales de la demandante.

- 3.6. Como segunda pretensión principal, CONALVIAS solicita se ordene a PROTRANSPORTE que pague el monto de S/. 21,642.88 como compensación o indemnización por el mayor costo que le ha generado el mantener la Carta fianza por un plazo adicional debido al incumplimiento de PROTRANSPORTE de su obligación de aprobar la liquidación y devolver la fianza.
- 3.7. Como pretensión accesoria a la primera pretensión principal y a la primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal, CONALVIAS solicita que se reconozca y pague los intereses sobre el monto que este tribunal ordene pagar a PROTRANSPORTE a favor de CONALVIAS desde el 13/04/10 hasta la fecha en que PROTRANSPORTE efectúe el pago de lo ordenado a pagar por el Tribunal Arbitral en el laudo.
-
- 3.8. Como tercera pretensión principal, CONALVIAS solicita se condene a PROTRANSPORTE el pago de Costos y Costas del proceso arbitral.
- 3.9. Como antecedentes, CONALVIAS manifiesta que en fecha 21/10/09, mediante Resolución de Gerencia N° 039-2009-MML/IMPL/GG, se aprobó la contratación de la Empresa CONALVIAS S.A. SUCURSAL PERÚ por un monto de S/. 12,804,731.71.
-
- 3.10. CONALVIAS señala que la controversia se deriva de la ejecución del Contrato N° 38-2009-MML/IMPL que fue suscrito por las partes en fecha 29/10/09 para la ejecución de la obra "Movimiento de Tierras del Patio Norte Sinchi Roca", consistente en efectuar excavaciones masivas, rellenos compactados y eliminación de material orgánico.
- 3.11. Como fundamentos de hecho, CONALVIAS indica que la obra "Movimiento de Tierras del Patio Norte Sinchi Roca" se ubica entre las Avenidas Los Incas y Sinchi Roca, departamento de Lima, Provincia Lima, distrito Comas; y las actividades involucradas en la obra consistían en excavaciones masivas, rellenos compactados, eliminación de material orgánico, entre otros. El día 10/02/10 CONALVIAS solicita la recepción de la obra. Con fecha 22/02/10 se designa el Comité de Recepción de Obra. El 08/03/10 el Comité de Obra verificó la obra, formulando observaciones menores que fueron levantadas. En fecha

10/03/10 se procedió a elaborar y suscribir el Acta de Verificación y Recepción de obra. En fecha 13/04/10, mediante Carta N° PT-GT-PN-005-10 CONALVIAS presentó la liquidación final de la obra de S/. 44,862.07 a favor del demandante.

3.12. En fecha 09/06/10, mediante Oficio N° 022-2010-MML/IMPL/GOM MOV. TIERRAS, PROTRANSPORTE informó a la Supervisión y al demandante que había tomado conocimiento que en la ejecución de los trabajos no se cumplió con lo indicado en el Numeral 2 del Acta de Reunión de fecha 06/01/10. Con fecha 18/06/10, mediante carta N° PT-GT-PN-009-10, CONALVIAS contesta la carta antes indicada, señalando que no es correcta la afirmación de PROTRANSPORTE y que al no haber observación propia a la liquidación, de acuerdo a lo establecido en el artículo 211 del LCE se encuentra consentida.

3.13. En fecha 06/07/10, mediante oficio N° 025-2010-MML/IMPPL/GOM MOV TIERRAS, PROTRANSPORTE informó a CONALVIAS que, en su concepto, la liquidación no quedó consentida porque fue observada mediante Oficio N° 022-2010-MML/IMPL/GOM MOV. TIERRAS. En fecha 20/07/10, mediante Carta PT-GT-CN-011-10, CONALVIAS responde indicando que el contenido del Oficio N° 022-2010-MML/IMPL/GOM MOV. TIERRAS no puede considerarse como una observación a la liquidación, ya que el motivo que invocan como observación no se refiere a la liquidación.

3.14. Al respecto, CONALVIAS señala que de acuerdo al artículo 42 del LCE, los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente, es decir con el acta de recepción de obra. Asimismo, en el artículo 210 RLCE se señala que una vez efectuada la Recepción de Obra, no se puede formular nuevas observaciones, debido a que el Acta de Recepción se suscribe una vez subsanadas todas las observaciones.

3.15. Después de la Recepción de Obra corresponde la liquidación del Contrato de Obra regulado en el artículo 211 del RLCE. El procedimiento de liquidación consiste en confrontar las prestaciones ejecutadas contra los pagos efectuados y definir si existe un saldo a favor de alguna de las partes. CONALVIAS determina que el procedimiento de liquidación es el siguiente:

- a) El contratista presentará la liquidación de obra debidamente sustentada, es decir, con los cálculos detallados en el plazo de 60 días calendario o 1/10 del plazo vigente de la obra desde que se produjo la recepción de obra.
- b) Ante lo cual, PROTRANSPORTE debería pronunciarse dentro de los 60 días de recibida la liquidación, de no hacerlo quedaría consentida.
- c) Si PROTRANSPORTE observara la liquidación presentada, CONALVIAS debería pronunciarse dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación, de no hacerlo quedaría aprobada.
- d) En tal caso, si CONALVIAS no acogía la observación, ésta deberá manifestarlo por escrito dentro de quince (15) días. Bajo este supuesto, dentro de los quince (15) días siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje según corresponda, en la forma establecida en los artículos 214 y 215 del RLCE.

3.16. En el caso particular, presentada la liquidación por CONALVIAS, PROTRANSPORTE tenía 60 días para pronunciarse, venciéndose el plazo el 12/06/10. Si bien el 16/04/10 PROTRANSPORTE, mediante Oficio N° 020-2010-MML/IMPL/GOM MOV TIERRAS comunicó al Supervisor que el personal técnico de la obra había detectado supuestas observaciones a la Obra. Sin embargo, ésta no es una observación a la liquidación. Por lo tanto, CONALVIAS considera que la liquidación no ha sido observada y debería quedar aprobada. No cabe pretender que CONALVIAS absuelva tal observación no concerniente a la liquidación.

3.17. La observación formulada por PROTRANSPORTE es de carácter técnico referente a la obra, y no a la liquidación presentada por CONALVIAS, ya que este tipo de observaciones deberá versar necesariamente sobre los aspectos económicos y no sobre aspectos de la ejecución de la obra.

3.18. Asimismo, CONALVIAS solicita que se reconozca una indemnización o compensación a su favor, por mantener la Carta fianza vigente desde la carta N° PT-GT-PN-005-10 de fecha 13/04/10 hasta la fecha en que se devuelve la carta fianza a CONALVIAS. Al respecto, CONALVIAS señala que se está generando

un perjuicio por asumir el costo financiero de mantener una carta fianza por un plazo mayor.

- 3.19. CONALVIAS solicita, además, el pago de intereses de acuerdo al artículo 262 del Reglamento de la LCE y el Código Civil.

IV. De la Subsanación de la Demanda

- 4.1. Mediante Resolución N° 01 de fecha 10/03/11, el Tribunal Arbitral requirió a CONALVIAS para que en el plazo de tres (3) días cumpla con subsanar los defectos advertidos sobre el ofrecimiento de los medios probatorios.

- 4.2. Mediante escrito N° 2 de fecha 01/03/11, CONALVIAS cumple con subsanar las observaciones indicadas en la Resolución N° 1.

V. De la Contestación y Reconvención de la Demanda.

- 5.1. PROTRANSPORTE mediante escrito S/N de fecha 07/04/11, dentro del plazo conferido en el Acta de Instalación, presenta su contestación y reconvención a la demanda arbitral ofreciendo los medios probatorios que apoyan su posición.

- 5.2. Como antecedentes PROTRANSPORTE indica que con fecha 21/10/09, mediante Resolución N° 39-09-MML/MPL/GG se aprobó la contratación de CONALVIAS para llevar a cabo la Obra "Movimiento de Tierras del Patio Norte Sinchi Roca", por un monto de S/. 12,804,734.71 incluido IGV. En fecha 29/10/10 se suscribió el Contrato de Ejecución de Obra N° 036-2009-MML/MPL entre las partes.

- 5.3. Según la Memoria Descriptiva, el objetivos del contrato eran; en primer lugar, ejecutar las excavaciones masivas con fines de eliminación de todo material de relleno y/o material orgánico encontrados a profundidades variables en el área de inventario del PATIO NORTE SINCHI ROCA (extensión de 78,093.16 m2) ubicado en el sector norte (colindante al Parque Zonal Sinchi Roca) de la vía COSAC I, con los requerimientos de área y volúmenes a intervenir contenidos en el Anexo N° 01. En segundo lugar, realizar trabajos de demolición, eliminación y

reconformación del terreno para dar a éste el nivel indicado y características que permitan iniciar la construcción del patio taller.

5.4. En fecha 06/11/09, CONALVIAS, mediante carta CP-PN-GT-0003-09 solicita un Adelanto Directo por la suma de S/. 2'560,945.94 incluido IGV equivalente al 20% del importe del contrato. Asimismo, adjuntó la Carta Fianza N° D193-D0894767 emitida por el Banco de Crédito por dicho monto y con vigencia hasta el 02/02/10. Con fecha 12/11/09, PROTRANSPORTE abonó el Adelanto Directo solicitado, dándose inicio al cómputo del plazo de ejecución de obra el 13 de noviembre del 2009, conforme lo dispone la Cláusula Novena del Contrato de Obra. En ese sentido, el vencimiento del plazo contractual sería el 11/01/10. Durante el desarrollo de la Obra se otorgaron dos ampliaciones de plazo por un total de 30 días calendario, por lo que la fecha de culminación se desplazó al 10/02/10.

5.5. Mediante Acta de Reunión de fecha 06/01/10 se requirió la aprobación de Presupuesto Adicional N° 01 por "Mayores Metrados y Partida Nueva", ya que en el terreno existía un mayor metrado orgánico por debajo del nivel indicado en los planos. Mediante Resolución de Gerencia General N° 015-2010-MML/MPL/GG de fecha 22/01/10 se aprobó el presupuesto adicional por la suma de S/. 2,772,910.15 incluido IGV. Asimismo, se aprobó el presupuesto deductivo vinculante N° 01 "Menores Metrados" por la suma de S/. 1'373,498.96 incluido IGV con una incidencia directa de 10.726% respecto al monto del contrato original.

5.6. PROTRANSPORTE señala que, debido a la ejecución del presupuesto adicional y la falta de disponibilidad de las zonas para la ejecución de los trabajos, sumadas a las indefiniciones en los trabajos de movimiento de tierra constituyeron las causales para que se aprobaran las ampliaciones de plazo N° 01 y 02.

5.7. Con fecha 11/05/10, mediante Carta N° 074-10-PNSR-CPS el Supervisor presentó el Informe Final respecto a la liquidación de la obra, precisando que ha sido elaborada en cumplimiento de lo dispuesto en los numerales E.4.1 y E.4.2 de los Términos de Referencia del Contrato de Supervisión, solicitando su

revisión y aprobación correspondiente. Asimismo, señaló que la liquidación se efectuó con metrados conciliados con el Contratista.

5.8. En fecha 10/03/10 se suscribió el Acta de Recepción de Obra "Movimiento de Tierras del Patio Norte Sinchi Roca".

5.9. En fecha 13/04/11, mediante Carta PT-GT-PN-0005-10, CONALVIAS remite su liquidación de obras para su aprobación correspondiente; sin embargo, con fecha 09/06/10, a través del Oficio N° 22-2010-MML/IMLP/GOM MOV TIERRAS PROTRANSPORTE hace de conocimiento las observaciones detectadas respecto a los trabajos de movimientos de tierras, al no haberse cumplidos dichos trabajos de conformidad a lo establecido en el numeral 2 de la referida acta.

5.10. CONALVIAS, a través de la Carta PT-GT-PN-009-10 manifiesta que la liquidación del contrato de obra ha sido presentada con fecha 13/04/10, indicando que la observación efectuada no guarda relación con la cuantificación o valores desarrollados en dicha liquidación, habiendo quedado consentida. Debido a ello, PROTRANSPORTE emitió el Oficio N° 025-2010-MML/IMPL/GOM MOV DE TIERRAS, mediante el cual indica que la liquidación remitida no ha quedado consentida, teniendo en consideración que desde su recepción el 13/04/10 y en mérito al plazo de sesenta (60) días para efectuar observaciones, dicho plazo vencería el 12/06/10, por tanto, la observación de la liquidación realizada con fecha 9/06/10 se encontraría dentro del plazo legal para su emisión.

5.11. PROTRANSPORTE indica que el contrato suscrito por las partes no ha concluido, ya que esta queda determinada con la respectiva liquidación de obra, la misma que se encuentra pendiente de aprobación por parte de la Entidad, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante D.L. N° 1017.

5.12. En ese sentido, los informes N° 015-2011-MML/IMPL/GOM/mam y N° 016-2011-MML/IMPL/GOM/mam de fechas 24/03/11 y 29/03/11 respectivamente, indican que el Oficio N° 22-2010-MML/IMPL/GOM MOV TIERRAS, por el cual PROTRANSPORTE observa la liquidación de obra efectuada por CONALVIAS,

comunicándole que no se habría cumplido con lo indicado en el Numeral 2 del Acta de reunión de fecha 06/01/10. Al respecto CONALVIAS señala que la observación a la liquidación de obra debe efectuarse a la cuenta o cuantificación de la misma y no de la obra, por tanto al no observar la cuantificación PROTRANSPORTE ha consentido; y que las observaciones a la obra se dan en el proceso de verificación y recepción de la misma y no son materia de un proceso de liquidación.

5.13. Sobre el punto anterior, PROTRANSPORTE señala que existe la OPINIÓN N° 087-2008/DOP, que corre en autos, mediante la cual el CONSUCODE (hoy OSCE) precisa el concepto de liquidación de Obra. Considerando la OPINIÓN citada, PROTRANSPORTE señala que de la revisión de la liquidación de obra remitida por el contratista, existen incongruencias con relación a las prestaciones contractualmente determinadas por las partes, es decir, entre lo ejecutado y liquidado existen discrepancias, las cuales se detectaron en el Oficio N° 22-2010-MML/IMPL/GOM MOV TIERRAS. Dicho Oficio no solo se refiere a la calidad del material utilizado sino, además a la cantidad de obra realmente ejecutada; lo cual constituye una observación a la liquidación, toda vez que la valorización recalculada totaliza una suma menor a la indicada y consecuentemente el Costo Final de la Obra es menor al consignado por el contratista en su liquidación.

5.14. De lo anterior, PROTRANSPORTE concluye que con el Oficio N° 22-2010-MML/IMPL/GOM MOV TIERRAS, sí observó la cuantificación de la liquidación dentro del plazo dentro del plazo establecido normativamente, la misma que a la fecha no ha quedado consentida.

5.15. CONALVIAS indica que la observación efectuada por PROTRANSPORTE es extemporánea, por haberse realizado con posterioridad al Acta de Verificación y Recepción de Obra de fecha 10/03/10; sin embargo, no considera que dicha observación es efectuada considerando lo ejecutado en obra y lo acordado en el Acta de Reunión de fecha 06/01/10, la misma que fue verificada con posterioridad a la recepción de obra, pero que no impide aplicar lo dispuesto en la Cláusula Décimo Tercera del Contrato de Ejecución de Obra, que establece responsabilidad del contratista por vicios ocultos.

5.16. PROTRANSPORTE señala que no existe responsabilidad contractual de CONALVIAS por la elaboración del Expediente Técnico, pero como existen defectos en la obra y el contrato se encuentra vigente, ya que la liquidación no ha quedado consentida, PROTRANSPORTE puede proceder a evaluar los defectos generados en obra.

5.17. Los defectos detectados son: 1) La excavación, eliminando el material orgánico hasta 2.00 m por debajo de la subrasante proyectada, no se ha iniciado en la Progresiva km 0 + 180, como indica el acta, sino en la progresiva km 0 + 170; y 2) En la zona de estructuras, no se ha excavado hasta los 3.00 m por debajo de la subrasante, ni se ha rellenado con material "conglomerado de Lima", como dispone la citada acta.

5.18. Sobre la primera pretensión subordinada de la primera pretensión principal, por la cual el demandante solicita al Tribunal Arbitral declare consentida la Liquidación del Contrato de Obra, PROTRANSPORTE se remite a los descargos antes reseñados, ya que la liquidación presentada por CONALVIAS presenta inconsistencias con relación a los acuerdos asumidos en el Acta de Reunión de fecha 06/01/10.

5.19. Respecto a las obligaciones contractuales de CONALVIAS, PROTRANSPORTE señala que la liquidación presentada por el demandante no ha quedado consentida y que, además, existe negligencia contractual en la ejecución de la Obra "Movimiento de Tierras del Patio Norte Sinchi Roca", considerando que CONALVIAS omitió información relevante que permita concluir adecuadamente la ejecución de la obra, debido a que no dieron al terreno el nivel y características que permitan iniciar la construcción del Patio Taller Sinchi Roca, lo cual generó a PROTRANSPORTE gastos adicionales para el cumplimiento del objeto del contrato, debido a que se encontraron lentes de basura a mayor profundidad de lo establecido en el expediente técnico.

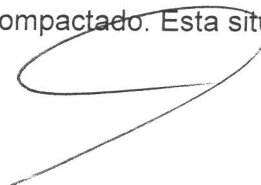
5.20. PROTRANSPORTE señala que en las excavaciones masivas destinadas a la eliminación de todo material de relleno y/o material orgánico se ubicaron mayores residuos a profundidades en promedio superiores a los 6.0 m. de profundidad en el área de inventario del PATIO NORTE SINCHI ROCA, ubicado

en el sector norte, hecho que no fue comunicado a PROTRANSPORTE con la finalidad de disponer las acciones necesarias para su remoción inmediata.

5.21. Sobre el contrato suscrito por las partes, PROTRANSPORTE indica que existe un deber de ejecución contractual entre las partes, respecto a las características que por su naturaleza tienen los contratos en general. PROTRANSPORTE señala que el contrato es de prestaciones recíprocas, oneroso, conmutativo, y de suma alzada, es decir que el valor de la contraprestación a favor del demandante, se determinaría con exactitud sobre la base de una serie de actividades específicas denominadas partidas, que cuentan cada una con una unidad de medida particular, y con un precio denominado precio unitario, por lo que si se debían ejecutar mayores metrados se procedería una mayor contraprestación, tan es así que se suscribieron sendas adendas a favor de la obra.

5.22. Al respecto, atendiendo a las obligaciones contractuales de las partes, CONALVIAS debió informar a PROTRANSPORTE acerca de mayores metrados para ejecutar en la obra, relacionadas a las observaciones detectadas en el expediente técnico entregado, con la finalidad de culminar adecuadamente el contrato, el mismo que se encuentra detallado en el Expediente Técnico de la Obra, literal C. En resumen el objetivo del contrato consistía en ejecutar excavaciones con fines de eliminación de todo material de relleno y/o material orgánico encontrado a profundidades variables, como también realizar los trabajos de demolición, eliminación y reconformación del terreno para dar al mismo el nivel indicado y características que permitan iniciar la construcción del patio taller.

5.23. PROTRANSPORTE indica que como parte de la ejecución del proyecto, recepcionada la obra se entregó a la empresa PGN Gas Norte SAC el terreno donde se iba a implementar un gasocentro. Dicha empresa contrató a la empresa GEOS Consultores Asesores SAC para que evalúe el terreno entregado. Este último elaboró un informe donde denotaba que en el terreno evaluado, existía material contaminado, que debería ser retirado y reemplazado por material seleccionado y debidamente compactado. Esta situación le ocasionó



a PROTRANSPORTE costos adicionales por el sobre costo que PGN tendría que invertir para poder usar el terreno que fuera entregado.

5.24. PROTRANSPORTE indica que evaluó el resultado de la obra, comprobándose que el material encontrado era basura orgánica. Mediante un estudio de suelos se encontró un lente de grandes dimensiones de basura y mala compactación del terreno que hacían necesario que el mismo sea extraído en su totalidad, hecho que no fue comunicado por CONALVIAS oportunamente, con la finalidad de proceder a solicitar los adicionales correspondientes, sino simplemente se limitó a ejecutar lo establecido en el expediente técnico, omitiendo información que permitía corregir los defectos detectados en dicho expediente, situación que desmerece la obra ejecutada.

5.25. Sobre la segunda pretensión accesorio a la primera pretensión principal y a la primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal, PROTRANSPORTE indica que en aplicación del artículo 158° del Reglamento a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, la garantía otorgada debe encontrarse vigente bajo responsabilidad de la empresa contratista. PROTRANSPORTE considera que no cabe devolver la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento hasta determinar la liquidación final del Contrato de Ejecución de Obra "Mantenimiento de Tierras del Patio Norte Sinchi Roca", debido a que aún no se encuentra consentida.

5.26. Sobre la segunda pretensión principal, PROTRANSPORTE indica que no ha incumplido sus obligaciones, lo cual no genera daño a CONALVIAS, pues ésta última tiene que mantener la Carta Fianza hasta la liquidación del contrato, hecho que si bien genera un costo financiero, éste debe ser asumido por la empresa contratista en mérito del artículo 158° del Reglamento a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del estado.

5.27. Sobre la pretensión accesorio a la primera pretensión principal y a la primera pretensión subordinada de la primera pretensión principal, PROTRANSPORTE señala que al no quedar consentida la liquidación, el tiempo que se demore establecer el monto de la liquidación final y los intereses que deriven del mismo por el pago correspondiente no compete atribuirlo a PROTRANSPORTE,

considerando que existiendo observaciones no subsanadas por CONALVIAS en la liquidación efectuada, la misma aún se encuentra pendiente de liquidación por causa imputable a dicha empresa.

5.28. Sobre la tercera pretensión principal, PROTRANSPORTE señala que debe ser CONALVIAS debe asumir los costos del presente arbitraje.

5.29. Sobre la reconvención de PROTRANSPORTE. Solicita al Tribunal Arbitral que declare que la liquidación de obra efectuada por CONALVIAS mediante Carta N° PT-GT-PN-005-10 de fecha 13/04/10, aún no se encuentra consentida debido a que la misma fue observada por PROTRANSPORTE en mérito al Oficio N° 022-2010-MML/IMPL/GOM MOV TIERRAS, de conformidad al procedimiento establecido en el artículo 211° del Reglamento a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

5.30. PROTRANSPORTE solicita al Tribunal Arbitral, en segundo lugar, que declare la ineficacia y/o nulidad de la liquidación de obra efectuada por CONALVIAS, mediante Carta N° PT-GT-PN-005-10 de fecha 13/04/10, por un monto de S/. 44,862.07 a su favor, debido a que la misma presenta inconsistencias entre lo ejecutado en obra y solicitado en liquidación de obra de conformidad al incumplimiento de los metrados a ejecutar en el Numeral 2 del Acta de Reunión de fecha 06/01/10.

5.31. PROTRANSPORTE solicita al Tribunal Arbitral, en tercer lugar, que el Tribunal Arbitral determine la correcta liquidación del Contrato de Ejecución de Obra: "Movimiento de Tierras del Patio Norte Sinchi Roca", sobre la base del peritaje requerido por PROTRANSPORTE en los medios probatorios de la contestación a la demanda.

VI. De la Subsanación de la Contestación y Reconvención de la demanda, presentada por PROTRANSPORTE.

6.1. Mediante Resolución N° 05 de fecha 18/04/11, el Tribunal Arbitral requirió a **PROTRANSPORTE** para que en el plazo de tres (3) días cumpla con subsanar la presentación de su escrito de contestación y reconvención de la demanda

arbitral, debiendo precisar qué se propone acreditar con los medios probatorios ofrecidos, según lo ordenado en el numeral 22) del Acta de Instalación.

- 6.2. Mediante Resolución N° 06 de fecha 27/04/11 el Tribunal Arbitral tiene por cumplido el mandato conferido mediante Resolución N° 05 por parte de PROTRANSPORTE mediante escrito de fecha 20/04/11 y en consecuencia tuvo por admitida la contestación y reconvención a la demanda presentada por PROTRANSPORTE.

VII. Contestación a la reconvención de PROTRANSPORTE, presentada por CONALVIAS en fecha 31/05/11.

- 7.1. Sobre la primera pretensión de PROTRANSPORTE, CONALVIAS señala que los contratos de obra culminan con el acta de recepción de obra, con la ejecución total de todas las partidas programadas mensualmente y valorizadas. En el caso concreto, se observa que se cumplió con el procedimiento para la recepción de obra, ya que se firmó el Acta de verificación y recepción de obra.
- 7.2. CONALVIAS presentó su liquidación debidamente sustentada mediante Carta N° PT-GT-PN-005-10 de fecha 13/04/10. PROTRANSPORTE contaba con 60 días para pronunciarse, venciendo el 12/06/10. Si bien mediante Oficio N° 020-2010-MML/IMPL/GOM MOV TIERRAS, PROTRANSPORTE comunicó supuestas observaciones a la obra, éstas tratan sobre aspectos técnicos y no tienen relación con la liquidación.
- 7.3. Para respaldar su posición CONALVIAS hace referencia a la Opinión N° 42-2006/GNP del OSCE, así como la Opinión N° 104-2009/DTN del OSCE y la Opinión N° 119-2005/GTN del OSCE. De esta forma, siendo que la observación no se refiere a la Liquidación del contrato de Obra, CONALVIAS considera que no se ha realizado observación a la liquidación y ha quedado consentida.
- 7.4. Sobre la Segunda Pretensión de PROTRANSPORTE, CONALVIAS considera que no existe motivo para que se declare nula la liquidación. Al respecto, la observación que formuló PROTRANSPORTE debió en todo caso ser hecha y

absuelta antes que el demandado reciba y acepte la obra, ya que es una observación de carácter técnico.

VIII. Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos

8.1. Con fecha 27/06/11, se realizó la Audiencia de fijación de Puntos Controvertidos. Con la asistencia de CONALVIAS representada por el señor Andrés Aray Jiménez, acompañado por sus abogadas, doctora María del Carmen Tovar Gil y Jessica Cubas Otárola; y, de otro lado, PROTRANSPORTE representado por el doctor Jorge Antonio Moran Acuña.

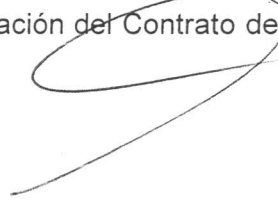
8.2. Conforme a lo establecido en el artículo 48° del Reglamento del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, el Reglamento) el Tribunal Arbitral inició el diálogo e invocó a las partes para que llegaran a un acuerdo conciliatorio. En dicho acto, los representantes de cada una de las partes hicieron uso de la palabra señalando que por el momento no es posible llegar a un acuerdo conciliatorio. No obstante, se dejó abierta la posibilidad de que ellas logren dicho acuerdo en cualquier etapa del proceso. En vista de lo anterior, se procedió a continuar con la presente Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos.

8.3. Acto seguido, el Tribunal Arbitral, con la participación de las partes, estableció los puntos controvertidos, de conformidad con el artículo 48° del Reglamento aplicable al presente proceso, sobre la base de las pretensiones y defensas planteadas:

a) Respecto a la demanda (presentada el 11/02/11 y subsanada con fecha 1/03/11), de la contestación de la demanda y reconvención (presentadas el 7/04/11 y subsanadas con fechas 20/04/11):

De la demanda arbitral y Contestación:

- **Primera Pretensión Principal:** Determinar si corresponde al Tribunal Arbitral declarar o no que la liquidación del Contrato de Obra efectuada por



CONALVIAS mediante Carta N° PT-GT-PN-005-10 de fecha 13/04/10 ha quedado consentida y firme.

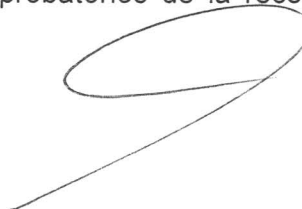
- **Primera Pretensión Subordinada a la Primera Principal:** En caso que se desestime la primera pretensión principal, determinar si corresponde al Tribunal Arbitral declarar o no aprobada y consentida la liquidación del Contrato de Obra presentada por CONALVIAS mediante carta N° PT – GT-PN-005-10 de fecha 13/04/10.
- **Primera Pretensión Accesorio a la Primera Principal y a la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Principal:** Determinar si corresponde al Tribunal Arbitral ordenar o no a PROTRANSPORTE que pague a favor de CONALVIAS el saldo a favor de la liquidación que asciende a S/. 44, 862.07 (Cuarenta y cuatro mil ochocientos sesenta y dos con 07/100 Nuevos Soles)
- **Segunda Pretensión Accesorio a la Primera Principal y a la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Principal:** Determinar si corresponde al Tribunal Arbitral ordenar o no a PROTRANSPORTE que devuelva la Carta Fianza de fiel cumplimiento que obra en su poder en respaldo de las obligaciones contractuales de la demandante.
- **Segunda Pretensión Principal:** Determinar si corresponde al Tribunal Arbitral ordenar o no a PROTRANSPORTE que pague el monto de S/. 21, 642.88 como compensación o indemnización por el mayor costo que generó a su contraparte al mantener la Carta Fianza vigente por un plazo adicional debido al supuesto incumplimiento de PROTRANSPORTE de su obligación de aprobar la liquidación y devolver la fianza.
- **Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal y a la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Principal:** Determinar si corresponde o no al Tribunal Arbitral ordenar el reconocimiento y pago de los intereses sobre el monto que el colegiado ordene pagar a PROTRANSPORTE a favor de CONALVIAS desde el 13/04/10 hasta la

fecha en que PROTRANSPORTE efectúe el pago de lo ordenado a pagar por el Tribunal Arbitral en el laudo.

- **Tercera Pretensión Principal:** Determinar a qué parte le corresponde asumir el pago de costos y costas del presente proceso arbitral.

b) De la Reconvención y su contestación:

- Determinar si corresponde al Tribunal Arbitral declarar o no que la liquidación de obra efectuada por CONALVIAS mediante Carta N° PT-GT-PN-005-10 de fecha 13/04/10 aun no se encuentra consentida debido a que la misma fue observada por PROTRANSPORTE, en mérito al oficio N° 022-2010-MML/IMPL/GOM MOV.TIERRAS, de conformidad con el artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF.
- Determinar si corresponde al Tribunal Arbitral declarar o no la ineficacia y/o nulidad de la liquidación de obra efectuada por CONALVIAS mediante Carta PT. GT. PN-005-10 de fecha 13/04/10, por un monto de S/. 44, 862.07 (Cuarenta y Cuatro mil ochocientos sesenta y dos con 07/100 Nuevos Soles) a su favor, debido a que la misma presenta supuestas inconsistencias entre lo ejecutado en obra y lo solicitado en liquidación de obra de conformidad al incumplimiento de los metrados por ejecutar en el numeral 2 del Acta de Reunión de fecha 6/01/10, la que fue materia de sustento de la observación efectuada a la liquidación de obra por parte de la Entidad en mérito al Oficio N° 022-2010-MML/IMPL/GOM MOV.TIERRAS
- Determinar si corresponde al Tribunal Arbitral establecer la correcta liquidación del Contrato de Ejecución de Obra: "Movimiento de Tierras del Patio Norte Sinchi Roca", sobre la base del peritaje requerido por PROTRANSPORTE en los medios probatorios de la reconvención de la demanda.



El Tribunal Arbitral dejó establecido que se reserva el derecho de analizar los puntos controvertidos en el orden que considere más conveniente a los fines de resolver la controversia y no necesariamente en el orden previamente establecido.

Asimismo, declaró que si al resolver uno de los puntos controvertidos llegase a la conclusión de que carece de objeto pronunciarse sobre otro u otros, podrá omitir pronunciarse sobre ellos motivando su decisión.

Las partes expresaron su conformidad respecto a la determinación de los puntos controvertidos y las reglas establecidas por el Tribunal Arbitral para su pronunciamiento sobre ellos.

En la misma audiencia de 27/06/11 se admitió las pruebas ofrecidas tanto por la demandante como por la demandada.

IX. Cierre de etapa probatoria

Mediante Resolución N° 11 del 17/10/11 el Tribunal Arbitral declaró cerrada la etapa probatoria del proceso; otorgando a CONALVIAS y a PROTRANSPORTE el plazo de diez (10) días para que presenten sus alegatos escritos y, de considerarlo conveniente, soliciten informar oralmente.

X. Alegatos

Con fecha 02/11/11, dentro del plazo conferido mediante Resolución N° 11, CONALVIAS presenta sus alegatos escritos, solicitando el uso de la palabra a fin de informar oralmente. Asimismo, con fecha 04/11/11, dentro del plazo otorgado, PROTRANSPORTE presenta sus alegatos y solicita el uso de la palabra.

XI. Audiencia de Informe Oral

Con fecha 13/12/11 se realizó la Audiencia de Informe Oral con la participación del Tribunal Arbitral conformado por el doctor Luciano Barchi Velaochaga, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral y la doctora Elvira Martínez Coco y el doctor Juan Luis Avendaño Valdez, en su calidad de árbitros; y la asistencia de

ambas partes, a fin de que CONALVIAS y PROTRANSPORTE expongan sus conclusiones finales.

En este acto, el Presidente del Tribunal Arbitral dio inicio a la presente audiencia, otorgando el uso de la palabra a la doctora María del Carmen Tovar Gil, abogada de CONALVIAS, quien procedió a exponer la posición de dicha parte.

Por parte de PROTRANSPORTE, procedió a hacer uso de la palabra el doctor José Fernando Nakaya Vargas Machuca, quien procedió a efectuar una exposición detallada de la posición de esta parte.

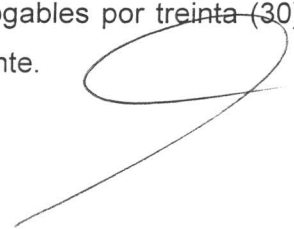
Habiendo culminado sus respectivos informes orales, el Tribunal Arbitral otorgó a las partes la posibilidad de hacer uso de la réplica y duplica, efectuando las partes las apreciaciones y aclaraciones que consideraron pertinentes.

Asimismo, el Tribunal Arbitral procedió a efectuar las preguntas que estimó pertinentes a las partes, quienes las absolvieron.

En dicho acto, el Tribunal Arbitral otorgó a CONALVIAS el plazo de cinco (05) días hábiles para que cumpla con actualizar el monto de la segunda pretensión principal de su demanda, debiendo acreditar dicha suma con un documento emitido por la entidad financiera correspondiente.

En fecha 20/12/11 CONALVIAS cumple con el requerimiento realizado por el Tribunal Arbitral en la Audiencia de Informe Oral de fecha 13/12/11, procediendo a agregarse a los autos en calidad de medio probatorio de oficio, la carta del Banco Interbank en la cual se detalla el costo financiero de mantener la Carta Fianza vigente.

Finalmente, mediante Resolución N° 15 de fecha 5/01/12, el Tribunal informa que el presente proceso se encuentra en estado para laudo, por lo que otorga el plazo de treinta (30) días hábiles, prorrogables por treinta (30) días adicionales hábiles para emitir el laudo correspondiente.



CONSIDERANDOS:

1) De la demanda y de la contestación de la demanda

- 1.1) **Determinar si corresponde al Tribunal Arbitral declarar o no que la liquidación del Contrato de Obra efectuada por CONALVIAS mediante Carta No. PT-GT-PN-005-10 de fecha 13/04/10 ha quedado consentida y firme.**

Ha quedado demostrado que con fecha 29 de octubre de 2009, CONALVÍAS y PROTRANSPORTE celebraron el Contrato de Ejecución de Obra "Movimiento de Tierras del Patio Norte Sinchi Roca" (en adelante Contrato), conforme se determina del Anexo 1-D de la demanda.

Ha quedado demostrado que el 8 de marzo de 2010, el Comité de Obra procedió a la verificación de la obra, formulando observaciones menores, las cuales fueron levantadas. Con fecha 10 de marzo de 2010 se procedió a suscribir el Acta de Verificación y Recepción de Obra, todo ello conforme al Anexo 1-I de la demanda.

Ha quedado probado que mediante Carta No. PT-GT-PN-005-10, de fecha 13 de abril de 2010, CONALVÍAS presentó la Liquidación Final de la Obra que determina S/ 44,862.07 (cuarenta y cuatro mil ochocientos sesenta y dos y 07/100 nuevos soles) a favor de CONALVÍAS, conforme se determina del Anexo 1-K de la demanda.

Ha quedado probado que mediante Oficio No. 022-2010-MML/IMPL/GOM MOV. TIERRAS, de fecha 9 de junio de 2010, PROTRANSPORTE informó a la Supervisión con copia a CONALVÍAS que había tomado conocimiento que en la ejecución de los trabajos no se cumplió con lo indicado en el numeral 2 del Acta de Reunión de fecha 6 de enero de 2010, ello de conformidad con el Anexo 1-N de la demanda).

PROTRANSPORTE alega en su contestación de la demanda (página 14) que:
"(...) con el Oficio No. 022-2010-MML/IMPL/GOM MOV. TIERRAS, PROTRANSPORTE si observó la cuantificación de la liquidación dentro del

plazo establecido normativamente, la misma que no ha quedado a la fecha consentida”.

Para CONALVÍAS, sin embargo, la supuesta observación es impertinente y sin sustento. Impertinente pues no concierne a la liquidación sino a la obra que ya recibió y sin sustento pues no indica en que se objeta la liquidación misma (informes orales del 13 de diciembre de 2011).

En tal sentido, el Tribunal Arbitral debe determinar si con el Oficio No. 022-2010-MML/IMPL/GOM MOV. TIERRAS, PROTRANSPORTE observó la liquidación de conformidad con lo previsto en el artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo No. 184-2008-EF (en adelante RLCAE).

La recepción de la obra

De acuerdo con el artículo 211 del RLCAE la recepción de la obra es el presupuesto de la liquidación del contrato de obra.

La recepción de la obra supone la aceptación de la prestación por parte del Comitente y, como señala BIANCA, “la aceptación es el acto mediante el cual el acreedor u otro legitimado recibe la prestación con efecto liberatorio para el deudor”¹. La aceptación es requerida cuando el cumplimiento supone la admisión de un bien o de un servicio en la esfera patrimonial del acreedor. En estos casos la necesidad de la aceptación responde a una exigencia de control.

La aceptación de la prestación está normalmente precedida de la verificación de ella. Como señala BIANCA “La verificación es la operación de comprobación de la conformidad de la prestación al contenido de la obligación”².

En efecto, como señala CABANILLAS SÁNCHEZ³, el acreedor es titular de la facultad de rehusar la prestación inexacta que ha sido ejecutada por el deudor.

¹ BIANCA, Massimo. **Diritto Civile. 4 L’obbligazione**. Milano: Giuffrè, 1993, p. 369.

² BIANCA, Massimo. **Diritto Civile. 4 L’obbligazione**. Ob. Cit., p. 371.

La prestación que le es ofrecida como pago, cuando en ella faltan los requisitos de identidad o integridad que el pago debe reunir, puede ser rechazada por el acreedor. Lógicamente, en cualquier tipo de obligación, el acreedor, en el momento del cumplimiento, tiene derecho a la verificación de la prestación para comprobar que ésta corresponde a la prometida y que no está aquejada de imperfecciones o vicios. Esta facultad debe ser ejercida diligentemente.

El acreedor no tiene la obligación de verificar la prestación sino más bien tiene una carga. Como señala Cabanillas Sánchez: "...la carga es una conducta del acreedor que ha de observar en su propio interés para que pueda ejercitar una facultad. Con otras palabras, la inobservancia de la carga determina la imposibilidad del acreedor para ejercitar el poder de actuación en que consiste la facultad"⁴. Es interés del acreedor proceder a la verificación pues éste es el modo normal de conocer las eventuales inexactitudes de la prestación. La verificación previa permite al acreedor de rehusar legítimamente la prestación.

El derecho a la verificación o comprobación de la obra se consagra en el artículo 1778 del Código Civil: *"El comitente, antes de la recepción de la obra, tiene derecho a su comprobación (...)".*

Se produce una aceptación tácita de la prestación cuando el comitente recibe la prestación sin reserva, aún cuando no se haya procedido a su verificación. Así el artículo 1779 del Código Civil señala: *"Se entiende aceptada la obra, si el comitente la recibe sin reserva, aún cuando no se haya procedido a su verificación"*.

La aceptación consciente de una prestación cualitativamente inexacta tiene el valor de aquiescencia. La aquiescencia es la tolerancia definitiva del inexacto cumplimiento, tal tolerancia se presume cuando el acreedor acepta conscientemente una prestación inexacta.

³ CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. **Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil**. Madrid: Editorial Montecorvo, 1988, p. 223-224.

⁴ CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. **Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil**. Ob. Cit. p. 44.


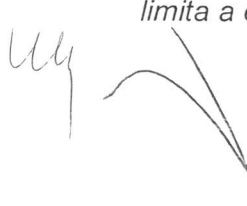
La aceptación de la prestación cualitativamente inexacta vale como aquiescencia si el acreedor tiene conocimiento de su inexactitud o si ésta inexactitud hubiera podido ser conocida si el acreedor actuara con la diligencia exigible de acuerdo con su aptitud personal y con las circunstancias en el momento de la verificación.

Si la inexactitud de la prestación no hubiera podido ser conocida actuando con la diligencia exigible al momento de la verificación estaríamos frente a un vicio oculto.

De acuerdo con el artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado (LCE): *“El contratista es el responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos de los bienes o servicios ofertados por un plazo no menor de (1) año contado a partir de la conformidad otorgada por la Entidad. El contrato podrá establecer excepciones para bienes fungibles y/o perecibles, siempre que la naturaleza de estos bienes no se adecue a este plazo. En el caso de obras, el plazo de responsabilidad no podrá ser inferior a siete (7) años, contado a partir de la conformidad de la recepción total o parcial de la obra, según corresponda (...)”.*

En el presente caso el Tribunal Arbitral considera que ha quedado probado el PROTRANSPORTES procedió la verificación (o comprobación) de la obra y a su aceptación conforme se desprende del “Acta de Verificación y Recepción de Obra” que se adjunta como Anexo 1-J de la demanda.

PROTRANSPORTE alega en el escrito de contestación (página 14) que la verificación y recepción de la obra no impide aplicar lo dispuesto en la Cláusula Décimo Tercera del Contrato, el cual establece: *“La conformidad de la obra por parte de PROTRANSPORTE no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos, conforme a lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley, siempre y cuando sea comprobada la responsabilidad del CONTRATISTA, dado que éste no es responsable del Expediente Técnico del Proyecto, y se limita a ejecutar lo consignado en el citado Expediente Técnico”.*



Al respecto el Tribunal Arbitral considera que, en efecto, la recepción de la obra no enerva el derecho de PROTRANSPORTE de reclamar por vicios ocultos, no obstante, la oportunidad para tal reclamo no es la liquidación de la obra.

La liquidación de la obra

Mediante Carta PT-GT-PN-005-10 de fecha 13 de abril de 2010, CONALVÍAS presentó a PROTRANSPORTE la liquidación de obra (Anexo 1-K del escrito de contestación de la demanda).

De acuerdo con el artículo 211 del RLCAE:

"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 vigente de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo máximo de sesenta (60) 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 utilidades ofertados; mientras que en las obras contratadas bajo el sistema a 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”.

De acuerdo con lo previsto en el artículo citado y de la revisión del Anexo 1-K del escrito de contestación de la demanda, el Tribunal Arbitral observa que CONALVÍAS presentó a PROTRANSPORTE la liquidación del contrato de obra en tiempo oportuno y debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados.

Conforme con el artículo 211 del RLCAE, dentro del plazo máximo de sesenta días de recibida la liquidación del contrato de obra, PROTRANSPORTE debía pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por CONALVÍAS o, de considerarlo pertinente, elaborando otra.

El Tribunal Arbitral advierte que PROTRANSPORTE no elaboró otra liquidación, no obstante, presentó a CONALVÍAS el Oficio No. 022-2010-MML/IMPL/GOM MOV. TIERRAS, de fecha 9 de junio de 2010 (Anexo 1-N de la demanda).

CONALVÍAS es de la opinión que mediante dicho Oficio, PROTRANSPORTE no observó la liquidación del contrato de obra sino que realizó una observación técnica a la ejecución de la obra.

Al respecto el Tribunal Arbitral observa que en el Oficio No. 022-2010-MML/IMPL/GOM MOV. TIERRAS, de fecha 9 de junio de 2010, PROTRANSPORTE señala:

“(...) Sin embargo, se ha tomado conocimiento que en la ejecución de los trabajos de movimiento de tierras contratado no se habría cumplido con lo indicado en el Numeral 2 del Acta de Reunión de fecha 06 de Enero de 2010, suscrita por vuestro Ingeniero Residente, toda vez que: (1) la excavación, eliminando el material orgánico hasta 2.00 m por debajo del subrasante proyectada, no se ha iniciado en la Progresiva Km 0 + 180, como indica el Acta, sino en la Progresiva Km 0 + 170, y 2) En la zona de estructuras, no se ha excavado hasta los 3.00 m por debajo de la subrasante, ni se ha rellenado con material “conglomerado de Lima”, como señala la citada Acta (...).”

De acuerdo con la Opinión No. 42-2006/GNP las observaciones que puede plantear la Entidad a la liquidación del contrato de obra deben versar sobre los aspectos económicos consignado por el contratista en el documento de liquidación. Sin embargo, en el Oficio No. 022-2010-MML/IMPL/GOM MOV. TIERRAS, de fecha 9 de junio de 2010, es evidente que PROTRANSPORTES realiza una observación a la ejecución de la obra que debió realizarse durante la verificación de la misma.

En efecto, PROTRANSPORTE, en la liquidación de obra, lo que hace es alegar la falta de un requisito de identidad de la prestación al señalar que no se habrían realizado ciertas actividades a las que CONALVÍAS se habría obligado: *“(1) la excavación, eliminando el material orgánico hasta 2.00 m por debajo del subrasante proyectada, no se ha iniciado en la Progresiva Km 0 + 180, como indica el Acta, sino en la Progresiva Km 0 + 170, y 2) En la zona de estructuras, no se ha excavado hasta los 3.00 m por debajo de la subrasante, ni se ha rellenado con material “conglomerado de Lima”*

Como se ha señalado, la liquidación de la obra presupone que se ha producido la recepción de la misma lo que supone que las partes han expresado su satisfacción con la ejecución del contrato.

Por las razones expuestas, no puede considerarse, como lo pretende PROTRANSPORTES que la liquidación de obras presente inconsistencias entre lo ejecutado en obra y lo solicitado en la liquidación. *Habiéndose recibido la obra*

(aceptado la prestación) debe entenderse que PROTRANSPORTE no tenía observaciones respecto a la obra ejecutada y, que por lo tanto, lo solicitado en la liquidación correspondía con lo ejecutado.

Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral considera que la Liquidación del Contrato de Obra no puede considerarse observada por PROTRANSPORTE, habiendo quedado consentida por ella.

- 1.2) En caso que se desestime la primera pretensión principal, determinar si corresponde al Tribunal Arbitral declarar o no aprobada y consentida la liquidación del Contrato de Obra presentada por CONALVIAS mediante carta No. PT-GT-PN-005-10 de fecha 13/04/10).

Habiéndose amparado la Primera Pretensión Principal no corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de esta pretensión subordinada.

- 1.3) Determinar si corresponde al Tribunal Arbitral ordenar o no a PROTRANSPORTE que pague a favor de CONALVIAS el saldo a favor de la liquidación que asciende a S/ 44,862.07 (cuarenta y cuatro mil ochocientos sesenta y dos con 07/100 nuevos soles).

Habiéndose declarado Fundada la Primera Pretensión Principal corresponde declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Accesorio a la Primera Principal.

- 1.4) Determinar si corresponde al Tribunal Arbitral ordenar o no a PROTRANSPORTE que devuelva la Carta Fianza de fiel cumplimiento que obra en su poder en respaldo de las obligaciones contractuales de la demandante.

Habiéndose declarado Fundada la Primera Pretensión Principal corresponde declarar **FUNDADA** la Segunda Pretensión Accesorio a la Primera Principal.

- 1.5) Determinar si corresponde al Tribunal Arbitral ordenar o no a PROTRANSPORTE que pague el monto de S/ 21,642.88 como compensación o indemnización por el mayor costo que generó a su

contraparte al mantener la Carta Fianza vigente por un plazo adicional debido al supuesto incumplimiento de PROTRANSPORTE de su obligación de aprobar la liquidación y devolver la fianza.

Ha quedado demostrado que de acuerdo con la Cláusula Octava del Contrato, CONALVÍAS entregó a PROTRANSPORTE, a la suscripción del Contrato una carta fianza solidaria, irrevocable, incondicional, sin beneficio de excusión y de realización automática por la suma de S/ 1'280,473.47 (un millón doscientos ochenta mil cuatrocientos setenta y tres con 47/100 nuevos soles).

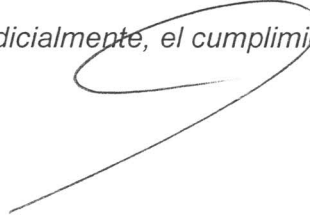
De conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo No. 184-2008-EF, la garantía de fiel cumplimiento debe mantenerse vigente hasta el consentimiento de la liquidación final. De acuerdo con la Cláusula Octava del Contrato la garantía de fiel cumplimiento tendrá vigencia hasta el consentimiento de la liquidación final.

De lo señalado se desprende que la garantía de fiel cumplimiento debería ser restituida a CONALVÍAS una vez que la liquidación final quedara consentida y siempre que no exista saldo a favor de PROTRANSPORTE.

Como se ha señalado al resolver la Primera Pretensión Principal, la liquidación del Contrato de Obra efectuada por CONALVIAS mediante Carta No. PT-GT-PN-005-10 de fecha 13/04/10 ha quedado consentida y firme, con fecha 13 de abril de 2010. En tal sentido, en esa fecha PROTRANSPORTE incurrió en retardo en su obligación de restituir la garantía de fiel cumplimiento.

De conformidad con el artículo 1336: *"El deudor constituido en mora responde de los daños y perjuicios que irroque por el retraso en el cumplimiento de la obligación (...)".*

De acuerdo con el artículo 1333 del Código Civil *"Incorre en mora el obligado desde que el acreedor le exija judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación (...)".*



Como se desprende del artículo 1333 el Código Civil ha adoptado como regla la “mora ex persona”, en tal sentido, para que el deudor quede constituido en mora es necesario la interpelación o intimación.

El Tribunal Arbitral observa que es recién con la petición de arbitraje, presentada el 26 de julio de 2010 que CONALVÍAS requiere a PROTRANSPORTE la devolución de la garantía de fiel cumplimiento.

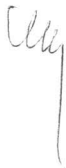
Asimismo, de acuerdo al artículo 1329 del Código Civil que señala: “*Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor*”. En tal sentido, la carga de probar la diligencia correspondía a PROTRANSPORTE que no ha probado que haya incurrido en retardo en la devolución de la garantía de fiel cumplimiento por causas no imputables.

En tal sentido, PROTRANSPORTE ha sido constituido en mora en la devolución de la garantía de fiel cumplimiento el 3 de agosto de 2010, fecha en que se notificó a PROTRANSPORTE de la petición de arbitraje.

CONALVÍAS alega que la mora en la restitución de la garantía de fiel cumplimiento le causa un costo financiero que debe ser resarcido por PROTRANSPORTE.

De acuerdo con el artículo 1331 del Código Civil: “*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*”. En tal sentido, corresponde a CONALVÍAS la prueba del daño.

El Tribunal Arbitral, en la Audiencia de Informes Orales de fecha 13 de diciembre de 2011, conforme a las facultades otorgadas en el numeral 1 del artículo 43 del Decreto Legislativo No. 1071, Ley de Arbitraje, otorgó a CONALVIAS un plazo de cinco (5) días hábiles para que cumpla con sustentar el costo financiero de mantener la carta fianza vigente. Mediante escrito presentado el 20 de diciembre de 2011, CONALVÍAS adjunto una carta de fecha 19 de diciembre de 2011 del



Interbank, donde se señala que la carta fianza ha generado un costo financiero desde su emisión por S/ 96,862.23.

En tal sentido el Tribunal Arbitral considera que corresponde declarar FUNDADA la Segunda Pretensión Principal de la demanda, debiendo PROTRANSPORTE asumir el costo financiero generado por mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento del contrato desde el 3 de agosto de 2010 hasta la fecha de la devolución de la carta fianza.

Para determinar el costo financiero se deberá, en ejecución del laudo, proceder de la siguiente manera:

- 1) Solicitar al Interbank, en la fecha más próxima del pago, el costo financiero total de la carta fianza desde su emisión;
- 2) Sobre esa base determinar el costo financiero diario (costo financiero total de la carta fianza desde su emisión / los días en que la carta fianza ha estado vigente).
- 3) Determinar el número de días transcurridos desde el 3 de agosto de 2010 hasta la fecha del pago (periodo de mora).
- 4) Determinar el costo financiero durante el periodo de mora (costo financiero diario X periodo de mora).

1.6) Determinar si corresponde o no al Tribunal Arbitral ordenar el reconocimiento y pago de los intereses sobre el monto que el colegiado ordene pagar a PROTRANSPORTE a favor de CONALVIAS desde el 13/04/10 hasta la fecha en que PROTRANSPORTE efectúe el pago de lo ordenado a pagar por el Tribunal Arbitral en el laudo.

Se ha declarado FUNDADA la Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal de la demanda y, por tanto, este Tribunal Arbitral ha ordenado a PROTRANSPORTE que pague a favor de CONALVIAS el saldo a favor de la liquidación que asciende a S/ 44,862.07 (cuarenta y cuatro mil ochocientos sesenta y dos con 07/100 nuevos soles).

El artículo 1324 del Código Civil dispone: *"Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú,*

desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora con la calidad de intereses moratorios (...).

En tal sentido la suma de S/ 44,862.07 (cuarenta y cuatro mil ochocientos sesenta y dos con 07/100 nuevos soles) devengará el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que PROTRANSPORTE incurra en mora.

De acuerdo con el artículo 1333 del Código Civil *“Incorre en mora el obligado desde que el acreedor le exija judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación (...).*”

Como se desprende del artículo 1333 el Código Civil ha adoptado como regla la “mora ex persona”, en tal sentido, para que el deudor quede constituido en mora es necesario la interpelación o intimación.

La interpelación o intimación es un requerimiento de pago, en tal sentido, el objeto de la intimación no consiste pues, en constituir en mora al deudor, sino más bien, lograr la ejecución de la prestación. La situación de mora se configura como un “objeto subsidiario”; significa, que el requerimiento nunca es generador del efecto jurídico (situación de mora) *ab initio* sino una vez que el deudor viola su contenido; en otras palabras, efectuado el requerimiento la mora se producirá, sólo si el deudor no ejecuta la prestación requerida dentro de un término razonable.

El requerimiento de pago debe ser categórico; es decir, que deberá consistir en una orden de ejecución conminatoria; debe ser pues, una expresión clara e indubitable de la voluntad del acreedor dirigida a que el deudor ejecute la prestación.

La interpelación puede ser extrajudicial o judicial. En la interpelación extrajudicial impera, la libertad de forma. Teniendo en cuenta el carácter recepticio de la declaración de voluntad en que consiste el requerimiento, es necesario que llegue a conocimiento del destinatario (deudor), de tal manera, que si el deudor

no ejecuta la prestación dentro de un plazo congruo, quedará constituido en mora desde la fecha en que conoció el requerimiento. En tal sentido, se aplicará por analogía lo dispuesto en el artículo 1373 y 1374 del Código Civil, así el deudor quedará constituido en mora desde que el requerimiento de pago es conocido por el deudor y se presumirá que el requerimiento de pago es conocido por el deudor en el momento en que llegan a la dirección del destinatario.

Mediante Carta No. PT-GT-PN-005-10 de fecha 13/04/10 CONALVÍAS puso en conocimiento de PROTRANSPORTE la liquidación del Contrato de Obra, la cual ha quedado consentida y firme. Dicha liquidación ha determinado un saldo a favor de CONALVÍAS de S/ 44,862.07 (cuarenta y cuatro mil ochocientos sesenta y dos con 07/100 nuevos soles), constituyendo dicha liquidación un requerimiento de pago a PROTRANSPORTE, por lo que éste ha quedado constituido en mora desde el 13 de abril de 2010, fecha en la que tomó conocimiento del requerimiento de pago.

La mora es un retardo imputable al deudor, en tal sentido, debe tenerse en consideración el artículo 1329 del Código Civil que señala: *"Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor"*. En tal sentido, la carga de probar la diligencia correspondía a PROTRANSPORTE que no ha probado que haya incurrido en retardo en el pago del saldo de la liquidación final por causas no imputables.

Por lo expuesto la suma de S/ 44,862.07 (cuarenta y cuatro mil ochocientos sesenta y dos con 07/100 nuevos soles) devengará el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el 13 de abril de 2010.

2) De la Reconvención y su contestación

- 2.1. Determinar si corresponde al Tribunal Arbitral declarar o no que la liquidación de obra efectuada por CONALVÍAS mediante Carta No. PT-GT-PN-005-10 de fecha 13/04/10 aún no se encuentra consentida debido a que la misma fue observada por PROTRANSPORTE, en mérito al oficio No. 022-2010-MML/IMPL/GOM MOV. TIERRAS, de conformidad con el artículo 211



del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo No. 184-2008-EF.

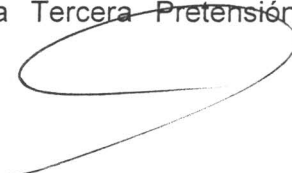
Por los argumentos señalados al resolver la Primera Pretensión Principal de la demanda corresponde declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión de la Reconvención.

- 2.2. Determinar si corresponde al Tribunal Arbitral declarar o no la ineficacia y/o nulidad de la liquidación de obra efectuada por CONALVÍAS mediante Carta PT.GT. PN-005-10 de fecha 13/04/10, por un monto de S/ 44,862.07 (cuarenta y cuatro mil ochocientos sesenta y dos con 07/100 nuevos soles) a su favor, debido a que la misma presenta supuestas inconsistencias entre lo ejecutado en obra y lo solicitado en liquidación de obra de conformidad al incumplimiento de los metrados por ejecutar en el numeral 2 del Acta de Reunión de fecha 6/01/10, la que fue materia de sustento de la observación efectuada a la liquidación de obra por parte de la Entidad en mérito al Oficio No. 022-2010-MML/IMPL/GOM MOV. TIERRAS.

Por los argumentos señalados al resolver la Primera Pretensión Principal de la demanda corresponde declarar **INFUNDADA** la Segunda Pretensión de la Reconvención.

- 2.3. Determinar si corresponde al Tribunal Arbitral establecer la correcta liquidación del Contrato de Ejecución de Obra: "Movimiento de Tierras del Patio Norte Sinchi Roca", sobre la base del peritaje requerido por PROTRANSPORTE en los medios probatorios de la reconvención de la demanda.

Por los argumentos señalados al resolver la Primera Pretensión Principal de la demanda corresponde declarar **INFUNDADA** la Tercera Pretensión de la Reconvención.



Pretensión Común:

- **De acuerdo al artículo 57° del Reglamento de Arbitraje del Centro, el Tribunal Arbitral deberá determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir el pago de los costos del arbitraje.**

Por último, corresponde que el Tribunal Arbitral determine a quién y en qué proporción corresponde el pago de los costos arbitrales.

De conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 56° del Decreto Legislativo No. 1071 (en adelante Ley), corresponde en este punto que el Tribunal Arbitral se pronuncie acerca de los costos del presente arbitraje, a fin de determinar si corresponde que alguna de las partes deba asumirlos en su totalidad, o si por el contrario, cada parte deberá asumir sus propios gastos y los que sean comunes en partes iguales.

En efecto, el numeral 2 del artículo 52° de la Ley dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre los costos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio. Los costos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones de los árbitros y de los abogados de las partes; y en su caso, la retribución a la institución arbitral y del secretario *ad hoc*. Además, la norma establece que en el laudo el Tribunal Arbitral se pronunciará por su condena o exoneración, teniendo en consideración el resultado o sentido del mismo. Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones.

El Tribunal Arbitral advierte que el convenio arbitral no ha previsto nada relacionado a los costos del arbitraje por lo que le corresponde pronunciarse si procede la condena para el pago de los costos del arbitraje y establecerá cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas.

En este sentido, el Tribunal Arbitral ha apreciado que se han declarado fundadas las pretensiones de CONALVÍAS e infundadas las pretensiones de la reconvención de PROTRANSPORTE.

Por consiguiente, el Tribunal Arbitral considera que corresponde ordenar a PROTRANSPORTE el pago de los costos del arbitraje en su totalidad. En consecuencia, se resuelve que PROTRANSPORTE cubra los gastos incurridos

por CONALVÍAS y los gastos comunes – entendiéndose por comunes los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Institución Arbitral.

DE LA DECISIÓN.-

Por último, el Tribunal Arbitral deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.

Por las razones expuestas, estando a los considerandos precedentemente glosados a partir de este Laudo, los artículos 52 y siguientes de la Ley y, estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, el Tribunal Arbitral, en **DERECHO**,

LAUDA:

PRIMERO.- Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la demanda, por tanto, la liquidación del Contrato de Obra efectuada por CONALVIAS mediante Carta No. PT-GT-PN-005-10 de fecha 13/04/10 ha quedado consentida y firme

SEGUNDO.- Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal de la demanda, por tanto, **ORDENAR** a PROTRANSPORTE pague a favor de CONALVÍAS el saldo a favor de la liquidación que asciende a S/ 44,862.07 (cuarenta y cuatro mil ochocientos sesenta y dos con 07/100 nuevos soles)

TERCERO.- Declarar **FUNDADA** la Segunda Pretensión Accesorio a la Primera Principal de la demanda, por tanto, **ORDENAR** a PROTRANSPORTE a devolver la Carta Fianza de Fiel cumplimiento que obra en su poder en respaldo de las obligaciones contractuales de la demandante.

CUARTO.- Declarar **FUNDADA** la Segunda Pretensión Principal de la demanda, por lo tanto, **ORDENAR** a PROTRANSPORTE pague a CONALVIAS el costo financiero generado por mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento del contrato desde el 3 de agosto de 2010 hasta la fecha de la devolución de la carta fianza. El costo

financiero será determinado en ejecución del laudo de la forma indicada en los considerandos.

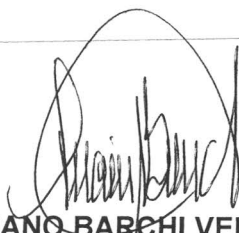
QUINTO.- Declarar **FUNDADA** la Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal de la demanda, por lo tanto, **ORDENAR** a PROTRANSPORTE pagar a CONALVIAS el saldo a favor de la liquidación que asciende a S/ 44,862.07 (cuarenta y cuatro mil ochocientos sesenta y dos con 07/100 nuevos soles) más los intereses legales que se devenguen desde el 13 de abril de 2010. El monto a pagar será determinado en ejecución del presente laudo.

SEXTO.- Declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la Reconvención.

SÉPTIMO.- Declarar **INFUNDADA** la Segunda Pretensión de la Reconvención.

OCTAVO.- Declarar **INFUNDADA** la Tercera Pretensión de la Reconvención.

NOVENO.- **CONDENAR** a PROTRANSPORTE al pago de gastos arbitrales.



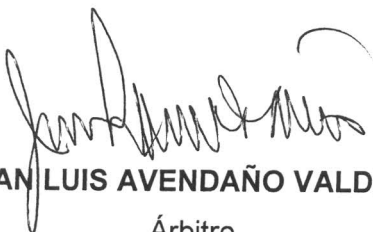
LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA
Presidente del TRIBUNAL ARBITRAL



ELVIRA LEONOR MARTÍNEZ COCO

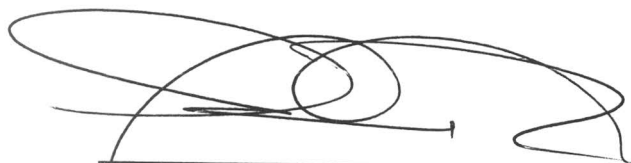
Árbitro



A handwritten signature in black ink, appearing to read "Juan Luis Avendaño Valdez".

JUAN LUIS AVENDAÑO VALDEZ

Árbitro

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Silvia Rodríguez Vázquez".

Silvia Rodríguez Vázquez

Secretaria General Conciliación y Arbitraje

Centro de Arbitraje PUCP

A handwritten signature in black ink, appearing to read "EM".