

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR CONSORCIO SANTA ISABEL CON EL PROYECTO ESPECIAL PICHIS PALCAZÚ, ANTE EL TRIBUNAL ARBITRAL CONFORMADO POR EL DR. ERNESTO CARMELINO CORNEJO, PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL, DRA. MILUSKA MARIANELA CERVANTES CORNEJO Y DR. IVAN GALINDO TIPACTI, ÁRBITROS.

RESOLUCIÓN N° 38

I. LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN.-

El presente Laudo Arbitral se expide en la ciudad de Lima a los 2 días del mes de febrero del año 2012

II. LAS PARTES.-

- **Demandante:** CONSORCIO SANTA ISABEL II (en adelante el Consorcio, el Contratista, o el Demandante).
- **Demandado:** EL PROYECTO ESPECIAL PICHIS PALCAZÚ (en adelante el Proyecto, la Entidad, o la Demandada).

III. DEL TRIBUNAL ARBITRAL.-

Dr. ANTONIO ERNESTO CARMELINO CORNEJO

Presidente del Tribunal Arbitral

Dra. MILUSKA MARIANELA CERVANTES CORNEJO

Árbitro

Dr. IVÁN GALINDO TIPACTI,

Árbitro

Sr. LUIS PUGLIANINI GUERRA

Secretario Arbitral

IV. ANTECEDENTES DE LA CONTROVERSIA

Con fecha 31 de octubre de 2007, se suscribió entre el Proyecto y el Consorcio, el Contrato N° 02-2007-PEPP-INADE, en adelante el Contrato, para llevar a cabo la ejecución, bajo el Sistema A precios Unitarios, de la Obra Pública "Construcción del Puente Carrozable Santa Isabel – I Etapa". El monto del contrato es de 2'753.469.06 con precios a junio de 2007 y el plazo 180 días naturales. La obra se inició el 4 de Diciembre de 2007.

La norma aplicable al Contrato es la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado, TUO aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, en adelante LCAE, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, en adelante el Reglamento.

El Contrato fue resuelto por el Consorcio el 9 de enero de 2009, por incumplimiento de prestaciones por parte del Proyecto, señalando el 15 de enero de 2009 para la constatación física e inventario de la Obra.

Con fecha 22 de enero de 2009 y mediante Carta Notarial N° 005-2009-INADE/6201, el Proyecto le informa al Consorcio la resolución del contrato, sin fijar plazo de requerimiento previo, señalando el día martes 27 de Enero de 2009, para la constatación física e inventario de la obra.

Luego de varias diligencias y con algunas dificultades con la intervención de las autoridades locales, el 30 de enero de 2009 se concluyó la constatación física e inventario.

El 16 de marzo de 2009 con Carta N° CSI 006-09 de fecha, el Consorcio remitió al Proyecto la Liquidación de la Obra, solicitando su pronunciamiento y de encontrarse conforme se les cancele el saldo de S/.240,783.48. El Proyecto observó la Liquidación del Consorcio, con Carta N° 126-2009-AG/PEPP-CD/DE de fecha el 15 de abril de 2009.

Mediante Carta Notarial N° CSI 008-09 de fecha 30 de abril de 2009, el Consorcio dedujo la nulidad de la Carta N° 126-2009-AG/PEPP-CD/DE y en la misma fecha mediante Carta Notarial N° CSI 009-09, manifestó su desacuerdo con lo expresado en ella, desvirtuando las observaciones formuladas y requiriendo el pago de S/.240,783.48.

Producida la controversia entre las partes el Consorcio mediante Carta Notarial entregada el 08 de julio de 2009, solicitó someterla al arbitraje con la aceptación del Proyecto.

V. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

En la Vigésimo Quinta Clausula del Contrato – Solución de controversias - las partes estipularon que cualquier controversia que se derive de la ejecución o interpretación del Contrato, se resolverá mediante los procedimientos de conciliación en los términos allí establecidos; en caso de acuerdo parcial o falta de acuerdo mediante el arbitraje a cargo de un Tribunal compuesto por tres árbitros. El laudo que se emita es vinculante y pone fin al procedimiento de manera definitiva y es inapelable.

El procedimiento de conciliación y arbitraje se ceñirán a lo dispuesto por los artículos 272° al 292° del Reglamento.

VI. TRAMITACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL

VI.1. DESIGNACION DE ARBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

Al haberse suscitado la controversia entre las partes, el Consorcio designó como árbitro de parte al Dr. Iván Galindo Tipacti, y el Proyecto designó como árbitro a la Dra. Miluska Marianela Cervantes Cornejo; ambos árbitros acordaron designar como Tercer árbitro y Presidente del Tribunal Arbitral al Dr. Antonio Ernesto Carmelino Cornejo.

Con fecha 29 de enero de 2010, se procedió a la Instalación del Tribunal Arbitral, diligencia en la cual se fijaron las reglas del arbitraje y se dejó constancia que ninguna de las partes ha impugnado o reclamado contra el contenido del Acta de Instalación, dando su conformidad tácita al cumplir con las disposiciones contenidas en ésta.

En dicha audiencia, los miembros del Tribunal Arbitral declararon haber sido debidamente designados y dejaron constancia que no estaban sujetos a incompatibilidad o compromiso alguno con las partes, así como que se desenvolverían con imparcialidad, independencia y probidad.

SECRETARIA ARBITRAL

El Tribunal Arbitral encarga la secretaria del presente proceso arbitral al doctor Luis Puglianini Guerra y la sede arbitral en Jirón Gregorio Marañón N° 184,

distrito de San Borja, provincial y departamento de Lima

VI.2. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

Con fecha 08.AGO.2011 se celebró la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, en el Acta correspondiente se consigno:

1. Saneamiento:

Se declaro que no existe ningún vicio o defecto de tramitación que a la fecha pueda dar lugar a cuestionamientos sobre el desarrollo y continuación del arbitraje, habiéndose verificado, la concurrencia de las condiciones de la acción y presupuesto procesales.

Asimismo, el Tribunal Arbitral, se reservo el derecho de pronunciarse con la emisión del Laudo, su posición respecto a las excepciones de incompetencia y caducidad, deducidas par el demandado en su escrito de contestación de la demanda.

Con el acuerdo de las partes, se declare saneado el proceso.

2. Conciliación:

El Tribunal Arbitral, en ejercicio de sus facultades, inicio el diálogo e invoco a las partes a un acuerdo conciliatorio, las partes señalaron que por el momento no era posible; no obstante, se dejo abierta la posibilidad de acuerdo en cualquier etapa del proceso.

3. Puntos Controvertidos:

Luego de oír a las partes y con el acuerdo de estas, el Tribunal Arbitral procedió a fijar los puntos controvertidos respecto a cada una de las pretensiones planteadas.

El Tribunal Arbitral se reservó el derecho de analizar los puntos controvertidos no necesariamente en el orden en el que están señalados en dicha Acta y que, si al pronunciarse sobre algún punto controvertido, se determinaba que carecía de objeto pronunciarse sobre otros puntos controvertidos con los que guarde vinculación por la secuencia lógica de razonamiento, podría omitir su

pronunciamiento expresando las razones de dicha omisión.

El Tribunal Arbitral se reservó el derecho de modificar, con conocimiento de las partes, los puntos controvertidos de surgir nuevos hechos. Al presentarse tal situación se concederá a las partes un plazo razonable para ajustar sus posiciones a cualquier cambio que sea necesario, a fin de garantizar un plena y adecuado derecho de la defensa.

Cuestiones Previas:

1. Determinar si corresponde declarar fundado o no el medio de defensa, mediante el cual se solicita que se declare improcedente por extemporánea la reconvención, el mismo que fue formulado por el Consorcio el 20 de abril de 2010, en los términos indicado en dicho escrito.

Posteriormente, el Tribunal Arbitral fija los siguientes puntos controvertidos en función a las pretensiones planteadas en el presente arbitraje:

De la demanda presentada por el Consorcio:

1. Determinar si corresponde declarar o no la ineficacia, invalidez y/o nulidad de la Carta N° 126-2009-AG/PEPP-CD/DE emitida por el Proyecto y que contiene las observaciones a la Liquidación Final de Obra del Contrato N° 002-2007-PEPP-INADE: "Construcción del Puente Carrozable Santa Isabel – I Etapa" Longitud = 40.00 Metros (en adelante, el Contrato) practicada por el Consorcio.
2. Determinar si corresponde declarar consentida o no la Liquidación del Contrato practicada por el Consorcio.
3. Atendiendo a lo que se establezca en relación a los puntos 1) y 2) precedentes, determinar si corresponde ordenar o no que el Proyecto pague a favor del Consorcio la suma de S/. 240,783.48, por concepto del monto resultante que arroja la Liquidación del Contrato practicada por el Consorcio.

4. En caso se declare fundado el punto 3) precedente, determinar si corresponde o no ordenar que el Proyecto pague a favor del Consorcio los intereses correspondientes y, de ser el caso, determinar desde qué fecha se debería pagar por tal concepto hasta la fecha efectiva de pago.

De la reconvención presentada por el Proyecto:

5. Determinar si corresponde declarar o no la nulidad del proceso de resolución del Contrato que se inició con la entrega de la carta cursada al Proyecto el 30 de diciembre de 2008 y que fuera reiterado mediante cartas notariales de fechas 6 y 9 de enero de 2009.
6. Determinar si corresponde declarar o no la nulidad del proceso ejecutado por la demandante para efectuar la diligencia de constatación física e inventario que incluyen las actas de fechas 20, 27 y 30 de enero de 2009.
7. Determinar si corresponde ordenar o no que el Consorcio pague a favor del Proyecto la suma de S/. 1'488,852.14, correspondiente a la liquidación de cuentas efectuada por el Proyecto, la cual incluye las penalidades y la indemnización por daños y perjuicios.
8. Determinar si corresponde ordenar o no que el Consorcio pague a favor del Proyecto los intereses correspondientes en relación a los adelantos otorgados en el mes de diciembre de 2007 y por el uso de la suma de dinero ascendente a S/. 1'488,852.14 y, de ser el caso, determinar desde qué fecha se debería pagar por tal concepto hasta la fecha efectiva de pago.

Punto controvertido común

9. Determinar a quién corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que genere el presente proceso arbitral.

Ambas partes expresaron su conformidad con los puntos controvertidos determinados en este acto, así como con las reglas establecidas por el Tribunal Arbitral al respecto.

4. Admisión de Medios Probatorios:

Acto seguido, el Tribunal Arbitral procedió a la admisión de los medios probatorios ofrecidos por las partes, de la siguiente manera:

4.1. De la parte demandante:

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Consorcio en su escrito de demanda presentado el 19 de febrero de 2010, detallados en el acápite "*DE LOS MEDIOS PROBATORIOS DE LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL*" de dicho escrito e identificados con los numerales del 1 al 21.

Además, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Consorcio en su escrito de contestación a la reconvención presentado el 26 de abril de 2010, señalados en el acápite "*DE LOS MEDIOS PROBATORIOS DE LA ABSOLUCIÓN DE LA RECONVENCIÓN FORMULADA POR LA ENTIDAD*" de dicho escrito, los cuales corresponden a los mismos medios probatorios de la demanda.

4.2. De la parte demandada:

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Proyecto en su escrito presentado el 24 de marzo de 2010, en la parte correspondiente a la contestación de demanda, señalados en el acápite "*III. PRUEBAS OFRECIDAS Y ANEXOS*" de dicho escrito e identificados con los numerales del 1 al 21.

Además, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Proyecto en su escrito presentado el 24 de marzo de 2010, en la parte correspondiente a la reconvención, señalados en el acápite "*PRUEBAS Y ANEXOS*" de dicho escrito e identificados con los numerales del 1 al 3.

4.3. Pruebas de Oficio:

El Tribunal Arbitral se reservó el derecho de disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier otro medio probatorio que considere conveniente; asimismo, se reservó la posibilidad de prescindir de las pruebas no actuadas en caso que, el Tribunal Arbitral las considere prescindibles o innecesarias. Dichas facultades se encuentran previstas y amparadas conforme a lo establecido en el artículo 37° de la Ley General de Arbitraje.

VI.3. ACTUACION DE PRUEBAS

Mediante Resolución N° 17 de fecha 23 de agosto de 2010, se otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles para que presenten cualquier documentación adicional relacionada a la materia de controversia. Vencido el plazo otorgado, con Resolución N° 19 de fecha 20 de setiembre de 2010, se dejó constancia que ninguna de las partes presentó documentación adicional alguna.

Mediante Resolución N° 20 de fecha 20 de setiembre de 2010, se dispuso la actuación de una pericia de oficio, a fin de que el perito se pronuncie o determine, si técnicamente son válidas las observaciones efectuadas por el Proyecto contra la Liquidación Final de Obra del contrato elaborada por el Consorcio, contenidas en el informe adjunto a la Carta N° 126-2009-AG/PEPP-CD/DE.

Mediante Resolución N° 32 de fecha 12 de mayo de 2011, se prescindió de la pericia de oficio por falta de pago de los honorarios del perito designado, indicándose que las posibles consecuencias que acarreará la falta dicha prueba son imputables a las partes.

VI.4. CIERRE DE LA INSTRUCCIÓN Y ALEGACIONES

Mediante Resolución N° 33 de fecha 12 de mayo de 2011, se declaró el cierre de la instrucción y se otorgó a ambas partes un plazo de cinco (5) días hábiles para la presentación de sus alegaciones y conclusiones finales por escrito.

Dentro del plazo, solo el Proyecto cumplió con presentar sus alegaciones y conclusiones finales por escrito.

VI.5. PLAZO PARA LAUDAR

Mediante Resolución N° 36 de fecha 3 de noviembre de 2011, se fijó el plazo para la emisión del laudo arbitral en treinta (30) días hábiles, reservándose el Tribunal Arbitral, dicho plazo fue prorrogado mediante Resolución N° 37 de fecha 12 de diciembre de 2011, por treinta (30) días hábiles adicionales.

VII. POSICIONES DE LAS PARTES

VII.1. LA DEMANDA

Con fecha 19 de febrero de 2010, el Consorcio presentó su escrito de demanda, señalando las pretensiones siguientes:

Como primera pretensión principal: Se declare la ineficacia, invalidez y nulidad de la Carta N° 126-2009-AG/PEPP-CD/DE emitida por el Proyecto, la cual contiene las observaciones a la Liquidación Final de la Obra del Contrato: "Construcción del Puente Carrozable Santa Isabel – I Etapa" Longitud= 40.00 Metros (en adelante, la Obra).

Como primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal: Se ordene al Proyecto pagar a favor del Consorcio la suma de S/. 240,783.48, correspondiente a la Liquidación del Contrato practicada por el Consorcio y consentida debido a que no fue observada conforme a ley.

Como segunda pretensión accesoria a la primera pretensión principal y a la primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal: Se ordene al proyecto el pago a favor del Consorcio de los intereses legales devengados por la Liquidación Final, desde el 8 de julio de 2009, fecha en la que se requirió su pago mediante solicitud de arbitraje, hasta la fecha efectiva de pago.

Como tercera pretensión accesoria a todas las pretensiones anteriores, se ordene al Proyecto el pago de las costas y costos arbitrales.

Fundamentos de la demanda:

En relación a la primera pretensión principal

Mediante Carta Notarial de fecha 30 de diciembre de 2008, el Consorcio requirió al Proyecto, bajo apercibimiento de resolver el contrato, el cumplimiento de lo siguiente:

- i. Aprobar el Presupuesto Adicional N° 02 – Losa inferior sin refuerzo y uña de empotramiento, a efecto de poder efectuar su valorización y posterior pago. El presupuesto de dicha prestación adicional asciende a S/. 73,796.68.
- ii. Gestionar la correspondiente ampliación de plazo por demora en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 02 , requerida mediante Carta CSI 067 de fecha 26 de noviembre de 2008.
- iii. Desembolsar las valorizaciones N° 7 (Setiembre – S/.146,109.18), 8 (Octubre – S/.32,828.70) y 9 (Noviembre – S/.30,730.79) impagas hasta la fecha.
- iv. Implementar la intervención económica de común acuerdo.

Debido a que el proyecto no cumplió lo requerido, mediante Carta Notarial de fecha 9 de enero de 2009, el Consorcio resolvió el Contrato, señalándose el jueves 15 de enero de 2009 para la constatación física e inventario de la Obra.

El 16 de marzo de 2009 con Carta N° CSI 006-09 de fecha, el Consorcio remitió al Proyecto la Liquidación de la Obra debidamente sustentada, solicitando su pronunciamiento y de encontrarse conforme se les cancele el saldo de S/.240,783.48. El Proyecto observó la Liquidación presentada por el Consorcio, con Carta N° 126-2009-AG/PEPP-CD/DE de fecha el 15 de abril de 2009,

Mediante Carta Notarial N° CSI 008-09 de fecha 30 de abril de 2009, el Consorcio dedujo la nulidad de la Carta N° 126-2009-AG/PEPP-CD/DE remitida por el Proyecto, por no guardar la formalidad establecida por la LCAE; en la misma

fecha mediante Carta Notarial N° CSI 009-09, el Consorcio manifestó su desacuerdo con lo expresado en la Carta N° 126-2009-AG/PEPP-CD/DE, desvirtuando las observaciones formuladas y requiriendo el pago de S/.240,783.48.

Sostiene el Consorcio que la Carta Notarial N° 126-2009-AG/PEPP-CD/DE resulta inválida –nula- por no guardar la forma prescrita en el artículo 43°¹ de la LCAE; asimismo, es nula por carencia de motivación de las observaciones realizadas. Como fundamento legal invoca los Artículos 3° y 6°² de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General en adelante LPAG.

En relación a la primera pretensión accesoria a la pretensión principal, el Consorcio amparó su pedido en lo establecido en el artículo 43° de la LCAE y los artículos 267° y 269° del Reglamento;

En relación a la segunda pretensión accesoria a la primera pretensión principal y a la primera pretensión accesoria, el Consorcio refirió lo establecido en el artículo 1324° del Código Civil, al no existir un pacto sobre la tasa de interés aplicable. En cuanto al cobro de intereses moratorios, el Consorcio sostiene que, en tanto la doctrina, como la legislación vigente exigen que se haya realizado una intimación en mora, y es desde dicha intimación es que deben ser computados los intereses respectivos; considera que la intimación en mora se ha realizado al Proyecto según lo establecido en el artículo 1334° del Código Civil, es decir con la citación con la demanda.

VII.2. LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

¹ El artículo 43° de la LCAE, establece que el pronunciamiento (observaciones o nueva liquidación) de la Entidad respecto de la liquidación presentada por el contratista las observaciones a la liquidación presentada por el contratista debe emitirse resolución o acuerdo debidamente fundamentado.

² Los indicados Artículos 3° y 6° de la Ley N° 27444, establecen la motivación como requisito de validez de los actos administrativos y señalan que la Motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado, respectivamente.

El Proyecto señaló como petitorio de su contestación de demanda que el Tribunal Arbitral declare infundadas todas las pretensiones presentadas con el escrito de demanda presentado por el Consorcio.

Fundamentos de la Contestación de la demanda:

Sostiene el Proyecto que, no es cierto que el Consorcio haya cumplido con las formalidades establecidas en el Reglamento sobre el procedimiento en caso de resolución de un Contrato de obra, pues el segundo párrafo del Artículo 226^{o3} del Reglamento, establece expresamente que, en el caso de obras se otorgará necesariamente, el plazo de 15 días para la subsanación de incumplimientos. Dado que la carta del Proyecto del 30 de diciembre del 2008, consignó solo un plazo de cinco días hábiles para la subsanación de supuestos incumplimientos, plazo reiterado con la Carta Notarial del 6 de enero del 2009, el Consorcio no procedió con arreglo a los dispositivos antes indicados y por lo tanto dichos actos están viciados de nulidad.

El Proyecto afirma el incumplimiento de la formalidad en el plazo de emplazamiento de 15 días establecido por el Reglamento importa la vulneración del principio de legalidad y consecuentemente hace nulo el requerimiento y por ende nula también la resolución del contrato por causal atribuible a la entidad.

Por otro lado sostiene el Proyecto que respecto a la constatación física e inventario de la obra señalada para el 15 de enero, según el Acta de Constatación suscrita en presencia del Juez de Paz de la localidad, el Consorcio incumplió el artículo 267° del Reglamento, pues estuvo no representado por su apoderado legal, así como no paralizó las obras sin que el residente de obra sustente las razones de seguridad o el cumplimiento de disposiciones reglamentarias de construcción que justifiquen tal situación.

El texto del Acta de Constatación judicial de fecha 20 de enero del 2009 señala que el Juez de Paz de la localidad "El Dorado" da cuenta que la obra no se encontraba paralizada y que los trabajos se venían ejecutando en contra de la

³ Artículo 226° del Reglamento:

(...)

"Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras."

(...)

voluntad del Supervisor de Obra. Asimismo, el Consorcio notificó al Proyecto con la Carta Notarial de fecha 26 de enero del 2009, para la constatación e inventario el 27 de enero incumpliendo el plazo mínimo establecido en el artículo 267° del Reglamento;

Señala el Proyecto que el Consorcio *"habría faccionado dos documentos que son nulos de pleno derecho"* en referencia a un Acta de fecha 30 de enero del 2009 que firman sólo los representantes de la empresa contratista y un Acta de constatación de la misma fecha suscrita por los representantes del Consorcio y por la Jueza de Paz de la localidad de Ciudad Constitución; que según indica *"por razón de territorio, ...carecía de jurisdicción para llevar a cabo la función notarial que le otorga la Ley; en consecuencia la referida Acta es nula al igual que los actos jurídicos que se amparan"* en ella.

En relación al pretendido la imputación de incumplimiento del artículo 43° del Reglamento, manifiesta del Artículo 11°⁴ de la LPAG los recursos disponibles para que los administrados planteen la nulidad de los actos administrativos son los de reconsideración, revisión y apelación, no existiendo recurso alguno de nulidad.

Señala el Consorcio que cumplió con motivar las observaciones a la Liquidación efectuada por el Consorcio, con el Informe N° 033-2009-AG-PEPP-DOS-ING.IV, de la Dirección de Obras y Supervisión del Proyecto, que detalla en sus 8 conclusiones la motivación de las observaciones realizadas. A este documento se anexa expediente denominado "Liquidación de Cuentas" que en fs. 76 contiene los cuadros, informes, fotografías y documentos que sustentan sus conclusiones.

En el supuesto negado que existiera algún vicio en la Carta Notarial N° 126-2009-AG/PEPP-CD/DE, el Consorcio invoca la conservación del acto administrativo en aplicación el Artículo 14°⁵ de la LPAG.

⁴ Artículo 11° de la LPAG

11.1 (...) *"por medio de los recursos administrativos previstos en el Título III Capítulo II de la presente Ley"*.

⁵ El Artículo 14° de la LPAG, en su numeral 14.2.3 establece que el acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado; mantiene su validez legal en aplicación del principio de la conservación del acto administrativo.

En relación al incumplimiento del Consorcio con los términos del Contrato, manifiesta que por la irresponsabilidad de malos ex servidores del Proyecto, se otorgó indebidamente hasta 4 ampliaciones de plazo. Pese a las facilidades e indebidas ampliaciones otorgadas, señala el Proyecto que el Consorcio no cumplió con los términos del Contrato en cuanto al reemplazo del residente de la obra y que finalmente mediante Acta de Trato Directo de fecha 5 de Agosto del 2008, le otorgó nuevo plazo a fin que concluya con las obras el 27 de diciembre del 2008.

En relación al pago de S/. 240,783.48, manifiesta que la resolución de Contrato ejecutada por el Proyecto no es válida, que la verificación e inventario de obra son nulos, y que su cuestionamiento a la liquidación practicada por el Proyecto es válido.

VII.3. RECONVENCIÓN

El Petitorio

El Proyecto señaló como petitorio de su reconvención:

1. Que, como primera pretensión principal: Se declare la Nulidad de los siguientes actos jurídicos:

- a. El Proceso de resolución del Contrato por causal atribuible al Proyecto, que se inicia con la entrega de la Carta s/n de fecha 30 de diciembre de 2008, la reiteración de ésta Carta mediante Carta Notarial de fecha 6 de enero de 2009 y la Carta s/n de fecha 9 de enero de 2009 .
- b. El Proceso ejecutado por el Consorcio para efectuar la diligencia de constatación física e inventario que incluyen las actas de fecha 20 de enero de 2009, 27 de enero de 2009 y la de la fecha 30 de enero de 2009.

2. Que, como segunda pretensión principal, se ordene el pago de S/. 1'488,852.14, por el concepto de liquidación de cuentas y penalidades e

indemnización por daños y perjuicios, así como el pago de intereses compensatorios sobre los adelantos otorgados en diciembre de 2007 y por el uso del dinero ascendente a S/. 1'488,852.14, requeridos en pago desde el mes de abril de 2009, así como las costas y costos del arbitraje.

Fundamentos de la Reconvención:

- a. Que, conforme a lo establecido en el artículo 140° del Código Civil, para que un acto jurídico sea válido, debe haber sido ejecutado con observancia de la forma prescrita bajo sanción de Nulidad, lo que debe ser concordado con el numeral 1 de la Ley N° 27444 que establece que la nulidad se establece por el incumplimiento del texto expreso de la Ley;
- b. Que, en el caso que nos ocupa, el segundo párrafo del artículo 226° del Reglamento establece expresamente: *"Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras."* (subrayado agregado);

Argumenta el Proyecto que en vista que la Carta remitida por el Consorcio con fecha 30 de diciembre de 2008, consignó un plazo de cinco días para la subsanación de supuestos incumplimientos contractuales, plazo reiterado en su comunicación por Carta Notarial de fecha 6 de enero del 2009, la de resolución de Contrato de fecha 9 de enero de 2009, está viciada de nulidad por incumplimiento de la formalidad, plazo de 15 días, previsto por el Artículo 226° del Reglamento.

El incumplimiento colocó al Proyecto en un estado de indefensión, recortó su derecho constitucional a la contradicción y defensa, generando que el Demandante pueda argumentar que la resolución contractual obedeció a un incumplimiento del Proyecto, cuando aún se pudo subsanar alguna omisión que pudiera existir.

Sostiene que también nulo el procedimiento ejecutado por el Consorcio para la constatación física e inventario de bienes, ya que no cumplió con acreditar para la diligencia a un representante legal, y no paralizó las obras, ni se sustentaron las razones de seguridad o el cumplimiento de disposiciones reglamentarias de construcción que justifiquen el incumplimiento del mandato expreso del artículo 267° del Reglamento.

Asimismo que, en la carta de resolución no se contó con la presencia de un Notario o Juez de Paz, que la Jueza de Paz que intervino en la diligencia de constatación física e inventario, carecía de competencia para intervenir en una jurisdicción ajena a la que le competía, que son también nulas el Acta de constatación física e inventario de obra de 22, 27 y 30 de enero del 2009 que suscriben sólo los representantes del Contratista, así como el Acta suscrita en la misma fecha por la Jueza de Paz de Ciudad Constitución que se ubica en lugar distrito distinto a la obra.

Sostiene el Proyecto que, conforme al resumen de liquidación de cuentas que forma parte del expediente denominado "Liquidación de Cuentas" elaborado por la Dirección de Obras y Supervisión, sumada la penalidad máxima prevista por el Contrato, el Consorcio le adeuda un saldo de S/. 1'488.852.14.

Asimismo que conforme a lo establecido por el art. 1243 del Código Civil, los pagos por adelantos otorgados en el mes de diciembre del año 2007, correspondientes a adelanto por materiales y por adelanto directo; deben generar el pago de intereses compensatorios que deberán liquidarse conforme al art. 1243 y 1244 del C.C.; y a falta de pacto específico, los intereses serán los que fija el Banco Central de Reservas.

Finalmente que en relación a las costas y costos arbitrales, el Consorcio debe asumirlos en vista de la improcedencia manifiesta y la temeridad de sus pretensiones.

VII.4. ABSOLUCION DEL TRASLADO DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA y RECONVENCIÓN

VII.4.1. MEDIO DE DEFENSA

Mediante Resolución N° 3 de fecha 5 de abril de 2010, se admitió a trámite la contestación a la demanda y la reconvención, corriendo traslado de ella al Consortio para que, en un plazo de quince (15) días hábiles, proceda a contestarla.

Al respecto, mediante escrito presentado el 20 de abril de 2011, el Consortio interpuso como medio de defensa, su solicitud de declarar extemporánea la reconvención formulada por el Proyecto.

El Demandante señaló lo siguiente:

- a. El Proyecto consintió la resolución del Contrato al no recurrir a los mecanismos de solución de controversias establecidos en la cláusula 25 del Contrato, incluso, el Demandado observó la Liquidación efectuada por el Consortio;
- b. De admitirse la nulidad de la resolución del Contrato, se generaría una situación contractual de inejecutabilidad, toda vez que el Proyecto no ha llevado a cabo un proceso válido de resolución de contrato por incumplimiento del Consortio, cuestión que no constituye pretensión en su reconvención;
- c. Dado que el Proyecto ha culminado la Obra sobre lo avanzado por el Consortio y ha utilizado los materiales e insumos del inventario de la Liquidación Final del Contrato, la pretensión de la reconvención, se tornaría en una situación imposible de dilucidar, al haber operado la sustracción de la materia.

VII.4.2. ABSOLUCIÓN AL MEDIO DE DEFENSA

Mediante Resolución N° 4 de fecha 29 de abril de 2010, se corrió traslado del medio de defensa planteado por el Consortio. Mediante escrito fecha 18 de mayo de 2010 el Proyecto absolvió el traslado del medio de la Cuestión Previa formulada por el Proyecto, señalando que el artículo 226° del Reglamento establece que el respectivo plazo de quince (15) días debe ser necesariamente otorgado en el caso de obras; sin embargo, el Consortio solo otorgó un plazo de

cinco (5) días para subsanar los supuestos incumplimientos, por lo que la respectiva carta de requerimiento de subsanación es nula.

VII.5. CONTESTACIÓN A LA RECONVENCIÓN

Mediante escrito de fecha 26 de abril de 2011, el Consorcio contestó la reconvencción, contradiciendo las pretensiones planteadas por el Proyecto. Respecto al argumento del Consorcio en cuanto a que, la comunicación de resolución del Contrato no satisface el requerimiento formal previo a la resolución, dado que el Consorcio otorgó solo cinco (5) días para la subsanación de diversas prestaciones pendientes, cuando el plazo debió ser de quince (15) días, el Consorcio se ratifica en que el procedimiento de resolución de Contrato se ha efectuado de acuerdo a lo establecido en el artículo 226° del Reglamento, siendo que el respectivo plazo es aplicable al proyecto y no para el Consorcio;

Señala que el proyecto en modo alguno se preocupó en dar respuesta, justificar o explicar la razón del incumplimiento de las diversas prestaciones requeridas mediante carta de fecha 30 de diciembre de 2008, siendo que recién se cuestiona el plazo del requerimiento, tras el consentimiento de la resolución del contrato; que sin perjuicio de lo anterior, si el Proyecto consideraba que el requerimiento efectuado por el Consorcio no cumplía con los requisitos de LCAE, debió invocar los mecanismos de solución de controversias que establecen el Contrato y la Ley, es decir, solicitar la conciliación y/o el arbitraje, lo cual no sucedió;

En relación a la pretensión de pago de S/. 1'488,852.14, el Consorcio señala que dicha pretensión resulta inválida por cuanto el Proyecto consintió la su Liquidación al observarla sin guardar la formalidad establecida por el artículo 43° de la LCAE, siendo que incluso bajo el supuesto que se declare la conservación del acto, el vicio contenido resulta grave al haberse incurrido en causal de nulidad previsto en el artículo 10° de la Ley N° 27444.

VIII. PUNTOS CONTROVERTIDOS

II.1 Cuestión Previa:

2. Determinar si corresponde declarar fundado o no el medio de defensa, mediante el cual se solicita que se declare improcedente por extemporánea la reconvención, el mismo que fue formulado por el Consortio el 20 de abril de 2010, en los términos indicados en dicho escrito.

Posteriormente, el Tribunal Arbitral fijó los siguientes puntos controvertidos en función a las pretensiones planteadas en el presente arbitraje:

II.2 De la demanda presentada por el Consortio:

10. Determinar si corresponde declarar o no la ineficacia, invalidez y/o nulidad de la Carta N° 126-2009-AG/PEPP-CD/DE emitida por el Proyecto y que contiene las observaciones a la Liquidación Final de Obra del Contrato N° 002-2007-PEPP-INADE: "Construcción del Puente Carrozable Santa Isabel – I Etapa" Longitud = 40.00 Metros (en adelante, el Contrato) practicada por el Consortio.
11. Determinar si corresponde declarar consentida o no la Liquidación del Contrato practicada por el Consortio.
12. Atendiendo a lo que se establezca en relación a los puntos 1) y 2) precedentes, determinar si corresponde ordenar o no que el Proyecto pague a favor del Consortio la suma de S/. 240,783.48, por concepto del monto resultante que arroja la Liquidación del Contrato practicada por el Consortio.
13. En caso se declare fundado el punto 3) precedente, determinar si corresponde o no ordenar que el Proyecto pague a favor del Consortio los intereses correspondientes y, de ser el caso, determinar desde qué fecha se debería pagar por tal concepto hasta la fecha efectiva de pago.

II.3 De la reconvención presentada por el Proyecto:

14. Determinar si corresponde declarar o no la nulidad del proceso de resolución del Contrato que se inició con la entrega de la carta cursada al Proyecto el 30 de diciembre de 2008 y que fuera reiterado mediante cartas notariales de fechas 6 y 9 de enero de 2009.
15. Determinar si corresponde declarar o no la nulidad del proceso ejecutado por la demandante para efectuar la diligencia de constatación física e inventario que incluyen las actas de fechas 20, 27 y 30 de enero de 2009.
16. Determinar si corresponde ordenar o no que el Consorcio pague a favor del Proyecto la suma de S/. 1'488,852.14, correspondiente a la liquidación de cuentas efectuada por el Proyecto, la cual incluye las penalidades y la indemnización por daños y perjuicios.
17. Determinar si corresponde ordenar o no que el Consorcio pague a favor del Proyecto los intereses correspondientes en relación a los adelantos otorgados en el mes de diciembre de 2007 y por el uso de la suma de dinero ascendente a S/. 1'488,852.14 y, de ser el caso, determinar desde qué fecha se debería pagar por tal concepto hasta la fecha efectiva de pago.

II.4 Punto controvertido común

18. Determinar a quién corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que genere el presente proceso arbitral.

IX. MARCO LEGAL APLICABLE PARA RESOLVER LA CONTROVERSIA

En el numeral 4 del Acta de Instalación del Árbitro Único, se estableció que el Arbitraje se regirá de acuerdo a las reglas establecidas en el Acta de Instalación, a lo dispuesto por el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo

Nº 083-2004-PCM, LCAE, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo Nº 084-2004-PCM, el Reglamento; y por la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo Nº 1071 y en caso discrepancias de interpretación o de deficiencia o vacío de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral resolverá del modo que considera apropiado conforme al los Artículos 34º y 40º de la Ley de Arbitraje.

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

CONSIDERANDO:

1. CUESTIONES PRELIMINARES

- 1.1 Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que el presente proceso se constituyó de acuerdo al convenio arbitral; (ii) que en momento alguno, se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; (iii) que la DEMANDANTE presentó su demanda dentro del plazo dispuesto; (iv) que la DEMANDADA fue debidamente emplazada con la demanda, contestó ésta dentro del plazo conferido y ejerció plenamente su derecho de defensa; (v) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos; y, (vi) que, este Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro del plazo acordado con las partes.
- 1.2 Asimismo, este Tribunal Arbitral como marco conceptual tendrá presente los principios interpretativos: (i) el de la conservación del contrato; (ii) el de la búsqueda de la voluntad real de las partes; (iii) el de la buena fe y, (iv) el de los actos propios; principios que serán desarrollados en su aplicación al resolver los puntos controvertidos.
- 1.3 Considerando el marco legal aplicable a las controversias y utilizando, los mecanismos de interpretación anteriormente señalados, el Tribunal

Arbitral procederá a analizar y resolver el caso en función a las prestaciones que forman el contenido de los contratos, las normas imperativas y supletorias pertinentes, con la finalidad de dilucidar el contenido de la relación obligatoria generada entre las partes y la solución de las controversias generadas.

- 1.4 Por otro lado, este Tribunal conviene en precisar que el análisis que se efectúa en el laudo, se circunscribe a los puntos controvertidos fijados en la Audiencia correspondiente, teniendo presente los argumentos y medios probatorios presentados por las partes así como el respeto al derecho de defensa e igualdad procesal que han tenido éstas durante el desarrollo del presente proceso arbitral.

a) Aspectos relativos al orden del análisis de las pretensiones

Habiendo hecho la introducción ya señalada, así como establecido la posición de las partes en párrafos anteriores, cabe analizar cada uno de los puntos controvertidos fijados en el Acta de Puntos Controvertidos, habiéndose definido de este modo la materia sobre la cual deberá pronunciarse el Tribunal Arbitral lo que ha sido expresamente aceptado por las partes en el citado documento.

Con los argumentos expuestos en los escritos de demanda, contestación a la demanda, alegatos escritos e informes orales, así como a las pruebas aportadas y puestas a consideración en el presente arbitraje, corresponde en este estado al Tribunal Arbitral la evaluación de los elementos indicados, con el objeto de determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la resolución del contrato, tener por aprobada la Liquidación elaborada por el Consorcio con un saldo a su favor, así como resolver los demás puntos controvertidos establecidos en la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos.

En el curso del proceso arbitral, en relación con las liquidaciones elaboradas por el Contratista y la Entidad, asunto que constituye el meollo de la cuestión en controversia, han quedado acreditados, por ambas partes, algunos hechos o situaciones que conviene reseñar como primera cuestión útil a los fines del pronunciamiento, dado que respecto de ellos hay aceptación expresa o tácita

de alguna parte o, en su caso de ambas, de forma que se constituyen en hechos aceptados y validos para sustentar el análisis del Tribunal Arbitral. En algún caso, esta última condición, resulta del análisis del Tribunal Arbitral sobre la base de elementos aportados por los litigantes.

Una segunda cuestión necesaria para dilucidar la controversia, estriba en establecer los aspectos respecto de los cuales no hay consenso de las partes y constituyen parte del asunto a esclarecer. Algunos aspectos concernientes a la normativa aplicable serán dilucidados como elementos previos y necesarios al pronunciamiento, en un sucinto recorrido del procedimiento de liquidación final en el régimen legal de las contrataciones de obra pública.

En orden de la lógica de las cuestiones planteadas y, a los fines de un adecuado análisis de la actuación de las partes en relación con lo que es el fondo materia de la controversia, el Tribunal Arbitral discernirá los Puntos Controvertidos en cuatro bloques de análisis.

Previamente se dilucidará sobre la Cuestión Previa planteada por el Consorcio. Luego, se abordará el **primer bloque** de análisis, la cuestión relativa a la determinación si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la nulidad de la resolución del contrato y de la diligencia de constatación física e inventario de la obra, correspondiente a los puntos controvertidos 5 y 6 relacionados con la Primera Pretensión Principal de la reconvención.

El **segundo bloque** de análisis aborda el tema de la liquidación del contrato correspondiente a los Puntos Controvertidos 1 y 2; considerando las condiciones legales y plazos en el procedimiento de liquidación, el análisis exhaustivo de los hechos acreditados en el proceso y su contraste con la normativa aplicable, y las cuestiones legales involucradas, todo lo cual es materia de la Primera Pretensión Principal de la demanda.

El **tercer bloque** de análisis aborda el tema del pago del saldo de la liquidación del contrato materia de los Puntos Controvertidos 3 y 7, relacionados a la Primera Pretensión Accesorio de la demanda y Segunda Pretensión Principal de la reconvención respectivamente.

El análisis del fondo de la controversia concluye con el **cuarto bloque**, destinado a dilucidar sobre el pago de los intereses por el saldo de la liquidación del contrato materia de los Puntos Controvertidos 4 y 8 correspondientes a la Segunda Pretensión Accesorio de la demanda y la Segunda Pretensión Principal de la reconvención respectivamente.

Finalmente se discernirá sobre los **costos y costas** del proceso arbitral, contenidas en el Punto Controvertido 9 correspondiente a la Tercera Pretensión Accesorio de la demanda y segunda Pretensión Principal de la reconvención relacionado con los costos y costas arbitrales.

b) Hechos y eventos acreditados por ambas partes en el proceso, respecto de los cuales no hay controversia

De la cronología de los hechos recogidos en la documentación vinculada a la ejecución y liquidación de la obra y acreditados por las partes en el proceso, tenemos que no hay discusión en cuanto a que:

- i) El 30 de diciembre de 2008 el Consorcio el Consorcio requirió al Proyecto, bajo apercibimiento de resolver el contrato, la subsanación de determinados incumplimientos en el plazo de 5 días. El emplazamiento fue reiterado el 05 de enero de 2009.
- ii) El del 09 de enero de 2009, el Consorcio resolvió el contrato, señalando el 15 de enero de 2009 para la constatación física e inventario de la Obra.
- iii) El Acta de constatación del 15 de enero de 2009 suscrita por el Proyecto, el Director de Obras y Supervisión y el Jefe de Asesoría Legal, el Supervisor de la obra y por el Consorcio el Ingeniero Residente y el Administrador de la obra, con la intervención del Juez de Paz del Centro Poblado El Dorado, se consigna la ejecución de labores del encofrado del estribo izquierdo y que el Supervisor de la obra se niega a recibir las documentación de las Ampliaciones de Plazo N°s. 05,06 y 07.

- iv) En el Acta de constatación del 20 de enero de 2009 suscrita por el Juez de Paz del Centro Poblado El Dorado, se consigna la presencia, por el Proyecto, del Director de Obras y Supervisión y del Jefe de Asesoría Legal, el Supervisor de la obra y por el Consorcio del Ingeniero Residente y del Administrador de la obra; asimismo la justificación por el Residente de la ejecución de los trabajos de Colocación de Loza Superior del Estribo Izquierdo, la oposición del Supervisor, el apoyo a los trabajos, de las autoridades locales y el acuerdo para proseguir con la constatación física una vez culminados los trabajos indicados.
- v) En el Acta de constatación del 22 de enero de 2009 suscrita por el Proyecto, el Director de Obras y Supervisión y el Jefe de Asesoría Legal, el Supervisor de la obra y por el Consorcio el Ingeniero Residente y el Administrador de la obra, con la intervención del Juez de Paz del Centro Poblado El Dorado, se consigna la paralización de la obra, la reubicación de los materiales y precisiones adicionales sobre estos materiales.
- vi) El 22 de enero de 2009 con Carta Notarial N° 005-2009-INADE/6201, el Proyecto le informa al Consorcio la resolución del contrato, sin fijar plazo de requerimiento previo, señalando el 27 de Enero de 2009, para la constatación física e inventario de la obra.
- vii) En el Acta de constatación del 27 de enero de 2009 suscrita por el Representante Legal del Consorcio y el Administrador de la obra, con la intervención del Juez de Paz y el Teniente Gobernador del Centro Poblado El Dorado, se consigna la inasistencia de los representantes del Proyecto.
- viii) El Acta de constatación física e inventario de obra del 30 de enero de 2009 suscrita por el Representante Legal del Consorcio y el Administrador de la obra, en ausencia de los Representantes del Proyecto.
- ix) En el Acta de constatación del 30 de enero de 2009 suscrita por el Representante Legal del Consorcio y el Administrador de la obra, con la intervención del Jueza de Paz de Ciudad Constitución, se consigna la negativa del Juez de Paz y el Teniente Gobernador del

Centro Poblado El Dorado a suscribir el Acta de constatación física e inventario de obra del 30 de enero de 2009.

- x) Copia Certificada de la Denuncia Policial efectuada por el Representante Legal del Consorcio y el Administrador de la obra ante la Comisaria de la PNP de Ciudad Constitución, ante la negativa del Juez de Paz y el Teniente Gobernador del Centro Poblado El Dorado a suscribir el Acta de constatación física e inventario de obra del 30 de enero de 2009.
- xi) El 5 de febrero de 2009, mediante Carta Notarial, el Consorcio remitió al Proyecto las Actas de constatación física e inventario de la Obra, señalando que la Obra quedó bajo responsabilidad de la Entidad, debiendo procederse a su Liquidación.
- xii) El 16 de marzo de 2009 con Carta N° CSI 006-09, el Consorcio entregó al Proyecto la Liquidación de la Obra, con saldo a su favor de S/.240,783.48.
- xiii) El 15 de abril de 2009 el Proyecto observó la Liquidación del Consorcio, con Carta N° 126-2009-AG/PEPP-CD/DE.
- xiv) El 30 de abril de 2009 con Carta Notarial N° CSI 008-09, el Consorcio dedujo la nulidad de la Carta N° 126-2009-AG/PEPP-CD/DE.
- xv) El 30 de abril de 2009 con Carta Notarial N° CSI 009-09, el Consorcio manifestó su desacuerdo con las observaciones del Proyecto requiriendo el pago del saldo a su favor.

c) Situaciones argumentadas por las partes, respecto de las cuales hay controversia

De la lectura de los argumentos expuestos por las partes en defensa de su respectivas posiciones, en cuanto a los eventos que originan la controversia y su interpretación, resultan cuestiones controversiales cuya dilucidación atañe a la controversia de fondo, así tenemos lo siguiente:

- i) El Proyecto sostiene que el emplazamiento para resolución del contrato es nulo por haberse señalado un plazo menor al establecido en la norma aplicable.

- ii) El Proyecto sostiene que las actas de fechas 20, 27 de enero de 2009 y 30 de enero de 2009 son nulas.
- iii) El Consorcio sostiene que las observaciones a su liquidación contenidas en la Carta N° 126-2009-AG/PEPP-CD/DE de 15 de abril de 2009 del Proyecto, son nulas por defecto de motivación.

3. ANALISIS DE LA CUESTIÓN PREVIA: EL MEDIO DE DEFENSA PROPUESTO POR EL CONSORCIO

La controversia se contrae a determinar lo que corresponde en cuanto al medio de defensa propuesto por el Consorcio con su escrito de 20 de abril de 2009, por el que solicita que se declare improcedente por extemporánea la reconvencción del Proyecto, relativa a la nulidad de la resolución del contrato, ampliado posteriormente con escrito de fecha 22 de abril del mismo año.

El Consorcio sustenta su petición básicamente en tres argumentos: i) la resolución del Contrato quedo consentido por haber sido recurrida mediante el mecanismo de solución de controversias del propio Contrato; ii) la nulidad de la resolución del Contrato, generaría una situación contractual de inejecutabilidad, porque no hay proceso válido de resolución del mismo por incumplimiento del Consorcio, lo que tampoco es pretensión de la reconvencción; iii) siendo que el Proyecto ha culminado la Obra con los materiales e insumos del inventario de la Liquidación Final del Contrato, la pretensión de la reconvencción, sería imposible de dilucidar, al haber operado la sustracción de la materia.

El Proyecto señaló por su parte que, el Consorcio solo otorgó un plazo de cinco (5) días para subsanar los supuestos incumplimientos, por lo que la respectiva carta de requerimiento de subsanación es nula.

En la Audiencia de Puntos Controvertidos, lo propuesto por el Consorcio se califico como una cuestión previa, lo que lleva a que sea dilucidada antes de abordar los aspectos centrales de la controversia y podría conducir a que se suspenda o interrumpa el proceso. Respecto a las cuestiones previas debemos entender que *"En ocasiones, la respuesta que debe darse a una determinada cuestión jurídica (cuestión principal) depende de la respuesta que se dé a otra cuestión jurídica (cuestión previa). Esta última es una cuestión jurídica que goza*

de de entidad suficiente para plantearse como cuestión principal, aunque en el caso aparezca como previa”⁶.

Así las cosas la cuestión planteada por el Consorcio busca que, por vía de un pronunciamiento anticipado del Tribunal Arbitral sobre la extemporaneidad alegada de la reconvención, esta se desestime; sin embargo, es de verse que sus argumentos, dos de ellos, los anotados como ii) y iii), que deben sustentar la cuestión jurídica previa en debate, la extemporaneidad de la presentación de la reconvención, están referidos más bien a la cuestión principal, la reconvención misma y sus efectos, lo que lleva al Tribunal Arbitral a no tomarlos en consideración para los fines de su pronunciamiento.

En cuanto al argumento relativo a la presentación extemporánea, es de tomar en consideración que el Numeral 13 de las Reglas para las Actuaciones Arbitrales consignadas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, establece la oportunidad para la presentación de la reconvención por parte del Proyecto, esto es en el plazo de 15 días conferido con el traslado de la demanda planteada por el Consorcio, mediante Resolución N° 1 del 26 de febrero de 2010.

De lo expuesto resulta que la extemporaneidad de la presentación de la reconvención alegada por el Consorcio no es tal a la luz de las Reglas del proceso, lo que acarrea que deba desestimarse y con ello declararse **infundada** la Cuestión Previa en debate.

a.

3. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS 5 y 6 CORRESPONDIENTES A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN RELACIONADOS CON LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO Y DILIGENCIA DE CONSTATACIÓN FÍSICA E INVENTARIO DE LA OBRA

5. Determinar si corresponde declarar o no la nulidad del proceso de resolución del Contrato que se inició con la entrega de la carta cursada al Proyecto el 30 de diciembre de 2008 y que fuera reiterado mediante cartas notariales de fechas 6 y 9 de enero de 2009.

[Signature]

⁶ Tomado de “Cuestión Previa...” Diccionario Jurídico Espasa, Espasa Calpe, S.A., Madrid, 2007, pag. 451.

6. Determinar si corresponde declarar o no la nulidad del proceso ejecutado por la demandante para efectuar la diligencia de constatación física e inventario que incluyen las actas de fechas 20, 27 y 30 de enero de 2009.

Este bloque de análisis se contrae a la determinación de la vigencia y eficacia de la resolución del contrato ejecutada por el Consorcio con la Carta Notarial del 09 de enero de 2009 luego del emplazamiento contenido en las cartas del 30 de diciembre de 2008 y su ampliación del 05 de enero de 2009, asimismo respecto de la constatación física e inventario de la obra y de las actas respectivas. Ambas cuestiones controversiales están vinculadas y en la cronología de hechos, la una precede a la otra, en la reconvención aparecen consignadas como dos aspectos de una misma pretensión; el estudio deberá efectuarse en ese orden.

3.1. La nulidad de la resolución del contrato

Frente al incumplimiento de las obligaciones recíprocamente comprometidas por los contratantes, que afecta al objetivo común de las mismas al establecer el vínculo contractual como efecto natural del contrato; el derecho contempla diversos remedios, algunos se orientan al cumplimiento de las obligaciones buscando el restablecimiento de la base del negocio; otros, la rescisión y la resolución⁷, más bien a la desaparición del vínculo contractual. El elemento diferencial entre ambos institutos: la rescisión busca la supresión de los efectos del contrato debido a la existencia de circunstancias injustas derivadas de la ineficiencia de este; con la resolución se produce la cesación futura de los efectos del contrato válido por circunstancias sobrevinientes a él.

La doctrina conceptúa la resolución como un remedio que la ley contempla, a favor del contratante fiel cumplidor de sus obligaciones y que se orienta a extinguir el vínculo contractual válido que lo une a su contraparte que, inexcusablemente, desde el punto de vista legal, no honra su compromiso. La resolución resulta en el instrumento que hace posible al fiel contratante,

⁷ Rescisión del latín "*scindere*": rasgar y resolución del latín "*solvere*": desatar desligar.

desligarse de su contraparte que no cumple con la contraprestación convenida, más que en una sanción a imponerse al incumplidor. En la doctrina es claro que la procedencia de la resolución exige ejecución culpable, es decir la existencia de dolo o culpa en la parte que incumple sus obligaciones contractuales. Salvo causales de caso fortuito o fuerza mayor, la presunción de culpa está implícita en el incumplimiento, mas corresponde a la parte contratante que lo invoca aportar prueba eficiente.

De lo dicho se desprende el principio que, es al contratante fiel a quien le asiste el derecho para acudir a la resolución y siempre que se cautele que el incumplimiento, para producir efecto resolutorio, sea importante y no se funde en desatención de obligaciones accesorias⁸.

Nuestra legislación distingue entre la rescisión y la resolución de los contratos⁹. En el ámbito de los contratos con el Estado, para el caso la normativa aplicable, la LCAE, y su Reglamento, se habla de la nulidad de los contratos como consecuencia de defectos en el proceso de formación del contrato o en las etapas previas, en el Proceso Selección que le da origen, así los casos derivados de la aplicación del artículo 9º de la Ley de LCAE.¹⁰ El artículo 41º literal c) de la LCAE¹¹ prescribe la resolución de contrato por

⁸ En el concepto de Messineo, las circunstancias, los hechos e impedimentos a que da lugar la resolución se toman en consideración por la ley porque alteran las relaciones entre los contratantes, tales se habrían constituido inicialmente, o bien, perturban el normal desenvolvimiento (ejecución) del contrato de modo que no se puede continuar vinculando las partes en el modo originario por cuanto ha venido a modificarse-o lisa y llanamente- ha venido a faltar la composición de interés de la que el mencionado contrato constituía expresión. Citado en la Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXIV, pag. 788.

⁹ Código Civil

Artículo 1370º.- La rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo
Artículo 1371º.- la resolución deja sin efecto un contrato valido por causal sobreviniente a su celebración.

¹⁰ LCAE

"Artículo 9º.- (...) Los contratos celebrados en contravención de lo dispuesto por el presente artículo son nulos....."

¹¹ LCAE

Artículo 41º....

c) Resolución de Contrato por Incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato; en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. Igual derecho asiste al contratista ante el

incumplimiento de obligaciones; por incumplimiento del contratista previamente observado por la Entidad, y no subsanado, mediante comunicación notarial motivada, y con indicación del motivo. La norma otorga igual derecho al contratista ante el incumplimiento, por parte de la Entidad, de sus obligaciones esenciales. La norma señala además que el contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de la comunicación notarial. El artículo 224° del Reglamento¹² señala que cualquiera de las partes, o ambas, pueden poner fin vínculo contractual hecho sobreviviente, conforma lo previsto expresamente en las Bases, en el contrato o en el Reglamento. El artículo 225° del Reglamento¹³ establece las causales de resolución de contrato, entre ellas la causal invocada por el Consorcio.

En el procedimiento de resolución de contrato prescrito en el artículo 226° de la misma norma¹⁴, encontramos el plazo de requerimiento para que la

incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento.

¹² **Reglamento de LCAE**

Artículo 224.- Resolución de contrato

Cualquiera de las partes, o ambas, pueden poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en las Bases, en el contrato o en el Reglamento. (...)

¹³ **Reglamento de LCAE**

Artículo 225.- Causales de resolución

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del Artículo 41° de la Ley, en los casos en que el contratista:

- 1) Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello
- 2) Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a su cargo; o
- 3) Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del Artículo 41° de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 226°.

¹⁴ **Reglamento de LCAE**

Artículo 226.- Procedimiento de resolución de contrato

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, mediante carta notarial. (...)

parte emplazada satisfaga el cumplimiento de sus obligaciones y el apercibimiento de resolver el contrato si ello no se produjera. En concordancia, el artículo 267° del Reglamento¹⁵ señala que esta puede provenir del incumplimiento del contratista o por causa atribuible a la Entidad. El análisis de la resolución del contrato, su formalización y consecuencias, debe partir de establecer si el contrato fue resuelto por el Consorcio válidamente. Si bien con posterioridad a la carta de resolución del contrato del Consorcio, el Proyecto le curso la Carta Notarial N° 005-2009-INADE/6201, manifestando resolver el contrato por causal de incumplimiento de obligaciones, es tenerse presente que ello no se ha incluido en las pretensiones de la reconvención y no constituye materia controvertida. De autos aparece que con carta de fecha 30 de diciembre de 2008, reiterada y complementada con carta posterior el 05 de enero de 2009 el Consorcio emplazó al Proyecto para que, en un plazo de 05 días diera cumplimiento a las obligaciones señaladas en los propios documentos, caso contrario procedería a resolver el contrato por causal prevista por el Reglamento, atribuyendo la responsabilidad a la Entidad. De los antecedentes también aparece que transcurrido el plazo que había señalado, el Consorcio procedió a resolver el contrato, mediante carta de fecha 9 de enero de 2009. Es de señalar que la pretensión de anulación planteada por el Proyecto se contrae al alegado incumplimiento del plazo del

¹⁵ Reglamento de LCAE

Artículo 267°.- efectos de la resolución del contrato de obras.

(.....)

La parte que resuelve deberá indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días. En esta fecha, las partes se reunirán en la presencia del notario Público o Juez de Paz, según corresponda, y se levantará un acta. Si alguna de ellas no se presenta, la otra levantará el acta. Culminado este acto la obra queda bajo responsabilidad de la entidad y se procede a la liquidación, conforme a lo establecido en el artículo 269°.

En caso que la resolución sea por incumplimiento del contratista, en la liquidación se consignaran las penalidades que correspondan, (.....)

En caso que la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por cien (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo que se deja ejecutar.

Los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del contrato, como los notariales, de inventario y otros, son de cargo de la parte que incurrió en la causal de la resolución, salvo disposición distinta del laudo arbitral.

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

requerimiento previo, no así a la causal invocada, como que tampoco hay cuestionamiento respecto de la imputación de incumplimiento específica que motiva la resolución.

Ahora bien, es del caso estudiar el argumento central con que el Proyecto sustenta su pretensión de nulidad de la resolución del vínculo contractual, formalmente nulidad del proceso de resolución del contrato; nos referimos a que la Carta remitida por el Consortio con fecha 30 de diciembre de 2008, consignó un plazo de cinco días para la subsanación de alegados incumplimientos contractuales, plazo reiterado en su comunicación por Carta Notarial de fecha 6 de enero del 2009, de donde la comunicación de resolución de Contrato de Obra de fecha 9 de enero de 2009, estaría viciada de nulidad por incumplir el plazo de 15 días, necesarios, señalado en el segundo párrafo del Artículo 226° del Reglamento, para los contratos de obra. Frente a este argumento, el Consortio sostiene que tal plazo de 15 días *“que se otorgará necesariamente en el caso de obras”* es uno obligatorio para la Entidad mas no para el Contratista. De la posición adoptada por las partes resultan entonces dos interpretaciones contrapuestas respecto de lo señalado por el párrafo segundo del ya citado Artículo 226° del Reglamento.

Desde la perspectiva del contexto general de la contratación con el estado, la obligatoriedad del plazo de 15 días para la subsanación de incumplimientos en el caso de obras, para ambas partes por igual es plausible; es lógico interpretar que la norma regula la situación de las partes en el contrato en condición de igualdad de derechos y obligaciones; sin embargo por otro lado no es desdeñable sostener que tal obligatoriedad solo alcanza a la Entidad en consideración que el texto del párrafo en cuestión está referido a la Entidad.

Si bien adoptar uno de los dos criterios como valido podría conducir a resolver la incertidumbre jurídica, cual se tratara de una cuestión de puro derecho, el Colegiado estima del caso analizar la validez del planteamiento del Proyecto, a la luz de su actuación posterior a la comunicación de resolución del contrato y es que, según sostiene en su escrito de reconvención, el emplazamiento con una plazo reducido lo colocó *“en un estado de indefensión, pues se le recortó el derecho constitucional a la*

contradicción y defensa” que facilito al Consorcio, “arrogarse el derecho a argumentar que la resolución contractual obedeció a un incumplimiento del Proyecto, cuando aún se pudo subsanar alguna omisión que pudiera existir”, argumentación que apunta a agudizar los efectos de la perentoriedad del emplazamiento en desmedro de la posibilidad de enmendar su conducta de incumplimiento.

No obstante a contrapelo de lo dicho, según sostienen el contratista, el Proyecto no objetó en ninguna forma el plazo otorgado con la carta de emplazamiento como tampoco la propia carta de resolución del Contrato y desde luego no manifestó rechazo de la imputación de incumplimiento ni la necesidad de mayor plazo para subsanarlo. En la misma línea de conducta, conforme señala el Consorcio en su escrito de absolución de la reconvencción, el Proyecto no recurrió a la conciliación y/o el arbitraje, mecanismos de solución de controversias que establecen el Contrato y la LCAE.

En efecto de autos es de verse que, la primera comunicación del Proyecto al Consorcio con posterioridad a la resolución del contrato, es la Carta Notarial N°005-2009-INADE-6021 de 20 de enero de 2009, cuyo contenido informa que no objeta la resolución del contrato, no reclama del plazo reducido otorgado para la subsanación de los incumplimientos acusado por el Consorcio, ni manifiesta disconformidad respecto de la causal de incumplimiento que se le imputa como generador de la resolución; esta comunicación resulta reveladora a los fines de esclarecer la cuestión en análisis, por cuanto siendo su propósito resolver el contrato, sin plazo de emplazamiento previo y ordenar la paralización de la obra, hace referencia expresa a la resolución del contrato comunicada por el Consorcio el 09 de enero de 2009 y la citación para la constatación física e inventario, reclamando que el contratista viniera “ejecutando la obra, sin la supervisión” del Proyecto. La comunicación inmediata posterior dirigida por el Proyecto al Consorcio es la Carta 126-AGP/PEPP-CD-DE entregada el 15 abril, de 2009 con las observaciones sobre la liquidación de la obra elaborada por este; entre ambas comunicaciones se ha acreditado en autos diversos documentos relacionados con la diligencia de constatación

física e inventario, con intervención del Director Ejecutivo del Proyecto (Acta de 22 de enero de 2009).

De hasta aquí lo discernido por Tribunal Arbitral, tenemos que los actos de la Entidad confirman que, sus alegaciones en cuanto a la nulidad de la resolución del contrato por parte del Consorcio, recién se ponen de manifiesto con la reconvencción y que institucionalmente acepto la resolución del contrato incluso con manifestaciones expresas documentadas en autos.

En el desarrollo de la aplicación de los principios enunciados como marco conceptual, al caso concreto, encontramos que:

i) Por el principio de la búsqueda de la voluntad real de las partes - posición asumida por el Código Civil Peruano en el segundo párrafo del artículo 1361º-, cuando se presenta alguna discrepancia entre lo declarado por las partes y lo querido por ellas, se presume que lo declarado responde a la voluntad de las partes salvo prueba en contrario, por lo que, el análisis de todos y cada uno de los documentos del Contrato deberá realizarse de manera integral y completa, teniendo en cuenta la «voluntad común»¹⁶.

En correlato con el principio anotado, tenemos el Verdad Material, del artículo IV, numeral 1.11 del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444¹⁷. En ese orden de ideas es también pertinente lo indicado por Miriam IVANEGA¹⁸:

¹⁶ Exposición de Motivos del Código Civil:

“(…) los fines idénticos buscados por los contratantes y que se expresan en la declaración que formulan al celebrar el contrato. No se trata, por consiguiente, del objetivo que busca cada contratante por sí mismo; y hay que presumir que lo que aparece en la relación contractual responde a esa intención, considerada de un modo integral y referida al contrato como un todo». ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI. Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil. Compiladora Delia Revoredo Marsano. Lima. 1985, p. 25.

¹⁷ “... las actuaciones administrativas deben estar dirigidas a la identificación y esclarecimiento de los hechos reales producidos y a constatar la realidad, independientemente de cómo hayan sido alegadas, y, en su caso, probadas por los administrados”. MORON URBICA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del procedimiento administrativo general. Gaceta Jurídica. Lima. 2005, p. 79.

¹⁸ <http://alumnosmdag.blogspot.com/2010/12/procedimiento-administrativo-las.html>:

“Procedimiento administrativo: Las dimensiones del principio de verdad material”

“... Bajo esa perspectiva, la búsqueda de la verdad material ... de la realidad y sus circunstancias, con independencia de cómo han sido alegadas y en su caso probadas por las partes, ... supone que se deseche la prevalencia de criterios que acepten como verdadero algo que no lo es o que nieguen la veracidad de lo que sí lo es. Ello porque con independencia de lo que hayan aportado, la Administración siempre debe buscar la verdad sustancial como mecanismo para satisfacer el interés público...”

ii) Por el principio de la buena fe, tenemos que se aplica las ideas de confianza y auto responsabilidad en la interpretación, de modo que: *“(...) si una de las partes, con su expresión o su declaración, suscitó en la otra una confianza en el sentido objetivamente atribuible a dicha declaración, esta parte no puede impugnar este sentido y pretender que el contrato tiene otro diverso”*¹⁹.

iii) En cuanto al principio de los actos propios, el autor nacional Enrique ELÍAS LAROZA²⁰ señala que:

“La doctrina de los actos propios puede definirse como un principio según el cual el actuar en forma contradictoria con los propios actos es inadmisibles dentro de las reglas de la buena fe. Así, son inadmisibles los actos de ejercicio de un derecho claramente incompatibles con la conducta anterior de la misma persona.

En otros términos, se considera que va contra de sus propios actos quien ejerce un derecho objetivamente incompatible con su conducta previa.”

A lo anteriormente expuesto, el citado autor señala que este principio se aplica a todos los ámbitos del ordenamiento jurídico²¹:

¹⁹ DIEZ-PICAZO, Luis. Op. Cit. Volumen I, p. 398.

²⁰ ELIAS LAROZA, Enrique. Derecho Societario Peruano, Editora Normas Legales, Lima 1999, pag. 55

"(...) el principio por el cual no se puede actuar contra los propios actos ("venire contra factum proprium"), según la doctrina jurídica moderna ha alcanzado la categoría del principio general de derecho".

En el mismo sentido, el maestro LUIS DIEZ PICAZO, señala en su tratado sobre la "Doctrina de los Propios Actos"²² :

"Hemos llegado a la conclusión de que la regla que normalmente se expresa diciendo que nadie puede ir en contra de sus propios actos, ha de interpretarse en el sentido de que toda pretensión, formulada dentro de una situación litigiosa por una persona que anteriormente ha realizado una conducta incompatible con esa pretensión, debe ser desestimada. Hemos llegado también a la conclusión de que, desde un punto de vista de derecho sustantivo, la inadmisibilidad de venir en contra de los actos propios constituye técnicamente un límite del ejercicio de la buena fe y particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente".

Alejandro Borda (²³) dice al respecto:

"La teoría de los actos propios es una regla de derecho, derivada del principio general de la buena fe, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria con respecto al comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto.

Se funda en la confianza que se despierta en otro sujeto de buena fe a raíz de una primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría vulnerada si fuese admisible aceptar y dar curso a la posterior pretensión contradictoria".

Por su parte, el jurista argentino HÉCTOR MAIRAL²⁴, señala los casos de

²¹ Op Cit. pag. 54


²² LUIS DIEZ PICAZO, citado por Elías Laroza, en Derecho Societario Peruano, pag. 55.

²³ BORDA Alejandro. La teoría de los actos propios y el silencio como expresión de la Voluntad. En Contratación Contemporánea - Teoría general y principios -, Palestra, Lima, 2000, pag. 69.


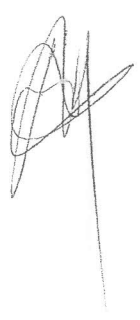
²⁴ MAIRAL, Héctor. La Doctrina de los Actos Propios y la Administración Pública. Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1998, pag. 8.

aplicación de la doctrina de los actos propios:

- a) *Cuando una persona ha intervenido en una situación jurídica bajo un carácter que ella voluntariamente ha asumido, no puede luego invocar un distinto carácter frente a los demás intervinientes, en detrimento de éstos.*
- b) *Cuando una persona ha reconocido o desconocido cierto carácter a otra en el marco de una situación jurídica, no puede luego desconocérselo, o atribuírselo, respectivamente, en detrimento de ésta última, dentro de la misma situación jurídica.*
- c) *Cuando una persona ha sostenido o admitido frente a otra, la existencia o inexistencia de una determinada relación jurídica, no puede luego invocar frente a esa misma persona y en detrimento de esta última la inexistencia o existencia, respectivamente, de tal relación o la distinta naturaleza de la misma relación, ni pretender escapar a los efectos que produce la relación reconocida.*



Entonces de los hechos acreditados por las partes en el proceso, analizados a la luz del marco de principios anotados, el Tribunal Arbitral aprecia que al margen de la discrepancia de las partes en cuanto a la interpretación de lo señalado por el párrafo segundo del ya citado Artículo 226º del Reglamento, la conducta institucional traducida en sus actos posteriores a la resolución del contrato no condicen con las alegaciones de la Entidad relativas a la nulidad del proceso de resolución del contrato, específicamente al plazo previo de emplazamiento para la resolución y en especial con la Carta Notarial N°005-2009-INADE-6021 de 22 de enero de 2009, con que manifiesta resolver el contrato, por su parte, sin señalar



plazo alguno para la subsanación de los incumplimientos esgrimidos como causal, lo que ha inaceptables tales alegaciones. De lo dicho debemos concluir que la resolución comunicada por el contratista con fecha 9 de enero de 2009, pone fin a la relación contractual válidamente, por satisfacer los requisitos formales, vía notarial, citación a la constatación física e indicación de la motivación; en razón de ello la comunicación resolutoria del Proyecto, en rigor carece de objeto por ser posterior.

Desde luego el arribar a esta conclusión, en el sentido que la resolución válida es aquella comunicada por el contratista, en teoría no conlleva a establecer de manera automática a que la causal invocada por esta es cierta y válida. Como hemos señalado previamente, la resolución válida del contrato por cualquiera de las partes no necesariamente supone la validez de la causal invocada por esta, esto es que, establecida la finalización del vínculo contractual como un hecho cierto, correspondería al Tribunal establecer que las causas invocadas por el contratista sean válidas, o no, independientemente que la comunicación haya producido la resolución del contrato. Sin embargo como se ha indicado previamente, el Proyecto no ha objetado la verosimilitud de las situaciones alegadas por el Consorcio como causales de incumplimiento validas para resolver el contrato.

En su escrito contestación a la demanda, el Consorcio sostiene, como fundamento de su propia carta de resolución del 22 de enero de 2009, que por el contrario el Consorcio habría incurrido en causal de incumplimiento, mas las cuestiones alegadas a ese respecto son distintas y no enervan las razones invocadas por este, las mismas que en buena cuenta resultan tácitamente consentidas, dado que tampoco se sustenta la subsanación requerida por el contratista en su carta de resolución del contrato. Concluyendo con el tema es de anotar que la validez de las causales invocadas por el Consorcio ni la de aquellas alegadas por el Proyecto como tampoco la propia resolución comunicada con carta de 22 de enero de 2009, son materia controvertida ni constituyen punto controvertido en el presente proceso.

En estas condiciones y habida cuenta que la comunicación de resolución de contrato satisface, a tenor del texto del propio documento que obra en autos; las exigencias sobre el contenido mínimo y de la forma escrita, que agotan

las exigencias formales del Reglamento; el Tribunal Arbitral del Consorcio ha arribado a la convicción que no se configura el supuesto de nulidad reclamado por lo que debe desestimarse la nulidad propuesta y por consecuencia **infundada** la pretensión del Proyecto.

3.2. La nulidad de la constatación física e inventario y las actas de 20, 27 y 30 de enero de 2009

A los fines del análisis adecuado de las cuestiones propuestas por el Proyecto en esta pretensión, el colegiado considera conveniente separar el estudio de la nulidad del proceso que llevo a la diligencia de constatación física por un lado y por otro la nulidad de las Actas de fechas 20, 27 y 30 de enero de 2009 levantadas con ocasión de la diligencia en cuestión.

a. En lo que atañe al proceso seguido por el Consorcio para llevar a cabo la diligencia de constatación física e inventario de bienes de la obra.

Debemos analizar los argumentos del escrito de reconvención el Proyecto que sostiene es nulo por cuanto:

- i) El proceso de resolución de contrato adolece del vicio de nulidad,
- ii) El Proyecto no cumplió con acreditar para la diligencia a un representante legal, y,
- iii) El Proyecto no paralizó las obras, ni se sustentaron las razones de seguridad o el cumplimiento de disposiciones reglamentarias de construcción que la justifiquen.

A los fines de establecer si se da el supuesto de nulidad formulado por la Entidad, es conveniente señalar que en cualquier circunstancia, la nulidad de la constatación física e inventario no importa afectación de la validez y vigencia de la resolución del contrato, pues en apreciación del Tribunal Arbitral la resolución del contrato se perfecciona por la comunicación notarial de cualquiera de las partes sin que se requiera otro requisito, más específicamente sin que la constatación física se constituya como requisito.

Sustentando lo indicado, anotamos que del análisis del numeral 267° del Reglamento, resulta que la entidad puede resolver el contrato por causa atribuible al contratista y así mismo lo puede hacer el contratista por causa atribuible a la entidad. No obstante que el Reglamento señala que, con la resolución del contrato se debe notificar a la otra parte para la constatación física e inventario, ello no debe llevarnos a concluir, sin previo análisis, en el sentido que ambos actos, resolución y citación a la constatación física constituyan un solo acto o que sean indivisibles o interdependientes, esto es, sin resolución no hay constatación posible o sin constatación no hay resolución. En efecto si bien ambos actos aparecen como sucesivos en el Reglamento, debemos entender la finalidad de cada uno de ellos y en función de ello, establecer si son o no interdependientes en el sentido antes anotado.

La resolución, como hemos visto, por definición atiende a la finalidad de poner fin a la relación contractual, a instancias de cualquiera de las partes en las condiciones establecidas en el Reglamento y el contrato; entonces, si ello es así, la comunicación por carta notarial remitida por cualquiera de las partes resulta suficiente para resolver el contrato; nada en contrario indica el Reglamento, como tampoco que, de la definición del instituto o la doctrina desarrollada al respecto resulte la constatación física en un requerimiento formal o constitutivo del mismo²⁵. Nada indica tampoco el Reglamento respecto a que la conclusión del contrato por vía de la resolución requiera para ser eficaz y válida, dicha diligencia de constatación física de la obra, por el contrario, la norma acotada, literal c) del artículo 41° de la LCAE, señala que el contrato queda resuelto de pleno derecho con la recepción de la comunicación notarial.

A nuestro entender la constatación física e inventario en el lugar de la obra, tiene la finalidad de transferir el dominio de esta, del contratista a la entidad, habida cuenta que concluido el contrato por la resolución la consecuencia inevitable es la devolución de la misma a su propietario,

²⁵ "Comprobado el incumplimiento de una determinada modalidad pactada en el contrato queda resuelto desde el momento en que la parte afectada comunique a la otra su voluntad de hacerlo" Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXIV, Editorial Bibliografía Argentina. Buenos Aires, Argentina, 1967, Pág. 790.

de igual forma como en su momento la suscripción del contrato consolidó la relación contractual y dio lugar a la entrega del terreno, en un traslado de dominio temporal al contratista; ambos actos están relacionados, el segundo, dependen del primero mas son independientes y se perfeccionan por separado. Aplicando la misma lógica, la resolución del contrato finiquita la relación contractual y la constatación del estado de la obra y su entrega a la entidad perfecciona el retorno del dominio temporal del contratista a la entidad, de donde podemos concluir que, de la misma forma como la entrega del terreno no es elemento constitutivo de la relación contractual tampoco, la constatación física y la entrega de la obra a la entidad es elemento constitutivo de la resolución del contrato.

Queda entendido que la entrega del terreno al inicio del contrato y la reversión del mismo a la entidad a la conclusión de este, no son necesarios ni requisito para la validez del contrato y su resolución, mas los primeros, la entrega del terreno y su devolución, si requieren de los segundos, el inicio del contrato y su conclusión, y son consecuencias de aquellos.

Hecha esta primera distinción vayamos al análisis de los argumentos del Proyecto respecto de la nulidad del proceso llevado a cabo por el Consorcio para la constatación física e inventario de la obra. En cuanto al primer argumento relativo que proceso anotado adolece de nulidad, como consecuencia del defecto de nulidad de resolución de contrato, en acápite previo el Tribunal Arbitral ha dilucidado tal cuestión en el sentido que no hay nulidad en la resolución del contrato formalizada por el Consorcio con su Carta de fecha 09 de enero de 2009, de donde este primer argumento se desvanece totalmente.

Señala el Proyecto, como segundo argumento que el Consorcio no cumplió con acreditar para la diligencia a un representante legal; siendo que no se indica si esta omisión se denuncia respecto de la carta de emplazamiento o se refiere a la ausencia del representante legal del contratista con ocasión de las diligencias específicas cuyas actas se impugna de nulidad, esta cuestión será abordada para ambos casos. En cuanto a la carta de emplazamiento, el artículo 267° del Reglamento no

señala la obligación de acreditar representante legal reclamado de modo que este argumento igualmente se desvanece.

Finalmente el tercer argumento del Proyecto señala que el Consorcio no paralizó las obras, ni sustentó las razones de seguridad o el cumplimiento de disposiciones reglamentarias de construcción por las cuales no lo hizo. Según lo prescrito en el ya citado Artículo 267° del Reglamento, la resolución de contrato determina la inmediata paralización de la obra, salvo que ello no sea posible por razones de seguridad o por el cumplimiento de disposiciones reglamentarias de construcción como se ha indicado; más nada indica que tal situación deba ser acreditada en la carta de emplazamiento, sino mas bien en el momento mismo de la diligencia de constatación, de donde se concluye que el argumento carece de predicamento, sin perjuicio de dilucidar el tópico con motivo de la nulidad de las Actas que registran los sucesos de la diligencia.

b. En lo que atañe a la nulidad de las Actas de fechas 20, 27 y 30 de enero de 2009.

Debemos analizar las alegaciones del Proyecto en el sentido que: i) no se cumplió con acreditar para la diligencia a un representante legal, ii) que no se paralizó las obras, ni se sustentó las razones de esta omisión y, ii) que, en la carta de resolución no se contó con la presencia de un Notario o Juez de Paz.

De la lectura del artículo 267° del Reglamento se hace evidente, un requisito formal distinto, para el contenido de la comunicación de resolución del contrato, nos referimos a lo señalado por el texto inicial del precitado párrafo segundo, en el que prescribe que la parte que resuelve el contrato "deberá" indicar la fecha y hora para la constatación física e inventario en el lugar de la obra con anticipación no menor de dos días, formalidad que la comunicación de resolución de contrato del Consorcio satisface a tenor del respectivo documento que obra en autos; esta exigencia sobre el contenido mínimo de la comunicación y la exigencia de la forma escrita, agotan las exigencias formales del Reglamento.

A mayor abundamiento, a tenor de lo señalado en la segunda parte del párrafo tercero de artículo 267º, se admite la ausencia de alguna de las partes en la fecha citada para la constatación física, sin que ello importe infracción de alguna clase; la parte presente levanta el acta correspondiente, y ... *“culminado el acto la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad...”*, lo que significa que, sin importar cuál de las partes este ausente a la diligencia en cuestión, la obra revierte indefectiblemente al dominio de la Entidad; de donde podemos colegir que la constatación física e inventario de la obra atiende a establecer el momento y condiciones en que la obra queda bajo responsabilidad de la contratante y que la parte ausente pierde la oportunidad de hacer constar sus apreciaciones en el acta respectiva, lo que puede resultar de importancia, y fuente de conflicto, en cuanto que el inventario de la misma se reflejará en la liquidación.

En cuanto a la nulidad de las actas bajo análisis por ausencia del representante legal del Consorcio en las respectivas diligencias, del propio texto de los documentos cuestionados aparece que, por parte del Consorcio participaron y suscribieron los mismos, el Ingeniero Residente de la Obra en el Acta de 20 de enero de 2009 y el Representante Legal del Consorcio en las Actas del 27 y 30 de enero de 2009; debiendo tenerse presente que, de conformidad con el Artículo 242º del Reglamento el Residente de la Obra, *“por su sola designación el residente representa al contratista para los efectos ordinarios de la obra”*, de donde la argumentación del Proyecto sobre ese particular resulta deleznable y debe desestimarse.

En cuanto al segundo argumento respecto a que no se paralizó las obras, ni se sustentó las razones de esta omisión, se debe considerar que en del 20 de enero de 2009 suscrita por el Juez de Paz del Centro Poblado El Dorado, se consigna la justificación por el Residente de la ejecución de los trabajos de Colocación de Loza Superior del Estribo Izquierdo, con la oposición del Supervisor. El Acta concluye con el acuerdo de las partes de proseguir con la constatación física una vez culminados los trabajos indicados. Si bien no suscriben el documento el Director de Obras y

Supervisión y del Jefe de Asesoría Legal ni el Supervisor de la obra, el Juez de Paz del Centro Poblado El Dorado, da cuenta de su presencia en la diligencia, lo que desvirtúa las alegaciones del Proyecto.

A mayor abundamiento en el Acta de constatación del 22 de enero de 2009, no impugnada y suscrita debidamente por los funcionarios del Proyecto aludidos, se consigna la paralización de la obra.

En cuanto a la nulidad del Acta de 30 de enero de 2009, es plausible la intervención de autoridades alternas para certificar por un lado la singular negativa del Juez de Paz competente que ya había intervenido en diligencias anteriores y la no menos singular y conveniente ausencia de los funcionarios de la Entidad, a una diligencia que daba fin a la constatación e inventario que se había venido llevando a trabajando con la intervención de representantes de ambas partes; lo que no resulta del todo atendible en tanto que resulta, a todas luces, en una alegación fundada en hecho propio; más aún cuando sintomáticamente todos los funcionarios del Proyecto y el Juez de Paz del Centro Poblado El Dorado, suscriben al día siguiente, 31 de enero de 2009 un Acta de Constatación de Materiales en abandono, con el agregado de una constancia emitida por el Juez de Paz del Centro Poblado El Dorado negando la asistencia de su colega la Jueza de Paz de Ciudad Constitución a la constatación del día 30 de enero. Los documentos acompañados como medios probatorios del Proyecto (Anexo 1-N,Ñ y O) contradicen la sustentación de la nulidad del Acta de 30 de enero sustentada precisamente en la asistencia de la Jueza de Paz de Ciudad Constitución, todo lo que hace deleznable la alegación de la Entidad.

Es importante anotar que el Proyecto en su escrito de contestación de la demanda, específicamente al sustentar su reconvención señala "... *debiendo considerarse igualmente los saldos de materiales en obra ascendentes a S/ 76,270.85...*", monto idéntico al consignado por el Consortio en el Resumen de su Liquidación y al monto consignado en la propia Liquidación de Cuentas; ambos montos similares corresponde con el valor del inventario de materiales proveniente del Acta de 30 de enero

de 2009, anotación que deslegitima totalmente las alegaciones de la Entidad²⁶.

Sobre la representación del Consorcio en la diligencia de constatación ya se ha indicado que esta válidamente ejercida en su caso por el residente de la obra y en otros por el Representante Legal del Contratista, siendo que no hay en la norma indicación que tal representación debe anunciarse en la carta de resolución del contrato ni que ello constituya requisito de validez de esta o de la diligencia de constatación de del acta correspondiente.

Con todo lo hasta ahora discernido, la nulidad de las Actas de Constatación alegada por el Proyecto, en apreciación del Tribunal Arbitral carece de sustentación que le provoque convicción; por el contrario el análisis de sus fundamentos, a la luz de las actuaciones inmediatas posteriores de la Entidad y, de los funcionarios de esta, apunta a una notoria contradicción que los invalida. Nos referimos a la ausencia de reclamo al recibir el texto de las referidas actas con Carta Notarial del Consorcio del 5 de febrero de 2009, mediante Carta Notarial, con la indicación que obra quedó bajo responsabilidad de la Entidad, debiendo procederse a su Liquidación. El Proyecto no denunció tampoco las Actas en cuestión al recibir la Liquidación del Consorcio ni con la posterior carta de observaciones a aquella y como hemos señalado en su propia Liquidación de Cuentas consigna montos provenientes del Acta e 30 de enero.

Llevando al análisis al extremo de considerar en teoría que hay nulidad, la nulidad de las actas no conllevaría sino a la nulidad parcial de la constatación física e inventario de la obra, habida cuenta de la validez de las otras diligencias, cuyas actas son firmes, en las cuales intervino la representación del Proyecto; más aún en el caso de nulidad total, la declaración en ese sentido carecería de objeto y aplicación práctica que apunta a la conservación del acto, considerando que el objetivo de la

²⁶ El Proyecto en relación con el Acta de 30 de enero de 2009 anota: "Un Acta de Constatación de la misma fecha ya indicada y suscrita por los representantes de la empresa e ¡¡¡ INCREIBLEMENTE!!! por la Consorcio y por la Juez de Paz de la localidad de Ciudad Constitución, localidad que se ubica en un departamento, provincia y distrito distinto al de la ubicación física de la obra". (El subrayado y signos de admiración son del texto de la reconvencción)

diligencia en cuestión, esto es que la obra y los materiales del inventario revierta al dominio de la Entidad, se ha cumplido, toda vez que esta, ha concluido la construcción de la obra utilizando los materiales del inventario, conforme lo ha sido señalado el Consorcio en su absolución de la reconvención y no negado por el Proyecto. Así las cosas el Colegiado ha arribado a la convicción que no hay nulidad del procedimiento ni de las actas relativas a la diligencia de constatación física e inventario de la obra.

Como conclusión el Tribunal Arbitral estima que debe declararse **infundada** la Primera Pretensión Principal de la reconvención en sus dos extremos vinculados a la nulidad de la resolución del contrato y la diligencia de constatación física e inventario de la obra, contenidos en los puntos controvertidos 5 y 6.

4. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS 1 y 2 CORRESPONDIENTES A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA RELACIONADOS CON LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO

1. *Determinar si corresponde declarar o no la ineficacia, invalidez y/o nulidad de la Carta N° 126-2009-AG/PEPP-CD/DE emitida por el Proyecto y que contiene las observaciones a la Liquidación Final de Obra del Contrato N° 002-2007-PEPP-INADE: "Construcción del Puente Carrozable Santa Isabel – I Etapa" Longitud = 40.00 Metros (en adelante, el Contrato) practicada por el Consorcio.*
2. *Determinar si corresponde declarar consentida o no la Liquidación del Contrato practicada por el Consorcio.*

La cuestión controvertida se contrae a establecer si corresponde o no se declare la ineficacia, invalidez y/o nulidad de las observaciones del Proyecto a la

Liquidación de la obra presentada por el Consorcio y si debe declararse consentida o no dicha liquidación.

El 16 de marzo de 2009, el Consorcio entregó al Proyecto la Liquidación de la obra, solicitando su pronunciamiento y de encontrarse conforme se les cancele el saldo de S/.240,783.48. El Proyecto observó la Liquidación presentada por el Consorcio, con Carta N° 126-2009-AG/PEPP-CD/DE de fecha el 15 de abril de 2009,

El Consorcio dedujo la nulidad de la Carta N° 126-2009-AG/PEPP-CD/DE; en la misma fecha mediante, manifestó su desacuerdo con lo expresado por el Proyecto, desvirtuando las observaciones formuladas y requiriendo el pago de S/.240,783.48. Sostiene el Consorcio que la Carta Notarial N° 126-2009-AG/PEPP-CD/DE resulta inválida –nula- por no guardar la forma prescrita en el artículo 43^{o27} de la LCAE; asimismo, es nula por carencia de motivación de las observaciones realizadas. Como fundamento legal invoca los Artículos 3° y 6^{o28} de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General en adelante LPAG.

4.1. El procedimiento de Liquidación de Obra: formulación, presentación y pronunciamiento de las partes

Como sabemos la liquidación final del contrato de obra, según los criterios expuestos en la OPINIÓN 087-2008/DOP, consiste en un proceso de cálculo técnico bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, cuya finalidad es determinar, principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico, a favor o en contra del contratista o de la Entidad²⁹.

²⁷ El artículo 43° de la LCAE, establece que el pronunciamiento (observaciones o nueva liquidación) de la Entidad respecto de la liquidación presentada por el contratista debe emitirse resolución o acuerdo debidamente fundamentado.

²⁸ Los indicados Artículos 3° y 6° de la Ley N° 27444, establecen la motivación como requisito de validez de los actos administrativos y señalan que la Motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado, respectivamente.

²⁹ Tomado de Miguel Salinas Seminario. *Costos, Presupuestos, Valorizaciones y Liquidaciones de Obra*. Instituto de la Construcción y Gerencia (ICG), 2° edición -2003. Pág. 44.

La liquidación tiene como propósito adicional verificar la corrección de las prestaciones a cargo de la Entidad y del Contratista, constituye un ajuste formal y final de cuentas, que establece, el quantum final de las prestaciones dinerarias a cargo de las partes del contrato, considerando intereses, actualizaciones y gastos generales³⁰.

Las relaciones jurídicas creadas por el contrato se extinguen al concluir la etapa de liquidación, momento en que por lo general, este ha alcanzado su finalidad de satisfacer los intereses de cada una de las partes. El procedimiento de liquidación debe garantizar que cada una de las prestaciones haya sido debidamente verificada por las partes, de manera que los contratantes tengan la oportunidad de expresar en forma inequívoca su satisfacción o insatisfacción con la ejecución del contrato³¹.

En el marco general de la normativa aplicable a los contratos de Obra Pública, el artículo 43³² de la LCAE, establece en su segundo párrafo que, tratándose de ejecución de obras el contrato culmina con la liquidación, esta debe ser elaborada y presentada por el contratista a la Entidad, en los plazos y con los requisitos señalados en el Reglamento. Asimismo, el artículo 267° del Reglamento establece, en su segundo párrafo, que culminada la constatación física e inventario en el lugar de la obra, se procede a la liquidación. Se ha dilucidado ya en el proceso que, como consecuencia de la resolución del Contrato, se llevó a cabo la constatación física e inventario, evento que se marca el inicio de los plazos de la liquidación.

El Artículo 269° del Reglamento establece el procedimiento de liquidación de obra y complementa lo estipulado en el contrato; indica que el contratista elabora y debe entregar la liquidación en un plazo máximo, en su defecto la entidad tiene la obligación de emitir su liquidación en mismo plazo; si no cumple, quedará consentida la liquidación presentada en primer lugar por cualquiera de las partes. En su primer y último párrafo se establece el plazo de presentación de la liquidación por el Contratista, 60 días o el equivalente a un

³⁰ Tomado de la OPINION N° 042-2006/GNP

³¹ Tomado de la OPINION N° 042-2006/GNP

³² "Artículo 43°.- Culminación del contrato

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

decimo del plazo de ejecución de la obra, si es mayor y la improcedencia de la liquidación, en tanto existan controversias entre las partes.

En la normativa de contrataciones del Estado, la premisa en todos los supuestos del procedimiento de liquidación final se sostiene en el principio del procedimiento administrativo del *silencio administrativo positivo*, el cual desfavorece a la parte que no manifiesta de manera idónea, su voluntad o desacuerdo respecto de un documento presentado por su contraparte en el contrato. La manifestación de desacuerdo no recae en la simple presentación de un documento declarativo de oposición, sino de una oposición sustentada e individual de cada uno de los puntos contradichos. En otras palabras, en el caso de la liquidación final de obra, cualquier observación de alguna de las partes, debe detallar los puntos específicos materia de tal observación.

En ese sentido el ya citado artículo 269º del Reglamento establece que la liquidación quedará consentida cuando practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido, esta norma reglamentaria es concordante con el mandato expreso de la parte final del párrafo segundo del Artículo 43^{o33} de LCAE ya anotado.

Así la norma en cuestión regula expresamente la obligación de la Entidad para pronunciarse dentro de los treinta (30) días de recibida la liquidación del contratista, ya sea observándola, o de considerarlo pertinente elaborando otra liquidación, notificando al contratista para que este se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes. En consecuencia, si una de las partes que recibe la liquidación elaborada por la otra y se encuentra en desacuerdo con la misma, puede manifestarlo por escrito; si dicho escrito no es contestado por la parte que remitió la liquidación, en el plazo legal, se tendrá por aprobada la liquidación presentada con los ajustes y correcciones provenientes del escrito de desacuerdo.

En suma, durante el procedimiento de Liquidación Final de contrato de obra, no sólo es importante respetar los requisitos y plazos de la presentación del documento de liquidación, también debe respetarse los mismos en lo relativo a

³³ "Artículo 43º.- *Culminación del contrato*, parte final del párrafo segundo (...). 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". (el subrayado en negrita es del Tribunal Arbitral)

la presentación de desacuerdos (observaciones) y contestación a las liquidaciones presentadas.

El pronunciamiento de cualquiera de las partes respecto de una liquidación o de las observaciones a esta, no se satisface con la presentación de un documento declarativo de desacuerdo, debe consistir en una oposición sustentada e individual de cada uno de los aspectos observados de la liquidación.

Con respecto a la materialización del pronunciamiento de la Entidad respecto de la liquidación del Contratista, es necesario distinguir entre el acto de notificación o presentación del pronunciamiento y la validez y eficacia de su contenido y sus respectivos alcances, toda vez que es evidente que la aplicación del silencio administrativo a favor de la parte cuyas observaciones no son materia de pronunciamiento, opera en ausencia absoluta de manifestación de su contraparte, ya que al mero acto de notificar el pronunciamiento le alcanza lo establecido en el artículo 14° de la Ley 27444³⁴ referida a los supuestos de la conservación del acto administrativo.

Esta norma señala que, prevalece la conservación del acto cuando el vicio de nulidad que lo aqueja no resulte trascendente para sus propios fines, para el caso, la finalidad del acto de la presentación del pronunciamiento está orientado a hacer conocer a la contraparte su manifestación impugnatoria. Desde luego, la eficacia de la presentación o notificación de dicho pronunciamiento no es lo mismo que la eficacia y validez de su contenido. Desde el punto de vista del Tribunal la fundamentación o sustentación del pronunciamiento de la entidad, está vinculada a la debida motivación del acto resolutivo o acuerdo que la contiene, por lo que corresponde efectuar el análisis en tal sentido.

Siguiendo con el razonamiento, corresponde el estudio de la debida fundamentación del acto resolutivo que materializa el pronunciamiento de la

³⁴ Ley 27444 "Artículo 14°.- Conservación del acto

14.1 Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora.

14.2 Son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, los siguientes:

14.2.1 El acto cuyo contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación.

14.2.2 El acto emitido con una motivación insuficiente o parcial.

Entidad, sin importar la forma que revista el acto, lo que nos lleva al análisis del concepto en la normativa que rige en la administración del Estado la emisión de actos resolutiveos o propiamente, actos administrativos.

El artículo 1°³⁵ de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, define los actos administrativos³⁶ como las declaraciones de las Entidades destinados a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados, en una situación concreta; lo que nos lleva al estudio de la Motivación³⁷, requisito de validez de los de actos administrativos. Según DROMI, *"la motivación es la declaración de las circunstancias de hecho y de derecho que han inducido a la emisión del acto. Está contenida dentro de lo que usualmente se denominan "considerandos". La constituyen, por tanto, los "presupuestos o "razones" del acto. Es la fundamentación fáctica y jurídica de él, con que la Administración sostiene la legitimidad y oportunidad de su decisión"*³⁸.

El numeral 4 del artículo 3° de la LPAG³⁹, señala que los actos administrativos deben estar debidamente motivados en proporción al contenido y ordenamiento jurídico.

En ese orden de ideas, establecida la exigencia legal de la motivación para la validez y eficacia del pronunciamiento de la Entidad como acto resolutiveo, en tanto expresa una decisión del ente, resulta necesario delimitar los alcances de tal exigencia a los fines del propio acto, esto que si dicho pronunciamiento

³⁵ Ley 27444 "Artículo 1°.- Concepto de acto administrativo

1.1. Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta. (...)

³⁶ Esta definición que alcanza al acto resolutiveo que nos ocupa, la Carta N° 126-2009-AG/PEPP-CD/DE.

³⁷ III. *La motivación en el Derecho.* Tiene particular relevancia en la esfera del Derecho el análisis de los motivos, pues de su adecuado examen depende la posibilidad de establecer la finalidad que tuvo en vista un sujeto agente o bien, en casos específicos, el índice de aberración de su conducta. (...)

Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XIX Págs. 929,931.

³⁸ La motivación, dice DROMI, debe *"...ser una auténtica y satisfactoria explicación de las razones de emisión del acto. No se trata de un mero escrúpulo formalista, ni tampoco se admite una fabricación ad hoc de los motivos del acto. "...con ello no se busca la observancia del principio de legalidad en la actuación de los órganos estatales De su cumplimiento depende que el administrativo pueda ya conocer de una manera efectiva y expresa los antecedentes y razones que justifiquen el dictado del acto"* DROMI, ROBERTO, Derecho Administrativo T.I, Edit. Gaceta Jurídica, S.A. 1ra. Edic. Peruana, agosto 2005, pag. 345, 346.

³⁹ Ley 27444 "Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos (...)

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico. (...)


pretende evidenciar los defectos o deficiencias de la liquidación del Contratista en cuanto a su forma y /o fondo, debería enunciar tales defectos y/o deficiencias, hacer una exposición de las razones que conducen y hacen sostenible su posición con la anotación de la sustentación legal, técnico y/o fáctica del caso.

Lo dicho, en atención a que, el pronunciamiento de la entidad respecto de las deficiencias de la liquidación debidamente fundamentado, en la apreciación del Tribunal y siguiendo un criterio elemental; supone que debería, cuando menos, evidenciar suficiencia de su contenido, los conceptos y montos y todo otro aspecto que a su juicio constituya defecto de tal liquidación. Elemento indesligable de la anotación de los defectos en cuestión, lo constituyen las razones, de orden técnico o legal o de cualquier orden útil al caso, que sustentan tal calificación sin omitir el sustento de los montos involucrados en términos tales que permita a la contraparte instruirse igualmente de sus fundamentos.

Al efecto debe tenerse en cuenta que conforme a lo señalado en los numerales 6.1, 6.2 y 6.3 del artículo 6° de la Ley 27444⁴⁰, la motivación, requisito de validez de los actos administrativos, debe ser expresa, con indicación de la relación concreta y directa de los hechos probados, relevantes del caso, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a aquellos, justifican el acto o decisión adoptada. Aclara la norma que no son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso específico o las formulas que no resulten



⁴⁰ Ley 27444 “Artículo 6°.- Motivación del acto administrativo

- 6.1. La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.
 - 6.2. Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto.
 - 6.3. No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas formulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto. ... (.....)”
- 

específicamente esclarecedoras por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia⁴¹.

Finalmente en cuanto al análisis del pronunciamiento de la Entidad, tenemos que, la ausencia de motivación del acto resolutivo es decir la carencia de la debida fundamentación que señala el numeral 4 del artículo 3° de la LPAG como requisito para la validez del acto administrativo, se encuadra en el supuesto de nulidad de los numerales 1 y 2 del Artículo 10° de la misma ley⁴² que establecen como vicios que causan nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias y el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez.

4.2. Análisis de las observaciones del Proyecto a la Liquidación elaborada por el Consorcio. La eficacia de la Carta Notarial N° 126-2009-AG/PEPP-CD/DE.

En relación con lo expuesto, en el curso del proceso ya ha quedado establecido que dentro del plazo legal el Consorcio entregó a la Liquidación de la obra y que el Proyecto se pronunció alcanzando con la Carta Notarial N° 126-2009-AG/PEPP-CD/DE sus observaciones; hay controversia entre las partes en cuanto a la eficacia de dichas observaciones. Esto es que en el caso bajo examen el Tribunal Arbitral parte del hecho no controvertido que el pronunciamiento del Proyecto fue recibido por el Consorcio, lo que descarta la aplicación del silencio en su favor; la cuestión a dilucidar es, la eficacia o no del contenido de tal pronunciamiento, de las observaciones de la Carta N° 126-2009-AG/PEPP-CD/DE.

⁴¹ Siguiendo a DROMI, tenemos que *“En principio, todo acto administrativo debe ser motivado. La falta de motivación implica, no solo vicio de forma, sino también, y principalmente, vicio de arbitrariedad. De la motivación sólo puede prescindirse de los actos tácitos, pues en ellos no hay siquiera manifestación de voluntad.”*

“La motivación expresara sucintamente lo que resulte del expediente, las razones que inducen a emitir el acto, y si impusieren o declararen obligaciones para el administrado, el fundamento de derecho. La motivación no puede consistir en la remisión a propuestas, dictámenes o resoluciones previas.” DROMI, ROBERTO, Op. Cit. pag. 346.

⁴² Ley 27444 “Artículo 10°.- Causales de nulidad

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

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, ..(...)

La cuestión específica a discernir es si la ausencia de pronunciamiento, por defecto que impida su eficacia, como plantea el Consorcio, acarrea la ineficacia, invalidez y/o nulidad de la Carta N° 126-2009-AG/PEPP-CD/DE y que, como consecuencia dicha liquidación se tenga por aprobada.

Como se ha indicado, el pronunciamiento de la entidad fue comunicado al contratista dentro del plazo correspondiente, empero, dado que el documento en cuestión no satisface, según manifiesta el Consorcio, la motivación del acto resolutorio lo que debe interpretarse como una observación u oposición no detallada de cada uno de los puntos o rubros que componen las observaciones comunicadas con la Carta N° 126-2009-AG/PEPP-CD/DE, es del caso hacer una evaluación crítica y determinar si se puede o no afirmar que el contenido de dicha observaciones, sea válido y eficaz a los efectos del procedimiento establecido sobre la liquidación del contrato de obra, del Artículo N° 269° del Reglamento.

En lo que atañe a las observaciones a la Liquidación efectuada por el Consorcio, señala el Consorcio que cumplió con la debida motivación, con el Informe N° 033-2009-AG-PEPP-DOS-ING.IV, de la Dirección de Obras y Supervisión del Proyecto, que detalla en sus 8 conclusiones la motivación de las observaciones realizadas. A este documento se anexa expediente denominado "Liquidación de Cuentas" que en fojas 76 dice contener los cuadros, informes, fotografías y documentos que sustentan sus conclusiones. Corresponde entonces a los fines del procedimiento de liquidación de la obra cuyo marco conceptual y legal se ha comentado en acápites previos, el análisis de las observaciones y su apreciación integral en contraste con los defectos acusados y la actuación de las partes. Veamos las observaciones del Proyecto:

1° No corresponde una liquidación de obra, por ser inconclusa, debiendo formularse una LIQUIDACION DE CUENTA.

De conformidad con lo estipulado en la Cláusula Vigésimo Primera del Contrato, la liquidación debe ajustarse a lo establecido por los Artículos 269°, 270° y 271 del Reglamento.

El caso es que el procedimiento de liquidación en las acotadas normas no hace referencia ni acotación sobre la posible diferencia entre la liquidación de una obra concluida y una obra inconclusa, como tampoco señalan en

caso casos procede una **LIQUIDACIÓN DE CUENTAS** o una **LIQUIDACIÓN FINAL DE OBRA**⁴³.

El caso es que los Artículos 269º, 270º y 271 que integran el **Sub Capítulo X Liquidación del Contrato de Obra** del Reglamento, solo hacen referencia a la "liquidación", sin calificar si se trata de una de carácter final por corresponder a una obra concluida o una de cuentas por corresponder a una obra inconclusa. La LCAE, en su Artículo 43º, no hace ninguna distinción.

En consecuencia, el Tribunal Arbitral estima que, a falta de mayores elementos que debiera haber aportado el Proyecto, sobre el sustento legal y/o la importancia de la denominación cuestionada que le otorgue valor a la observación y visto que ella no atiende a cuestionamiento sobre los aspectos de carácter técnico o los cálculos de los conceptos incluidos en la liquidación que se impugna, **la observación comentada carece de validez.**

2º En la liquidación de obra presentada por el consorcio, considera el pago de Mayores gastos generales por la ampliación de plazo, pago que no corresponde por renuncia expresa del representante legal en las actas de acuerdo firmada con el PEPP (folio N°08, 04 y 01).

Según es de verse de los autos, la renuncia a los gastos generales referidos en los folios 01, 04 y 08 del Anexo 1-M del Medio Probatorio "Expediente de Liquidación de Cuentas elaborada por la Dirección de Obras y Supervisión del Proyecto", acompañada con el escrito de contestación a la demanda y la reconvención del Proyecto, se refiere al Acta de Acuerdo del 05 de agosto de 2008, el Acta de Conciliación en Trato Directo del 13 de agosto de 2008 y Acta de Acuerdo de 12 de febrero de 2008, respectivamente y obedece a las circunstancias particulares que


⁴³ El Consorcio en su Carta CSI-006-09 dirigida al Proyecto dice: " cumplimos con adjuntar la Liquidación de obra.."

dieron lugar a tales acuerdos, eventos distintos de las ampliaciones de plazo N° 3 y 4.


Respecto de las ampliaciones en comento, señala el Consorcio que se produjo la aprobación ficta, al no haber emitido el Proyecto, acto administrativo aprobatorio o desaprobatorio oportuno atendiendo a su solicitud. No aparece de autos información de contraste que informe sobre la no verosimilitud de lo argumentado por el Consorcio en cuanto que con sus cartas CSI 072-08 y CSI 073-08 presentadas el 5 de enero de 2009, se acogió a la aplicación del silencio administrativo positivo previsto por segundo párrafo del artículo 259° del Reglamento.

Por otro lado no se ha acreditado en el proceso documento idóneo, que informe de la renuncia expresa por parte del Consorcio, a los gastos generales correspondientes a las ampliaciones de plazo 3 y 4. En todo caso esta renuncia importa una modificación de la Clausula Quinta que establece el Monto del Contrato suscrito por las partes, acto de disposición que requiere su formalización por el funcionario competente en el caso de la Entidad y por el Representante Legal del Consorcio, a más de las formalidades legales vinculadas a la aceptación de donaciones por parte de las entidades del Estado, cuestión que no se aborda en la medida en que tales no se acreditan en autos.

Como consecuencia de lo anotado el Tribunal Arbitral estima que la observación que nos ocupa **carece de sustento que la haga eficaz** a los fines de enervar la validez de los montos correspondientes a las ampliaciones de plazo 3 y 4 incluidos en la liquidación del Consorcio.



3° No le corresponde de igual manera el reconocimiento de pago de lucro cesante ni de gastos de resolución de contrato, por que las causales de resolución de contrato son atribuibles a la empresa. Por no haber dado las facilidades para intervención económica dando a lugar a la resolución de contrato por demora en la culminación de la obra, pese haber tenido ampliaciones de plazo mayores al 100% en relación al plazo contractual.



Los conceptos a que se refiere esta observación están vinculados estrechamente con la resolución del contrato, cuestión ya dilucidada por el Colegiado, en el sentido que esta es firme y se produjo según el procedimiento establecido por el artículo 226° del Reglamento, mediante carta entregada el 9 de enero de 2009 y por causal de incumplimiento de prestaciones pactadas, de responsabilidad del Proyecto. Por otro lado en cuanto a la intervención económica, es del caso señalar que una de las causales imputadas por el Consorcio al Proyecto para la resolución del contrato fue precisamente la renuencia de aquel a instaurar dicha intervención económica.

En ese orden de ideas, la observación carece de fundamento y debe desestimarse.

Como consecuencia de la resolución por causa atribuible al Proyecto, corresponde se reconozca al Consorcio equivalente al cincuenta por cien (50%) de la utilidad prevista en el Contrato calculada sobre el saldo que se deja de ejecutar conforme al cuarto párrafo del Artículo 267° del Reglamento; asimismo le corresponde el resarcimiento de los gastos incurridos en la tramitación de la resolución de conformidad con lo establecido en el quinto párrafo del mismo Artículo 267°. Los montos correspondientes aparecen de la liquidación del Consorcio y **no se deben afectar por la observación en estudio que es ineficaz.**

4° El adicional N°03 que presenta no corresponde, por encontrarse la obra paralizada y en proceso de resolución de contrato.

Conforme señala el Consorcio el concepto observado corresponde al Presupuesto Adicional N° 03⁴⁴ por concepto de obras adicionales, cuyo monto ha incluido en su liquidación. Sostiene que la ejecución de este adicional por ser imprescindible para continuar con los trabajos se consultó mediante Asiento N° 162 del Cuaderno de Obra de fecha 6 de noviembre de 2008, consulta reiterada mediante Asiento N° 186 de fecha 9 de enero

⁴⁴ Mayor metrado por refuerzo entre garganta del cabezal y empotramiento de pantalla.

de 2009. La prestación adicional se ejecutó conforme al esquema y a la autorización de ejecución consignada por la Supervisión en el Asiento N° 199 del 09 enero de 2009 del Cuaderno de Obra.

Al respecto el Tribunal Arbitral estima que habiendo fenecido el contrato en las condiciones ya anotadas, la oportunidad de la discusión de la liquidación es la ocasión para dilucidar el reconocimiento de la prestación sobre cuya ejecución autorizada no se ha puesto de manifiesto ninguna duda, de donde los argumentos de la observación, el estado de paralización de la Obra y el proceso de resolución de contrato, carece de sustento factico y legal en tanto que al momento de formularse esta, el contrato ya había sido resuelto y la obra se encontraba bajo responsabilidad del Proyecto.

Estando lo discernido **la observación carece de eficacia** y debe desestimarse.

5° Las valorizaciones pendientes de pago fueron devueltas con Carta N° 415-2008-INADE/6201 por encontrarse observadas y a la fecha no fueron levantadas.

Señala el Consorcio que al momento que el Proyecto hace la devolución la Valorización Principal N° 07 y la Valorización Principal N° 08 correspondientes a los meses de setiembre y octubre de 2008, mediante Carta N° 415-2008-INADE/6201 del 5 de enero de 2009, hacía ya tres meses que las mismas se encontraban aprobadas al haber transcurrido con exceso el plazo máximo de aprobación, establecido en el quinto párrafo del artículo 255° del Reglamento y que corría el plazo del apercibimiento previo a la resolución del contrato, al haber incumplido el Proyecto con su pago oportuno. Es de verse de la Carta N° 415-2008-INADE/6201 que el motivo de la devolución es, la necesidad de reformular los conceptos de Amortización del Adelanto Directo y Amortización del Adelanto de Materiales, *".. a razón de regularización de pagos a cuenta.."* y *".. de esta manera evitar los intereses por mora..."*, según indica el informe N° 180-2008-EHC/CPCSI/INADE/PEPP del Supervisor de la obra de 24 de diciembre de 2008.

Entonces de lo anotado tenemos que por un lado, no se trata de una devolución de las Valorizaciones por haber sido observadas como paso previo a su aprobación, sino mas bien para una subsanación orientada a regularizar pagos a cuenta; por otro lado es plausible que, a la fecha de la devolución ya había operado la norma acotada por el Consorcio si se hubiera tratado de la aprobación de dichas valorizaciones. Siendo ello así el Tribunal Arbitral no encuentra elementos suficientes aportados por el Proyecto para decidir la eficacia real de la observación en estudio, por lo que al no causarle convicción en ese sentido, la misma **debe desestimarse**.

6° Considerando que la obra quedo inconclusa por causa atribuible al contratista se le aplica la penalidad máxima establecido en el art. N° 222 del RELCAE. Además de la indemnización por daños y perjuicios ocasionados al PEPP y a los miles de beneficiarios directos e indirectos.

Los conceptos a que se refiere esta observación, la penalidad máxima, y la indemnización por daños y perjuicios que se aplicaría al Consorcio, están vinculados estrechamente con la resolución del contrato, cuestión ya dilucidada por el Colegiado, en el sentido que esta es firme y se produjo según el procedimiento establecido por el artículo 226° del Reglamento, mediante carta entregada el 9 de enero de 2009 y por causal de incumplimiento de prestaciones pactadas, de responsabilidad del Proyecto. En estas condiciones la aplicación de una penalidad y una indemnización por supuestos daños al proyecto derivados de la resolución del contrato **carece de sustento legal y factico y debe desestimarse**.

7° Luego de los cálculos actualizados de las valorizaciones y los montos pagados, resulta un saldo a favor del Proyecto Especial Pichis Palcazu de S/. 1,488852.14 nuevos soles. Según la LIQUIDACION DE CUENTAS elaborada por la dirección de obras y Supervisión, que se adjunta.

Al respecto es del caso señalar que el rubro comentado es rigor constituye un condensado de los conceptos observados por el Proyecto y traducidos en la Liquidación de Cuentas elaborada por su Dirección de Obras y Supervisión y que arroja el saldo indicado a su favor, sin embargo como se ha venido analizando tales conceptos, sustentados en las observaciones previamente dilucidados, especialmente aquellos que se refieren a conceptos cuantificables, carecen de sustento legal y factico que soporte esta observación 7º, siendo que está **igualmente carece de eficacia**.

8º Se debe Notificar a la empresa Contratista Consortio Santa Isabel II las observaciones a la liquidación de obra y adicional de obra N° 03 que presentaron adjuntando la liquidación de cuentas elaborada por la dirección de obras y Supervisión del PEPP. En aplicación del Art N269 del RLCAE.

El rubro bajo análisis en rigor constituye una recomendación de la Dirección de Obras y Supervisión del Proyecto que en su momento entendemos este atendió debidamente, a tenor de la notificación al Consortio con la Carta N° 126-2009-AG/PEPP-CD/DE, la misma que fue a su vez impugnada con las Cartas Notariales CSI- 008-09 y CSI -009-09 de 30 de abril de 2009, de modo que no constituye observación valida ni eficaz a los fines de enervar la liquidación elaborada por el Consortio.

Como conclusión del análisis integral de las observaciones a la Liquidación del Contrato elaborada por el Consortio, contenidas en la Carta N° 126-2009-AG/PEPP-CD/DE y sus documentos de soporte, emitida por el Proyecto, el Tribunal Arbitral ha llegado a la convicción que ellas son ineficaces y carecen de sustento, legal y factico, de donde se hace ostensible la ausencia de motivación en términos de las exigencias legales que hemos anotado previamente, por lo que **se debe declarar su nulidad** y por lo tanto a tenor de párrafo cuarto del Artículo 269º del Reglamento debe **tenerse por aprobada la citada liquidación**.

**5. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS 3 y 7
CORRESPONDIENTES A LA PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA
DE LA DEMANDA Y SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA
RECONVENCIÓN RESPECTIVAMENTE RELACIONADOS CON EL
PAGO DEL SALDO DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO**

3. *Atendiendo a lo que se establezca en relación a los puntos 1) y 2) precedentes, determinar si corresponde ordenar o no que el Proyecto pague a favor del Consorcio la suma de S/. 240,783.48, por concepto del monto resultante que arroja la Liquidación del Contrato practicada por el Consorcio.*
7. *Determinar si corresponde ordenar o no que el Consorcio pague a favor del Proyecto la suma de S/. 1'488,852.14, correspondiente a la liquidación de cuentas efectuada por el Proyecto, la cual incluye las penalidades y la indemnización por daños y perjuicios.*

5.1. Respecto del pago del saldo de la liquidación de obra del Consorcio

Habida cuenta que el Tribunal Arbitral ha establecido que como consecuencia de la nulidad de las observaciones de la Carta N° 126-2009-AG/PEPP-CD/DE y sus documentos de soporte, emitida por el Proyecto, debe tenerse por aprobada la liquidación de obra elaborada por el Consorcio, corresponde que como correlato lógico se disponga el pago a favor de este, del saldo resultante de S/. 240,783.48.

En cuanto a que se ordene al Consorcio pague a la suma de S/. 1'488,852.14, saldo que arroja la liquidación de cuentas efectuada por el Proyecto, monto que incluye los conceptos de penalidades e indemnización por daños y perjuicios, el Colegiado debe señalar que tal pretensión ha sido planteada y sustentada por el Proyecto como un requerimiento de pago sin comprender en forma alguna, ni de manera tacita ni de manera expresa, la aprobación de aludida liquidación de cuentas; dado que en el procedimiento de liquidación, de acuerdo al párrafo primero del Artículo 269º, su pronunciamiento respecto de la liquidación del contratista se materializo en vía de la observación de la misma, tal aprobación no constituyo tampoco Punto Controvertido aprobado por las partes.

Desde luego queda fuera de toda discusión que, en el contexto de la normativa sobre liquidaciones de obra, la aprobación de la liquidación es ineludiblemente paso obligado y previo para disponer el pago del saldo resultante de ella, asimismo la aprobación de la liquidación requiere que esta haya seguido el procedimiento establecido en la norma, esto es para el caso, que el Proyecto se hubiera pronunciado eligiendo expresamente la otra alternativa, de elaborar y discutir su propia liquidación, que le franquea la norma acotada.

Sin embargo, con motivo del análisis de las observaciones a la liquidación del Consorcio, el Tribunal Arbitral ha arribado a conclusiones que atañen a la pretensión que nos ocupa, como es el caso de la penalidad máxima y la indemnización por daños y perjuicios y otros rubros incluidos en la liquidación de cuentas del Proyecto cuya inviabilidad legal ha quedado dilucidada de modo que el colegiado ha llegado a la convicción que no es posible ordenar el pago de una liquidación de obra no aprobada mediante el procedimiento señalado en la normativa como que tampoco es posible ordenar su pago por contener montos que corresponden a conceptos que notoriamente colisionan con lo discernido respecto de la resolución del contrato y la liquidación de obra elaborada por el contratista materia de las pretensiones ya analizadas.

Como conclusión del análisis de las pretensiones bajo estudio y en atención a lo resuelto respecto de las pretensiones contenidas en los Puntos Controvertidos 1 y 2 se debe declarar **fundada** la Primera Pretensión Accesorio de la demanda contenida en el Punto Controvertido 3; y en consecuencia corresponde que el Proyecto pague a favor del Consorcio la suma de S/. 240,783.48, saldo resultante de la Liquidación de Obra, e **infundado** el extremo de la Segunda Pretensión Principal de la reconvención relativo al pago del saldo de la liquidación de cuentas del Proyecto, contenido en el Punto Controvertido 7

6. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS 4 y 8
CORRESPONDIENTES A LA SEGUNDA PRETENSIÓN
ACCESORIA DE LA DEMANDA Y LA SEGUNDA PRETENSIÓN
PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN RESPECTIVAMENTE
RELACIONADOS CON EL PAGO DE LOS INTERESES POR EL
SALDO DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO

4. En caso se declare fundado el punto 3) precedente, determinar si corresponde o no ordenar que el Proyecto pague a favor del Consorcio los intereses correspondientes y, de ser el caso, determinar desde qué fecha se debería pagar por tal concepto hasta la fecha efectiva de pago.

7. Determinar si corresponde ordenar o no que el Consorcio pague a favor del Proyecto los intereses correspondientes en relación a los adelantos otorgados en el mes de diciembre de 2007 y por el uso de la suma de dinero ascendente a S/. 1'488,852.14 y, de ser el caso, determinar desde qué fecha se debería pagar por tal concepto hasta la fecha efectiva de pago.

Estando a que, como consecuencia de lo discernido por el Tribunal Arbitral respecto de las pretensiones del bloque de análisis previo, se ha establecido como **infundada** la Segunda Pretensión Principal de la reconvención, es del caso declarar igualmente **infundado** el extremo de la Segunda Pretensión Principal de la reconvención contenido en el Punto Controvertido 8, relativo a los intereses reclamados al Consorcio por los adelantos otorgados en el mes de diciembre de 2007 y por el uso de la suma S/. 1'488,852.14.

Respecto a los intereses derivados de la obligación de pago del saldo de la liquidación elaborada por el Consorcio por la suma de S/. 240,783.48, reconocidos al declararse fundada la la Primera Pretensión Accesorio de la demanda, debemos señalar que, de acuerdo al artículo 1324° del Código Civil⁴⁵, las obligaciones dinerarias devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva desde que el deudor incurre en mora.

En consecuencia, dichos intereses califican como intereses legales moratorios, pues los mismos constituyen el resarcimiento a que tiene derecho el

⁴⁵ "Código Civil

Artículo 1324°.- 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.

Si se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido el respectivo resarcimiento".

demandante de un importe dinerario por no tener dicho capital a tiempo. Como sabemos, los intereses moratorios constituyen una especie del género referente a los daños moratorios derivados del incumplimiento de deudas dinerarias.

No existiendo un pacto sobre la tasa de interés aplicable, corresponde aplicar el interés legal.

Ahora bien, para el cobro de intereses moratorios, tanto la doctrina, como la legislación vigente exige que se haya realizado una intimación en mora, y es desde dicha intimación que deben ser computados los intereses respectivos. En tal sentido, para la determinación de la fecha de la intimación en mora, se debe tener en cuenta que el monto en cuestión requería, para establecer su cuantía, la intervención y pronunciamiento del Tribunal Arbitral. Por ello resulta de aplicación lo establecido en el artículo 1334⁴⁶ del Código Civil. Si bien en el presente caso, se trata de una intimación en vía arbitral, para estos efectos, tiene las mismas implicancias que la intimación judicial.

El objeto de la norma se orienta a que en situaciones de demandas de pago con montos aún no líquidos, esto es cuando se hace necesaria la intervención del juzgador para determinar la cuantía, la mora exista desde el momento en que se pone en conocimiento del demandado las pretensiones del demandante. En el presente caso si bien el Contratista manifestó su intención a la Entidad de llevar la presente pretensión a un arbitraje mediante su solicitud arbitral, estableciendo en dicha comunicación el monto de su petitorio, este se reputa un monto no líquido. Señalar el *quantum* es relevante para que el deudor conozca que es lo que se le requiere y cuáles son las responsabilidades que pueden exigírsele por el no pago.

Al haberse establecido en la solicitud de arbitraje el monto de la pretensión, el Tribunal Arbitral considerará que respecto del saldo de la liquidación a nuestro favor, corren intereses desde la fecha en que se notificó a la Entidad con la solicitud del arbitraje, documento en que establece la cuantía de la pretensión, el saldo de la liquidación.

⁴⁶ "Código Civil

Artículo 1334.- En las obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda. (...)".

En vista de lo expuesto, los montos reconocidos como adeudos por el presente fallo devengan intereses, a la tasa de interés legal, desde la notificación de la solicitud de arbitraje hasta la fecha de pago, debiendo declararse fundada la pretensión la Segunda Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal de la demanda contenida en el Punto Controvertido , bajo análisis.

Declarar **FUNDADA**, e y en consecuencia corresponde que el Proyecto pague a favor del Consortio los intereses por el saldo de su liquidación de obra.

7. ANÁLISIS DEL PUNTO CONTROVERTIDO 9 CORRESPONDIENTE A LA TERCERA PRETENSION ACCESORIA DE LA DEMANDA Y SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN RELACIONADO CON LOS COSTOS Y COSTAS ARBITRALES

En relación con los costos y costas procesales, el Tribunal Arbitral, atendiendo a que no existe pacto de las partes sobre las costas y costos y considerando el resultado de este arbitraje en el que, en puridad, no puede afirmarse que existe una "parte perdedora", ya que ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, y además, se ha observado el buen comportamiento procesal de las partes y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los gastos o costos que le correspondían; esto es, sus propios costos y costas de defensa y representación, atendiendo cada una de ellas en un 50% los honorarios arbitrales y de la Secretaría Arbitral.

Cabe indicar que los honorarios arbitrales totales de cada árbitro fueron fijados en la suma neta de S/. 19,500.00 fuera de impuestos, haciendo un total de S/. 58,500.00 nuevos soles de suma neta fuera de impuestos como honorarios arbitrales y, en lo referido a la Secretaria Arbitral fueron fijados en la suma total de S/. 10,000.00 nuevos soles fuera de impuestos. Dichos montos debían ser asumidos por ambas partes en proporciones iguales, esto es en un 50% de los honorarios arbitrales y de la Secretaria Arbitral, cada uno.

la Secretaría Arbitral que le correspondía al Consorcio en relación a la reconvencción, esta última deberá reembolsarle al Proyecto los referidos pagos, por el monto total de S/ 22,750.00, sin los impuestos correspondientes.

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

LAUDA:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la reconvencción, en sus dos extremos vinculados a la nulidad de la resolución del contrato y la constatación física e inventario de la obra, contenidos en los **Puntos Controvertidos 5 y 6**.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la demanda contenida en los **Puntos Controvertidos 1 y 2**; debiendo considerarse ineficaces las observaciones de la Carta N° 126-2009-AG/PEPP-CD/DE a la Liquidación presentada por el contratista y en consecuencia tenerse por aprobada la misma.

TERCERO: Declarar **FUNDADA** la la Primera Pretensión Accesorio de la demanda, contenida en el Punto Controvertido 3; y en consecuencia corresponde que el Proyecto pague a favor del Consorcio la suma de S/. 240,783.48, saldo resultante de la Liquidación Final de Obra, e **INFUNDADO** el extremo de la Segunda Pretensión Principal de la reconvencción relativo al pago del saldo de la liquidación de cuentas del Proyecto, contenido en el **Punto Controvertido 7**.

CUARTO: Declarar **FUNDADA** Segunda Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal de la demanda contenida en el **Punto Controvertido 4**, e **INFUNDADO** el extremo de la Segunda Pretensión Principal de la reconvencción, relativo a los intereses reclamados al Consorcio por los adelantos otorgados en el mes de diciembre de 2007 y por el uso de la suma S/. 1'488,852.14., contenido en el **Punto Controvertido 8**; y en consecuencia corresponde que el Proyecto pague a favor del Consorcio los

intereses por el saldo de su liquidación de obra conforme a lo señalado en la parte considerativa.

QUINTO: DECLARAR que ambas partes, en igual proporción, deberán cubrir el íntegro de los costos y costas del proceso, sin incluir los gastos de defensa de cada una de ellas, materia de la Tercera Pretensión Accesorio de la demanda y Segunda Pretensión Principal de la reconvención, contenidas en el **Punto Controvertido 9**.

SEXTO: DISPONER que la Secretaría Arbitral proceda a remitir copia del presente laudo a OSCE para los fines que corresponda.

Notifíquese a las partes.



ANTONIO ERNESTO CARMELINO CORNEJO

Presidente



JESUS IVAN GALINDO TIPACTI

Árbitro



LUIS PUGLIANINI GUERRA

Secretario Ad hoc