

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

EXPEDIENTE N° 016-2010

I. Lugar y Fecha: Lima, 03 de mayo de 2012.

II. Nombre de las partes

Demandante:

CONSORCIO SEÑOR DE LUREN

Demandado:

EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS – ENAPU S.A.

III. Tribunal Arbitral

Dr. RICARDO RODRÍGUEZ ARDILES

Presidente

Dr. ALBERTO RETAMOZO LINARES

Arbitro

Dr. LUIS UBILLAS RAMIREZ

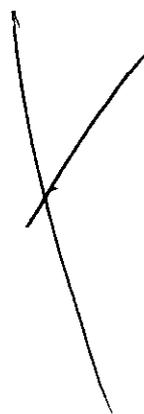
Arbitro

Srta. Julissa Edith Salomón Prado

Secretaria Arbitral Ad-Hoc

IV ANTECEDENTES

1. Con fecha 05 de octubre de 2010, el Tribunal Arbitral constituido por los doctores Ricardo Rodríguez Ardiles, en calidad de Presidente; Alberto Retamozo Linares y Luis Ubillas Ramírez, procedieron a suscribir el Acta de Instalación.
2. En este mismo acto, los Árbitros ratificaron su aceptación al cargo y declararon que no estaban sujetos a incompatibilidad alguna ni a hechos o circunstancias que le obligaran a inhibirse.



3. Se deja constancia que ninguna de las partes ha impugnado o reclamado contra el Acta de Instalación, cuyas reglas aceptaron, precisándose que son aplicables al proceso las contenidas en el Reglamento del Centro de Arbitraje del Consejo Departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú, en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, en su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM y en la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071.

V. DE LA DEMANDA

4. Con fecha 20 de octubre de 2010, el Consorcio Señor de Luren (en adelante el Consorcio o el contratista o el demandante) presentó su demanda solicitando el amparo de las siguientes pretensiones:

Pretensiones

1. Se tenga por consentida y aprobada para todos los efectos legales la liquidación final de Obra presentada por el demandante.
2. LA DEMANDADA deberá cumplir con el pago del importe resultante de la liquidación final de obra a favor del contratista ascendente a la suma de S/. 1'930,199.82 con reconocimiento de los intereses que se generen desde la fecha en que quedó aprobada y consentida la liquidación final de obra.
3. LA DEMANDADA deberá cumplir con devolver la garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato constituida por la Carta Fianza N° 068-01003887-00 a cargo de MAPFRE por S/. 227,828.35 y todas sus renovaciones por haber culminado definitivamente el contrato.
4. LA DEMANDADA deberá indemnizarlos por los daños y perjuicios ocasionados por las renovaciones de la garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato posteriores a la fecha de consentimiento de la Liquidación Final de obra.
5. LA DEMANDADA deberá correr con las costas y costos que se deriven de todo el proceso arbitral por haberlo generado negligentemente.

Fundamentos de hecho y de derecho.

5. A continuación y respecto de cada una de las pretensiones expresa:

A. SE TENGA POR CONSENTIDA Y APROBADA PARA TODOS LOS EFECTOS LEGALES LA LIQUIDACIÓN FINAL DE OBRA PRESENTADA POR EL DEMANDANTE:

A large, stylized handwritten signature or mark is present on the left side of the page, extending from the bottom towards the middle. It consists of a long vertical stroke with a loop at the top and a horizontal stroke crossing it near the bottom.

6. Refiere la parte demandante que con fecha 03 de Diciembre del 2008 suscribió con la demandada el contrato de obra N° 112-2008-ENAPU S.A./GL para la ejecución de la obra: "Reparación Pavimento de la Calle Oeste del Terminal Portuario del Callao".
7. Según afirma la parte demandante, con fecha 05 de Diciembre del 2009 se concluyeron el cien por ciento de las partidas contratadas, cuyo hecho se dejó constancia en la anotación que, de conformidad con la disposición contenida en el Artículo 268° del Reglamento, se hizo en el asiento 491 del Cuaderno de Obra con la correspondiente solicitud de recepción.
8. Asimismo, manifiesta que conforme dispone el dispositivo legal acotado, la recepción debió llevarse a cabo como máximo el 06 de Enero del 2010.
9. Con fecha 19 de Febrero del 2010, después de 44 días de vencido el plazo de ley, se llevó a cabo la recepción de obra, suscribiéndose el Acta respectiva con observaciones las cuales debían levantarse en el término de 29 días que se computará a partir del quinto día de suscrita el Acta. O sea hasta el 24 de Marzo del 2010.
10. Precisa la parte demandante que con fecha 24 de Marzo del 2010 el contratista comunicó el levantamiento de observaciones a través del Asiento 500 del Cuaderno de Obra solicitando la recepción definitiva de la obra, la misma que, en virtud del Artículo 268° del Reglamento, debió realizarse el 03 de Abril del 2010.
11. Con fecha 09 de Abril del 2010, después de 6 días de vencido el plazo de ley, se llevó a cabo la verificación de la subsanación de las observaciones procediéndose a recepcionar definitivamente la obra con la suscripción del Acta correspondiente. Cabe anotar que conforme dispone la última parte del Artículo 268° del Reglamento, "(...) Si por causas ajenas al contratista la recepción de la obra se retardara, superando los plazos establecidos en el presente Artículo para tal acto, el lapso de la demora se adicionará al plazo de ejecución de la misma y se reconocerá al contratista los gastos generales debidamente acreditados, en que se hubiese incurrido durante la demora (...)"
12. Conforme a los términos contractuales contenidos en la cláusula DECIMO SEXTA: LIQUIDACION DE LA OBRA del contrato N° 112-2008 ENAPU S.A./GL suscrito con la demandada; "La liquidación de la obra se sujetará a lo establecido en el Artículo 269°, 270° y 271° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado".
13. Manifiesta la parte demandante que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 43° de la Ley y artículo 269° del Reglamento, con fecha 08 de Junio del 2010, presentó a la demandada la liquidación final de obra debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados la cual debió ser observada o sustituida por la entidad a más tardar el 08 de Julio del 2010; hecho que no sucedió quedando su liquidación, en aplicación de los dispositivos legales acotados anteriormente, aprobada para todos los efectos legales y consentida de pleno derecho.

B. LA DEMANDADA deberá cumplir con el pago del importe resultante de la liquidación final de obra a favor del contratista ascendente a la suma de S/. 1'930,199.82 con reconocimiento de los intereses que se generen desde la fecha en que quedó aprobada y consentida la liquidación final de obra.

14. Ante la aprobación y consentimiento manifiesto por mandato expreso de la Ley y Reglamento, argumenta el Consorcio que con fecha 15 de Julio del 2010 requirió a la demandada cumpla con cancelar el importe resultante de la liquidación referida el cual, al no haber obtenido la atención debida en el plazo otorgado, le fue reiterado el 03 de Agosto del 2010 y que de igual forma no mereció atención alguna.

15. Reitera el Consorcio que si conforme lo dispone el Artículo 43º de la Ley, "(...) 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 (...)"; por lo que la demandada deberá cumplir con cancelar el importe resultante de la Liquidación a favor del contratista quien conforme a la disposición contenida en el Artículo 49º de la Ley, tendrá derecho al reconocimiento de intereses conforme a lo establecido por el Código Civil, desde la fecha en que quedó aprobada y consentida la liquidación.

C. LA DEMANDADA deberá cumplir con devolver la garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato constituida por la Carta Fianza N° 068-01003887-00 a cargo de MAPFRE por S/. 227,828.35 y todas sus renovaciones por haber culminado definitivamente el contrato.

16. De igual modo en la misma fecha, esto es, 15 de Julio del 2010, refiere que requirieron a la demandada cumpla con la devolución de la Garantía de Fiel cumplimiento de Contrato constituida por la Carta Fianza N° 068-01003887-00 a cargo de MAPFRE por el monto de S/. 227,828.35 y sus 6 renovaciones, requerimiento que tampoco mereció absolución alguna.

17. Sobre dicho extremo invoca el último párrafo del Artículo 204º del Reglamento, y el Artículo 270º del Reglamento para concluir que la demandada debe cumplir con la devolución de la Carta Fianza entregada para garantizar el Fiel Cumplimiento de contrato y todas sus renovaciones

D. LA DEMANDADA deberá indemnizarlos por los daños y perjuicios que nos ocasione las renovaciones de la garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato posteriores a la fecha de consentimiento de la Liquidación Final de obra.

18. Sostiene el demandante que conforme dispone el Artículo 215º del Reglamento, es obligación del contratista mantener la vigencia de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento de Contrato hasta el consentimiento de la liquidación final, la cual conforme ha acreditado se produjo el 08 de Julio del 2010; sin embargo la demandada les hizo incurrir en gastos de renovación de la garantía sub materia por el tiempo que demore el presente proceso, el

cual se ha generado por su negligente e irresponsable actitud; por tanto les asiste el derecho de ser indemnizados por los daños y perjuicios que dichas renovaciones les ocasionen.

E. LA DEMANDADA deberá correr con las costas y costos que se deriven de todo el proceso arbitral por haberlo generado negligentemente.

19. La parte demandante manifiesta que tal como dispone el Artículo 47º de la Ley "Los funcionarios y servidores, así como las miembros del Comité Especial que participan en las procesos de adquisición a contratación de bienes, servicios y obras son responsables del cumplimiento de las normas de la presente Ley y su Reglamento (...)". Según el Consorcio, la demandada a través de sus funcionarios con la omisión negligente de la normatividad contenida en la Ley y Reglamento han permitido que la Liquidación, en aplicación del Artículo 43º de la Ley y 269º del Reglamento, quede aprobada para todos sus efectos legales y consentida de pleno derecho, generando con ello que se recurra al Tribunal Arbitral en reclamo del derecho que les asiste y que invocan en el marco de las pretensiones contenidas en la demanda, por lo que es lógico entonces que la demandada, como generadora de los costos y costas del proceso, asuma los pagos que se devenguen.

20. A continuación enumera los fundamentos de derecho de su demanda, citando la Cláusula Décimo Sexta del Contrato, los artículos 43, 47 y 49 de la Ley y artículos 268, 269, 270, 215 del Reglamento.

21. Finalmente, ofrecieron los medios probatorios todos ellos de naturaleza documental.

VI. DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

22. Con fecha 22 de noviembre de 2010, Empresa Nacional de Puertos S.A. – ENAPU S.A. contestó la demanda interpuesta, efectuando en primer lugar un resumen de las pretensiones del demandante y luego de ello un análisis de cada una de las mismas y los fundamentos de hecho y de derecho sobre cada una de las mismas.

Absolución a la primera pretensión de la demanda.

23. Respecto de la PRETENSIÓN Nº 1, en la que se solicita al Tribunal Arbitral: "Se tenga por consentida y aprobada para todos los efectos legales la liquidación final de la obra presentada por EL DEMANDANTE", y de la PRETENSIÓN Nº 2, en la que se invoca al Tribunal Arbitral que se ordene a que: "LA DEMANDADA cumpla con el pago del importe resultante de la liquidación final de obra a favor del contratista ascendente a la suma de S/. 1'930,199.82, con reconocimiento de los intereses que se generen desde la fecha en quedó aprobada y consentida la liquidación de obra",

24. Según ENAPU S.A con fecha 03 de diciembre de 2008 suscribió con el CONSORCIO SEÑOR DE LUREN el Contrato Nº 112-2008-ENAPUSA/GL, para la ejecución de la obra: "Reparación del Pavimento de la Calle Oeste del Terminal Portuario del Callao", en un

plazo de noventa (90) días calendario a partir del día siguiente en que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 240° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, por el monto de S/. 2'278,283.54 Nuevos Soles, incluido IGV, de acuerdo a sus Propuestas Técnica y Económica de fecha 27 de octubre de 2008, al haber sido adjudicado con la Buena Pro en la Licitación Pública N° 002-2008-ENAPUSA/TPC; designándose como supervisor al CONSORCIO LAURENCIO – LUNA mediante Contrato N° 127-2008-ENAPUSA/GL con fecha 29 de diciembre de 2008.

25. Refiere la parte demandada que mediante Acta de fecha 09 de abril de 2010, se reunieron en el lugar de la obra, el Comité de Recepción de ENAPU S.A. designado por Resolución de Gerencia General N° 125-2010-ENAPUSA/GG; los representantes del Consorcio Laurencio – Luna, Supervisor de la obra; y los representantes en esta obra del CONSORCIO SEÑOR DE LUREN, procedieron a verificar el fiel cumplimiento de las obras realizadas de acuerdo al Expediente Técnico de la Obra; por lo que, luego de efectuarse las pruebas, ensayo de materiales, resistencia de comprensión del concreto, compactación de la sub base, se encontró conforme la obra y se procedió a su recepción. Asimismo, el Comité de Recepción verificó el levantamiento de las observaciones formuladas en el Acta de fecha 19 de febrero de 2010, procediendo a la recepción de la obra, dejando a salvo lo prescrito por el Código Civil respecto a vicios ocultos.
26. Detalla que de acuerdo a la Supervisión, se estableció un costo final de obra ascendente a S/ 2 521 010,88 nuevos soles.
27. Luego de ello precisa que en cumplimiento a la Cláusula Décima del Contrato antes citado, el representante de El Demandante, con fecha 08 de junio de 2010, presentó la Carta s/n adjuntando en 824 folios la documentación relacionada a la "Liquidación Final de la Obra" por la suma de S/. 1'930,199.82 Nuevos Soles, documentos recepcionados por ENAPU S.A. a través de la Unidad de Trámite Documentario, bajo el Expediente N° E-016496.
28. Se expresa a continuación que ENAPU S.A. con Carta N° 173-2010-ENAPUSA/GIM del 12 de julio de 2010, le comunicó a El Demandante que de acuerdo a la Liquidación del Contrato de Obra formulada por el Supervisor, al no haber considerado el monto de la liquidación en su Carta s/n de fecha 08 de junio de 2010, presenta la Liquidación de la Supervisión la misma que arroja un saldo a favor de ENAPU ascendente a S/ 148 353,18 nuevos soles, lo cual se le comunicó con la Carta N° 173-2010-ENAPUSA/GIM, que se encuentra sustentado por los conceptos de Penalidad por Mora en la Ejecución de la Prestación y Retención por Artículo 249° del Reglamento de la Ley, presentado por el Supervisor de la Obra; donde la penalidad por demora en término de la obra por veintisiete (27) días calendario (Periodo del 08 de noviembre de 2009 al 05 de diciembre de 2009), por lo que al aplicarse la penalidad diaria de S/. 5,736.09 Nuevos Soles, representa la suma de S/. 154,874.43 Nuevos Soles.
29. En cuanto a la retención de la suma de S/. 19,141.65 Nuevos Soles, es en aplicación legal de lo dispuesto en el artículo 249° del Reglamento de la Ley, en razón que, el demandante

en su calidad de Contratista de ejecución de la obra debe asumir por los veintisiete (27) días calendarios por la supervisión de la obra que ha realizado el CONSORCIO LAURENCIO – LUNA, desde el 09 de noviembre de 2009 hasta el 05 de diciembre de 2009, calculado a un costo diario de S/. 708.95 Nuevos Soles.

30. Adicionalmente sostiene la parte demandante que la Gerencia de Ingeniería y Mantenimiento ha formulado el Informe Técnico adjuntando la Carta N° 040-2010-ENAPUSA/GIM/JCV, donde le comunica al Contratista el 11 de agosto de 2010, que el monto que solicita la cancelación de S/. 1'622,016.65 Nuevos Soles más IGV, ha considerado un Ítem B "OTROS", indicando obras adicionales inexistentes, que no han sido autorizados ni aprobados por ENAPU S.A., además, en el supuesto caso negado que se hubiesen ejecutado, estos trabajos habrían tenido una incidencia que superaría el 15 %, por lo que, para su ejecución y pago, tuvieron que ser autorizado previamente por la Contraloría General de República, conforme lo establece la Resolución de Contraloría N° 369-2007-CG (vigente hasta 22 de julio de 2010) o lo que dispone la Resolución de Contraloría N° 196-2010-CG vigente a partir del 23 de julio de 2010, en concordancia con la Quinta Disposición Final de la Ley N° 28411, modificada por el Decreto Legislativo N° 1017, disposición que entró en vigencia a partir del 01 de febrero de 2009, de conformidad al Decreto de Urgencia N° 014-2009, situación que documentalmente no puede ser acreditada por El Demandante, en lo que se refiere a los siguientes ítems de la Liquidación elaborada por el Contratista:

➤ 02.01 Mayores Gastos Generales por Ampliaciones de Plazo	S/. 140,595.49
➤ 02.02 Demora en el pago de valorizaciones contractuales	S/. 533.84
➤ 02.03 Demora en el pago de valorizaciones adicional	S/. 578.61
➤ 02.04 MGG por Demora en Recepción de Obra	S/. 117,377.91
➤ 02.05 Costo Diferencial de Transporte de Material	S/. 1'126,053.05

31. Tal es así que la parte demandada manifiesta que el Supervisor de la Obra precisó lo siguiente:

"Al respecto esta supervisión aclara que dichos ítems no están autorizados por la Entidad, ni sustentados por el contratista, y en consecuencia, el costo de cada uno de estos conceptos es de S/. 0.00 y no los montos indicados por el contratista".

32. De acuerdo a lo antes manifestado, ENAPU sostiene que el monto total del rubro OTROS, que indica el Contratista en su Resumen de Liquidación de Obra, resulta ser un imposible jurídico y no podría ser sujeto de evaluación en el arbitraje, al no formar de las obligaciones contractuales del Contrato que se consideraron en el Expediente Técnico de la obra en referencia.

33. La diferencia entre el monto liquidado de los conceptos contractuales formulados por el Contratista con los de la Supervisión de ENAPU S.A., no concuerda con Liquidación de Cuentas que elaboró el Supervisor de la Obra, por lo tanto, el Contratista ha cometido errores materiales en los cálculos del Contratista, tal como lo informa y detalla el Supervisor de la Obra en su Carta N° 025-2010/C.L & L-TPC de fecha 25 de octubre de 2010, presentada a ENAPU S.A., que el Tribunal Arbitral deberá valorar como prueba de descargo a favor del Demandado, que está sustentado en los detalles provenientes en las valorizaciones recalculadas autorizadas, diferencia en recalculation de valorizaciones pagadas, diferencias en reintegros recalculados autorizados, diferencias en reintegros pagados, diferencias en cuanto al adelanto directo.

34. Más aún, y continuando con lo que expresa la Supervisión, la parte demandada que se debe aprobar la liquidación presentada por ENAPU S.A., la que muestra una inversión total ascendente a S/. 2'521,010.88 (Dos millones quinientos veintiún mil diez con 88/100 Nuevos Soles), con un saldo final a devolver al Contratista de sólo S/. 279,328.09, después que éste cancele los siguientes montos a favor de ENAPU S.A.:

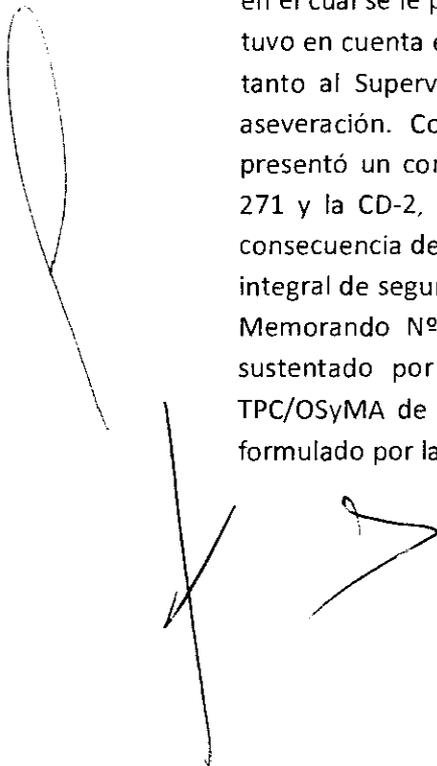
1.- Penalidad por demora en término de obra ascendente a S/. 154,874.43

2.- Honorarios de la Supervisión de Obra por S/. 19,141.65

3.- Daños a dispositivos eléctricos valorizados en US \$. 48,000.00

4.- Daños del sistema electrónico de seguridad, valorizados US \$. 41,05.33

35. A fin de sustentar los daños a los dispositivos eléctricos y al sistema electrónico de seguridad ocasionados en el Terminal Portuario del Callao, El Demandante tiene pleno conocimiento de estas contingencias que ha ocurrido, conforme se desprende de la Carta Notarial N° 395-2009-ENAPU5A/GL de fecha 13 de mayo de 2009, y se le reiteró con Carta N° 006-2010-ENAPU5A/GIM/JCV de fecha 21 de enero de 2010, que le remitió la Gerencia de Logística y la Gerencia de Ingeniería y Mantenimiento de ENAPU S.A., respectivamente; en el cual se le precisó que si recibió los planos de instalaciones eléctricas, los mismos que tuvo en cuenta en la visita *in situ* de la obra, donde se le indicó todo el recorrido eléctrico, tanto al Supervisor como al Ingeniero Residente de Obra; por lo que resulta falsa su aseveración. Como consecuencia de estos daños -que ocasionó el demandante- se presentó un cortocircuito en el cableado de alimentación eléctrica entre la Subestación 271 y la CD-2, cuyo costo se estimó en US \$. 48,553.00 Dólares Americanos; y como consecuencia de este cortocircuito, se causaron daños a dispositivos y equipos del sistema integral de seguridad, conforme lo informó su Oficina de Seguridad y Medio Ambiente con Memorando N° 116-2010-TPC/OSyMA de fecha 19 de enero de 2010, y luego fue sustentado por esta misma Oficina de ENAPU S.A. con Memorando N° 490-2010-TPC/OSyMA de fecha 15 de marzo de 2010, adjuntando para tal efecto el Presupuesto formulado por la empresa VISORMATIC.

A large, stylized handwritten signature or scribble is present on the left side of the page, extending from the middle of the text area down towards the bottom. It consists of several overlapping loops and lines.

Absolución a la segunda pretensión de la demanda.

36. En cuanto al extremo de la Segunda Pretensión, que esa referida al “reconocimiento de los intereses que se generen desde la fecha en quedó aprobada y consentida la liquidación de obra”, ENAPU manifiesta que este petitorio resulta INFUNDADO, en todo caso, estaría sujeta a lo que resuelva el Tribunal Arbitral en el Laudo correspondiente, en concordancia con lo establecido en el primer párrafo del artículo 1334º del Código Civil que indica: “En las obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiere ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de citación con la demanda”.

Absolución a la tercera pretensión de la demanda.

37. En lo que atañe a la Tercera Pretensión, en la cual se solicita a LA DEMANDADA cumplir con devolver la Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato constituida por la Carta Fianza N° 068-01003887-00 a cargo de MAPFRE por S/. 227,828.35 y todas sus renovaciones por haber culminado definitivamente el contrato”, ENAPU expresa que este petitorio de El Demandante debe ser declarada INFUNDADO, por cuanto la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato, por mandato legal, tiene que estar vigente hasta el consentimiento de la Liquidación Final, conforme lo establece el artículo 215º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; por consiguiente, existiendo controversia pendiente por resolver respecto justamente a la Liquidación Final de esta obra, no podría culminarse definitivamente el Contrato y cerrarse el expediente respectivo, en concordancia con lo dispuesto en el párrafo final del artículo 269º y el artículo 270º del acotado Reglamento; por consiguiente, no procede la devolución de la Garantías de Fiel Cumplimiento del Contrato vigente.

Absolución a la cuarta pretensión de la demanda.

38. En cuanto a la Cuarta Pretensión, mediante la cual se solicita a “LA DEMANDADA indemnizarlos por los daños y perjuicios que les ocasionó las renovaciones de la Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato posteriores a la fecha de consentimientos de la Liquidación Final de obra”. ENAPU sostiene que dicha pretensión debe declararse INFUNDADO, por cuanto, la obligación de las renovaciones de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato está amparada por disposición expresa el artículo 215º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, a la que sometió El Demandante a participar en este proceso de selección convocado por ENAPU S.A.; además, en su demanda que ha presentado el demandante, no acredita con pruebas fehacientes el daño y perjuicio que presuntamente se hubiese ocasionado; ni su cuantía, conforme lo prescribe el artículo 1331º del Código Civil. De otro lado, el daño y perjuicio que alega, no deviene por la inexecución de una obligación que presuntamente hubiese

asumido ENAPU S.A. con El Demandante, o por su incumplimiento parcial, tardío o defectuoso; por tanto, es infundada esta pretensión.

Absolución a la quinta pretensión de la demanda.

39. En cuanto a la Cuarta Pretensión, en la cual solicita que "LA DEMANDADA deberá correr con las costas y costos que se deriven de todo el proceso arbitral por haberlo generado negligentemente". ENAPU manifiesta que este proceso arbitral no se ha generado por negligencia del demandado como alega el demandante, sino por efectos de existir discrepancias respecto a la liquidación final de la obra, es por ello, que mediante la Cláusula Vigésima del Contrato N° 112-2008-ENAPUSA/GL, por acuerdo de partes se pactó que cualquier controversia o reclamo que surja de, o se relacione con la ejecución y/o interpretación del presente Contrato, será resuelta de manera definitiva mediante Arbitraje de Derecho conforme a las disposiciones de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento vigente, la Ley de Arbitraje y al Reglamento del Centro de Arbitraje del Consejo Departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú; concordante con el sexto párrafo del artículo 269º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; es así que conforme se convino por ambas partes, en el numeral 6.1 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral se acordó que los honorarios provisionales para cada Árbitro; asimismo, los Gastos Administrativos provisionales del Centro, serían asumidos por las partes en proporciones iguales (50 % c/u). En este sentido, como manifiesta la demandada, las partes se sometieron a las Reglas Procesales del Centro de Arbitraje de conformidad a la Cláusula Vigésima del Contrato, en concordancia a lo que dispone el artículo 288º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; por consiguiente, resulta INFUNDADO esta pretensión en todos sus extremos.

40. Finalmente, ofreció los medios probatorios que respaldan sus argumentos.

VII. DE LA RECONVENCION

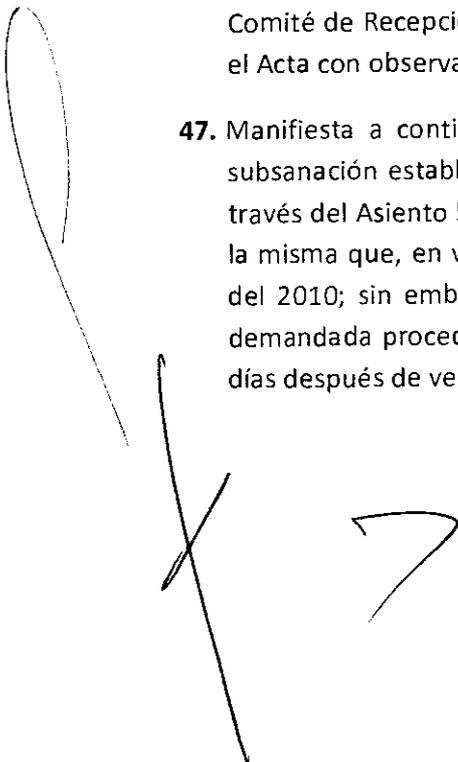
41. En el primer otosí del escrito de contestación de la demanda, ENAPU formuló RECONVENCIÓN contra EL DEMANDANTE, por los siguientes montos que requiere se le cancelen a su favor que asevera se encuentran sustentadas en la pruebas ofrecidas y fundamentos de hecho y derecho que formulan en la Contestación de esta Demanda, que representa la suma total de S/. 148,353.18 (CIENTO CUARENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES CON 18/100 NUEVOS SOLES), según la Liquidación que se le cursó con la Carta N° 173-2010-ENAPUSA/GIM, que se encuentra sustentado por los conceptos de PENALIDAD POR MORA EN LA EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN y RETENCIÓN POR ARTÍCULO. 249º DEL REGLAMENTO DE LA LEY, donde la penalidad por demora en término

de la obra por veintisiete (27) días calendario (Periodo del 08 de noviembre de 2009 al 05 de diciembre de 2009), por lo que al aplicarse la penalidad diaria de S/. 5,736.09 Nuevos Soles, representa la suma de S/. 154,874.43 Nuevos Soles.

42. En cuanto a la retención de la suma de S/. 19,141.65 Nuevos Soles, es en aplicación legal de lo dispuesto en el artículo 249º del Reglamento de la Ley, en razón que, el demandante en su calidad de Contratista de ejecución de la obra debería asumir por los veintisiete (27) días calendarios por la supervisión de la obra que ha realizado el CONSORCIO LAURENCIO – LUNA, desde el 09 de noviembre de 2009 hasta el 05 de diciembre de 2009, calculado a un costo diario de S/. 708.95 Nuevos Soles.
43. Adicionándose, los Daños ocasionados a los dispositivos eléctricos valorizados en US \$. 48,000.00, así como los daños del sistema electrónico de seguridad, valorizados US \$. 41,05.33 Dólares Americanos.

VIII. OE LA CONTESTACION DE LA RECONVENCION

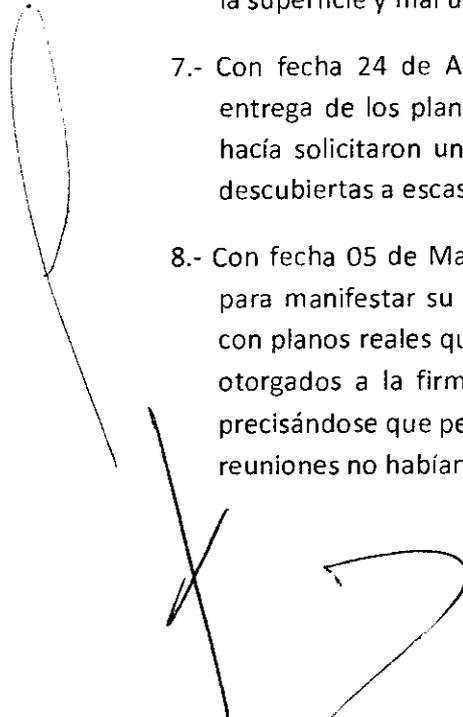
44. Con fecha 10 de diciembre de 2010 CONSORCIO SEÑOR DE LUREN procedió a absolver la reconvención solicitando que la misma sea declarada infundada.
45. Respecto de penalidad por mora en la ejecución de la prestación equivalente a S/ 154 874,43 y retención por art. 249º del reglamento de la ley equivalente a la suma de S/ 19 141,65 (periodo del 08.11.2009 al 05.12.2009) por costos de supervisión manifiesta que conforme lo ratifica la demandada en su escrito de contestación de demanda y reconvención, con fecha 05 de Diciembre del 2009 se concluyeron el cien por ciento de las partidas contratadas anotación que, de conformidad con la disposición contenida en el Artículo 268º del Reglamento, se hizo en el asiento 491º del respectivo Cuaderno de Obra con la correspondiente solicitud de recepción.
46. Expresa que la demandada debió proceder con la recepción final de obra el 06 de Enero del 2010; sin embargo, fuera del plazo referido, ésta fue programada y realizada por Comité de Recepción de Obra el día 19 de Febrero del 2010, levantándose en dicha fecha el Acta con observaciones, hecho que se produce 44 días después de vencido el plazo.
47. Manifiesta a continuación que con fecha 24 de Marzo del 2010, dentro del plazo de subsanación establecido en la normativa, comunicó el levantamiento de observaciones a través del Asiento 500 del Cuaderno de Obra solicitando la recepción definitiva de la obra, la misma que, en virtud del Artículo 268º del Reglamento, debió realizarse el 03 de Abril del 2010; sin embargo conforme es de verse en el Acta definitiva obrante en autos la demandada procedió a la verificación respectiva recién el 09 de Abril del 2010, es decir 6 días después de vencido el plazo.

Handwritten signature and scribbles in black ink, located at the bottom left of the page. The signature is a large, stylized 'X' shape, and there are several other scribbles and lines around it.

48. En función de ello, concluye la parte demandante, que se ha producido una demora de 50 días calendario en la recepción de la obra por causas ajenas a su responsabilidad, siendo de aplicación lo dispuesto en el numeral 6 del Artículo 268º del Reglamento, Si por causas ajenas al contratista la recepción de la obra se retardara, superando los plazos establecidos en el presente Artículo para tal acto, el lapso de la demora se adicionará al plazo de ejecución de la misma y se reconocerá al contratista los gastos generales debidamente acreditados, en que se hubiese incurrido durante la demora”.
49. En esa perspectiva expresa que la Entidad ha omitido adicionar los 50 días calendario, por demora en la recepción de la obra por causas ajenas al contratista, al plazo contractual, que de acuerdo al última ampliación de plazo concluía el 08 de noviembre de 2009 y que sumando la demora, la nueva fecha de término de plazo contractual es el 28 de diciembre del 2009.
50. Considerando que el plazo real de ejecución de obra fue el 05 de diciembre del 2009 y la nueva fecha de término de plazo contractual es el 28 de diciembre del 2009, no se ha configurado el atraso de obra, en consecuencia no resulta aplicable la penalidad establecida en el Artículo 222 del Reglamento y tampoco resulta aplicable el Artículo 249 del Reglamento que se refiere a que el contratista debe asumir el costo de la Supervisión en caso de retraso de obra.
51. Respecto a la pretendida reparación de daños ocasionados a dispositivos eléctricos por US\$ 48,000.00 y Sistema Electrónico de seguridad por US \$ 41,005.33.
52. El Consorcio manifiesta que la obra consistía en la Reparación del Pavimento de la Calle Oeste del Terminal Portuario del Callao y como tal requería que la propietaria de la misma, en este caso, la entidad demandada, facilitaría la libre disponibilidad del terreno de manera tal que se pudiera realizar los trabajos sin impedimento alguno. Esta disponibilidad de terreno asevera viene aparejada de la obligación de la Entidad de entregar como parte del Expediente Técnico la documentación y planos de las instalaciones existentes en la zona de trabajo.
53. Sin embargo, afirma la demandante que, durante el proceso constructivo sucedieron una serie de impedimentos vinculados a la falta de documentación que permitiera identificar la ubicación de las instalaciones subterráneas existentes en el lugar de trabajo y que en reiteradas oportunidades fueron solicitadas y que o nunca merecieron la atención e importancia debida o simplemente la entidad demandada no contaba con dicha documentación, deviniendo ante ello que esta parte adoptara extremas medidas de cuidado a fin de no causar daño alguno durante la ejecución de las labores.
54. Manifiesta que su parte ante todos los requerimientos realizados por la entidad demandada por los supuestos daños ocasionados, siempre negó tal imputación toda vez que no fue causada por su personal.

55. A continuación detalló las oportunidades en que se dirigieron a la entidad solicitando información respecto a la ubicación de las instalaciones e informando sobre el descubrimiento de la precariedad y/o mal estado e irregular profundidad y ubicación de las instalaciones, en otras:

- 1.- Con fecha 10 de Febrero del 2009 mediante Carta N° 037-2009-CSL solicitaron la entrega de los planos respectivos toda vez que la ejecución de los trabajos de demolición y excavación venían desarrollándose a ritmo lento y ante el inicio de los trabajos de corte, perfilado y compactación de sub-rasante deberíamos contar con dichos planos.
- 2.- Con fecha 18 de Febrero del 2009 mediante Carta N° 020-2009-ENAPU S.A./GIM/JCV la entidad comunica que no cuenta con planos consolidados de instalaciones en dicha obra.
- 3.- Con fecha 18 de Marzo del 2009 mediante Carta N° 046-2009-CSL informaron que no se cuenta con planos que detallen la ubicación de las instalaciones existentes y que las profundidades encontradas son completamente diferentes a las del expediente técnico y reiteran se brinde una solución habida cuenta que se estaba en peligro la integridad física de los trabajadores.
- 4.- Con fecha 15 de Abril del 2009 mediante Carta N° 051-200-CSL en respuesta a un requerimiento de la entidad, respondieron que la avería que se les pretendía imputar no había sido cometido por su personal y dieron cuenta que en reiteradas oportunidades se ha venido solicitando los planos que les permitan identificar las instalaciones existentes sin resultado alguno.
- 5.- Con fecha 23 de Abril del 2009 reiteraron a la entidad por vía notarial los términos de la Carta referida en el punto anterior, rechazando la imputación que se les hacía.
- 6.- Con fecha 23 de Abril del 2009, ante la inercia mostrada por la entidad respecto a sus pedidos, solicitan a la empresa especializada Steel & Copper Ingenieros SAC un informe técnico a través del cual se verificó el pésimo estado de las instalaciones existentes y que las mismas contrariamente a las normas técnicas se encontraban a pocos centímetros de la superficie y mal ubicadas el cual fue puesto a disposición de la entidad.
- 7.- Con fecha 24 de Abril del 2009 mediante Carta N° 046-2009-CSL-ENAPU reiteraron la entrega de los planos de las redes existentes y dada la insistente imputación que se les hacía solicitaron una dirección o supervisión especializada respecto a esas instalaciones descubiertas a escasos centímetros de la superficie.
- 8.- Con fecha 05 de Mayo del 2009 mediante Carta N° 056-2009-CSL se dirigen a la entidad para manifestar su preocupación respecto a los impedimentos existentes al no contarse con planos reales que detallen la ubicación de las instalaciones existentes y que los planos otorgados a la firma del contrato son incompatibles con lo encontrado en el terreno, precisándose que pese a las diversas solicitudes realizadas en el cuaderno de obra, cartas y reuniones no habían sido absueltas.

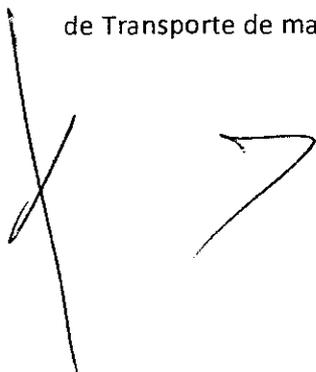


Handwritten signature and initials in black ink, consisting of a large vertical stroke on the left and a curved mark on the right.

- 9.- Con fecha 13 de Mayo del 2009 mediante Carta N° 058-2009-CSL reiteran a la entidad la entrega de los planos reales que indiquen la ubicación de las redes existentes ante la negativa de la entidad de apersonarse a supervisar las instalaciones encontradas a escasos centímetros de la superficie.
- 10.- Con fecha 20 de Mayo del 2009 a través de carta notarial, se dirigen a la entidad para manifestar su rechazo a la imputación de un supuesto daño que la entidad les imputaba, en donde precisan que la manipulación de un miembro de seguridad de la entidad había producido ese desperfecto dado el pésimo estado de las instalaciones, reiterando en dicha carta notarial el informe técnico elaborado por la empresa especializada Steel & Copper con fecha 23.04.09.
- 11.- Con fecha 06 de Enero del 2010 mediante Carta N° 012-2010-CSL, reiteran a la entidad demandada, su rechazo a la acusación que se les hacía imputándoles un daño del cual el único responsable era la entidad por su negligencia en no agotar todos los medios de investigación que le permitan determinar la autoría de dichos hechos.
56. En conclusión, la parte demandante afirman que su parte es ajena a cualquier responsabilidad respecto a los daños incoados y así lo ha venido sosteniendo por ante la entidad demandada y que en todo caso en el supuesto negado que haya sido ocasionado por su representada, es la entidad demandada la directamente responsable por su inercia en la atención a las solicitudes de entrega de planos reales de ubicación de las instalaciones existentes y por la deficiente y precaria instalación ejecutada sin observancia de las normas técnicas pertinentes.
57. En función de todo ello, solicita en mérito de los fundamentos y pruebas ofrecidas en este extremo se declare infundada la pretensión.
58. Finalmente ofreció diversos medios probatorios documentales como sustento de sus argumentos.

IX. DE LA AUDIENCIA DE SANEAMIENTO, CONCILIACION Y FIJACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

59. El 10 de enero de 2011, y de conformidad a lo establecido, se dio inicio a la Audiencia programada la misma que comprendió en primer lugar una invitación a las partes a conciliar.
60. Tal como consta en el Acta respectiva, el representante del Consorcio Señor de Luren formuló una propuesta de conciliación consistente en que ENAPU S.A. reconozca el monto de su liquidación, menos el importe correspondiente a la Partida N° 2.05 Costo Referencial de Transporte de material ascendente a la suma de S/ 1 340 003,05 (Un millón trescientos

A large, stylized handwritten signature or mark is present in the bottom left corner of the page, consisting of a vertical line with a loop at the top and a horizontal stroke at the bottom.

cuarenta mil tres y 05/100) Nuevos Soles, incluido IGV y que ENAPU S.A. deje sin efecto las pretensiones contenidas en su reconvencción.

61. Ante este planteamiento el representante de ENAPU S.A. solicitó se le concediera un plazo de quince días hábiles para evaluar el mismo y de ser el caso que sea aprobado por su Directorio.
62. Con el objeto de facilitar la conciliación el Tribunal Arbitral y las partes acordaron suspender la audiencia a fin de reiniciarla el próximo día lunes 7 de febrero de 2011.
63. Vencida la suspensión del arbitraje, se procedió a la activación del mismo, procediéndose con fecha 11 de marzo de 2011, a la realización de la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos.
64. En la citada Audiencia se fijaron como Puntos Controvertidos los siguientes:

De la demanda

1. Determinar si procede a no tener por consentida y aprobada para todos los efectos legales la liquidación final de Obra presentada por el **CONSORCIO SEÑOR DE LUREN**.
2. Determinar si procede o no que cumpla **ENAPU S.A.** con el pago del importe resultante de la liquidación final de Obra a favor del **CONSORCIO SEÑOR DE LUREN** ascendente a la suma de S/. 1'930,199.82 (Un millón novecientos treinta mil ciento noventa y nueve y 82/100) Nuevos Soles con reconocimiento de los intereses que se hubieran generado desde la fecha en que habría quedado aprobada y consentida.
3. Determinar si procede o no que **ENAPU S.A.** cumpla con devolver la garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato constituida por la Carta Fianza N° 068-01003887-00 a cargo de MAPFRE por S/. 227,828.35 (Doscientos veintisiete mil ochocientos veintiocho y 35/100) Nuevos Soles y todas sus renovaciones por haberse culminado definitivamente el contrato.
4. Determinar si procede o no que **ENAPU S.A.** indemnice al **CONSORCIO SEÑOR DE LUREN** por los daños y perjuicios que ocasionen las renovaciones de la garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato posteriores a la fecha de consentimiento de la Liquidación Final de obra.
5. Determinar si procede o no que **ENAPU S.A.** pague las costas y costos que se deriven de todo el proceso arbitral.

De la Reconvencción:

1. Determinar si procede o no que el **CONSORCIO SEÑOR DE LUREN** pague a favor de **ENAPU S.A.** la suma total de S/. 148,353.18 (Ciento cuarenta y ocho mil trescientos

cincuenta y tres y 18/100) Nuevos Soles, según la Liquidación que ésta le cursó a aquel con la **CONSORCIO SEÑOR DE LUREN** con la Carta N° 173-2010-ENAPUSA/GIM

2. Determinar si procede o no que el **CONSORCIO SEÑOR DE LUREN** asuma por los veintisiete (27) días calendario de demora en término de obra el pago de por la Supervisión de la obra que ha realizado el CONSORCIO LAURENCIO – LUNA, desde el 09 de noviembre de 2009 hasta el 05 de diciembre de 2009, calculado a un costo diario de S/. 708.95 (Setecientos ocho y 95/100) Nuevos Soles por el monto total de S/. 19,141.65 (Diecinueve mil ciento cuarenta y uno y 65/100) Nuevos Soles.
 3. Determinar si procede o no que el **CONSORCIO SEÑOR DE LUREN** pague los daños ocasionados a los dispositivos eléctricos valorizados en US\$. 48,000.00 (Cuarenta y ocho mil) Dólares Americanos, así como los daños del sistema electrónico de seguridad, valorizados en US\$. 41,005.33 (Cuarenta y un mil cinco y 33/100) Dólares Americanos.
65. Asimismo, se procedió a admitir los medios probatorios ofrecidos por ambas partes.
66. Posteriormente y con el objeto de analizar y pronunciarse respecto de las liquidaciones presentadas por las partes, el Tribunal Arbitral acordó la realización de una pericia de oficio, designándose para ello al ingeniero Walter Omar Vicente Montes, quien aceptó el cargo.

X. De la recusación de árbitro

67. Con fecha 13 de junio de 2011, Consorcio Señor de Luren formuló recusación contra el doctor Ricardo Rodríguez Ardiles, el cual presentó sus descargos mediante escrito de fecha 17 de junio de 2011, siendo resuelta la misma por el Directorio del Centro de Arbitraje declarándola infundada mediante Acuerdo de Directorio de fecha 05 de julio de 2011.

XI. De la pericia realizada por el Ing. Walter Omar Vicente Montes

68. Con fecha 18 de octubre de 2011, el ingeniero Walter Vicente Montes, presentó su Informe Pericial cuyo objeto era realizar una evaluación técnica y legal para corroborar la liquidación final de obra presentada por la entidad (ENAPU), concluyendo la misma con la elaboración de una nueva liquidación que arroja un saldo a favor del Consorcio ascendente a la suma de S/ 101 997,91 nuevos soles.
69. Con fecha 21 de diciembre de 2011 y luego de las observaciones formuladas por las partes, se realizó la Audiencia de Debate Pericial con la sola presencia de la entidad demandada, oportunidad en la que a pedido de la referida parte y ante el requerimiento del perito de efectuar un informe complementario se brindó a aquella un plazo perentorio para la

presentación de documentación en el plazo de cinco (5) días bajo apercibimiento de tenerse por desistido del mencionado informe complementario.

- 70.** Con fecha 26 de enero de 2012, el perito Ing. Walter Vicente Montes, procedió a presentar su Informe Pericial Complementario en el que concluyó que habiendo elaborado una nueva liquidación con la documentación complementaria, determinó que la liquidación tuvo como resultado un saldo favorable al Consorcio ascendente a S/ 97,477,37 (sin IGV), precisando que no ha podido calcular el reintegro correspondiente al Presupuesto Adicional N° 6 por no contar con las valorizaciones recalculadas de dicho adicional; asimismo, se indicó que no se ha pudo verificar el costo considerado en la liquidación por concepto de "retención por servicios de supervisión" porque no se contaba con los documentos que sustentaban el costo diario de los servicios de supervisión. El referido Informe Complementario fue puesto en conocimiento de las partes para sus apreciaciones respectivas.
- 71.** Recibidas por el Tribunal Arbitral las posiciones de las partes, con fecha 21 de febrero de 2012, el Tribunal Arbitral dio por concluida la etapa probatoria y concedió el plazo para que presentaran sus alegatos escritos.
- 72.** Con fecha 1 de marzo de 2012, ENAPU presentó sus alegatos al igual que el demandante Consorcio Señor de Luren.
- 73.** Con fecha 28 de marzo de 2012 se realizó la Audiencia de Informes Orales.

XII. DEL ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

- 74.** Luego de haberse realizado todas las actuaciones conforme a las reglas establecidas por las partes y al Reglamento del Centro, el Tribunal Arbitral procedió a efectuar el análisis a los puntos controvertidos, establecidos de la siguiente manera:

Determinar si procede a no tener por consentida y aprobada para todos los efectos legales la liquidación final de Obra presentada por el CONSORCIO SEÑOR DE LUREN

Cuestiones preliminares.

- 75.** Es competencia de este Tribunal Arbitral, conforme a lo pretendido por la parte demandante en su demanda arbitral y a lo fijado como puntos controvertidos del presente arbitraje, desarrollar la noción de obligatoriedad, intangibilidad, vinculación y buena fe en la ejecución de los contratos, a fin de dejar claramente establecido que lo pactado por las partes en el Contrato es de obligatorio cumplimiento, las vincula jurídicamente y, además, no puede ser modificado sin mediar acuerdo previo entre estas, ni mucho menos puede ser modificado por terceras personas (como es el caso, por ejemplo, de un tribunal arbitral); y, luego de ello, verificar si las obligaciones vinculadas al consentimiento de la

liquidación se encuentran conformes a los términos contractuales a los que se sometieron las partes.

Obligatoriedad, intangibilidad, vinculación y buena fe en la ejecución de los contratos.

La protección constitucional de los contratos

- 76.** La protección constitucional a los contratos y a su intangibilidad se encuentra consagrada y plenamente asegurada en la Constitución, tanto en el Título I, sobre los derechos de las personas, como un derecho fundamental¹ (la libertad para contratar) titularizado por las personas naturales y por las personas jurídicas, así como en el Título III sobre el régimen económico del Estado en el que se garantiza la libertad de contratación².
- 77.** La Constitución se refiere claramente a la prevalencia de la voluntad de las partes y a la intangibilidad de los contratos. La Norma Fundamental inclusive pone el pacto o la voluntad de las partes por encima de la ley, en tanto los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones posteriores. Efectivamente, de la lectura conjunta del inciso 14) del artículo 2º y del primer párrafo del artículo 62º de la Constitución, se llega a la conclusión de que el valor y el respeto a los contratos celebrados entre particulares o entre particulares con el Estado, como en el presente caso, forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de contratación³.
- 78.** Para el Tribunal Constitucional⁴, la libertad para contratar o libertad de contrato:

¹ **Constitución de 1993**

Artículo 2º.- "Toda persona tiene derecho a:

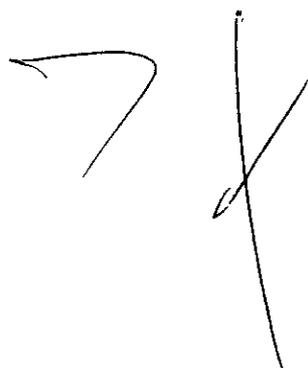
(...) 14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público (...)."

² **Constitución de 1993**

Artículo 62º.- "La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. (...)"

³ Efectivamente, en palabras del Tribunal Constitucional: "(...) el derecho a la libertad de contratación aparece consagrado en los artículos 2.14 y 62 de la Constitución, protegiendo ambas disposiciones la intangibilidad de los contratos, siempre que se hayan celebrado con arreglo a la legislación vigente al momento de su formación" (Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00271-2007-PA/TC de fecha 09 de noviembre de 2007, sobre recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Iliana Rivera Aguilar contra sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura de fecha 5 de diciembre de 2006. Fundamento N° 4).

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 06534-2006-PA/TC de fecha 15 de noviembre de 2007, sobre Recurso de Agravio constitucional interpuesto por doña Santos Eresminda Távora Ceferino contra sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. Fundamento N° 3.



"(...) constituye un derecho fundamental y su ejercicio legítimo, en el marco de los principios y derechos fundamentales, requiere su compatibilidad con estos, lo cual no supone una restricción del legítimo ámbito de este derecho, sino su exacta encuadramiento en ese marco".

79. En relación a la libertad de contratación, el Supremo Intérprete⁵ ha señalado que:

"(...) el derecho a la libre contratación se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/a jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo -fruto de la concertación de voluntades- debe versar sobre bienes a intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitas y no contravenir las leyes de orden público."

Desarrollo normativo y dogmático de la protección contractual

80. Los contratos contienen -como lo prevé el Código Civil⁶ y lo consagra la doctrina- un vínculo obligacional entre las partes dirigido a crear una obligación patrimonial. Efectivamente, para De la Puente y Lavallo⁷:

"(...) la celebración de un contrato definitivo da lugar a la creación de una relación jurídica obligacional (...)."

81. El referido autor⁸ agrega que:

"(...) el contrato por definición es un acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, aunque en la definición no se establece, este acuerdo es el acuerdo de voluntades y debe exteriorizarse mediante la declaración respectiva."

82. Este vínculo obligacional está destinado a cumplirse indefectiblemente pues -conforme al artículo 62º de la Constitución antes referido y al Código Civil- ni siquiera una ley podría

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1535-2006-PA/TC de fecha 31 de enero de 2008 sobre Recurso de Agravio constitucional interpuesto por la Empresa de Transportes Turismo Imperial S.A. contra la sentencia emitida por la Primera Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de Junín de fecha 29 de diciembre de 2005, que declara improcedente la demanda de amparo interpuesta. Fundamento N° 53.

⁶ **Código Civil**
Artículo 1351º.- "Noción de contrato.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial."

⁷ **DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel.** "La Convención y el Contrato (Continuación)" En: *Advocatus*, N° 8, Lima, 2003, p. 212.

⁸ **DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel.** *El contrato general.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, p. 43.

A large handwritten mark consisting of a long vertical line with a horizontal crossbar, and a separate, stylized symbol to its left that resembles a '7' or a similar character.

modificarlo⁹. Este mismo cuerpo de leyes se encarga de reiterar, en artículo expreso¹⁰, la fuerza obligatoria de lo pactado en los contratos, según lo expresado en ellos, a tal punto que quien pretenda negar la coincidencia entre lo expresado en un contrato y la voluntad común de las partes debe probarlo expresamente.

83. En esta dirección, el Tribunal Constitucional¹¹ se ha pronunciado al respecto, manifestando que:

"La libertad de contratar garantiza: a) Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante y b) Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual."

84. El propio sentido de estabilidad jurídica que el sistema legal requiere para el adecuado funcionamiento de la convivencia en sociedad, así como el principio de la buena fe¹² que se aplica para valorar jurídicamente la celebración y ejecución de los contratos, obliga a mantener la palabra empeñada en la contratación y a sostener la validez plena del principio de intangibilidad de los contratos que se conoce también como el de su validez.

85. Lo que se ha pactado en los contratos o convenios es "santa palabra", es "ley" entre las partes y debe mantenerse intangible para su ejecución conforme a lo acordado. Solamente puede ser modificado por el acuerdo común de quienes lo celebraron, inclusive para los contratos regulados por el Texto Único Ordenado de la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM (en adelante la LCAE), en su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM (en adelante el RLCAE),.

86. En cuando a los contratos, el Código Civil consagra en su artículo 1361º el principio *pacta sunt servanda* mediante el cual el cumplimiento de las obligaciones emanadas de los contratos han de exigirse en correspondencia con los términos estipulados en ellos. No deja lugar a dudas –valga la reiteración– la expresión utilizada en el Código "(...) son

⁹ **Código Civil**

Artículo 1356º.- "Primacía de la voluntad de contratantes.- Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletarias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas."

¹⁰ **Código Civil**

Artículo 1361º.- "Obligatoriedad de los contratos.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla."

¹¹ **Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 07339- 2006-PA/TC de fecha 25 de junio de 2007, sobre recurso de agravio constitucional interpuesto por la Empresa de Transportes Megabus SAC contra la sentencia de la Segunda Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Junín. Fundamento N° 46 y 47.**

¹² **Código Civil**

Artículo 1362º.- "Buena Fe.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes."

obligatarios en cuando se haya expresado en ellas" (en el presente caso los contratos regulados por la LCAE y el RLCAE).

87. Al respecto, la posición de la Corte Suprema de la República ha sido contundente¹³:

"En virtud del principio de pacta sunt servanda la fuerza obligatoria del contrato se impone tanto a las partes intervinientes como al juez. En tal sentido el juzgador no debe apartarse de lo pactado entre las partes".

88. Esta previsión del Código Civil va a tener exacta correspondencia con la norma general de interpretación del acto jurídico que se encuentra consagrada en el artículo 168º del referido código sustantivo¹⁴ que obliga a tomar en consideración "la que se haya expresada en él". La lectura conjunta –obligada a nuestro juicio– de los artículos 1361º y 168º del Código Civil enmarca la interpretación de los contratos a lo en ellos escrito (nuevamente, "a la que se haya expresado en ellas") y en interpretación que directa y naturalmente se derive de dicho texto. Así lo ha establecido en la jurisprudencia peruana la Corte Suprema de la República¹⁵ para quien:

"Los contratos son expresión del acuerdo de voluntad común de las partes, mediante los cuales se crean obligaciones de cumplimiento obligatorio en cuanto se haya expresado en ellos, en aplicación del principio pacta sunt servanda".

89. Asimismo, la Corte Suprema de la República ha señalado:

"La interpretación y ejecución de los contratos debe sujetarse, en primer término, a lo expresado en ellos y si eso no fuese posible por la discrepancia en la forma del pago del saldo del precio, es necesaria someterlo a las reglas de la buena fe y común intención de las partes".

90. De la misma manera, Arias Schreiber¹⁶ puntualiza respecto al artículo 1352º del Código Civil, aplicable de manera supletoria a la presente controversia, que este dispositivo pone énfasis en el carácter consensual de los contratos. Entonces, si ambas partes negociaron y

¹³ Casación N° 1533-2001. *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 51. Diciembre 2002, p. 277.

¹⁴ **Código Civil**

Artículo 168º del Código Civil.- "Interpretación objetiva.- El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe."

¹⁵ Casación N° 1964-T-96-Lima, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, *El Peruano*, 16/06/03/98; y Expediente N° 384-95-Lima. **LEDESMA NARVÁEZ, Marianella**. *Ejecutorias Supremas Civiles (1993-1996)*, p. 372.

¹⁶ **Código Civil**

Artículo 1352º.- "Principio de consensualidad.- Los contratos se perfeccionan con el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además deben observar la forma señalada bajo sanción de nulidad".

suscribieron el Contrato, éste ha sido perfeccionado y es considerado válido; así como ocurre en los contratos derivados de los procesos de selección, regulados por la LCE (como es el caso del Contrato).

91. La Corte Suprema de la República, en el primer Pleno Casatorio celebrado en el Perú¹⁷ ha manifestado, en materia de obligatoriedad, vinculación y cumplimiento de los contratos, que:

“No se pueden alegar supuestas ineficacias o nulidades de actos jurídicos sin haberse obtenido su declaración expresa. En ese sentido, se debe entender que quienes han suscrito contratos con determinadas obligaciones no pueden alegar su desconocimiento posterior.”

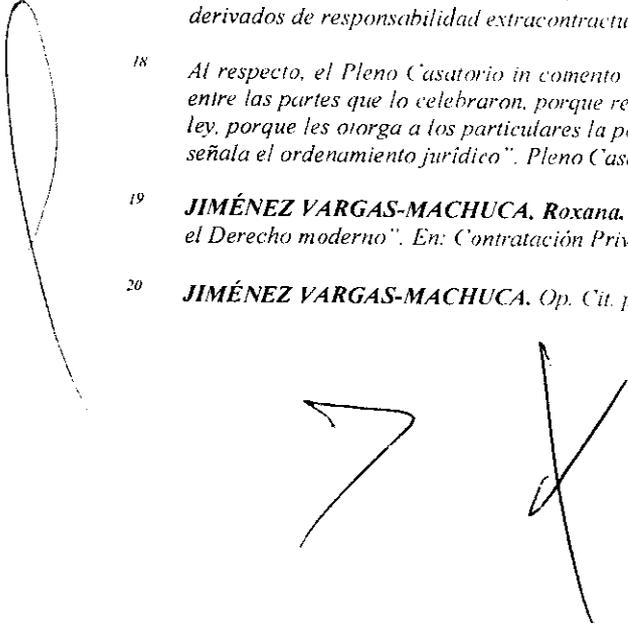
92. Se reconoce la obligatoriedad de los contratos, toda vez que éstos nacen de la voluntad de las partes que los celebran y porque la propia ley (en este caso el Código Civil aplicable supletoriamente al Contrato) le reconoce tal obligatoriedad. Lo anterior supone, según se ha consagrado en el Pleno Casatorio materia de comentario, que cuando se celebra un contrato las partes necesariamente se vinculan a lo en él expresado. No resulta aceptable para el ordenamiento jurídico que una de las partes, de manera unilateral, desconozca los efectos del contrato¹⁸.
93. No debe olvidarse, además, que junto con el principio *pacta sunt servanda*, opera el principio de la buena fe. Conforme lo señala Jiménez Vargas-Machuca, dicho principio es generalmente asociado con la rectitud, honradez, buen proceder, buena intención, confianza en la verdad de un acto jurídico, inocencia, etc. teniendo siempre una connotación loable y sana, socialmente aceptable y deseable¹⁹.
94. Así, la citada jueza y jurista agrega que si bien nuestro Código Civil es asistemático en su conceptualización (*al considerarla un principio general interpretativo de los contratos y los actos jurídicos, mientras que, por otro lado, menciona que los contratos se rigen por “las reglas de la buena fe y común intención de las partes”*), sí la califica como principio precisamente en la norma que establece la forma como debe interpretarse el acto jurídico²⁰.

¹⁷ Pleno Casatorio: Casación N° 1465-2007-Cajamarca. En materia de Indemnización de daños y perjuicios derivados de responsabilidad extracontractual. Publicado el 21 de abril de 2008 en el Diario “El Peruano”.

¹⁸ Al respecto, el Pleno Casatorio in comento ha establecido que un contrato “(...) resulta por sí mismo obligatorio entre las partes que lo celebraron, porque responde a la voluntad de ellas. Esa obligatoriedad, sin duda, nace de la ley, porque les otorga a los particulares la posibilidad de regular sus propios intereses, dentro de los límites que les señala el ordenamiento jurídico”. Pleno Casatorio: Casación N° 1465-2007-Cajamarca. p. 22000.

¹⁹ JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. “La Unidad del principio general de la buena fe y su trascendencia en el Derecho moderno”. En: *Contratación Privada*. Lima: Jurisia Editores, Perú, 2002, pp. 78-79.

²⁰ JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA. *Op. Cit.* pp. 83-84.



95. Asimismo, para De la Puente y Lavalle²¹ la buena fe es considerada en forma consensual por la doctrina como un elemento de la vida de relación humana que se ha incorporado al Derecho lo cual ha determinado que se convierta en un concepto jurídico. En otras palabras, la buena fe es la adaptación de un principio inherente a la conducta de los hombres en la esfera más amplia de todas sus relaciones (incluso la administrativa dentro de la cual se desenvuelven las entidades de la Administración Pública), pero que ha sido preciso regular para que sea susceptible de tener efectos jurídicos, convirtiéndola así en una buena fe civil.

96. Del mismo modo, la doctrina contractual²² ha establecido que la buena fe es un deber y que:

"(...) tiene como contenido esencial el que se actúe lealmente (...). Se trata de la buena fe en su dimensión objetiva la cual genera obligaciones secundarias pues las vincula con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor, incluyendo o las consecuencias virtualmente comprendidas en él, acorde con su naturaleza, a las negociaciones previas, a la conducta ulterior, a las prácticas establecidas entre las partes, a los usos si no han sido excluidos expresamente, y a la equidad, teniendo en cuenta la finalidad del acto y las expectativas justificadas de la otra parte."

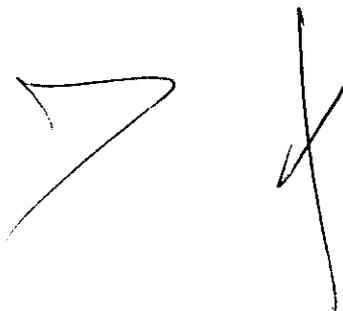
97. A modo de conclusión, reiterar que los contratos no pueden ser desconocidos, modificados unilateralmente por las partes, por el Estado (al emitir sus disposiciones y reglamentaciones), ni por un órgano jurisdiccional (judicial o arbitral), toda vez que —como se señaló— dichos contratos reflejan la voluntad expresa de las partes al momento de su suscripción que debe ser respetada, y tienen además un alto contenido de interés público (como es el caso de los contratos celebrados bajo la LCAE). Se aplica además a ellos la interpretación de buena fe que conduce a privilegiar la lealtad de las partes al cumplimiento del contrato y el reconocimiento de la honradez en su celebración y ejecución.

Cumplimiento de las obligaciones contractuales.

98. Fijadas las premisas referidas la obligatoriedad, intangibilidad, vinculación y buena fe en la ejecución de los contratos, el Árbitro Único considera imprescindible valorar lo pactado por las partes en el Contrato respecto del pago por la contraprestación (que, como lo hemos precisado, es la materia en controversia conforme lo demandado por LA

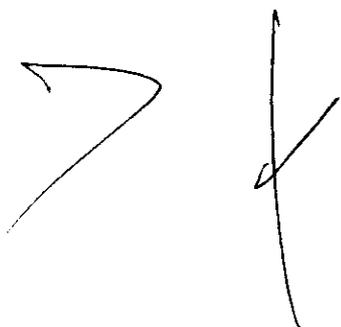
²¹ Citado por: **PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.** "Buena Fe y Común Intención de las Partes. Artículo 1362º. En: Código Civil Comentado por los 100 Mejores especialistas. Tomo VII. . Lima: Gaceta Jurídica, 2004. p. 132.

²² **PÉREZ GALLARDO.** Op. Cit. pp. 140-141.

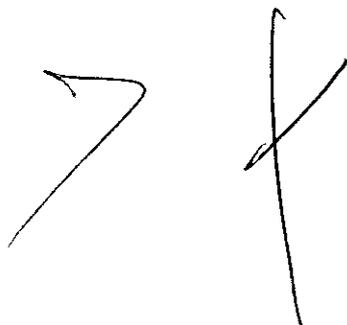


CONTRATISTA). Para esto, se procede a analizar lo establecido en la Cláusula Cuarta del referido contrato, en la que se acuerda lo siguiente:

99. De esta manera, y para todos los efectos, el Tribunal Arbitral señala que en el transcurso del presente laudo cuando se refiera a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento podrán ser utilizada la expresión Ley y Reglamento, según corresponda; al igual que cuando se refiera al Consorcio Señor de Luren lo podrá hacer bajo la denominación de demandante, contratista o Consorcio; en el caso de ENAPU S.A. como entidad, demandada o contratante; en todos los casos indistintamente.
100. A juicio del Tribunal Arbitral, valorando los medios probatorios y argumentos expuesto por las partes, no existe discrepancia entre las partes que efectivamente suscribieron el contrato de ejecución de obra N° 112-2008 ENAPU S.A./GL con fecha 03 de diciembre de 2008, para la "Ejecución de la obra Reparación del Pavimento de la Calle Oeste del Terminal Portuario del Callao, por el monto de S/ 2 278 283,54 nuevos soles, y un plazo de ejecución de 90 días calendario.
101. Asimismo, de los actuados se desprende, que el Acta de Recepción de la Obra, la misma que luego de 14 ampliaciones de plazo concedidas debió ser concluida el 08.11.09, lo fue el 05 de diciembre de 2009; siendo recibida por la entidad el **09 de abril de 2010**.
102. Asimismo, para el Tribunal Arbitral se ha logrado acreditar que con la **Carta de 8 de junio de 2010**, recibida por la entidad en la misma fecha, el contratista presentó a la entidad la Liquidación Final de Obra, con un saldo a su favor de S/ 1 930 199,82 nuevos soles, adjuntando para el efecto la documentación que sustentaba la misma, según se refiere en dicha carta contenida con 824 folios. Sobre el particular, el Tribunal Arbitral considera que la referida liquidación por tanto, se presentó dentro del plazo establecido en el artículo 269° del Reglamento de la Ley.
103. Al respecto, la entidad mediante comunicación N° 173-2010ENAPU S.A./GIM de fecha 12 de julio de 2010, recibida por el Consorcio el **14 de julio de 2010**, se pronunció respecto de la comunicación que antecede, remitiendo la liquidación "formulada por el Supervisor de Obra Consorcio Laurencio – Luna,..." con un saldo a favor de la entidad ascendente a S/ 148 353,18, precisando "que se han incluido los montos correspondientes a los daños causados por su representada a las instalaciones del Terminal Portuario del Callao..."
104. Fluye igualmente de la documentación, que con fecha 15 de julio de 2010, mediante Carta N° 031-2010-CSL, recibida por la entidad el 16 de julio, al amparo de lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley y 269 del Reglamento, el contratista expresó que su liquidación había "quedado aprobada para todos los efectos legales y consentida de pleno derecho y como consecuencia de ello en aplicación de la disposición contenida en el Artículo 270 del Reglamento culminado definitivamente el contrato de obra".



105. A juicio del Tribunal Arbitral, la alegación del Consorcio conforme a lo expuesto en el análisis preliminar efectuado, consiste en el cumplimiento de una condición contractual que el Tribunal tiene bien a aplicar y respetar.
106. Luego, con fecha 3 de agosto de 2010, recibida por la entidad con fecha 04 de agosto de 2010, el Consorcio reitera el requerimiento de pago y concede "un plazo adicional de 72 horas a fin de que se sirvan absolver el requerimiento realizado, caso contrario recurrirían a los mecanismos de solución establecidos en el contrato, la Ley y el Reglamento".
107. Finalmente, y aun cuando se produjeron comunicaciones posteriores entre las partes, el Consorcio manifestó mediante comunicación N° 040-2010 ENAPU S.A./GIM/JCV de 10 de agosto de 2010, recibida por el Consorcio el 11 de agosto de 2010, que "el ítem B OTROS, corresponde a trabajos adicionales inexistentes que no han sido autorizados ni aprobados por ENAPU S.A., además tiene un índice de incidencia que supera el 10% que puede ser aprobado directamente por ENAPU S.A. por lo que requieren para su ejecución y pago de la autorización expresa de la Contraloría General de la República, le recuerdo además que según la Resolución de Contratación N° 196-2010-CG, en este caso es inaplicable el arbitraje, por tanto, al no formar parte del contrato, al no haberse ejecutado dichos adicionales y no tener ENAPU S.A. facultad para autorizar el pago, no corresponde su cancelación.
108. Por lo tanto, el monto final de la Liquidación asciende a S/ 281 884,53 incluido el Impuesto General a las Ventas."
109. Finalmente refiere la existencia de deudas del Consorcio por concepto de penalidad por demora en el término de la obra S/ 154 874,43, honorarios de la supervisión de obra S/ 19 141,65, daños a dispositivos eléctricos US 48 000 y daños al sistema electrónico de seguridad 41 005,33.
110. Según se desprende de lo actuado por cada una de las partes, el Tribunal Arbitral se forma convicción que mientras el Consorcio ha sido diligente en cuanto a la oportunidad de cumplimiento de sus obligaciones contractuales establecidas en el contrato y la normatividad legal como de obligatorio cumplimiento posterior a la recepción de la obra, la entidad ha tenido un comportamiento extemporáneo respecto de las mismas, generando con ello que temas trascendentes y que debieron ser objeto de posibilidad de análisis en la vía arbitral como parte de la liquidación del contrato se encuentre impedido en virtud del mandato legal, correspondiendo asumir las consecuencias de ese comportamiento.
111. El Tribunal Arbitral deja establecido que no correspondería efectuar un análisis a los conceptos que la Liquidación presentada por el Contratista ha quedado consentida, pues según las condiciones contractuales han sido ya consolidadas y determinadas, pudiéndose pronunciarse respecto de su monto, pues ello es una responsabilidad de la entidad que en este momento no es factible ser cuestionado.



112. Una visión del contenido de la Liquidación del contratista permite apreciar que todos los conceptos incluidos en la misma son provenientes de la ejecución contractual o de normativa legal, no observándose en este nivel de revisión concepto alguno que pudiera ser calificado de arbitrario, más aún cuando de todos ellos presentó en su oportunidad el sustento de cada uno de los mismos, que de poseer error debió ser cuestionado oportunamente por la entidad para cuyo efecto posee el personal propio o de terceros necesario y al no hacerlo admitió su procedencia.

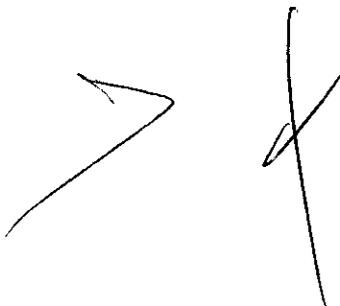
113. El Tribunal Arbitral, sin perjuicio de poder emitir comentario adicional a la comunicación N° 040-2010 ENAPU S.A./GIM/JCV de 10 de agosto de 2010 en otros numerales del análisis de los Puntos Controvertidos, deja constancia que la observación referida a la existencia de adicionales y su exclusión de ser arbitrados no fluye en modo alguno de la documentación aportada por las partes, más aún cuando de modo simultáneo la entidad en esta comunicación asevera que se trata de trabajos inexistentes y a la vez que no han sido autorizados ni aprobados por ella, ya que la frase como está expresada conlleva a que se pueda asumir que los adicionales presentados en la liquidación existen y no existen a la vez, lo que constituye un imposible. Sobre este extremo se deja constancia adicionalmente que en la pericia de oficio el ingeniero Walter Vicente asevera la ejecución de seis Presupuestos Adicionales, por lo que el cuestionamiento de la entidad reseñado carece de sustento.

114. En este orden de ideas, a juicio del Tribunal Arbitral y conforme ha sido expuesto, la liquidación presentada por el contratista cumple con los requerimientos contractuales y legales que la normativa establece para que sea tramitada y considerada como consentida al no haber formulado la entidad cuestionamiento a su contenido en el plazo que la legislación establece.

Determinar si procede o no que cumpla ENAPU S.A. con el pago del importe resultante de la liquidación final de Obra a favor del CONSORCIO SEÑOR DE LUREN ascendente a la suma de S/. 1'930,199.82 (Un millón novecientos treinta mil ciento noventa y nueve y 82/100) Nuevos Soles con reconocimiento de los intereses que se hubieran generado desde la fecha en que habría quedado aprobada y consentida.

115. Tal como se advierte del contenido del análisis del Primer Punto Controvertido,, el Tribunal Arbitral en aplicación de lo dispuesto en la normativa de contratación estatal, explícitamente lo normado en el artículo 43° de la Ley y 269° del Reglamento, la liquidación que presentara el contratista ha quedado consentida al no haber la entidad observado la misma en el plazo que la citada normatividad establece.

116. El efecto de asumir determinación respecto a que la liquidación ha quedado consentida conlleva a que el monto de la misma sea una suma exigible a la contraparte contractual, sin perjuicio de los eventuales adeudos que pudiera poseer el contratista acreedor con la

Handwritten signature and mark consisting of a large, stylized 'Z' or '7' shape on the left and a vertical line with a crossbar on the right.

entidad contratante provenientes de circunstancias no contempladas en la mencionada liquidación y que pudieran ser en este laudo establecidas al analizar las pretensiones de la reconvencción, de ser el caso.

117. En tal orden de ideas, y si bien en puridad como establece la normativa en el artículo 270° del Reglamento, que a su vez debe ser considerada una condición contractuales, y habiendo quedado la liquidación aprobada o consentida, culminado definitivamente el contrato y debiéndose disponer el cierra del expediente de contratación, debiéndose disponer que surtan los efectos de la liquidación aprobada.

118. Sin perjuicio de lo anterior, nada impide que circunstancias distintas de la propia ejecución contractual o vinculada a ella pero que requieren de una decisión jurisdiccional previa, puedan afectar el monto de la liquidación aún no pagada, pero ello solo en aplicación de la compensación que las partes pudieran efectuar.

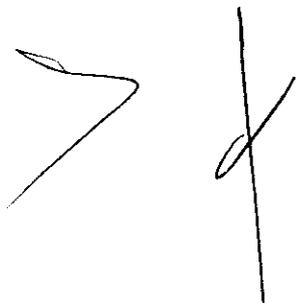
119. Por tanto, el Tribunal Arbitral considera, que salvo las circunstancias de excepción que eventualmente pudiesen presentarse, el importe de la liquidación consentida, cuyo efecto se ha producido en la oportunidad del vencimiento del plazo máximo legal para ser observada y que en el presente caso asciende a la suma de S/. 1'930,199.82 (Un millón novecientos treinta mil ciento noventa y nueve y 82/100) Nuevos Soles debe ser pagada por la demandada con reconocimiento de los intereses que se hubieran generado desde la fecha en que debió haber sido cancelada, esto es, a partir del primer día siguiente del mes posterior al que ha quedado aprobada y consentida, aplicando el artículo 238° del Reglamento.

Determinar si procede o no que ENAPU S.A. cumpla con devolver la garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato constituida por la Carta Fianza N° 068-01003887-00 a cargo de MAPFRE por S/. 227,828.35 (Doscientos veintisiete mil ochocientos veintiocho y 35/100) Nuevos Soles y todas sus renovaciones por haberse culminado definitivamente el contrato.

120. La garantía de fiel cumplimiento establecida en el artículo 40 de la Ley, tiene por objeto asegurar la buena ejecución y cumplimiento de contrato, tal como se desprende del texto mismo del artículo 41 de la misma Ley acotada, y tener vigencia hasta el consentimiento de la liquidación final en el caso de obras, como estipula el artículo 215 del Reglamento.

121. Tal como el Tribunal Arbitral ha determinado al analizar el Punto Controvertido referente al consentimiento de la liquidación presentada por el contratista, aquella se encuentra, por mandato legal y ante la carencia del ejercicio de observación que la normativa establece para la entidad, aprobada y consentida.

122. En ese sentido, y estando a los alcances de la reseñada legislación, corresponde que la entidad proceda a devolver al contratista las cartas fianza y sus renovaciones que por



concepto de garantía de fiel cumplimiento aquel le presentara, tanto por haberse culminado la ejecución de la obra de manera satisfactoria cuanto por encontrarse consentida la liquidación final.

Determinar si procede o no que ENAPU S.A. indemnice al CONSORCIO SEÑOR DE LUREN por los daños y perjuicios que ocasionen las renovaciones de la garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato posteriores a la fecha de consentimiento de la Liquidación Final de obra.

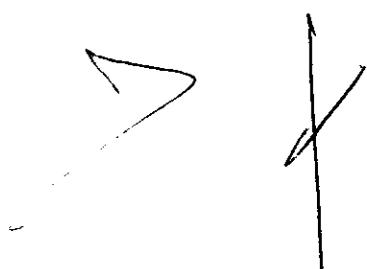
- 123.** El Tribunal Arbitral advierte que la Pretensión del demandante respecto a que se le indemnice por los daños y perjuicios que le ha ocasionado las renovaciones de la garantía de fiel cumplimiento no ha sido fundamentada ni acreditada en autos, incumpléndose con ello con los requerimientos mínimos de carga de la prueba y sustentación jurídica y legal, por lo que esta Pretensión deberá ser desestimada.

Determinar si procede o no que el CONSORCIO SEÑOR DE LUREN pague a favor de ENAPU S.A. la suma ascendente de S/. 148,353.18 (Ciento cuarenta y ocho mil trescientos cincuenta y tres con 18/100) Nuevos Soles, según la Liquidación que ésta le cursó a aquel con la CONSORCIO SEÑOR DE LUREN con la Carta N° 173-2010-ENAPUSA/GIM

- 124.** Tal como se ha expresado en párrafos precedentes y como consecuencia del análisis de los otros Puntos Controvertidos, el Tribunal Arbitral por las consideraciones expresadas en los mencionados párrafos de modo reiterado, ha asumido convicción que la liquidación presentada por el contratista ha quedado aprobada y consentida por carencia de actuación de la contratante en la oportunidad y forma establecida por la normativa.

- 125.** En ese orden de ideas, y aun cuando las conclusiones de la pericia de oficio pudiera coincidir en lo fundamental con los cálculos efectuados por la entidad, lo cierto es que al no haberse habilitado al Tribunal Arbitral de modo alguno para poder ingresar a la liquidación misma que se ha aprobado y consentido por mandato legal, se encuentra imposibilitado de efectuar tal indagación, más allá de los alcances que se han señalado al momento de analizar el Primer Punto Controvertido en párrafos precedentes a efectos de cautelar la razonabilidad y legalidad de la misma, pero no para suplir las deficiencias o negligencias de la entidad que no ajustó su actuación a las disposiciones legales específicas, deviniendo por tanto en no factible de amparar la presente pretensión.

Determinar si procede o no que el CONSORCIO SEÑOR DE LUREN asuma por los veintisiete (27) días calendario de demora en término de obra el pago de por la



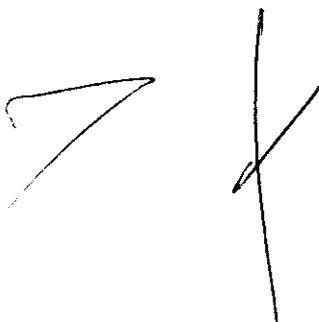
Supervisión de la obra que ha realizado el CONSORCIO LAURENCIO – LUNA, desde el 09 de noviembre de 2009 hasta el 05 de diciembre de 2009, calculado a un costo diario de S/. 708.95 (Setecientos ocho y 95/100) Nuevos Soles por el monto total de S/. 19,141.65 (Diecinueve mil ciento cuarenta y uno y 65/100) Nuevos Soles

- 126.** Con independencia de lo establecido por el Tribunal Arbitral en párrafos precedentes en torno a la liquidación presentada por el contratista y su aprobación y consentimiento por mandato legal, se destaca que este aspecto en particular mereció especial atención del perito de oficio ingeniero Walter Vicente M. quien en su primer Informe Pericial expresó que “De acuerdo a la información contenida en la liquidación de LA ENTIDAD, se tiene que el costo diario de los servicios de supervisión ascienden a S/ 708,95 Nuevos Soles; no obstante este monto no ha sido sustentado por LA ENTIDAD.”; y en su Informe Complementario “Al respecto, debo precisar que hasta la fecha este pedido no ha sido atendido, ya que la documentación remitida por el Tribunal Arbitral, no contiene información que permita determinar el costo diario de los servicios de supervisión”.
- 127.** En consecuencia, se aprecia de lo reseñado, que la entidad no ha cumplido a cabalidad con el principio procesal de que la parte que efectúa una declaración debe probar su dicho, lo que de suyo conlleva a que la pretensión, convertida en Punto Controvertido sea desestimada al carecerse de elementos fácticos verificables que permitan formar convicción respecto de su cuantía y procedencia.
- 128.** En este orden de ideas, y sin necesidad de recurrir a consideraciones respecto a la existencia o no de demora en la culminación de la prestación dados los hechos que fluyen de los actuados en torno al retraso imputable a la entidad en la recepción de la obra y las consecuencias que ello implica, el Tribunal Arbitral se forma convicción que esta pretensión de la demanda fijado como Punto Controvertido debe ser desestimada.

Determinar si procede o no que el CONSORCIO SEÑOR DE LUREN pague los daños ocasionados a los dispositivos eléctricos valorizados en US\$. 48,000.00 (Cuarenta y ocho mil) Dólares Americanos, así como los daños del sistema electrónico de seguridad, valorizados en US\$. 41,005.33 (Cuarenta y un mil cinco y 33/100) Dólares Americanos.

- 129.** Tratándose de un arbitraje de derecho, nuestro sistema jurídico ha dividido en cierta manera la reparación de los daños diferenciando a las reparaciones contractuales de las extracontractuales. Las primeras responden ante la preexistencia de una relación jurídico-patrimonial, mientras las segundas son fuente de obligaciones, debiéndose cumplir en ambos casos con una serie de presupuestos:

1. **La imputabilidad**, entendida como la capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiona.



2. La **ilicitud o antijuridicidad**, vale decir, la constatación que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico.
3. El **factor de atribución**, o sea, el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del sujeto.
4. El **nexo causal**, concebido como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido.
5. El **daño**, que comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado.

130. Al respecto, este Punto Controvertido fue formulada por la parte demandada a través de su reconvención, en la que manifiesta que como integrante de los cargos al contratista se encuentra los daños ocasionados a dispositivos eléctricos y al sistema electrónico de seguridad.

131. En torno a ello, entre las partes ha existido abundante intercambio de comunicaciones de las cuales el Tribunal Arbitral destaca por su importancia, la que el Consorcio cursara a la entidad demandada mediante Carta N° 037-2009-CSL de 10 de febrero de 2009, recibida el 11 de febrero, en la que aquel demanda la entrega de planos de instalaciones eléctricas, instalaciones sanitarias, redes de telefonía, de fibra óptica y otros, puesto que al no contar con los mismos dificulta las labores de demolición y disminuye el rendimiento, reconociendo sin embargo que con trabajadores de ENAPU "se han podido identificar algunas redes y se ha trazado en el pavimento el posible circuito que siguen los diferentes tipos de instalaciones a fin de que no sean dañados", mas advierte que ello no es suficiente pues los planos permiten identificar incluso la profundidad en que se encuentran las instalaciones dado "que se debe dar inicio a las labores de corte, perfilado y compactación de la sub rasante, con lo cual se podría dañar incluso las instalaciones de fibra óptica ubicadas en el área de trabajo".

132. Extremo similar de requerimiento y preocupación se advierte en la Carta N° 046-2009-CSL de 18 de marzo, recibida el 19 del mismo mes por la entidad en la que además de expresar no contar con los planos se manifiesta que viene "encontrándose instalaciones de teléfonos, fibra óptica y electricidad en lugares y profundidades diferentes a los señalados en el expediente técnico y planos proporcionados por la supervisión", planteándose la necesidad de una solución integral.

133. El Consorcio igualmente, mediante Carta N° 051-2009-CSI de 15 de abril de 2009, niega que el cortocircuito haya sido producido por personal a su cargo, reitera la existencia de sistemas de instalaciones que por el paso del tiempo han sufrido deterioro, las discrepancias existentes entre los planos y la realidad física del terreno y concluir que "el corto circuito puede haberse producido por la vibración de las maquinarias que venimos utilizando en zona aledaña, pero por el estado ruinoso de las instalaciones existentes,

situación que en todo caso escapa a nuestra responsabilidad...". La carencia de planos es motivo también de la carta N° 00046-2009-CSL-MLM-ENAPU de 22 de abril de 2009, recibida el 24 de abril; la carta N° 056-2009-CSL de 05 de mayo, recibida en la misma fecha.

- 134.** En la carta N° 058-2009-CSL, de 12 de mayo de 2009, recibida el 13 del mismo mes, el contratista reitera su preocupación por la insuficiente atención que le brindan a sus requerimientos.
- 135.** Asimismo y por su importancia en cuanto a la pretensión, la Carta N° 295-2009 ENAPU S.A./GL, de 13 de mayo de 2009, recibida el 14 de mayo, por la que la entidad imputa al contratista el haber ocasionado con fecha 17 de marzo de 2009 un cortocircuito ocurrido en la Calle Oeste, "el daño resulta debido a la manipulación ejercida por su personal", afirmando además que los planos de instalaciones eléctricas se habían proporcionado "y se visitó in situ la obra, indicándoles todo el recorrido eléctrico, tanto el Supervisor como Ingeniero Residente de Obra, por lo que su aseveración resulta falsa".
- 136.** El 20 de mayo de 2009, el Consorcio negó que su personal haya sido quien ocasionó los daños, y reitera la posición expresada en comunicaciones precedentes.
- 137.** El 21 de enero de 2010, la entidad mediante Carta N° 008-2010-ENAPU S.A./GIM/JCV, comunicó al contratista "que en el mas breve plazo debe iniciar los trabajos de reparación de los daños causados a los equipos y dispositivos del Sistema Integral Electrónico de Seguridad, caso contrario se ejecutará la carta Fianza de Fiel Cumplimiento, previa evaluación de los daños por una compañía especializada". La empresa Visormatic valorizó el costo de reponer lo dañado en US \$ 41 005,33 que es una de las sumas puestas a cobro.
- 138.** Tal como se ha expresado anteriormente, uno de los principios en que reposa la doctrina procesal es que quien afirma algo debe probarlo. En el caso del origen del daño, esa prueba reviste especial significado pues en función de poder acreditar la relación causal que una parte puede compeler a la otra a restituirle, e incluso indemnizarle, por el detrimento que ha sufrido como consecuencia de su acción u omisión.
- 139.** En el presente caso no hay controversia entre las partes que los daños se han producido, lo que se discute es la atribución de responsabilidad que la entidad efectúa al contratista bajo la premisa de que el daño, que ambos reconocen existe, ha sido producida por aquel.
- 140.** Tal como se aprecia de los documentos reseñados precedentemente, mientras que la entidad atribuye directa responsabilidad al Consorcio por los daños producidos, éste niega la autoría de los mismos, señala la existencia de factores concurrentes no atribuibles a su responsabilidad (carencia de planos, inconsistencia entre el expediente y el terreno, deterioro del tiempo y no mantenimiento, etc.) y sólo admite la factibilidad que aquellos se hubiesen podido producir como consecuencia del cumplimiento de las obligaciones contractuales.

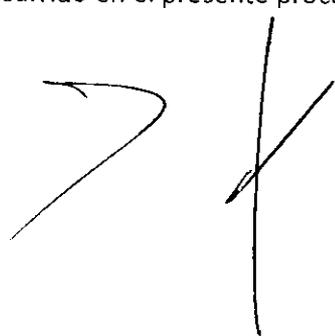
141. En ese orden de ideas evaluadas las pruebas aportadas por las partes, el Tribunal Arbitral se forma convicción que mientras el contratista ha presentado documentación múltiple en la que pone de manifiesto las circunstancias que venían produciendo contratiempos en la ejecución de la obra y el potencial origen de los daños, la entidad solo ha atribuido responsabilidad al Consorcio a través de una apreciación objetiva, que sin embargo no ha acreditado de manera fehaciente puesto que los mismos aspectos que aquel argumenta no los ha desvirtuado. Así tenemos, por ejemplo, que en cuanto a los planos requeridos, la entidad manifiesta que sí los ha entregado, mas no supera el cuestionamiento de la incompatibilidad de éstos con el terreno ni las deficiencias de las instalaciones por el paso del tiempo, ni brindado como prueba las investigaciones que ha realizado que permitan aseverar que los daños han sido efectuados directamente por personal del Consorcio pese a que este último señala explícitamente que los responsables han sido personal ajeno y que ello podría ser corroborado por las cámaras de seguridad, etc. Esto es, que mientras que los argumentos liberatorios de responsabilidad han sido amplios por el Consorcio, la entidad no ha aportado detalles adicionales que desvirtúen esas afirmaciones más allá de informes internos.

142. Así las cosas, el Tribunal Arbitral asume convicción que la atribución de origen de los daños al contratista no resulta procedente, no por la factibilidad que hipotéticamente sí lo sea, sino por cuanto dada su importancia y trascendencia, esa atribución no puede ser especulativa sino verificable, extremo que no se aprecia de las actuaciones arbitrales ni las pruebas aportadas por la demandada quien planteara esta pretensión convertida en Punto Controvertido.

143. Este Tribunal Arbitral concluye que si bien el agente (contratista) al ejecutar la obra (nexo causal) podría ser quien ha generado el daño, no se cuenta con elemento alguno definitivo que establezca la existencia de un factor atributivo de responsabilidad, que establezca fehacientemente que ha sido el directo origen del daño o concurra imputabilidad sobre dicha parte, cuando es factible que el daño se haya producido por causas externas a aquel y que éste denunciara permanentemente, como se ha reseñado anteriormente.

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

144. A juicio de este Tribunal, sobre la base de lo actuado en este arbitraje y en aplicación del artículo 70° de la Ley de Arbitraje, considera que ambas partes han procedido basadas en la existencia de razones para litigar y que a su criterio resultaban atendibles. Por ello, concluye que han litigado de buena fe convencidas de sus posiciones ante la controversia. Al no existir acuerdo entre ellas sobre la asunción de las costas y costos del arbitraje, este Tribunal dispone que cada parte deberá asumir las costas y costos en que cada una ha incurrido en el presente proceso arbitral.



XIII. DECISIÓN

POR LAS CONSIDERACIONES EXPUESTAS, EL TRIBUNAL ARBITRAL EN DERECHO Y POR UNANIMIDAD LAUDA:

Primero.- Declarar FUNDADA la Primera Pretensión de la demanda; en consecuencia, establecer que la Liquidación Final de Obra presentada por el **CONSORCIO SEÑOR DE LUREN** ha quedado consentida para todo efecto legal.

Segundo.-Declarar FUNDADA la Segunda Pretensión de la demanda; en consecuencia, disponer que **ENAPU S.A.** pague a favor de **CONSORCIO SEÑOR DE LUREN** la suma de S/. 1'930,199.82 (Un millón novecientos treinta mil ciento noventa y nueve y 82/100 Nuevos Soles), más los intereses devengados desde el primer día hábil del mes siguiente al que quedó aprobada y consentida la liquidación final de obra.

Tercero.- Declarar FUNDADA la Tercera Pretensión de la demanda; en consecuencia, disponer que **ENAPU S.A.** proceda a devolver a **CONSORCIO SEÑOR DE LUREN** la Carta Fianza N° 068-01003887-00 emitida por MAPFRE por la suma de S/. **227,828.35 (Doscientos veintisiete mil ochocientos veintiocho y 35/100 Nuevos Soles)** en concepto de garantía de fiel cumplimiento del contrato; así como las renovaciones que tuviere en su poder.

Cuarto.- Declarar INFUNDADA la Cuarta Pretensión de la demanda referente a indemnización por renovaciones de la garantía de Fiel Cumplimiento, por las consideraciones expuestas en la parte Considerativa.

Quinto.- Declarar INFUNDADA la Primera Pretensión de la Reconvención; en consecuencia, **NO HA LUGAR** a la obligación pretendida consistente en que **CONSORCIO SEÑOR DE LUREN** pague a favor de **ENAPU S.A.** la Suma de S/. 148,153.18 (Ciento cuarenta y ocho mil trescientos cincuenta y tres con 18/100 Nuevos Soles), por las consideraciones expuestas en la parte Considerativa.

Sexto.- Declarar INFUNDADA la Segunda Pretensión de la Reconvención; en consecuencia, **NO HA LUGAR** a la obligación pretendida consistente en que **CONSORCIO SEÑOR DE LUREN** pague a favor de **ENAPU S.A.** la suma de S/. 19,141.65 (Diecinueve mil ciento cuarenta y uno con 65/100 Nuevos Soles), por las consideraciones expuestas en la parte Considerativa.

Sétimo.- Declarar INFUNDADA la Tercera Pretensión de la Reconvención; en consecuencia, **NO HA LUGAR** a la obligación pretendida consistente en que **CONSORCIO SEÑOR DE LUREN** pague a favor de **ENAPU S.A.** la suma de U.S.\$ 48,000.00 (Cuarenta y ocho mil Dólares Americanos) por concepto de daños y perjuicios; y, la suma de U.S.\$ 41,005.33 (Cuarenta y un mil cinco con 33/100 Dólares Americanos) por concepto de reparación de daños al sistema electrónico de seguridad, por las consideraciones expuestas en la parte Considerativa.

Octavo.- Declarar no ha lugar el cargo de costas y costos, los que deben ser asumidos en montos proporcionalmente iguales por cada una de las partes;

Notifíquese a las partes el presente Laudo, haciéndoles saber que tiene carácter vinculante y ejecutivo y que es eficaz desde el día de su notificación, así que como, contra el mismo, cabe plantear Recurso de Anulación.

Y, para que conste, firman el Laudo los presentes miembros del Tribunal Arbitral, ante la Secretaria del mismo, en el lugar y fecha señalados al principio.



RICARDO RODRIGUEZ ARDILES
Presidente



LUIS E. UBILLAS RAMÍREZ
Árbitro



ALBERTO RETAMOZO LINARES
Árbitro



JULISSA SALOMÓN PRADO
Secretaria Arbitral