

LAUDO DE DERECHO

CONSTRUCTORA P y L S.R.L. vs. MINISTERIO PÚBLICO

**TRIBUNAL ARBITRAL PRESIDIDO POR
EL DOCTOR LUIS FELIPE PARDO NARVÁEZ,
E INTEGRADO POR EL DOCTOR LEONARDO QUINTANA PORTAL Y LA
DOCTORA ELVIRA MARTINEZ COCO**

RESOLUCIÓN N° 43

Lima, 23 de abril del dos mil trece.-

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

El Ministerio Público, en adelante el MINISTERIO PÚBLICO, mediante Comité Especial otorgó la Buena Pro a la Constructora P y L S.R.L., en adelante la CONSTRUCTORA, en el Proceso de Adjudicación Directa Pública N° 0011-2007-MPFN, en adelante la ADP.

Con fecha 19 de diciembre de 2007, la CONSTRUCTORA suscribió con el MINISTERIO PÚBLICO el "Contrato de Ejecución de Obra N° 11-2007" denominado "Construcción y Equipamiento de la Sede de la Fiscalía Mixta de Ferreñafe - Lambayeque", en adelante el Contrato, con el objeto que la CONSTRUCTORA se encargue de la ejecución¹ de la obra "Construcción y Equipamiento de la Sede de la Fiscalía Mixta de Ferreñafe - Lambayeque".

En la ejecución del Contrato surgieron controversias entre las partes que son materia del presente proceso arbitral.

II. EL PROCESO ARBITRAL

II.1 INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y PROCEDIMIENTO ARBITRAL APLICABLE

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

Surgidas las controversias entre las partes respecto del Contrato, la CONSTRUCTORA designó como árbitro a la doctora Elvira Martínez Coco. A su turno y dentro del plazo de ley, el MINISTERIO PÚBLICO designó al doctor Leonardo Quintana Portal, como su árbitro.

A su turno, la doctora Elvira Martínez Coco y el doctor Leonardo Quintana Portal se pusieron de acuerdo en nombrar como tercer miembro y Presidente del Tribunal Arbitral, al doctor Luis Felipe Pardo Narváez.

¹ Cuarta Cláusula del Contrato presentado como Medio Probatorio N° 1 de la demanda.

Tribunal Arbitral
Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente)
Leonardo Quintana Portal
Elvira Martínez Coco.

Con fecha 08 de abril del 2011, en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE y con la presencia de ambas partes, se procedió a la instalación del Tribunal Arbitral. En este acto, se señalaron las reglas del proceso y se fijaron los anticipos de honorarios de los árbitros y del secretario arbitral.

El Convenio Arbitral y la Competencia del Tribunal Arbitral

En la Cláusula Vigésimo Quinta del Contrato referida a la solución de controversias se dispuso que los conflictos que derivasen de la ejecución e interpretación del Contrato, incluido los que se refiriesen a su nulidad e invalidez, serían resueltos de manera definitiva e inapelable mediante un arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, a cuyas normas, administración y decisión se sometieron las partes en forma incondicional, habiendo declarado conocerlas y aceptarlas en su integridad.

En el punto 3 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral se dispuso que conforme a lo acordado por las partes, el presente arbitraje es nacional y de derecho.

Procedimiento arbitral aplicable

Según lo establecido en el punto 4 del Acta de Instalación, serán de aplicación al presente arbitraje, los acuerdos previstos por las partes en el convenio arbitral, las reglas contenidas en dicha acta y, en su defecto, lo dispuesto por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (aprobada mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM), en adelante la Ley, su Reglamento (aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM), en adelante el Reglamento, y supletoriamente, por el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo de Arbitraje (en adelante la LA).

Así mismo, sin perjuicio de ello, se dispuso que el Tribunal Arbitral queda facultado para resolver a su entera discreción, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 34° y 40° de la LA.

II.2 CONSIDERACIONES PRELIMINARES

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

En lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en el presente proceso arbitral se ha actuado de acuerdo con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 43° de la LA, en el que se señala que los árbitros tienen facultad para determinar de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas.

II.3 LA DEMANDA

Con fecha 03 de mayo de 2011, la CONSTRUCTORA presentó su demanda, en los siguientes términos:



PETITORIO

Pretensión N° 1:

Que el Tribunal Arbitral declare que existió demora de la Entidad en el cumplimiento de lo prescrito en el artículo 240° del Reglamento y en consecuencia apruebe y ordene el pago de S/. 65,299.39 (Sesenta y cinco mil doscientos noventa y nueve y 39/100 Nuevos Soles) por concepto de resarcimiento de daños y perjuicios.

Pretensión N° 2:

Que el Tribunal Arbitral declare que los mayores trabajos ejecutados en estructuras, arquitectura e instalaciones eléctricas, reclamados como parte de los trabajos solicitados en su oportunidad como Adicionales de Obra, no forman parte del proyecto contractual y que su ejecución fue necesaria para dar solución al proyecto contractual y que en consecuencia solicitan se apruebe y ordene el pago de S/. 68,150.67 (Sesenta y ocho mil ciento cincuenta y 67/100 Nuevos Soles) por concepto de enriquecimiento indevido por la ejecución de los trabajos señalados.

Pretensión N° 3:

Que el Tribunal Arbitral apruebe y ordene a el MINISTERIO PÚBLICO el pago de los gastos efectuados por la CONSTRUCTORA por el costo no previsto por mantenimiento de oficina y pago del personal en obra, por un periodo mayor al previsto contractualmente, hasta por la suma de S/. 77,330.37 (Setenta y siete mil trescientos treinta y 37/100 Nuevos Soles).

Pretensión N° 4:

Que el Tribunal Arbitral apruebe y ordene a el MINISTERIO PÚBLICO el pago de los gastos efectuados por la CONSTRUCTORA por el costo no previsto por mantenimiento de gerencia y oficina principal hasta el cierre del contrato, hasta por la suma de S/. 185,920.80 (Ciento ochenta y cinco mil novecientos veinte y 80/100 Nuevos Soles).

Pretensión N° 5:

Que el Tribunal Arbitral apruebe y ordene a el MINISTERIO PÚBLICO que pague a la CONSTRUCTORA la suma de S/. 120,666.41 (Ciento veinte mil seiscientos sesenta y seis y 41/100 Nuevos Soles), por concepto de indemnización de daños y perjuicios por efectivizar las cartas fianzas.

Pretensión N° 6:

Que el Tribunal Arbitral apruebe y ordene a el MINISTERIO PÚBLICO que pague a la CONSTRUCTORA la suma de S/. 105,894.97 (Ciento cinco mil ochocientos noventa y cuatro y 97/100 Nuevos Soles), por concepto de reposición del perjuicio económico al no disponer de la contragarantía por garantizar las cartas fianzas.

Pretensión N° 7:

Que el Tribunal Arbitral apruebe y ordene a el MINISTERIO PÚBLICO que pague a la CONSTRUCTORA la suma de S/. 67,563.10 (Sesenta y siete mil quinientos sesenta y tres y 10/100 Nuevos Soles), por concepto de indemnización de daño moral generado a la CONSTRUCTORA, por la efectivización de Cartas Fianzas.

Pretensión N° 8:

Que el Tribunal Arbitral apruebe y ordene a el MINISTERIO PÚBLICO que pague a la CONSTRUCTORA la suma de S/. 177,227.99 (Ciento setenta y siete mil doscientos veinte y siete y 99/100 Nuevos Soles), por concepto de lucro cesante, pérdida de

Tribunal Arbitral

Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente)

Leonardo Quintana Portal

Elvira Martínez Coco.

oportunidad de trabajo, al no contar con Cartas Fianzas de Fiel cumplimiento y otros para participar en nuevos procesos y/o contratos.

Pretensión N° 9:

Que el Tribunal Arbitral apruebe y ordene a el MINISTERIO PÚBLICO que pague a la CONSTRUCTORA el 50% de la utilidad prevista dejada de percibir, que asciende a la suma de S/. 23,643.42 (Veinte y tres mil seiscientos cuarenta y tres y 42/100 Nuevos Soles); según lo previsto en el art. 267° del Reglamento de la LCAE.

Pretensión N° 10:

Que el Tribunal Arbitral apruebe y ordene a el MINISTERIO PÚBLICO que reembolse a la CONSTRUCTORA los gastos efectuados por éste por las renovaciones de Cartas Fianza de Fiel cumplimiento y de Adelantos, hasta por la suma de S/. 17,267.41 (Diecisiete mil doscientos sesenta y siete y 41/100 Nuevos Soles).

Pretensión N° 11:

Que el Tribunal Arbitral declare que la Liquidación Final de Obra presentada por la CONSTRUCTORA ha sido elaborada de acuerdo a derecho; y, que por tanto se declare su aprobación y se ordene a la Entidad el pago de la suma de S/. 1'150,548.30 (Un millón ciento cincuenta mil quinientos cuarenta y ocho y 30/100 Nuevos Soles), que incluye los montos solicitados en las pretensiones que anteceden.

Pretensión N° 12:

Que el Tribunal Arbitral declare la nulidad y/o ineficacia de la Resolución de la Gerencia General N° 1259-2010-MP-FN-GG de fecha 18 de setiembre de 2010, que contiene la Liquidación Final de Obra elaborada por el MINISTERIO PÚBLICO.

Pretensión N° 13:

Que el Tribunal Arbitral ordene a el MINISTERIO PÚBLICO el pago de los gastos que demande la realización del presente arbitraje.

Hechos de la Demanda

La CONSTRUCTORA fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

1. Que con fecha 19 de diciembre de 2007, se suscribió el Contrato de Ejecución de Obra N° 11-2007, entre el Ministerio Público y la Constructora P y L S.R.L., para la ejecución de la obra: "Construcción y Equipamiento de la Sede de la Fiscalía Provincial Mixta de Ferreñafe - Lambayeque" por un monto de S/. 870.658.48 (Ochocientos setenta mil seiscientos cincuenta y ocho y 48/100 Nuevos Soles), con un plazo de 120 días calendarios.
2. Que durante la liquidación del Contrato surgieron controversias entre las partes; motivo por el cual, mediante la Carta s/n de fecha 17 de enero 2011, la CONSTRUCTORA solicitó a el MINISTERIO PÚBLICO someter a un proceso de arbitraje las controversias suscitadas.
3. Que mediante el Oficio N° 0327-2011-MP-FN-PP de fecha 01 de febrero de 2011, el MINISTERIO PÚBLICO aceptó iniciar un proceso de arbitraje.

Que es así que, mediante Acta de Instalación del Tribunal Arbitral de fecha 08 de abril de 2011, suscrita entre los representantes de la CONSTRUCTORA, los representantes de el MINISTERIO PÚBLICO y los miembros del Tribunal Arbitral,

se procedió a la instalación de dicho tribunal a fin de evaluar y resolver las controversias surgidas.

FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA PRETENSIÓN N° 1:

- 1 Que con fecha 19 de diciembre de 2007 se suscribió el Contrato para la ejecución de la obra: "Construcción y Equipamiento de la Sede de la Fiscalía Provincial Mixta de Ferreñafe - Lambayeque" por un monto de S/. 870.658.48 (Ochocientos setenta mil seiscientos cincuenta y ocho y 48/100 nuevos soles), con un plazo de 120 días calendarios.
- 2 Que con fecha 27 de diciembre de 2007, la CONSTRUCTORA presentó las Cartas Fianzas de Adelanto Directo y Adelanto de Materiales.
- 3 Que con fecha 04 de enero de 2008 se realizó la Entrega de Terreno para la ejecución de la obra.
- 4 Que con fecha 23 de enero de 2008, el MINISTERIO PÚBLICO hizo entrega del Adelanto Directo y Adelanto de Materiales.
- 5 Que la CONSTRUCTORA señala que de los hechos expuestos se hace evidente que existió una demora por parte de el MINISTERIO PÚBLICO en la definición de la fecha de inicio del plazo contractual, por tal razón le corresponde a la CONSTRUCTORA el pago de la indemnización por daños y perjuicios contemplados en el artículo. 240° del Reglamento de la LCAE.
- 6 Que el cálculo del monto máximo por incumplimiento del artículo 240° del Reglamento, es el siguiente:

Fecha de Firma del Contrato: 19-12-2007

Fecha de Inicio de Obra por demora en Pago de Adelanto Directo: 23-01-2010

Número de días del desfase: 16 días

Monto del Contrato incluido IGV: S/.870.658.48

Daños y perjuicios máximo: 75/1000 x S/. 870.658.48

Daños y perjuicios máximos: S/. 65.299.39

FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA PRETENSIÓN N° 2:

1. Que mediante el Asiento 14 del Cuaderno de Obra del 15 de enero del 2008, la CONSTRUCTORA hace recordar que fue el Ingeniero Supervisor quien indicó verbalmente qué debería demolerse e incluso mostró los folios 157 y 158 del Expediente donde se indica claramente su demolición, pero en ninguna parte del Expediente, así como en los planos, se menciona la reposición de las mismas, como tampoco se indica el material a usar.
2. Que mediante el Asiento 90 del Cuaderno de Obra de fecha 24 de marzo de 2008, el Supervisor da a conocer a solicitud de la CONSTRUCTORA, el voltaje de la

energía eléctrica al que se empalmará la Red, cuando ello debió estar claramente definido en los planos como elemento fundamental para el diseño eléctrico de la nueva infraestructura.

3. Que mediante el Asiento 108 del Cuaderno de Obra de fecha 09 de abril de 2008, la CONSTRUCTORA, precisó en referencia al Asiento N° 90 de la Supervisión que se formulaba la consulta de cuáles eran los tableros a cambiar de acuerdo a los detalles indicados del voltaje, así mismo se solicitaron con carácter de urgente los detalles técnicos del Grupo Electrógeno.
4. Que mediante el Asiento 110 del Cuaderno de Obra de fecha 10 de abril de 2008, el Supervisor en respuesta al asiento anterior precisó que: a) la demolición se hizo por medida de seguridad ya que en el borde de dicho cerco se iba a excavar la cimentación hasta una profundidad de 2.10 m lo cual añadido al estado de dichos cercos, se corría el riesgo de que se desplomaran, vale decir forma parte del procedimiento constructivo, y como no se puede afectar a terceros hay necesidad que se repongan². Precisoó adicionalmente que "Además esta reposición está compensada con la demolición de la cimentación de todo el cerco que está presupuestado y no se ha ejecutado y la eliminación como desmonte de todo el , que parte no se ha ejecutado y además que parte de los adobes se van a utilizar.
5. Que mediante el Asiento 113 del Cuaderno de Obra, de fecha 16 de abril de 2008, el Supervisor hizo entrega del bifolio del Calentador eléctrico instantáneo en el que aparecen accesorios como llaves termo magnéticas, válvulas, tubos de abastos. También alcanzan copia de la ubicación del grupo electrógeno y el voltaje de la corriente eléctrica para tableros, entregados en documentos más planos.
6. Que mediante el Asiento 114 del Cuaderno de Obra de fecha 16 de abril de 2008, la CONSTRUCTORA precisó que en una obra no existe la palabra compensación, que el término adecuado es Adicional y Deductivo, que de no ser así no se ejecutarían los trabajos de la Comisaría con respecto al cerco que se indica en el expediente. Se señaló que hasta ese momento no se tenía el Punto de Desagüe para descargar las aguas servidas provenientes de la Comisaría.
7. Que mediante el Asiento 116 del Cuaderno de Obra de fecha 17 de abril de 2008, la CONSTRUCTORA realizó la consulta sobre el punto de agua y desagüe que no se indicaba en los planos del baño de la lavandería, que no aparecía a donde descargaría, ni de dónde se iba a alimentar de agua. Se señaló que "los muros a demoler que aparecen en el expediente técnico pertenecen al muro de la Comisaría, pero no se considera los muros que se deben volver a ejecutar"³.
8. Que mediante el Asiento 119 del Cuaderno de Obra de fecha 19 de abril de 2008, el Supervisor hizo entrega de un nuevo plano el IF-5, sobre el sistema eléctrico.
9. Que mediante el Asiento 121 del Cuaderno de Obra de fecha 21 de abril de 2008, la CONSTRUCTORA dejó constancia que respecto al asiento 117 de la Supervisión se consultó sobre dos placas que no estaban consideradas en el Tercer Nivel, las placas W7 y W3.

² El subrayado es de la CONSTRUCTORA.

³ El subrayado es de la CONSTRUCTORA.

10. Que mediante el Asiento 126 del Cuaderno de Obra de fecha 26 de abril de 2008, el Supervisor complementa la entrega de planos en el Asiento 119 con el nuevo Plano IE-5.
11. Que mediante el Asiento 127 del Cuaderno de Obra de fecha 28 de abril de 2008, el Supervisor señaló que no era cierto que la tubería de desagüe existente de apariencia antigua y en desuso, que atraviesa la obra sea de la Comisaría, sin embargo evidencia que esa tubería de desagüe era por la que descargaban los desagües de los servicios higiénicos de los detenidos, También hacen referencia a los errores del cerco de la Comisaría, y reconoció que erróneamente se había considerado la demolición de todo ese cerco, y que se demolió el muro de la Comisaría por no haber partidas de calzadura en la cimentación del muro.
12. Que mediante el Asiento 127 del Cuaderno de Obra de fecha 28 de abril 2008, el Supervisor: señaló que el pedido de detalle de metrados solicitado por la CONSTRUCTORA (se pidió por la falta de claridad en el expediente técnico) y se señala que al ser sumaalzada acorde al artículo 56° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, por tanto no tiene objeto de hablar de metrados y que es obligación de la contratista ejecutar todo lo que está en los planos⁴ y que no es causal de reclamo algunas deficiencias que pudieran detectarse.
13. Que mediante los Asientos 131, 132, 137, 138 de fecha 30 de abril de 2008, atiende consultas de la CONSTRUCTORA y/o define las materias que no se encontraban claramente definidas por la indefinición del expediente técnico, sobre trabajos a ejecutarse.
14. Que mediante la Carta N° 98-PYL-OBRAS/MPFN de fecha 28 de abril de 2008, se comunicó a el MINISTERIO PÚBLICO los problemas encontrados durante la ejecución del primer nivel de la obra, en lo concerniente a las instalaciones eléctricas, instalaciones sanitarias y estructuras, los cuales constan en varios asientos del Cuaderno de Obra. En dicha Carta, la CONSTRUCTORA indica, entre otras cosas, que en la parte de instalaciones sanitarias no se había considerado la reubicación de la tubería existente y en uso de la Comisaría de Ferreñafe, de lo cual se efectuó la consulta respectiva, siendo que a fin de no retrasar la ejecución de la obra, el Administrador del distrito judicial de Lambayeque se comprometió en colocar un punto de desagüe para que se pudiera descargar y evitar el atoro del mismo. Así mismo, se menciona que se habían tenido problemas en la parte de estructuras, debido a que según el Asiento 02 de la Supervisión, se indicaba que se demoliera la pared de adobe de la Comisaría y posteriormente se repusiera; sin embargo, en el presupuesto de obra de estructuras, en el ítem 02.02.00, 02.03.00, 02.04.00 y 02.05.00 se indicaba la demolición de las paredes, pero no la reposición de la misma, por lo que no se podía ejecutar dicha labor, lo cual generaba un problema con la Comisaría de Ferreñafe que exigía la reposición de sus paredes.
15. Que por estas razones, la CONSTRUCTORA solicitaba que se efectuase con urgencia una coordinación con el proyectista de instalaciones eléctricas, instalaciones sanitarias y estructuras, para que se solucionen los problemas mencionados, con la respectiva documentación firmada por cada uno de ellos a fin de evitar problemas posteriores; y por último, que se efectúe el Adicional y

⁴ El subrayado es de la CONSTRUCTORA.

deductivo correspondiente y no la compensación que había indicado la Supervisión en su Asiento 110, por no ser un término válido en el Reglamento.

16. Que mediante la Carta N° 100-PYL-OBRAS/MPFN de fecha 28 de abril de 2008, se comunicaron a el MINISTERIO PÚBLICO los problemas encontrados durante la ejecución del primer nivel de la obra, en lo concerniente a las instalaciones eléctricas, instalaciones sanitarias y estructuras, los cuales constan en varios asientos del Cuaderno de Obra. En dicha Carta, la CONSTRUCTORA indicó, entre otras cosas que con fecha 26 de abril de 2008, mediante anotación en el Asiento 126 del Cuaderno de Obra, la Supervisión entregó el Plano IE-05 con la firma del proyectista, indicando que se realice la modificación en los tableros eléctricos a 380-220 voltios, lo cual generó incertidumbre y atraso en la adquisición de los tableros. La CONSTRUCTORA también dejó constancia que al no tener los pagos de las valorizaciones realizadas en su debido momento, se perdía la liquidez de su representada para realizar las compras y pagos correspondientes, por lo que solicitaba que se solucionase ello.
17. Que mediante el Asiento del Supervisor 138 del Cuaderno de Obra de fecha 30 de abril de 2008, se dejó constancia de precisiones que debieron formar parte de los planos sobre mamposterías de cristal laminado.
18. Que mediante el Asiento 140 del Cuaderno de Obra de fecha 03 de mayo de 2008, la CONSTRUCTORA solicitó el reconocimiento de adicional de obra.
19. Que mediante la Carta N° 017-2008-WRVM-CSCFF de fecha 04 de mayo de 2008, la Supervisión entregó su informe del mes de abril, en el cual, entre otras cosas, señala que el volumen de concreto vaciado en el sistema de Vigas y Aligerado del 1er y 2do piso ha resultado superior a lo que aparece en el metrado respectivo del Expediente Técnico. Además indica que como consecuencia de que las acometidas del Concesionario de energía eléctrica suministra en Ferreñafe energía eléctrica de 380 voltios trifásica y de 220 voltios monofásica, se ha recepcionado un nuevo plano de Instalaciones eléctricas de número IE-05 con esta especificación eléctrica lo que implicaría una modificación al proyecto porque modifica las especificaciones de los tableros y del grupo electrógeno al especificarse para ellos 380 voltios y trifásicos.
20. Que mediante el Asiento 142 del Cuaderno de Obra de fecha 06 de mayo de 2008, la CONSTRUCTORA indica que la obra se encuentra atrasada por causas ajenas a su representada, tal como se señala en la Carta N° 098-PYL-OBRAS/MPFN, que no se han resuelto hasta la fecha, encontrándose como muestra de ello: a) El Punto de desagüe para canalizar los desechos sólidos de la Comisaría. b) Se ha cambiado el proyecto en el plano IE-05, y esto modifica los tableros eléctricos y el Grupo electrógeno a la vez no estaba indicada la ubicación del segundo pozo de tierra, c) No se encuentra indicado el agua y desagüe que alimentará y descargará del cuarto de lavandería, d) No se consideró la construcción de la placa W3 y de las columnas del proyecto, e) Falta de pago de las valorizaciones en los plazos establecidos en el Contrato, que limita el poder adquisitivo de forma oportuna.
21. Que se desprende del Asiento 143 del Cuaderno de Obra de fecha 06 de mayo de 2008, que el proyecto contractual no definía la ubicación del pozo de tierra, y que

luego que se definiera el 02 de mayo de 2009 la CONSTRUCTORA encontró aguas subterráneas debajo del nivel de la cimentación⁵.

22. Que mediante el Asiento 144 del Cuaderno de Obra de fecha 07 de mayo de 2008, se dejó notar que la Supervisión 1) devuelve el expediente adicional por contener partidas que a su parecer no corresponden como lo es la demolición y 2) restitución del muro de la Comisaría debido a que señala que se demolió por no utilizarse trabajos de calzadura para zanja de 2.10 m de profundidad, comentan de la definición de una columna ubicada en las intersecciones de los ejes C y 5 que esas partidas están en el plano E-8, 3) las columnas del parapeto no deben ser de 210 kg/cm2 sino de concreto pobre, 4) falta de detalles de cálculo de acero del refuerzo de todos los elementos reforzados del Adicional 01, 5) la altura de piso a techo es de 2.70.
23. Que mediante la Carta N° 020-2008-WRVM-CSCSFF de fecha 13 de mayo de 2008, la Supervisión dentro de su informe sobre adicional de obra N° 01 evidencia los errores del proyecto, en el que se precisa claramente que el proyecto estuvo inconcluso y evidencia la necesidad de su ejecución con modificaciones, sin embargo a ese reconocimiento no contempla todas las actividades que por derecho le corresponde a la CONSTRUCTORA.
24. Que los errores arriba enunciados no son limitativos puesto que de forma constante se evidenciaba que la CONSTRUCTORA conjuntamente con la Supervisión tenían que subsanar errores del proyecto, cuando su labor solo debería limitarse a cumplir fielmente a lo que señala el contrato y por ende el proyecto que lo conforma, sin embargo no solo hubo errores técnicos, también los hubo económicos, que la contratista afrontó y asumiendo su responsabilidad de CONSTRUCTORA de la obra a suma alzada, comunicó de forma constante los problemas encontrados, evidenciados por la Supervisión.
25. Que en el Laudo Arbitral sobre temas del Contrato de Ejecución de Obra N° 11-2007 emitido el 12 de agosto de 2010, el Tribunal Arbitral advierte en el Folio 43, respecto al pedido de aprobación del Adicional N° 03, que:

"Sobre este tema, este tribunal arbitral advierte que el Adicional Nro. 03, solicitado por la CONSTRUCTORA está referido a trabajos ya ejecutados máxime si tal como se ha adelantado al analizar la primera pretensión del demandante, ha quedado claro que la obra a la fecha se encuentra culminada de modo definitivo, al haberse contratado por parte de la entidad, con un tercero, el saldo de obra que resultó del presente caso.

Al respecto debe tenerse en cuenta que los adicionales de obra pueden ser aprobados en forma previa a su ejecución contractual, no pudiendo ser implementados en tanto la entidad no disponga de su ejecución su ejecución, cosa que no ocurrió en el presente caso máxime si a la fecha la obra se encuentra concluida".

26. Que el trabajo que fue solicitado como Adicional 03 por modificación de diseños para el tendido y pase de tuberías del sistema de comunicación y cómputo, entre

⁵ El subrayado es de la CONSTRUCTORA.

Tribunal Arbitral

Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente)

Leonardo Quintana Portal

Elvira Martínez Coco.

otros, fue ejecutado, y es por ello que no puede aprobarse como adicional de obra, sin embargo al estar ejecutado no puede dejar de reconocer su costo en condición de enriquecimiento sin causa.

27. Que lo señalado por la CONSTRUCTORA respecto a las deficiencias contenidas en el proyecto entregado para su ejecución han quedado totalmente acreditados cuando la propia ENTIDAD por un saldo de obra de S/. 370,000.00 (Trescientos mil y 00/100 Nuevos Soles) que hubiera pagado a la CONSTRUCTORA, lo licitó por S/. 675,256.06 (Seiscientos setenta y cinco mil doscientos cincuenta y seis y 06/100 Nuevos Soles) (Ver otorgamiento de Buena Pro al Ingeniero Julio Cesar Torres Montoya & Ing. Aldo Antonio Cerna Velasco publicado en el SEACE – Portal de CONSUCODE).

28. Que aunado a lo expuesto en el párrafo anterior, lo señalado por la CONSTRUCTORA fue analizado *in extenso* en el proceso arbitral que concluyó con la emisión del Laudo Arbitral de fecha 12 de agosto de 2010, en el cual, el Tribunal Arbitral concluye lo siguiente:

“Con lo expuesto, queda claro para este Tribunal Arbitral que el retraso incurrido por la CONSTRUCTORA no le es imputable, sino que esto obedece a claros problemas suscitados en el expediente técnico elaborado por un tercero, en este caso el proyectista y que en tales condiciones fue puesto a su disposición por la Entidad para la ejecución de los trabajos contratados”.

29. Que entre otras razones, el Tribunal Arbitral resolvió declarando fundada la pretensión de la CONSTRUCTORA; y en consecuencia; declaró la ineficacia de la resolución del Contrato efectuada por el MINISTERIO PÚBLICO, quedando el vínculo contractual establecido entre las partes concluido, por causa no imputable al Contratista.

30. Que por lo expuesto, le corresponde a la CONSTRUCTORA el reconocimiento y pago por parte de el MINISTERIO PÚBLICO de los mayores trabajos ejecutados debido a las deficiencias del proyecto que se listan en los cuadros de determinación de trabajos ejecutados para brindar las condiciones de la obra al momento de la resolución de contrato consistente en Edificación completa a nivel de estructuras acabadas, arquitectura a nivel de pintura sin vidrios. Para acreditar la cuantificación del mismo, la CONSTRUCTORA adjuntó los cuadros de determinación de metrados realmente ejecutados.

- Mayores trabajos no reconocidos para ejecutar la Estructura de la Obra cuyo valor asciende a S/. 39,413.98 (Treinta y nueve mil cuatrocientos trece y 98/100 Nuevos Soles)
- Mayores trabajos no reconocidos para ejecutar la Arquitectura de la Obra cuyo valor asciende a S/. 25,712.11 (Veinticinco mil setecientos doce y 11/100 Nuevos Soles)
- Mayores trabajos no reconocidos para ejecutar las Instalaciones Eléctricas de la Obra cuyo valor asciende a S/. 3,024.58 (Tres mil veinticuatro y 58/100 Nuevos Soles)

- No pagados por el MINISTERIO PÚBLICO, aunque al proceso de resolución de contrato se produce un corte en la ejecución de la obra y por ende debe reconocerse lo ejecutado hasta esa fecha, a través de una valorización.

31. Que el artículo 255° del Reglamento establece que:

"El Artículo 255° del Reglamento establece que: "En el caso de obras contratadas bajo el sistema de suma alzada, durante la ejecución de la obra, las valorizaciones se formularán en función de los Metrados ejecutados por los precios unitarios del valor referencial agregando separadamente los gastos generales y utilidad del valor referencial (...)"

32. Que por ello solicitan que se declare fundado su pedido de reconocimiento de la suma de S/.68,150.67 (Sesenta y ocho mil ciento cincuenta y 67/100 Nuevos Soles) por concepto de enriquecimiento indebido.

FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA PRETENSIÓN N° 3:

1. Que con fecha 19 de diciembre de 2007, la CONSTRUCTORA suscribió con el MINISTERIO PÚBLICO el Contrato de Ejecución de Obra N° 11-2007, materia de la Adjudicación Directa Pública N° 0011-2007-MPFN, para la ejecución de la obra: "Construcción y Equipamiento de la Sede de la Fiscalía Provincial Mixta de Ferreñafe - Lambayeque".
2. Que con fecha 04 de enero de 2008, el MINISTERIO PÚBLICO hizo entrega del terreno a la CONSTRUCTORA, para la ejecución de la mencionada obra, a partir de la cual se toma posesión de la misma.
3. Que con fecha 23 de enero de 2008, el MINISTERIO PÚBLICO otorgó el adelanto directo y el adelanto de materiales a la CONSTRUCTORA.
4. Que mediante la Carta N° 023-2008-MP-FN-GG de fecha 18 de julio de 2008, remitida por conducto notarial en la misma fecha, el MINISTERIO PÚBLICO comunicó a la CONSTRUCTORA que el monto de la valorización acumulada es menor al 80% de la valorización acumulada programada al 30 de junio de 2008, del calendario de avance de obra acelerado, lo cual importa un incumplimiento de obligación esencial. En consecuencia, se requiere a la CONSTRUCTORA que cumpla con tal obligación, debiendo acreditar un avance de obra no menor del 80% de dicha valorización acumulada programada, para lo cual se le otorga un plazo máximo de 2 días calendario contado a partir del día siguiente de recibida dicha carta, bajo apercibimiento de intervenir económicamente la obra, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 264° del Reglamento y la Directiva N° 001-2003-CONSUCODE /PRE.
5. Que en respuesta, mediante la Carta N° 032-PYL-OBRAS/MPFN de fecha 22 de julio de 2008, la CONSTRUCTORA comunicó a el MINISTERIO PÚBLICO que efectivamente, lo manifestado por ésta es cierto; no obstante, ello se debe a que el proyecto presenta una serie de deficiencias, tal como se puede apreciar a lo largo de toda la ejecución de la obra y que consta en el Cuaderno de Obra y ha sido de conocimiento del supervisor, lo cual perjudica a la CONSTRUCTORA toda vez que el avance real de la obra no se ha reflejado en la valorización acumulada.

Tribunal Arbitral

Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente)

Leonardo Quintana Portal

Elvira Martínez Coco.

6. Que al respecto, cabe resaltar que, mediante las Cartas N°s 098-PYL-OBRAS/MPFN y 100-PYL-OBRAS/MPFN de fechas 23 y 28 de abril de 2008, respectivamente, se comunicaron a el MINISTERIO PÚBLICO los problemas encontrados durante la ejecución del primer nivel de la obra, en lo concerniente a las instalaciones eléctricas, instalaciones sanitarias y estructuras, los cuales constan en los Asientos N°s 90, 108, 113, 119, 02, 97, 110, 125 y 127 entre otros del Cuaderno de Obra.
7. Que mediante la Carta N° 028-2008-MP-FN-GG de fecha 13 de agosto de 2008, remitida por conducto notarial en la misma fecha, el MINISTERIO PÚBLICO requiere a la CONSTRUCTORA que cumpla con ejecutar y concluir la obra conforme al contrato, otorgándole un plazo de 15 días calendario contado a partir de la recepción de dicha carta, bajo apercibimiento de resolver el contrato, alegando que el monto de la última valorización acumulada ejecutada era menor al 80% del monto acumulado programado del nuevo calendario, lo cual constituía una demora injustificada en la ejecución de la obra, siendo esto causal de resolución de contrato conforme a lo establecido por el artículo 263° in fine del Reglamento.
8. Que posteriormente, mediante la Carta N° 038-2008-MP-FN-GG de fecha 10 de setiembre de 2008, cursada por vía notarial en la misma fecha, el MINISTERIO PÚBLICO comunicó a la CONSTRUCTORA que, al no haber ésta cumplido con la subsanación correspondiente requerida mediante la Carta N° 028-2008-MP-FN-GG antes mencionada, se había determinado resolver el contrato, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 41° inciso c) de la Ley y los artículos 225° inciso 1), 226° y 263° último párrafo de su Reglamento. Asimismo, comunicó que la constatación física e inventario de la obra, así como la entrega-recepción correspondiente se realizaría el día 17 de setiembre de 2008 a las 11:00 horas, en el lugar de la obra, en presencia de Notario.
9. Que a efectos de encontrar una solución satisfactoria al conflicto generado entre ambas partes, la CONSTRUCTORA mediante la Carta N° 033-2008-PYL-MPFN de fecha 23 de setiembre de 2008, presentó una solicitud de conciliación ante el Centro de Conciliación "VIVACON", a fin de que se deje sin efecto la resolución de contrato y se le permita concluir la obra con la intervención económica de el MINISTERIO PÚBLICO en los términos y condiciones que estime conveniente.
10. Que posteriormente, con fecha 17 de octubre de 2008, ambas partes asisten a la Audiencia de Conciliación respectiva, no llegándose a solucionar el conflicto; razón por la cual, se dio por finalizada la audiencia y el procedimiento de conciliación, suscribiéndose el Acta N° 216-2008.
11. Que en vista que no se pudo llegar a ningún acuerdo en la vía conciliatoria, la CONSTRUCTORA sometió la controversia a un proceso arbitral, afirmando que el MINISTERIO PÚBLICO fue corresponsable de que un contrato se vea interrumpido.
12. Que en este caso particular, no veló por un correcto proyecto, avalando un proyecto que al no encontrarse claramente definido, generó esperas, consultas, adicionales reconocidos, y otros en su mayoría no reconocidos, tratando de aplicar las llamadas compensaciones, en lo que convenía a el MINISTERIO PÚBLICO.

13. Que ante ello, pretender resolver el contrato bajo argumentos de total responsabilidad de la CONSTRUCTORA no se ajusta al derecho que le asiste a la CONSTRUCTORA.
14. Que esto fue amparado en el Laudo Arbitral de fecha 12 de agosto de 2010, mediante el cual el Tribunal Arbitral declaró fundada la pretensión de la CONSTRUCTORA y en consecuencia declaró la ineficacia de la resolución del Contrato efectuada por el MINISTERIO PÚBLICO, quedando el vínculo contractual establecido entre las partes concluido, por causa no imputable a la CONSTRUCTORA.

***"Los hechos descritos demuestran que los errores del proyecto, afectaron la ejecución de la obra, situación que fue comunicada por el Contratista con Carta 032-PYL-OBRAS/MPFN de fecha 22 de julio de 2008, en la que manifestaba que el Expediente Técnico elaborado en su momento por el proyectista evidencia diversas deficiencias que nos es posible soslayar por parte de este Tribunal, (...) lo que ha sido de conocimiento de la Supervisión, situación que perjudica a la contratista, ya que no se puede avanzar la obra de acuerdo al calendario programado.
(...)***

***Estos hechos resultan tanto más relevante, si se tiene en cuenta que tratándose de un expediente técnico elaborado por el proyectista para la convocatoria de un proceso de selección bajo el sistema de precios de suma alzada, debió observar el máximo cuidado posible, siendo que en tales tipos de procesos es deber de quien elabora el expediente técnico definir de modo claro y preciso las magnitudes y calidades de las prestaciones que se van a ejecutar.
(...)***

Con lo expuesto queda claro para este Tribunal Arbitral que el retraso incurrido por la CONSTRUCTORA no le es imputable, sino que este obedece a claros problemas suscitados en el expediente técnico elaborado por un tercero, en este caso el proyectista y que en tales condiciones fue puesto a su disposición por la Entidad para la ejecución de los trabajos contratados."

15. Que atendiendo a lo resuelto por el Tribunal Arbitral, respecto a que el vínculo contractual concluyó por causa no imputable a la CONSTRUCTORA, y que el proyecto presentó deficiencias, y la solución a estas deficiencias generó desfase en la ejecución de la obra, es por ello que la CONSTRUCTORA reclama el reconocimiento económico por el tiempo que la CONSTRUCTORA se vio obligada a mantener una oficina en campo y personal para la administración y control de la obra. Por tal razón, la CONSTRUCTORA solicita el pago de dicho concepto.
16. Que para acreditar la cuantificación del mismo, la CONSTRUCTORA adjunta los cuadros de determinación de gastos efectuados por mantenimiento de oficina y pago de personal en obra.
17. Que el Anexo sobre determinación de gastos generales de personal en obra es de S/. 470.00 (Cuatrocientos setenta y 00/100 Nuevos Soles) diarios y por

mantenimiento de ambientes u oficina para el control de la obra es de S/. 226.67 (Doscientos veintiséis y 67/100 Nuevos Soles) diario.

18. Que para demostrar ello, se adjuntan los contratos de Locación de Servicios de los Señores Ingenieros Víctor Doménico Paredes Rosadio (Gerente de Obra), Elvis Mirko Reynosos Small y Luis Sigvas Farfán, dejándose constancia que los costos listados forman parte de los gastos generales de su oferta.

FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA PRETENSIÓN N° 4:

1. Que por la misma razón expuesta en el desarrollo de la pretensión anterior, es decir, por la arbitraria resolución de Contrato por parte de el MINISTERIO PÚBLICO, la CONSTRUCTORA tuvo que mantener la gerencia de la obra, así como la oficina principal hasta el cierre del contrato, monto que asciende a la suma pretendida por la CONSTRUCTORA.
2. Que para hacer valer sus derechos la CONSTRUCTORA ha tenido que someter a conciliación y arbitraje esta controversia, a fin que en justicia se declare que la problemática que surgió para el cumplimiento del Contrato, estuvo basada en errores incurridos desde el nacimiento del proceso, es decir, en un proyecto deficiente, que si bien lo efectuó un tercero, sin embargo era de responsabilidad de el MINISTERIO PÚBLICO la Supervisión y/o aprobación del mismo, inclusive la demora.
3. Que para acreditar la cuantificación del mismo, la CONSTRUCTORA adjunta los cuadros de determinación de gastos efectuados por mantenimiento de la oficina principal y de gerencia hasta el cierre del contrato.

Que el Anexo sobre determinación de gastos generales de gastos variables de oficina y gerencia para la administración del Contrato es de S/.242.40 (Doscientos cuarenta y dos y 40/100 Nuevos Soles) diarios, dejándose constancia que los costos listados forman parte de los gastos generales de su oferta. Además, la CONSTRUCTORA señala que a la fecha de presentación de su demanda aún mantenía vigente los gastos hasta que se cerrara el Contrato.

FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA PRETENSIÓN N° 5:

1. Que con fecha 19 de diciembre de 2007, se celebró el Contrato de Ejecución de Obra N° 11-2007 derivado del PROCESO ADP N° 11-2007-MPFN, para la ejecución de la Obra "Construcción y Equipamiento de la Sede de la Fiscalía Provincial Mixta de Ferreñafe - Lambayeque", respecto de la cual se otorgaron las Cartas Fianzas N° 1001481-01 por adelanto directo, y N° 1001483-01 por adelanto de materiales, expedidas por MAPFRE PERÚ.
2. Que las precitadas cartas fianzas fueron sucesivamente renovadas. La fianza por adelanto directo se encontraba renovada incluso hasta el N° 1001483-07 y la fianza por adelanto de materiales hasta el N° 1001481-07, siendo sus vigencias hasta el 29 de noviembre de 2009 y encontrándose ambas en poder del Ministerio.
3. Que sin embargo, con fecha 10 de setiembre de 2009, la CONSTRUCTORA recibió la Carta SC/CA N° 1583-09, a través de la cual el MINISTERIO PÚBLICO pretendía la ejecución de las fianzas N°s 1001481-04 y 1001483-04.

4. Que con fecha 10 de setiembre de 2009, se efectivizaron las Cartas Fianzas, conforme se advierte de las copias de los Recibos de Indemnización extendidos por MAPFRE PERÚ, habiendo el MINISTERIO PÚBLICO recibido de dicha empresa el Cheque N° 81506909 de Scotiabank del Perú, por el monto de S/.905,902.21 (Novecientos cinco mil novecientos dos y 21/100 Nuevos Soles), que corresponde, entre otras, al honramiento de la garantía de adelanto directo y de materiales de la obra sub materia.
5. Que mediante la Resolución N° 1 de fecha 21 de setiembre de 2009, el Tribunal Arbitral resolvió declarar FUNDADO el pedido de Medida Cautelar de No innovar solicitado por la CONSTRUCTORA y, en consecuencia, ordenó que el MINISTERIO PÚBLICO se abstenga de efectuar cualquier acción referente a la ejecución de las Cartas Fianzas N°s 1001481-04 y 1001483-04, emitidas por MAPFRE PERÚ Compañía de Seguros y Reaseguros, por las sumas de S/.76,200.00 (Setenta y seis mil doscientos y 00/100 Nuevos Soles) y S/.137,100.00 (Ciento treinta y siete mil cien y 00/100 Nuevos Soles) entregadas como garantía del adelanto directo y del adelanto de materiales, respectivamente.
6. Que vista la forma arbitraria del pedido de efectivización, aun encontrándose vigentes las Cartas Fianzas demandadas, el MINISTERIO PÚBLICO solicito a MAPFRE Perú la efectivización, cuando pudo haber solicitado la renovación al vencimiento de los plazos; sin embargo, lo hicieron por contar con la liquidez para cubrir los mayores costos que les generó terminar el saldo de la obra con otro contratista.
7. Que mediante la Resolución N° 3 de fecha 10 de noviembre de 2009, el Tribunal Arbitral ordenó a el MINISTERIO PÚBLICO que abriera una cuenta intangible en una Entidad Bancaria, en la que se depositaría el monto de las garantías ejecutadas hasta que concluyera el proceso.
8. Que en cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal Arbitral, el dinero de las cartas fianzas, sigue depositado en una cuenta bancaria en custodia de el MINISTERIO PÚBLICO.
9. Que la efectivización de las cartas fianzas antes indicadas ha ocasionado serios perjuicios económicos a la CONSTRUCTORA, máxime si se ha acreditado que la resolución del contrato efectuada por el MINISTERIO PÚBLICO carece de eficacia.
10. Que para acreditar la cuantificación del mismo, la CONSTRUCTORA adjuntó los cuadros de determinación de la indemnización de daños y perjuicios por efectivizar las cartas fianzas, basándose su cuantificación en la tasa de interés que le acota el Banco Continental equivalente al 32.0686% al importe retenido.
11. Que la CONSTRUCTORA deja constancia que la totalidad del adelanto fue puesto en beneficio de la obra, con la sola excepción que esta no fue amortizada, no por causal atribuible a la CONSTRUCTORA, debido a que el Reglamento establece en el artículo 255° que es la Supervisión quien debe elaborar la Valorización. Y también se debe considerar que si bien se consumieron insumos por un valor, su recuperación fue inferior en costo debido a los errores que acarrea el proyecto tanto en metrados como en el verdadero valor de los mismos.

12. Que la situación de la deficiencia de metrados y costos se evidenció en parte con la licitación del saldo de la obra en más del doble de costos.
13. Que esta situación de efectivización de las cartas fianzas han generado un inicio de proceso de recupero por parte de Mapfre Perú en perjuicio de la CONSTRUCTORA por un dinero injustificadamente retenido por el MINISTERIO PÚBLICO.

FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA PRETENSIÓN N° 6:

1. Que el MINISTERIO PÚBLICO solicitó la ejecución de las Cartas Fianzas otorgadas por la CONSTRUCTORA, por tal razón, con fecha 23 de octubre de 2010, la Compañía de Seguros y Reaseguros MAPFRE PERU VIDA, invitó a la CONSTRUCTORA a un proceso conciliatorio, solicitándoles el pago de S/.213,000.00 (Doscientos trece mil y 00/100 Nuevos Soles) correspondientes a la ejecución de las cartas fianzas ya señaladas. Dicha solicitud se realiza bajo el apercibimiento de proceder a una demanda y sacar al remate el inmueble ubicado en la Asociación de Vivienda la Grama, Mz. L, Lote 13, del distrito de Puente Piedra, el mismo que fue puesto en garantía ante dicha entidad financiera para el otorgamiento de las cartas fianzas.
2. Que tales hechos, han generado perjuicio al patrimonio de la CONSTRUCTORA, en vista que no puede disponer del bien inmueble, valorizado en U\$ 107,000 (Ciento siete mil y 00/100 Dólares Americanos), cuyos intereses son reclamados por la propietaria del bien garante Sra. Gabriela Díaz Pernia, razón por la cual en la presente demanda solicita el resarcimiento de los mismos.
3. Que para acreditar la cuantificación del daño, la CONSTRUCTORA adjuntó los cuadros de determinación del importe del perjuicio económico, conformado de la afectación de intereses al valor de la contragarantía conformada por un bien inmueble que garantiza hasta por la suma de U\$ 107,000.00 (Ciento siete mil y 00/100 Dólares Americanos) por la garantía con el bien, a ser pagado por el MINISTERIO PÚBLICO por concepto de reposición del perjuicio económico al no disponer de la contragarantía por ejecución de cartas fianzas.

FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA PRETENSIÓN N° 7:

1. Que como ha quedado acreditado en un anterior proceso arbitral, la decisión de resolver el contrato por parte de el MINISTERIO PÚBLICO fue arbitraria, con lo que la CONSTRUCTORA ha visto seriamente perjudicado su patrimonio pues ya se tenía un gran avance de la misma.
2. Que asimismo, la CONSTRUCTORA se ha visto perjudicada al encontrarse en constante zozobra respecto del destino que tendrá el inmueble otorgado en contragarantía para la entrega de cartas fianzas, además de ver perjudicado su patrimonio por sumas que dejará de percibir por el daño causado por el MINISTERIO PÚBLICO.
3. Que si bien el daño moral y perjuicio a la persona involucrada por la Resolución de contrato de una obra, así como a la efectivización de cartas fianzas, no se puede probar en su verdadera magnitud, debido a que generó problemas de salud y deterioro de la tranquilidad familiar, por haber perdido capital de trabajo por error en la cuantificación del proyecto modificado por parte de el MINISTERIO PÚBLICO,

deterioro de imagen por los proveedores, que temen otorgarle créditos a la CONSTRUCTORA, la pérdida del propietario de la empresa al haber tenido que vender sus volquetes para financiar la obra considerando que a la conclusión de la obra y liquidación de la misma le generaría un recupero, situación que no se dio por la abrupta decisión de el MINISTERIO PÚBLICO de resolver el Contrato por causales imputables a ellos mismos, y abusando de su poder efectivizara las cartas de garantía, deviniendo en el no otorgamiento de cartas de garantía para nuevos contratos.

4. Que para la emisión de cartas fianzas, solicitaron tan solo garantía patrimonial, pero después de este tipo de situaciones, estas entidades financieras, reclaman una contragarantía del 30% en efectivo, produciéndose un perjuicio económico que la CONSTRUCTORA estima que cubrirá en parte el daño moral que afectará al Señor Reynaldo Díaz.
5. Que para acreditar la cuantificación del mismo, la CONSTRUCTORA adjuntó el cuadro de determinación de perjuicio económico a consecuencia del daño moral generado por el MINISTERIO PÚBLICO.

FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA PRETENSIÓN N° 8:

1. Que el cuadro comparativo de tiempos utilizados en la administración del Contrato, evidencia que desde la firma del Contrato le correspondía como periodo de administración por parte de la CONSTRUCTORA 314 días calendarios, sin embargo, por causas no imputables a la CONSTRUCTORA permaneció 1081 días calendarios, siendo de responsabilidad ajena a la CONSTRUCTORA, 767 días calendarios.
2. Que el Anexo sobre determinación de gastos generales de gastos variables de oficina y gerencia para la administración de contrato es de S/.242.40 (Doscientos cuarenta y dos y 40/100 Dólares Americanos) diarios, dejándose constancia que los costos listados formaban parte de los gastos generales de su oferta. Y que a la fecha aún mantienen vigente los gastos hasta que se cierre el Contrato.
3. Que en el presente caso, existe un lucro cesante habida cuenta que la renovación de Cartas Fianzas por parte de la CONSTRUCTORA para avalar la ejecución de la obra, así como el impedimento de ésta para postular a otros procesos de convocatoria similares han generado un perjuicio que ha devenido en la falta de solvencia de la CONSTRUCTORA, reflejada en lo que pudo haber percibido económicamente si obtenía la Buena Pro en estos otros procesos de convocatoria; motivo por el cual, solicitan que el Tribunal tenga a bien evaluar también este aspecto.
4. Que para mayor ilustración, adjuntan como prueba del lucro cesante el Cuadro-Resumen del presupuesto contractual de la obra, en el cual puede notarse la determinación de la Utilidad para esta obra. Considerando la Utilidad prevista de la Obra de S/. 1'245,206.13 (Un millón doscientos cuarenta y cinco mil doscientos seis y 13/100 Nuevos Soles), S/. 72,554.87 (Setenta y dos mil quinientos cincuenta y cuatro y 87/100 Nuevos Soles) es para cuatro meses de ejecución.
5. Que en el Cuadro comparativo de tiempos utilizados en la administración del Contrato, se evidencia que desde la firma del Contrato le correspondía como periodo de administración por parte de la CONSTRUCTORA 314 días calendarios, sin

embargo por causas no imputables a la CONSTRUCTORA permaneció 1081 días calendarios, siendo de responsabilidad ajena a la CONSTRUCTORA 767 días calendarios.

6. Que la Utilidad prevista según el Contrato fue de S/.72,554.87 (Setenta y dos mil quinientos cincuenta y cuatro y 87/100 Nuevos Soles) incluido IGV, que debió ser percibido por ejecutar una obra de 120 días. Y que a la fecha aún mantienen vigente los gastos hasta que se cierre el Contrato.
7. Que considerando que el exceso de plazo equivale a 2.44 veces del periodo que debió durar el Contrato, y por ende, mantener vigente las garantías, y al haberse ampliado corresponde que se les resarza por un importe equivalente a 2.44 veces del valor que en obras similares se pueda cobrar. Para ello, el parámetro que usa la CONSTRUCTORA exclusivamente se sujeta al valor de la obra que fue contratada por la CONSTRUCTORA y que fue truncada con una resolución de contrato sin razones justificadas.
8. Que el no contar con las cartas de garantía por estar retenidas injustamente por el MINISTERIO PÚBLICO, ha generado en la CONSTRUCTORA la pérdida de oportunidad de participar en nuevas obras por no contar con el financiamiento de Cartas de Fiel cumplimiento.
9. Que para acreditar la cuantificación del mismo, la CONSTRUCTORA adjunta el cuadro de cálculo del lucro cesante por no contar con la carta fianza de fiel cumplimiento para postular a procesos similares.

FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA PRETENSIÓN N° 9:

1. Que según indica el artículo 267° del Reglamento, en caso que la resolución sea por causa atribuible a el MINISTERIO PÚBLICO, ésta reconocerá a la CONSTRUCTORA, en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar⁶, actualizado mediante las fórmulas de reajustes hasta la fecha en que se efectuó la resolución del Contrato.
2. Que por tanto, al haberse acreditado que la resolución del Contrato no se debió a causas atribuibles a la CONSTRUCTORA, le corresponde a el MINISTERIO PÚBLICO cumplir con el pago indicado.
3. Que el laudo arbitral de fecha 12 de agosto de 2010, señala que:

"(...) el demandante sustenta en su demanda que por no tener márgenes de utilidad por los errores encontrados en el proyecto y en el expediente técnico, así como limitar la prosecución de la obra por causas ajenas a la Contratista. (...)

Sobre este tema, debe tenerse en cuenta que tratándose de un proceso convocado bajo el sistema de precios a suma alzada, no corresponde solicitar a la constructora la utilidad que le hubiere correspondido por la parte ejecutada o por ejecutar de los trabajos contratados, pues la utilidad como casi todos los

demás costos que le corresponden son parte del monto contractual siendo que su desagregado es solo referencial.

Siendo así, este Tribunal Arbitral declara INFUNDADA esta pretensión de la parte demandante"

4. Que por ello, el pedido de reconocimiento de utilidades no percibidas que sanciona el Reglamento en su artículo 267° a el MINISTERIO PÚBLICO, debe ser reconocido visto que no forma parte del perjuicio que tuvo la CONSTRUCTORA por los costos errados de el MINISTERIO PÚBLICO o mayor plazo al previsto contractualmente, se trata sencillamente de una disposición Reglamentaria.
5. Que para acreditar la cuantificación del mismo, la CONSTRUCTORA adjuntó un cuadro de determinación de utilidades no percibidas.

FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA PRETENSIÓN N° 10:

1. Que en cumplimiento de sus obligaciones, la CONSTRUCTORA tramitó las Cartas Fianzas necesarias para la ejecución de la obra.
2. Que la CONSTRUCTORA procedió a la renovación de las Cartas Fianza de Fiel Cumplimiento, Adelanto Directo y Adelanto de Materiales.
3. Que la CONSTRUCTORA se ha visto en la necesidad de mantener vigentes las Cartas Fianzas de Fiel Cumplimiento y Adelanto, por un tiempo mayor al previsto contractualmente, a fin de garantizar la ejecución de la obra, causando a la CONSTRUCTORA un egreso de dinero indebido, por lo que solicitan que sea reembolsado por el MINISTERIO PÚBLICO.
4. Que se toma en cuenta para el cálculo del tiempo que tienen que permanecer vigente las fianzas, la obligación de la CONSTRUCTORA de renovar las cartas fianzas hasta quedar consentida la Liquidación Final de la Obra, para ello la CONSTRUCTORA ha procedido a cuantificar con los plazos previstos en el Reglamento.
5. Que a partir de la fecha límite prevista en el Reglamento, los pagos por renovación de las cartas fianzas se convierten en un pago indebido para la CONSTRUCTORA, debido a que se ha convertido en un mayor tiempo no previsto inicialmente.
6. Que el mayor tiempo que está transcurriendo se debe a que el MINISTERIO PÚBLICO no resolvió oportunamente los problemas suscitados en obra debido a la incongruencia del Expediente Técnico.
7. Que por tanto, efectuando una simple operación matemática, y tomando en consideración el 24 de enero de 2008 como fecha de definición del inicio contractual al que adicionan los plazos establecidos según el Reglamento; desprendiéndose de ello el tiempo en exceso por renovación de fianzas que no son de obligación de la CONSTRUCTORA.
8. Que para acreditar la cuantificación del mismo, la CONSTRUCTORA adjuntó cuadros de determinación de gastos efectuados por ésta por las renovaciones de Cartas Fianza de Fiel cumplimiento y de Adelantos.

FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA PRETENSIÓN N° 11:

1. Que con fecha 22 de octubre de 2010, la CONSTRUCTORA presentó ante el MINISTERIO PÚBLICO el Expediente de Liquidación Final de la Obra "Construcción y Equipamiento de la Sede de la Fiscalía Provincial Mixta de Ferreñafe - Lambayeque".
2. Que con fecha 18 de noviembre de 2010, mediante el Oficio N° 4236-2010-MP-FN-GG-GECINF, el MINISTERIO PÚBLICO notificó la Resolución de la Gerencia General N° 1259-2010-MP-FN-GG con la cual dio a conocer la discrepancia de el MINISTERIO PÚBLICO con la Liquidación de Obra elaborada por la CONSTRUCTORA y se les notificó la realizada por el MINISTERIO PÚBLICO, por un monto de S/. 499,731.54 (Cuatrocientos noventa y nueve mil setecientos treinta y uno y 54/100 Nuevos Soles) con un saldo a cargo de la CONSTRUCTORA de S/. 212,440.49 (Doscientos doce mil cuatrocientos cuarenta y 49/100 Nuevos Soles).
3. Que con fecha 01 de diciembre de 2010, mediante la Carta s/n de fecha 29 de noviembre de 2010, la CONSTRUCTORA responde a el MINISTERIO PÚBLICO manifestando su discrepancia con la Liquidación elaborada por ésta y sus observaciones a la misma.
4. Que con fecha 14 de diciembre de 2010, mediante el Oficio N° 1401-2010-MP-FN-GG el MINISTERIO PÚBLICO se reafirma en el cálculo del monto de su liquidación.
5. Que a efectos de encontrar una solución satisfactoria al conflicto generado entre ambas partes, con fecha 28 de diciembre de 2010, la CONSTRUCTORA en virtud a la cláusula de solución de controversias pactada por las partes dio inicio a un procedimiento de conciliación, ante el Centro de formación y capacitación de conciliadores extrajudiciales de Lima Norte, signado con el N° 475-2010.
6. Que con fecha 14 de enero de 2011, se puso fin al procedimiento de conciliación sin acuerdo alguno entre las partes tal como consta en Acta de Conciliación por Falta de Acuerdo N° 477-2010.

FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA PRETENSIÓN N° 12:

1. Que mediante el Oficio N° 4236-2010-MP-FN-GG-GECINF de fecha 18 de noviembre de 2010, el MINISTERIO PÚBLICO comunicó que mediante la Resolución de la Gerencia General N° 1259-2010-MP-FN-GG de fecha 18 de noviembre de 2010, se aprobó la Liquidación Final del Contrato N° 690-2008-MTC/21 suscrito entre ambas partes, con un saldo a cargo del Contratista de S/. 212,440.49 (Doscientos doce mil cuatrocientos cuarenta y 49/100 Nuevos Soles).
2. Que la emisión de la acotada Resolución constituye un acto arbitrario de parte de el MINISTERIO PÚBLICO toda vez que, como se indicó en los párrafos precedentes, la Liquidación practicada por la CONSTRUCTORA ha sido elaborada conforme a derecho, por lo que solicitan que se declare la nulidad de dicha Resolución.

3. Que además, el MINISTERIO PÚBLICO no ha motivado debidamente las razones por las cuales resuelven afectar a la CONSTRUCTORA con un saldo a su cargo, recayendo dicha resolución en causal de nulidad.

FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA PRETENSIÓN N° 13:

1. Que como se analizará en el transcurso del presente proceso las causales señaladas han generado perjuicio económico a la CONSTRUCTORA, la misma que se ha visto en la necesidad de contratar servicios de asesoría a efectos de hacer valer los derechos que le asisten, además de los gastos irrogados por concepto de honorarios arbitrales y otros propios de un proceso de arbitraje, que solicitan sean reconocidos y ajustados a lo que devenga al término del proceso, por no ser de conocimiento de la CONSTRUCTORA el total de los honorarios arbitrales y/o actuaciones probatorias que el Tribunal dispuso, en caso de estimarlo pertinente.

II.4 LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PETITORIO

Con fecha 02 de junio de 2011 y dentro del plazo concedido, el MINISTERIO PÚBLICO contestó la demanda contradiciendo los extremos de la misma, solicitando que en su oportunidad sea declarada infundada y/o improcedente. Asimismo, se debe indicar que, en dicho escrito el MINISTERIO PÚBLICO planteó Reconvención contra la CONSTRUCTORA, y fundamentó la misma en los siguientes hechos y sus implicancias:

Antecedentes

La ENTIDAD fundamentó su posición en los siguientes hechos:

1. Que en el marco de la A.D.P. N° 011-2007-MPFN con fecha 19 de diciembre de 2007, el MINISTERIO PÚBLICO suscribió el Contrato a "Suma Alzada" para la ejecución de la Obra: "CONSTRUCCIÓN y EQUIPAMIENTO DE LA SEDE DE LA FISCALÍA PROVINCIAL MIXTA DE FERREÑAFE", con la CONSTRUCTORA, por el monto de su oferta de S/. 870,658.48 (Ochocientos setenta mil seiscientos cincuenta y ocho y 48/100 Nuevos Soles) y contando con un plazo para su ejecución de 120 días calendario.
2. Que el precitado contrato ha sido suscrito, en el marco legal de las disposiciones del Reglamento y de la Ley.
3. Que con Acta de Entrega de fecha 04 de enero de 2008, se efectuó el acto de Entrega de Terreno a la CONSTRUCTORA.
4. Que en la referida acta, se estableció la fecha de inicio contractual para el día 24 de enero de 2008 (día siguiente de la cancelación del adelanto directo), y la culminación en el plazo de 120 días calendario; en consecuencia el día 22 de mayo de 2010.
5. Que asimismo, debemos precisar que se tramitaron durante la obra, 02 ampliaciones de plazo, que determinaron el nuevo término vigente para el día 26 de julio de 2008, además se aprobaron los presupuestos adicionales N° 01 y N°

- 02; de conformidad con los datos generales descritos y sustentados en los documentos anexos al expediente de liquidación.
6. Que, posteriormente, con fecha 10 de setiembre de 2008, se resolvió el contrato a la CONSTRUCTORA; en consecuencia, con fecha 17 de setiembre de 2008, se efectuó la constatación física e inventario de materiales.
 7. Que la CONSTRUCTORA interpuso demanda arbitral sobre la controversia surgida en la ejecución del contrato.
 8. Que con fecha 12 de agosto de 2010, se notificó la Resolución N° 22 conteniendo el Laudo Arbitral.
 9. Que la Oficina de Asesoría Jurídica con fecha 03 de setiembre de 2010, interpuso Recurso de interpretación al laudo emitido.
 10. Que mediante la Resolución N° 23 de fecha 13 de setiembre de 2010, fue declarado extemporáneo el recurso de interpretación formulado, indicándose además, que si bien se daba por concluido el vínculo contractual sin culpa de las partes, ello no implicaba que se encuentre extinguida la obligación de liquidar el contrato, tal como ocurre con toda resolución del contrato, sea unilateral o pactada, debiendo en consecuencia, procederse a la liquidación de conformidad con la Ley.
 11. Que mediante la Carta s/n de fecha 22 de octubre de 2010, la CONSTRUCTORA remitió su Liquidación Final del Contrato, en consideración al laudo emitido.
 12. Que con fecha 28 de octubre de 2010, y mediante el Informe N° 1325-2010-MP-FNOAJ la oficina de Asesoría Jurídica, opinó que lo resuelto por el Tribunal resulta equitativo y debe procederse a darse cumplimiento al Laudo por convenir a los intereses de el MINISTERIO PÚBLICO, además de iniciar acciones contra el proyectista por las deficiencias del Proyecto.
 13. Que en el Artículo Tercero del Laudo, se indica que la CONSTRUCTORA debe presentar su Liquidación dentro del plazo de sesenta (60) días contados a partir de que el laudo haya quedado consentido.
 14. Que el Laudo quedo consentido el 10 de setiembre de 2010, por lo que la fecha límite de presentación de la liquidación final para la CONSTRUCTORA vencía el 09 de noviembre de 2010.
 15. Que la CONSTRUCTORA cumplió con presentar su liquidación el 22 de octubre de 2010 mediante la Carta s/n (HTD N° 2010-005634), considerando en su resumen un saldo a su favor de S/. 1'169,043.19 (Un millón ciento sesenta y nueve mil cuarenta y tres y 19/100 Nuevos Soles).
 16. Que mediante el Oficio N° 4236-2010-MP-FN-GG-GECINF de fecha 18 de noviembre de 2010 y recepcionado vía notarial el 19 de noviembre de 2010, se notificó la Resolución de la Gerencia General N° 1259-2010-MP-FN-GG de fecha 18 de noviembre de 2010, que aprobó la Liquidación Final del Contrato, determinándose un monto de inversión por la suma de S/. 499,731.54 (Cuatrocientos noventa y nueve mil setecientos treinta y uno y 54/100 Nuevos

Tribunal Arbitral

Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente)

Leonardo Quintana Portal

Elvira Martínez Coco.

Soles) y un saldo a cargo de la CONSTRUCTORA por el monto de S/. 212,440.49 (Doscientos doce mil cuatrocientos cuarenta y 49/100 Nuevos Soles).

17. Que luego, con Carta s/n del 01 de diciembre de 2010, la CONSTRUCTORA presentó su discrepancia con la liquidación practicada, y notificada.
18. Que al existir controversia en la Liquidación, la CONSTRUCTORA mediante la Carta s/n de fecha 17 de enero de 2011, solicitó someterla a un proceso de arbitraje.
19. Que mediante el Oficio N° 327-2011-MP-FN-PP de fecha 01 de febrero de 2011, la Procuraduría Pública, en ejercicio de las facultades conferidas, y en representación del Ministerio Público, expresó su aceptación de iniciar el proceso de arbitraje para solucionar la controversia surgida.
20. Que mediante el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral de fecha 08 de abril de 2011, se procedió a la instalación del referido tribunal, a fin de evaluar y resolver las controversias surgidas.
21. Que mediante la Resolución N° 01 de fecha 08 de mayo de 2011, recepcionada el 12 de mayo de 2011, se admitió a trámite el escrito de la demanda interpuesto por la CONSTRUCTORA, y se corrió traslado a el MINISTERIO PÚBLICO para que contestase la demanda y de considerarlo conveniente a sus intereses, formulase reconvencción.

Hechos de la Contestación de Demanda

Pretensión N° 01:

1. Que no ha existido incumplimiento de el MINISTERIO PÚBLICO en la aplicación de lo señalado en el artículo 240° del Reglamento, por lo que no corresponde reconocer ningún concepto de resarcimiento de daños y perjuicios.
2. Que la CONSTRUCTORA efectúa una descripción parcializada y errónea del trámite efectuado por su representada para la cancelación del adelanto directo, tratando de sorprender al Tribunal Arbitral, al no considerar la documentación y los hechos reales suscitados en el periodo del inicio del contrato suscrito.
3. Que asimismo, en el acápite 18.00 DE LOS ADELANTOS de las Bases Generales Integradas del proceso de selección y el artículo Noveno.- DE LOS ADELANTOS, del contrato de ejecución de obra N° 11-2007 suscrito para la ejecución de la Obra, se estableció lo siguiente:

“EL MINISTERIO a solicitud de EL CONTRATISTA entregará a éste dentro del plazo máximo de siete (7) días naturales de haber recibido la solicitud formal y garantía correspondiente, un Adelanto Directo que en ningún caso excederá del veinte por ciento (20%) del monto del contrato. En tal sentido EL CONTRATISTA debe presentar una Solicitud formal que deberá entregarse en un plazo máximo de quince (15) días naturales siguientes de la fecha de la firma del Contrato, y a la cual adjuntará una Carta Fianza o Póliza de Caución, con las características de solidaria, incondicional, irrevocable, de

realización automática al sólo requerimiento de EL MINISTERIO, por un valor igual al monto del adelanto, incluido IGV., y un plazo mínimo de vigencia de tres (3) meses) renovable trimestralmente por el monto pendiente de amortizar, hasta la amortización total del adelanto otorgado".

4. Que al respecto, precisan que el Contrato entre la CONSTRUCTORA y el MINISTERIO PÚBLICO fue suscrito con fecha 19 de diciembre de 2007, y el acta de entrega de terreno fue efectuada con fecha 04 de enero de 2008.
5. Que la CONSTRUCTORA remitió la carta fianza para el adelanto directo con fecha 04 de enero de 2008 mediante la Carta N° 006-PYL-OBAS/MPFN.
6. Que es falso que la CONSTRUCTORA haya presentado las cartas fianzas con fecha 27 de diciembre de 2007, tal como lo expresa en el ítem 3. del folio 09 de su demanda; adjuntando en dicha comunicación la Carta Fianza N° 68-010001481-00, por la suma de S/. 193,479.66 (Ciento noventa y tres mil cuatrocientos setenta y nueve y 66/100 Nuevos Soles), de la CIA MAPFRE/LATINA. Esta Garantía fue tramitada y puesta en custodia del Ministerio Público (Gerencia de Tesorería), mediante el Oficio N° 052-2008-MP-FN-GG-GECLOG-GINFRA de fecha 07 de enero de 2008.
7. Que la CONSTRUCTORA, posteriormente modificó los términos de la carta fianza entregada y remitió una carta fianza modificada.
8. Que mediante el Oficio N° 084-2008-MP-FN-GG-GECLOG-GINFRA de fecha 09 de enero 2008, se solicitó el canje de la carta fianza remitiendo la nueva Carta Fianza N° 68-01001481-00; pero esta, era por la suma de S/.174,131.69 (Ciento setenta y cuatro mil ciento treinta y uno y 69/100 Nuevos Soles), solicitándose que sea reemplazada por la entregada inicialmente. Lo que demuestra que el inicio del trámite de la cancelación del adelanto directo, fue por su entera responsabilidad.
9. Que con Carta N° 007-PYL-OBAS/MPFN de fecha 16 de enero de 2008, la CONSTRUCTORA remitió la factura (001 - N° 001) para el trámite del adelanto directo. En esta fecha, recién la CONSTRUCTORA completó la documentación para que el MINISTERIO PÚBLICO tramite el Adelanto Directo; lo que se realizó inmediatamente, mediante el Informe N° 003-2008-FN-GG-GECLOG-GINFRA-VPO y el Oficio N° 160-2008-MP-FN-GG-GECLOG-GINFRA; ambos con fecha 16 de enero de 2011; con lo cual, se procedió a tramitar la cancelación del pago del adelanto directo de la obra a la CONSTRUCTORA; lo que se hizo efectivo con fecha 23 de enero de 2008.
10. Que la CONSTRUCTORA no presentó en ningún momento una solicitud. formal para que se le otorgue el adelanto directo (tal como lo establece el artículo 244° del Reglamento que expresamente señala:

"(...) el Contratista dentro de los 15 días contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato, podrá solicitar formalmente la entrega del adelanto adjuntando a su solicitud la garantía correspondiente, debiendo la Entidad entregar el monto solicitado dentro de los siete (7) días contados a partir del día siguiente de recibida la solicitud y garantía correspondiente.(...)".

11. Que la CONSTRUCTORA únicamente presentó en forma inicial su carta fianza para garantizar el adelanto, luego la modificó porque el monto garantizado difería al monto legal a otorgar, y recién posteriormente con fecha 16 de enero de 2008, la CONSTRUCTORA completó su solicitud del adelanto directo con la entrega de la factura, y en el plazo de 7 días naturales (es decir el 23 de enero de 2008 - plazo máximo indicado por la glosada norma), el MINISTERIO PÚBLICO cumplió y procedió a la cancelación del adelanto solicitado.
12. Que el Contrato fue suscrito con fecha 19 de diciembre de 2007, y el plazo máximo para solicitar el adelanto directo era el 03 de enero de 2008 (15 días naturales siguientes a la firma del contrato); sin embargo, este trámite recién fue iniciado el 04 de enero de 2008, razón por la cual, al haberse incumplido con este requisito previo, el MINISTERIO PÚBLICO tampoco tendría la obligación administrativa de cumplir con el plazo indicado. Sin embargo, a pesar de ello, el MINISTERIO PÚBLICO sí cumplió con el plazo máximo señalado.
13. Que las consideraciones expuestas evidencian la carencia de fundamentos fácticos, técnicos y jurídicos de la CONSTRUCTORA; por lo tanto, solicitan que la pretensión planteada por la demandante, oportunamente sea declarada infundada.

Pretensión N° 02:

1. Que durante la Ejecución de la Obra "Construcción y Equipamiento de la Sede de la Fiscalía Provincial Mixta de Ferreñafe - Lambayeque", se aprobó el Adicional N° 01 por la suma de S/. 5,108.61 (Cinco mil ciento ocho y 61/100 Nuevos Soles) (R.G.G. N° 4722008-MP-FN-GG), y el Adicional N° 02 por la suma de S/. 64,632.84 (Sesenta y cuatro mil seiscientos treinta y dos y 84/100 Dólares Americanos) (R.G.G. N° 508-2008-MP-FN-GG).
2. Que el Artículo Sexto del laudo arbitral, indica que se debe reconocer a la CONSTRUCTORA el pago de las valorizaciones N° 07 y N° 08 y en el sustento se señala que estos corresponden a los trabajos ejecutados por la CONSTRUCTORA.
3. Que en tal sentido, de la verificación, en el trámite presentado a el MINISTERIO PÚBLICO por el supervisor y suscrito por el Ing. Residente, con respecto a la ejecución de la valorización N° 07 y N° 08, se determina detalladamente los avances del adicional N° 01 y el adicional N° 02, a los meses de Jul. 2008 y Ago.2008, fecha última y previa a la resolución del Contrato.
4. Que conforme al precitado documento, se establece realmente que el avance ejecutado en el adicional N° 01 fue por la suma de S/. 4,562.60 (Cuatro mil quinientos sesenta y dos y 60/100 Nuevos Soles) presentado y aceptado por el Ing. Supervisor y el Ing. Residente. Este monto ha sido cuantificado en el cuadro monto del contrato vigente, y reconocido en el Anexo II de la Resolución que aprobó la Liquidación Final del Contrato elaborado por el MINISTERIO PÚBLICO.
5. Que la situación indicada por la CONSTRUCTORA, que está reubicando los importes reclamados por la ejecución de los adicionales en el grupo de partidas de enriquecimiento indebido, es una decisión de la empresa, que no tiene ningún

Tribunal Arbitral

Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente)

Leonardo Quintana Portal

Elvira Martínez Coco.

sustento real, ya que el saldo de los trabajos de dicho adicional no fue ejecutado físicamente.

6. Que la CONSTRUCTORA continúa solicitando el reconocimiento de partidas, que refiere, sin sustento alguno, fue ejecutado durante la ejecución del Contrato, lo mismo que no corresponde y que ha sido también solicitado en el primer arbitraje presentado, y ampliamente explicado por el Tribunal, que determinó su no procedencia; en consecuencia el referido contratista evidencia su clara intención de sorprender al presente Tribunal Arbitral.
7. Que esta conclusión, fue determinada en el Laudo Arbitral de Derecho Resolución N° 22 de fecha 12 de agosto de 2010, que en copia adjuntamos a la presente contestación de demanda; que estableció en el Artículo Cuarto, declarar infundada la cuarta pretensión de la parte demandante (la CONSTRUCTORA), en cuanto solicitó que se apruebe el Adicional de Obra N° 03.
8. Que igualmente, con relación al reconocimiento de los metrados finales y las partidas finales ejecutadas durante el desarrollo de la obra; lo que fue determinado en el laudo arbitral de derecho, que estableció en su Artículo Sexto; que declara fundada la sexta pretensión de la parte demandante (el MINISTERIO PÚBLICO), en cuanto a la solicitud de pago de la valorización N° 07 y N° 08. Y estas han sido totalmente consideradas en el cálculo de la Liquidación efectuada por el MINISTERIO PÚBLICO.
9. Que en virtud de lo expresado, se ratifican en el cálculo presentado.

Punto 02, el MINISTERIO PÚBLICO no ha considerado el importe de los reintegros, que por tratarse de una obra resuelta administrativamente por el MINISTERIO PÚBLICO (...)⁷.

Con respecto a éste punto de la demanda interpuesta por la CONSTRUCTORA; el MINISTERIO PÚBLICO expresa que carece de todo sustento técnico y jurídico, de conformidad con las consideraciones siguientes:

10. Que en el expediente de la Liquidación Final del Contrato, elaborado por el Ing. Hugo Espinoza Salceda; se adjuntó el cuadro de Cálculo del Reintegro Autorizado con el cálculo del Reintegro Autorizado; asimismo en folios continuos, el cálculo de la deducción que No Corresponde por el Adelanto en efectivo, y el cálculo de la deducción que no corresponde por el Adelanto de Materiales. Documento que cumple con lo prescrito en el D.S. N° 017-79-VC y D.S. N° 06-88-VC; al respecto, debemos precisar que la CONSTRUCTORA no ha adjuntado cálculo técnico alguno que indique lo contrario.
11. Que lo que evidencia la carencia de fundamentos fáctico - técnicos del precitado CONSTRUCTORA; por lo cual, el MINISTERIO PÚBLICO se ratifica en el cálculo presentado; por lo tanto, solicitan que esta pretensión planteada por el demandante oportunamente sea declarada infundada.

Punto 03, el MINISTERIO PÚBLICO no ha emitido pronunciamiento alguno sobre cada ítem consignado en el rubro de daños, enriquecimiento indebido, perjuicios y otros, debidamente sustentados, generados por la retención de

⁷ El sombreado es de la ENTIDAD.

Tribunal Arbitral

Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente)

Leonardo Quintana Portal

Elvira Martínez Coco.

las cartas de fiel cumplimiento, adelantos, ejecución indebida de garantía de adelantos, ejecución de obras que correspondería ejecutar a la empresa. La CONSTRUCTORA solicita se considere los importes solicitados que obran en el Expediente Principal que se encuentra en poder de el MINISTERIO PÚBLICO, mi representada se ratifica en el ítem definido como varios, que incluye lo ya señalado: Daños, Enriquecimiento indebido, Perjuicios y Otros, debidamente sustentado, generada por las retenciones de las cartas de fiel cumplimiento, adelanto, ejecución indebida de las cartas de garantía de adelantos, ejecución de la obra que corresponde ejecutar a la empresa, ascendente a S/.1'150,548.30, por encontrarse ajustada a derecho y respetando la normatividad aplicable al presente caso y rechazando la liquidación planteada por el MINISTERIO PÚBLICO por estar errada.

Con respecto a éste punto de la demanda interpuesta por la CONSTRUCTORA; el MINISTERIO PÚBLICO expresa que carece de todo sustento técnico y jurídico, de conformidad con las consideraciones siguientes:

12. Que en la Resolución de la Gerencia General N° 1259-2010-MP-FN-GG de fecha 18 de noviembre de 2010, que aprobó la Liquidación Final del Contrato elaborada por el MINISTERIO PÚBLICO; indicándose en el tercer párrafo de la parte considerativa lo siguiente: "(....) asimismo, respecto al ítem daños y perjuicios y otros, el contratista ha considerado en el mismo diversos conceptos que no han sido considerados en el laudo Arbitral (....)".
13. Que de lo antes expresado, se evidencia que el MINISTERIO PÚBLICO, si se ha pronunciado sobre estos conceptos, dejando claramente establecido en el Acto Administrativo aludido en el párrafo precedente, su posición sobre todos los aspectos indicados, lo que no ha sido considerado; en tanto, sobre dichos conceptos, no existió pronunciamiento del Tribunal Arbitral en su laudo emitido con fecha 12 de agosto del 2010, y conforme se ha descrito en el párrafo anterior, lo indicado en su discrepancia no tiene sustento.
14. Que por esta razón se ratifican en la Liquidación elaborada.

Pretensión N° 03:

1. Que el MINISTERIO PÚBLICO ha actuado durante la ejecución de la obra, en estricto cumplimiento de las disposiciones legales establecidas en la Ley y el Reglamento.
2. Que al haberse cumplido en forma oportuna y legal durante la ejecución del contrato de Ejecución de la Obra: "Construcción y Equipamiento de la Sede de la Fiscalía Provincial Mixta de Ferreñafe – Lambayeque", el MINISTERIO PÚBLICO no ha sido el promotor o generador de los incumplimientos de la CONSTRUCTORA, por lo que no es procedente técnica y jurídicamente, que se le puedan trasladar las consecuencias contractuales aplicadas a la precitada CONSTRUCTORA.
3. Que en relación a la controversia suscitada, requiere solución mediante el procedimiento de arbitraje, que es un proceso contemplado en la norma de Contrataciones y Adquisiciones del Estado para solucionar las discrepancias surgidas en la ejecución del contrato. En mérito de lo establecido en el Artículo 273° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado -

Tribunal Arbitral

Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente)

Leonardo Quintana Portal

Elvira Martínez Coco.

Decreto Supremo N°084-2004-PCM; dispositivo legal que señala: que cualquiera de las partes tiene el derecho de dar inicio al arbitraje dentro del plazo de caducidad previsto en el Artículo 53° de la Ley (aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM); asimismo también, señala que las controversias relativas al consentimiento de la liquidación final del contrato de ejecución de obras; serán resueltas mediante arbitraje, que se desarrollará de conformidad con la normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el que concluirá con la emisión de un Laudo definitivo e inapelable.

4. Que en tal sentido, es necesario precisar que, la participación como CONSTRUCTORA conlleva a asumir una responsabilidad establecida en la glosada norma de contrataciones del estado; consecuentemente, es un tema netamente del ámbito empresarial, y su participación regida por el ámbito privado, por lo que el mantenimiento de una oficina o un personal administrativos es de tu entera inversión y responsabilidad.
5. Que cabe precisar de manera enfática, que el desarrollo de la obra fue paralizado por la Resolución del Contrato, y fue sólo hasta la fecha de la constatación física que la CONSTRUCTORA, tuvo una participación física en la zona de la construcción.
6. Que por las consideraciones expresadas, que se ajustan a las disposiciones contenidas en la Ley y el Reglamento glosados no corresponde reconocer el monto solicitado por la CONSTRUCTORA; por carecer de sustento fáctico, técnico y mucho menos aun jurídico; por lo tanto, solicitan que esta pretensión planteada por el demandante oportunamente sea declarada infundada.

Pretensión N° 04:

1. Que rechazan la cuarta pretensión por carecer de sustento; en tanto, el MINISTERIO PÚBLICO ha actuado durante la ejecución de la obra, en estricto cumplimiento de las disposiciones establecidas en la glosada normatividad, en materia de las Contrataciones del Estado, es decir, ha cumplido con lo establecido en la Ley y su Reglamento.
2. Que al haberse cumplido en forma oportuna y legal durante la ejecución del Contrato de Ejecución de la Obra: "Construcción y Equipamiento de la Sede de la Fiscalía Provincial Mixta de Ferreñafe - Lambayeque"; el MINISTERIO PÚBLICO no ha sido la promotora o generadora de los incumplimientos de la CONSTRUCTORA, razón por la que, no se le pueden trasladar las consecuencias contractuales aplicadas a la CONSTRUCTORA.
3. Que el proceso de las controversias mediante el procedimiento de arbitraje, es un proceso contemplado en la norma de contrataciones para solucionar las discrepancias surgidas en la ejecución del Contrato; de conformidad con lo establecido en el artículo 273° del Reglamento; que señala que cualquiera de las partes tiene el derecho de dar inicio al arbitraje dentro del plazo de caducidad previsto en el glosado Reglamento; asimismo también, señala que las controversias relativas al consentimiento de la liquidación final del contrato de ejecución de obra, serán resueltas mediante arbitraje. El arbitraje se desarrollará de conformidad con la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado, y se emitirá un laudo definitivo e inapelable.

4. Que con relación a la participación como CONSTRUCTORA, es un tema netamente del ámbito empresarial, y su participación regida por el ámbito privado, por lo que el mantenimiento de su gerencia y de la oficina principal es de tu entera inversión y responsabilidad.
5. Que respecto al desarrollo de la obra, que fue paralizada por la resolución del contrato, y fue hasta la fecha de la constatación física que la CONSTRUCTORA tuvo una participación física en la zona de la construcción.
6. Que por las consideraciones expuestas, de conformidad con los argumentos fácticos, técnicos y jurídicos establecidos, no corresponde reconocer este monto solicitado por la CONSTRUCTORA; por lo tanto, solicitan que esta pretensión planteada por la demandante oportunamente sea declarada infundada.

Pretensión N° 05:

1. Que la CONSTRUCTORA trata de confundir al Tribunal Arbitral indicando que el MINISTERIO PÚBLICO debería asumir el costo de una indemnización de daños y perjuicios, señalando un perjuicio que nunca ha existido, porque la responsabilidad total de la efectivización de las cartas fianzas fue por el incumplimiento de las obligaciones contractuales de la CONSTRUCTORA. Para sustentar lo señalado, hacen referencia a lo dispuesto en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado:

"Artículo 219.- Garantía por adelantos

La Entidad sólo puede entregar los adelantos previstos en las Bases y solicitados por el contratista, contra la presentación de una garantía emitida por idéntico monto y un plazo mínimo de vigencia de tres (3) meses, renovable trimestralmente por el monto pendiente de amortizar, hasta la amortización total del adelanto otorgado. La presentación de esta garantía no puede ser exceptuada en ningún caso.

Cuando el plazo de ejecución contractual sea menor a tres (3) meses) las garantías podrán ser emitidas con una vigencia menor) siempre que cubra la fecha prevista para la amortización total del adelanto otorgado.

Tratándose de los adelantos de materiales, la garantía se mantendrá vigente hasta la utilización de los materiales o insumos a satisfacción de la Entidad, pudiendo reducirse de manera proporcional de acuerdo con el desarrollo respectivo".

"Artículo 221.- Ejecución de Garantías

Las garantías sólo se ejecutarán en los siguientes casos:

- 1) *Cuando el contratista no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento. Contra esta ejecución el contratista no tiene derecho a interponer reclamo alguno.*

2) Una vez culminado el contrato, y siempre que no existan deudas a cargo del contratista el monto ejecutado le será devuelto a éste sin dar lugar al pago de intereses. Tratándose de las garantías por adelantos no corresponde devolución alguna por entenderse amortizado el adelanto otorgado".

2. Que la Carta Fianza N° 68-01001481-04 que garantizó el Adelanto Directo por la suma de S/. 76,200.00 (Setenta y seis mil doscientos y 00/100 Nuevos Soles), tenía una vigencia hasta el 07 de marzo de 2009.
3. Que asimismo, también la Carta Fianza N° 68-01001483-04 que garantizó el Adelanto de Materiales por la suma de S/. 137,100.00 (Ciento treinta y siete mil cien y 00/100 Nuevos Soles) tenía una vigencia hasta el 07 de marzo de 2009.
4. Que constituye única y total responsabilidad de la CONSTRUCTORA, el mantener vigentes las garantías por los adelantos otorgados.
5. Que esta no cumplió y el MINISTERIO PÚBLICO, actuó en estricto cumplimiento de lo dispuesto en el inciso 1) del artículo 221° del Reglamento, que al respecto señala, que la garantía se ejecutara cuando la CONSTRUCTORA no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento, y que contra esta ejecución, la referida CONSTRUCTORA no tiene derecho a interponer reclamo alguno.
6. Que en consecuencia, ante este incumplimiento de absoluta responsabilidad de la CONSTRUCTORA, el MINISTERIO PÚBLICO debe efectuar el requerimiento, en salvaguarda del cumplimiento del Contrato.
7. Que la Gerencia General de el MINISTERIO PÚBLICO con la Carta Notarial N° 017 -2009-MP-FN-GG de fecha 11 de marzo de 2009, solicitó al Director de la Unidad de Cauciones y Finanzas de MAPFRE/PERU la Ejecución de la Carta Fianza N° 68-01001481-04 por el importe de S/. 76,200.00 (Setenta y seis mil doscientos y 00/100 Nuevos Soles), que garantizó el Adelanto Directo de la Obra al haberse cumplido la fecha de su vencimiento, sin la renovación respectiva.
8. Que posteriormente, la Gerencia General de el MINISTERIO PÚBLICO con la Carta Notarial N° 018-2009-MP-FN-GG de fecha 11 de marzo de 2009, se solicitó al Director de la Unidad de Cauciones y Finanzas de MAPFRE/ PERU, la Ejecución de la Carta Fianza N° 68-01001483-04, por el importe de S/. 137,100.00 (Ciento treinta y siete mil cien y 00/100 Nuevos Soles), que garantizó el Adelanto de Materiales de la Obra, al haberse cumplido la fecha de su vencimiento, sin la renovación respectiva.
9. Que luego, mediante el documento CA N° 0051-2009 denominado Recibo de Indemnización (SNTRO N° 114/09), la CIA MAPFRE/PERU con fecha 10 de setiembre de 2009, efectúa una entrega por la suma de S/. 76,200.00 (Setenta y seis mil doscientos y 00/100 Nuevos Soles), como indemnización por la ejecución de la garantía que garantizó el Adelanto Directo.
10. Que mediante el documento CA N° 0052-2009 denominado Recibo de Indemnización (SNTRO N° 115/09), la CIA MAPFRE/PERU con fecha 10 de setiembre de 2009, efectúa una entrega por la suma de S/. 137,100.00 (Ciento treinta y siete mil cien y 00/100 Nuevos Soles), como indemnización por la ejecución de la garantía que garantizó el adelanto de materiales.

Tribunal Arbitral

Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente)

Leonardo Quintana Portal

Elvira Martínez Coco.

11. Que, en tal sentido, y de acuerdo a lo expresado en el Oficio N° 892-2009MP-FN-GG de fecha 18 de agosto de 2009, el depósito afectado por la suma total de S/. 213,300.00 (Doscientos trece mil trescientos y 00/100 Nuevos Soles), ha sido entregado a la Gerencia de Tesorería, para su custodia, y el cual está depositado en una cuenta bancaria, hasta que se culmine con el consentimiento de la Liquidación Final del contrato de Ejecución de la Obra: "Construcción y Equipamiento de la Sede de la Fiscalía Provincial Mixta de Ferreñafe - Lambayeque"; y siempre que no existan deudas a cargo de la CONSTRUCTORA, el monto ejecutado le será devuelto a éste sin dar lugar al pago de intereses, y después de efectuar el análisis de saldo por amortizar, en cumplimiento de lo establecido en el inciso 2) del artículo 221° del Reglamento.
12. Que no ha existido bajo ningún argumento fáctico y mucho menos jurídico, los daños y perjuicios indicados por la CONSTRUCTORA, en tanto el MINISTERIO PÚBLICO ha cumplido estrictamente con lo dispuesto en la glosada norma legal vigente en materia de Contrataciones del Estado.
13. Que en razón de lo expuesto, la demandante debe acreditar documentadamente, los argumentos que demuestren de manera fehaciente que había procedido a renovar la Carta Fianza N° 6801001481-04 y N° 68-01001483-04, en una fecha anterior a la señalada, el día 07 de marzo de 2009, fecha en la cual se cumplió la vigencia de las citadas garantías. De no haber efectuado esta renovación, a la CONSTRUCTORA no le corresponde derecho a interponer reclamo alguno, de conformidad con lo establecido en el inciso 1) del artículo 221° del Reglamento.
14. Que en consecuencia, la CONSTRUCTORA no puede pretender solicitar un pago, por un incumplimiento de sus obligaciones contractuales; y consecuentemente se estaría ocasionando un grave perjuicio a la imagen de el MINISTERIO PÚBLICO como Institución defensora de la Legalidad y la Justicia.

Pretensión N° 06:

1. Que con relación a ésta pretensión, el MINISTERIO PÚBLICO expresa su categórico rechazo; por lo que, no se ajusta a derecho. Asimismo, precisan que esta pretensión, tiene relación directa con lo expresado en la pretensión N° 05, en donde la CONSTRUCTORA, pretende que el MINISTERIO PÚBLICO asuma el costo de una indemnización de daños y perjuicios, señalando un perjuicio que nunca ha existido, porque la responsabilidad total de la efectivización de las cartas fianzas fue efectuada por el incumplimiento de las obligaciones contractuales de la CONSTRUCTORA.
2. Que es la CONSTRUCTORA quien ostenta la responsabilidad de mantener vigentes las garantías por los adelantos otorgados; al no haber cumplido éste, el MINISTERIO PÚBLICO actuó estrictamente en observancia de lo dispuesto en el inciso 1) del artículo 221° del Reglamento, que refiere que la garantía se ejecutará cuando la CONSTRUCTORA no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento, y que contra esta ejecución, la CONSTRUCTORA no tiene derecho a interponer reclamo alguno.
3. Que ante este incumplimiento de absoluta responsabilidad de la CONSTRUCTORA, el MINISTERIO PÚBLICO debe efectuar el requerimiento, en salvaguarda del cumplimiento del Contrato.

4. Que en tal sentido, y de acuerdo a lo expresado en el Oficio N° 892-2009MP-FN-GG de fecha 18 de agosto de 2009, el depósito afectado por la suma total de S/. 213,300.00 (Doscientos trece mil trescientos y 00/100 Nuevos Soles), ha sido entregado a la Gerencia de Tesorería, para su custodia en una cuenta bancaria, hasta que se culmine con el consentimiento de la Liquidación Final del Contrato y siempre que no existan deudas a cargo de la CONSTRUCTORA, el monto ejecutado le será devuelto a éste sin dar lugar al pago de intereses, y después de efectuar el análisis de saldo por amortizar, en cumplimiento de lo establecido en el inciso 2) del artículo 221° del Reglamento.
5. Que de acuerdo con lo expresado en líneas precedentes, no ha existido ningún perjuicio económico causado por el MINISTERIO PÚBLICO a la CONSTRUCTORA por la efectivización de las cartas fianzas por adelantos.

Pretensión N° 07:

1. Que el MINISTERIO PÚBLICO en todo momento, durante la Ejecución de la Obra ha actuado en estricto cumplimiento de las disposiciones establecidas en la normatividad de las Contrataciones del Estado, es decir ha cumplido con lo establecido en la Ley y su Reglamento; así como en riguroso cumplimiento de sus modificaciones aprobadas.
2. Que al haberse cumplido en forma oportuna y legal durante la ejecución del Contrato, el MINISTERIO PÚBLICO no ha sido promotora o generadora de los incumplimientos de la CONSTRUCTORA, por lo que, le corresponde asumir las consecuencias contractuales aplicables por su incumplimiento a la CONSTRUCTORA.
3. Que finalmente, y como se indicó en las respuestas a las Pretensiones N° 05 y N° 06, la ejecución de las cartas fianzas, han sido de total responsabilidad de la precitada CONSTRUCTORA, al no mantener vigentes las garantías por los adelantos otorgados, este no cumplió, y el MINISTERIO PÚBLICO actuó cumpliendo estrictamente con lo dispuesto en el inciso 1) del artículo 221° del Reglamento, que refiere que la garantía se ejecutará cuando la CONSTRUCTORA no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento y que contra esta ejecución, la CONSTRUCTORA no tiene derecho a interponer reclamo alguno.
4. Que por las consideraciones indicadas en los numerales precedentes, el MINISTERIO PÚBLICO considera que no ha existido ningún daño moral causado a la CONSTRUCTORA por el MINISTERIO PÚBLICO.

Pretensión N° 08:

1. Que el concepto de lucro cesante, es recogido de manera expresa en el Artículo 203° del Reglamento, que establece lo siguiente:

"Artículo 203.- Plazos y procedimiento para suscribir el contrato

Una vez que quede consentido o administrativamente firme el otorgamiento de la buena pro, los plazos y el procedimiento para suscribir el contrato son los siguientes:

Tribunal Arbitral

Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente)

Leonardo Quintana Portal

Elvira Martínez Coco.

(. ..)

4) Vencido el plazo sin que la Entidad haya suscrito el contrato, el postor podrá solicitar se deje sin efecto el otorgamiento de la Buena Pro. En tal caso, la Entidad deberá reconocerle una indemnización por el único concepto de lucro cesante, cuyo monto deberá ser sustentado por el postor y no podrá ser mayor al diez por cien (10%) del monto adjudicado; sin perjuicio de la responsabilidad que le pudiera corresponder al Titular o máxima autoridad administrativa de la Entidad o al funcionario competente para la suscripción del contrato".

2. Que de la lectura de la precitada normatividad, como se puede verificar, el concepto de lucro cesante, está establecido para el caso de que no se haya suscrito el contrato de la obra, y que la causa sea por responsabilidad del MINISTERIO PÚBLICO.
3. Que el enfoque jurídico realizado por la CONSTRUCTORA, no es el que se presenta en el presente caso objeto de proceso arbitral; porque en el presente caso, sí se suscribió el contrato para la Ejecución de la Obra: "Construcción y Equipamiento de la Sede de la Fiscalía Provincial Mixta de Ferreñafe - Lambayeque"; que fue posteriormente resuelto por el MINISTERIO PÚBLICO, y que el Laudo Arbitral de Derecho Resolución N° 22 de fecha 22 de agosto de 2010, deja establecido que era sin responsabilidad de la CONSTRUCTORA.
4. Que en consecuencia, la CONSTRUCTORA se equivoca en el uso del concepto de lucro cesante y colocándolo en un periodo distinto y diferente al considerado en el Reglamento, tergiversa el sustento de su pretensión por una causal que no corresponde; con lo cual pretende inducir a error al Tribunal Arbitral.
5. Que con relación a la participación de la precitada CONSTRUCTORA en otros procesos de selección, precisan que se trata de un tema netamente del ámbito empresarial, y su participación debe estar regida y al amparo de la normatividad vigente para los procesos de selección, que son procesos de selección que no garantizan al contratista que hubiere obtenido la Buena Pro, o asegura que suscribirá contratos con otras instituciones.
6. Que en relación a lo expresado por la CONSTRUCTORA sustenta su pedido en aplicación del párrafo segundo del artículo 1321° del Código Civil; debemos señalar que el MINISTERIO PÚBLICO habiendo acreditado el cumplimiento del orden normativo aplicable vigente a la suscripción del contrato; de conformidad con las disposiciones contenidas en la Ley y el Reglamento carece de sustento, y por lo tanto no corresponde atribuirle responsabilidad resarcitoria como tal.

Pretensión N° 09:

1. Que con relación a la presente pretensión, la utilización por parte de la CONSTRUCTORA del concepto de utilidad prevista dejada de percibir, está indicado en el artículo 267° del Reglamento, en el que se establece:

"Artículo 267.- Efectos de la resolución del contrato de obras

La resolución del contrato de obra determina la inmediata paralización de la misma, salvo los casos en que, estrictamente

por razones de seguridad o disposiciones reglamentarias de construcción, no sea posible.

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

En caso que la resolución sea por incumplimiento del contratista, en la liquidación se consignarán las penalidades que correspondan las que se harán efectivas conforme a lo dispuesto en los Artículos 222 ° y 226°, pudiendo la Entidad optar por culminar lo que falte de la obra mediante administración directa o por convenio con otra Entidad, o previa convocatoria al proceso de selección que corresponda de acuerdo con el valor referencial respectivo.

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

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

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

2. Que la CONSTRUCTORA, erróneamente sustenta su novena pretensión, la misma que no corresponde y oportunamente deberá ser declarada infundada por no haberse configurado lo establecido en el artículo del Reglamento glosado.
3. Que al respecto debemos precisar, que el Contrato fue resuelto por el MINISTERIO PÚBLICO mediante la Carta N° 038-2008-MP-FN-GG cursada por vía notarial con fecha 10 de setiembre de 2008, al no haber cumplido con la subsanación correspondiente requerida, mediante la Carta N° 028-2008-MP-FN-GG de fecha 13 de agosto de 2008.
4. Que la CONSTRUCTORA al no estar de acuerdo con esta decisión de el MINISTERIO PÚBLICO y al amparo de la Ley y Reglamento presentó el inicio de una controversia, la misma que fue resuelta a través de un Tribunal Arbitral.

Tribunal Arbitral

Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente)

Leonardo Quintana Portal

Elvira Martínez Coco.

5. Que el Laudo Arbitral de derecho de fecha 12 de agosto de 2010, estableció en su artículo primero, declarar fundada en parte la Primera Pretensión de la parte demandante, en el extremo que solicita la ineficacia de la resolución del contrato, e improcedente en el extremo que solicita disponer que se restituya el derecho de la CONSTRUCTORA a ejecutar el saldo de la obra contratada, quedando el vínculo contractual establecido entre las partes concluido, por causas no imputables a la CONSTRUCTORA.
6. Que estamos ante un procedimiento de Resolución de Contrato, efectuado por el MINISTERIO PÚBLICO (Ministerio Público), pero sin responsabilidad de la CONSTRUCTORA, aspecto importante para efectos de la aplicación de la penalidad por resolución del contrato.
7. Que en efecto, el artículo 224° del Reglamento señala que cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviviente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre expresamente previsto en las Bases, el Contrato, o el Reglamento.
8. Que igualmente, el artículo 227° del Reglamento, indica que si por efectos de la resolución, es perjudicada el MINISTERIO PÚBLICO (Ministerio Público), ésta ejecutara las garantías que la CONSTRUCTORA hubiere otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados.
9. Que el artículo 221° del Reglamento, establece en su inciso 2) que se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento en su totalidad, sólo cuando el MINISTERIO PÚBLICO resuelve el contrato por causa imputable a la CONSTRUCTORA, haya quedado consentida, o por laudo arbitral consentido y ejecutoriado; se declare procedente la decisión de resolver el contrato. El monto de las garantías corresponderá íntegramente a el MINISTERIO PÚBLICO, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado.
10. Que en igual conclusión, también lo determinó el laudo arbitral de derecho, que estableció en el artículo segundo, que declara fundada la Segunda Pretensión de la parte demandante, y en consecuencia determinó que no procede la aplicación de una sanción o penalidad en contra de la CONSTRUCTORA.
11. Que por lo tanto, en el presente caso, el que resolvió el contrato fue el MINISTERIO PÚBLICO, y lo que señala el cuarto párrafo del artículo 267°, es que la resolución del contrato sea por causa atribuible a el MINISTERIO PÚBLICO, y esto sólo se puede producir en el caso; en que sea la CONSTRUCTORA la que haya resuelto el contrato por el incumplimiento de alguna cláusula del contrato, por parte de el MINISTERIO PÚBLICO.
12. Que el artículo 225° del Reglamento que establece las causales para la Resolución del Contrato, señala que la CONSTRUCTORA podrá solicitar la Resolución del Contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 41° de la Ley, en caso que el MINISTERIO PÚBLICO incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales las mismas que se contemplan en las bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 226° del Reglamento glosado.

Tribunal Arbitral

Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente)

Leonardo Quintana Portal

Elvira Martínez Coco.

13. Que la CONSTRUCTORA no efectuó este procedimiento, en buena cuenta, porque el MINISTERIO PÚBLICO en ningún momento ha incumplido con sus obligaciones esenciales.
14. Que igual conclusión determinó el Laudo Arbitral de Derecho (Resolución N° 22 de fecha 22 de agosto de 2010), que estableció en el artículo octavo, que declara infundada la octava pretensión de la parte demandante, en cuanto solicitó el reconocimiento de las utilidades no percibidas, por un valor de S/.33,872.49 (Treinta y tres mil ochocientos setenta y dos y 49/100 Nuevos Soles).
15. Que por lo tanto, no se puede indicar bajo ningún argumento que la resolución del contrato se haya efectuado por causa atribuible a el MINISTERIO PÚBLICO (Ministerio Público), por lo que no corresponde reconocer la utilidad prevista dejada de percibir que solicita la CONSTRUCTORA, prevista en el artículo 26° del Reglamento.

Pretensión N° 10:

1. Que con relación a la presente pretensión, el MINISTERIO PÚBLICO la rechaza, en razón de que, el proceso arbitral, que se produce como consecuencia de las controversias que sobrevienen a la ejecución de un contrato (procedimiento de arbitraje), es un proceso contemplado en la Ley y el Reglamento, cuyo objeto es el de solucionar las discrepancias surgidas en la ejecución del contrato.
2. Que el artículo 273° del Reglamento señala que cualquiera de las partes tiene el derecho de dar inicio al arbitraje dentro del plazo de caducidad previsto en el Reglamento; asimismo también, señala que las controversias relativas al consentimiento de la Liquidación Final del Contrato de Ejecución de Obra, también serán resueltas mediante arbitraje. El arbitraje se desarrollará de conformidad con la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado, y concluirá con la emisión de un Laudo Arbitral definitivo e inapelable.
3. Que el artículo 215° del Reglamento señala que la garantía de fiel cumplimiento debe tener vigencia hasta el consentimiento de la Liquidación Final, en el caso de ejecución de obra; con lo que se acredita la improcedencia de la pretensión planteada.
4. Que el artículo 219° del Reglamento, señala que la garantía por adelantos se efectúa contra la presentación de una garantía emitida por idéntico monto y un plazo mínimo de vigencia de tres (3) meses, renovable trimestralmente por el monto pendiente de amortizar, hasta la amortización total del adelanto otorgado. En el caso de esta fianza, al haber sido efectivizada por el MINISTERIO PÚBLICO (Ministerio Público), sólo estuvo vigente hasta dicha fecha, y luego el monto pendiente de amortizar se encuentra en una cuenta bancaria en custodia de el MINISTERIO PÚBLICO, hasta la culminación de la Liquidación Final.
5. Que en conclusión, se evidencia de manera categórica; que es de entera responsabilidad de la CONSTRUCTORA, el tener vigentes las cartas fianzas, hasta el consentimiento de la Liquidación Final del Contrato. En razón de lo expuesto, no corresponde que el MINISTERIO PÚBLICO asuma los costos de renovación, solicitados por la CONSTRUCTORA.

Pretensión N° 11:

1. Que la CONSTRUCTORA mediante la carta s/n de fecha 22 de octubre de 2010, remitió los cálculos de su Liquidación Final del Contrato para la Ejecución de la Obra: "Construcción y Equipamiento de la Sede de la Fiscalía Provincial Mixta de Ferreñafe - Lambayeque", en consideración al Laudo Arbitral emitido mediante Resolución N° 22 de fecha 12 de agosto de 2010, concluyendo en su resumen en un saldo a su favor por la suma de S/. 1'150,548.30 (Un millón ciento cincuenta mil quinientos cuarenta y ocho y 30/100 Nuevos Soles).
2. Que el MINISTERIO PÚBLICO mediante el Oficio N° 4236-2010-MP-FN-GG-GECINF notificado por la vía notarial el 18 de noviembre de 2010, remitió a la CONSTRUCTORA, la Resolución de la Gerencia General N° 1259-2010-MP-FN-GG, mediante la cual se notificó la Liquidación Final del Contrato elaborada por el MINISTERIO PÚBLICO; conteniendo los anexos y cálculos que sustentan los saldos finales desarrollados. En dicho cálculo se señaló que existía un saldo a su cargo por la suma de S/. 212,440.49 (Doscientos doce mil cuatrocientos cuarenta y 49/100 Nuevos Soles).
3. Que en el Informe N° 078-2010-MP-FN-GG-GECINF-HJES de fecha 29 de octubre de 2010, el Ing. Hugo Espinoza Salcedo, en su calidad de Administrador de Contratos encargado de las liquidaciones, efectuó el Informe Técnico que sustentó el cálculo de la Liquidación Final efectuada por la Entidad.
4. Que posteriormente, la CONSTRUCTORA remitió su disconformidad con la Liquidación Final realizada por el MINISTERIO PÚBLICO expresada en su Carta s/n de fecha 01 de diciembre de 2010, en la cual se ratifica en el monto inicialmente presentado. Sin embargo, el MINISTERIO PÚBLICO mediante el Oficio N° 1401-2010-MP-FN-GG-GECINF notificado por la vía notarial con fecha 14 de noviembre de 2010, dio respuesta a la comunicación recibida, manifestando que se reafirmaban en el cálculo notificado con el Oficio N° 4236-2010-MP-FN-GG-GECINF.
5. Que ante tal decisión, la CONSTRUCTORA ha iniciado la solución de la controversia mediante el proceso de arbitraje.
6. Que el artículo 269° del Reglamento establece que durante la aprobación de la Liquidación del contrato de obra, y en el caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquélla deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje. Toda discrepancia respecto a la liquidación se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la Ley y en el Reglamento, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.
7. Que por lo tanto, no corresponde reconocer lo solicitado por la CONSTRUCTORA en este punto, en cuanto no ha sido acreditado técnica ni jurídicamente, de acuerdo al sustento presentado en cada una de las pretensiones de la demanda de la CONSTRUCTORA.

Pretensión N° 12:

Tribunal Arbitral

Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente)

Leonardo Quintana Portal

Elvira Martínez Coco.

1. Que de acuerdo a lo expresado en la respuesta a la Pretensión N° 11 de la CONSTRUCTORA, tanto la CONSTRUCTORA como el MINISTERIO PÚBLICO, ha cumplido con el procedimiento y los plazos normados en el artículo 269° del Reglamento para la aprobación de la Liquidación Final del contrato. Por lo tanto, no existe ningún argumento fáctico o jurídico, para que el contratista solicite la nulidad y/o ineficacia de la Resolución de la Gerencia General N° 1259-2010-MP-FN-GG de fecha 18 de setiembre de 2010.
2. Que la CONSTRUCTORA presentó su cálculo de la Liquidación Final de parte, y el MINISTERIO PÚBLICO al no estar de acuerdo con su procedimiento, ha efectuado su propia liquidación; dando cumplimiento al procedimiento administrativo establecido, concluyendo con la expedición de la referida Resolución Administrativa. Con lo cual, es evidente que ambas partes no están de acuerdo con sus respectivas liquidaciones; lo que ha quedado expresado documentadamente. Ante tal decisión, la CONSTRUCTORA ha iniciado la solución de la controversia mediante el proceso de arbitraje.
3. Que en consecuencia, corresponderá al Tribunal Arbitral emitir el pronunciamiento definitivo, tomando en cuenta; que la Procuraduría Pública de el MINISTERIO PÚBLICO ha sustentado fehacientemente que la CONSTRUCTORA carece del sustento técnico y jurídico para hacer prevalecer su Liquidación Final practicada; por el contrario, el MINISTERIO PÚBLICO ha acreditado que su Liquidación Final se encuentra sustentada técnica y jurídicamente conforme a la Ley y al Reglamento.
4. Que en conclusión, que es compartida por el Tribunal Arbitral que expidió el Laudo Arbitral de Derecho emitido mediante la Resolución N° 22 de fecha 12 de agosto de 2010; que en su artículo tercero declaró fundada la tercera pretensión de la parte demandante, respecto a la pertinencia de proceder a la Liquidación del Contrato en los términos y plazos expuestos. Por lo tanto, no corresponde reconocer lo solicitado por la CONSTRUCTORA en este punto, de conformidad con el sustento presentado, por la Procuraduría Pública, en cada una de las pretensiones de la demanda de la CONSTRUCTORA.

Pretensión N° 13:

1. Que la CONSTRUCTORA señala que los gastos administrativos, honorarios de los árbitros, de los abogados, sean pagados por el MINISTERIO PÚBLICO; de tal manera que el MINISTERIO PÚBLICO rechaza tal pretensión, al haber planteado la CONSTRUCTORA la demanda sin sustento fáctico ni jurídico, con el único propósito de perjudicar los derechos e intereses de el MINISTERIO PÚBLICO; en tanto, la CONSTRUCTORA debe asumir los gastos correspondientes al presente proceso.
2. Que por todo lo expuesto, el MINISTERIO PÚBLICO considera que carece de argumentos fácticos y jurídicos lo señalado por la CONSTRUCTORA; toda vez que está probada la falta de sustento de las consideraciones esgrimidas por el demandante; pues dichas obligaciones reglamentarias están consagradas en la Ley y el Reglamento.

II.5 LA RECONVENCIÓN



Tribunal Arbitral

Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente)

Leonardo Quintana Portal

Elvira Martínez Coco.

La ENTIDAD, planteó reconvencción, a efectos de que el representante legal de la CONSTRUCTORA; cumpla con resarcir a el MINISTERIO PÚBLICO por indemnización por daños y perjuicios ocasionados; al haber cuestionado el cumplimiento de las obligaciones esenciales de el MINISTERIO PÚBLICO; y por lo tanto, haber vulnerado la imagen de ésta institución; cuya actuación está regida por los parámetros de la "defensa de la legalidad", establecidos en la Constitución Política del Perú, y en el caso concreto, en el marco de la Ley y el Reglamento.

Las normas glosadas, se encuentran concordadas con los alcances del Contrato de Ejecución de Obra: "Construcción y Equipamiento de la Sede de la Fiscalía Provincial Mixta de Ferreñafe-Lambayeque"; en tal sentido, por haber faltado a la verdad, aludiendo a una actuación contraria a las normas jurídicas vigentes, pretendiendo solicitar el pago indebido del resarcimiento; se ha afectado la imagen de el MINISTERIO PÚBLICO, como defensora de la legalidad e institucionalidad jurídica en el Perú.

Determinación del daño económico: Respecto del quantum del daño sufrido; el MINISTERIO PÚBLICO precisa que de conformidad con los fundamentos de hecho y derecho contenidos en la contestación de la demanda y en la reconvencción; estiman preliminarmente que el daño moral causado a el MINISTERIO PÚBLICO asciende a la suma de S/.200,000.00 (Doscientos mil y 00/100 Nuevos Soles), el mismo que podrá ser materia de ampliación.

Hechos de la Reconvencción:

La ENTIDAD fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

1. Que para declarar la viabilidad de esta pretensión, la doctrina de manera expresa establece entre los presupuestos y requisitos de orden sustantivo y procesal, que debe acreditar los daños y perjuicios, quien alega ser víctima.
2. Que es decir, quien alega ser víctima de daños y perjuicios debe probar en el proceso, la concurrencia de los presupuestos siguientes:
 - a. El daño sufrido.
 - b. El quantum de dicho daño; y,
 - c. El nexo causal entre el hecho dañoso y el daño sufrido.
3. Que asimismo, la doctrina establece que el autor del evento dañoso deberá probar la falta de dolo o culpa, si la responsabilidad extracontractual es subjetiva, o la ruptura del nexo causal, si dicha responsabilidad es por riesgo u objetiva.
4. Que al respecto, habiendo sido imputado por la CONSTRUCTORA un supuesto incumplimiento de las obligaciones esenciales relacionadas a la renovación de las Cartas Fianzas N° 68-01001481-04 y N° 68-01001483-04, en una fecha anterior al 07 de marzo de 2009; fecha en la cual se cumplió la vigencia de las precitadas cartas fianzas.
5. Que de conformidad con el artículo 27° del Reglamento; en concordancia con lo establecido en el artículo 25° del glosado cuerpo normativo; con relación a las pretensiones N°05, N°06, N°07, N°08 y N°09; en virtud de las consideraciones de hecho y de derecho que se exponen en la introducción de la Contestación de la demanda.

6. Que por lo expresado en párrafos precedentes, no ha existido ningún argumento fáctico y mucho menos jurídico, para que la CONSTRUCTORA interponga Indemnización por daños y perjuicios; por lo que, el MINISTERIO PÚBLICO ha cumplido estrictamente con lo dispuesto y por lo tanto; ha hecho honor al cumplimiento de sus funciones como defensor de la legalidad e institucionalidad jurídica; lo que se acredita, en mérito a las consideraciones de hecho y de derecho expresadas.

II.5 LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

Con fecha 10 de febrero de 2012, se celebró la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios.

El Tribunal Arbitral explicó a las partes las ventajas de llegar a un acuerdo conciliatorio y las invitó a realizar un esfuerzo para alcanzarlo; sin embargo, éstas manifestaron que, por el momento no era posible llegar a una conciliación. No obstante, se dejó abierta la posibilidad de llegar a un acuerdo durante el desarrollo del arbitraje.

De conformidad con el párrafo precedente y no habiéndose llegado a un acuerdo conciliatorio, tomando en consideración todas las pretensiones expresadas por las partes intervinientes en el presente arbitraje, se procedió a establecer con la expresa aprobación de éstas, las materias sobre las que se pronunciará el Tribunal Arbitral.

En dicha Audiencia, luego de oír a las partes, el Tribunal Arbitral procedió a fijar los Puntos Controvertidos respecto de cada una de las pretensiones planteadas con la conformidad de las partes, las que se desarrollarán a continuación, teniendo en cuenta los hechos señalados en los puntos que anteceden y los medios probatorios tenidos a la vista. Así tenemos que los Puntos Controvertidos han quedado delimitados de la siguiente manera:

De la Demanda presentada por la Constructora P y L S.R.L.:

Primer Punto Controvertido: Determinar si corresponde declarar o no que existió demora por parte del Ministerio Público en el cumplimiento de lo prescrito en el artículo 240° del Reglamento y, en consecuencia, determinar si corresponde ordenar a la entidad demandada que pague a favor de la Constructora P y L S.R.L. la suma ascendente a S/. 65.299.39 (Sesenta y cinco mil doscientos noventa y nueve y 39/100 Nuevos Soles), por concepto de resarcimiento de daños y perjuicios.

Segundo Punto Controvertido: Determinar si corresponde declarar o no que los mayores trabajos ejecutados en estructuras, arquitectura e instalaciones eléctricas, reclamados como parte de los trabajos solicitados en su oportunidad como Adicionales de Obra, no forman parte del proyecto contractual y que su ejecución fue necesaria para dar solución al proyecto contractual; y en consecuencia, determinar si corresponde ordenar al Ministerio Público que pague a favor de la Constructora P y L S.R.L. la suma ascendente a S/. 68,150.67 (Sesenta y Ocho Mil Ciento Cincuenta y 67/100 Nuevos Soles), por concepto de enriquecimiento indebido por la ejecución de los trabajos señalados.

Tercer Punto Controvertido: Determinar si corresponde ordenar o no al Ministerio Público pagar a favor de la Constructora P y L S.R.L. la suma ascendente a S/. 77,330.37 (Setenta y Siete Mil Trescientos Treinta y 37/100 Nuevos Soles), por

concepto del gasto efectuado por la Constructora P y L S.R.L., costo no previsto por mantenimiento de oficina y pago del personal en obra, por un periodo mayor al previsto contractualmente.

Cuarto Punto Controvertido: Determinar si corresponde ordenar o no al Ministerio Público pagar a favor de la Constructora P y L S.R.L. la suma ascendente a S/. 185,920.80 (Ciento ochenta y cinco mil novecientos veinte y 80/100 Nuevos Soles), por concepto del gasto efectuado por la Constructora P y L S.R.L., costo no previsto por mantenimiento de gerencia y oficina principal hasta el cierre del contrato.

Quinto Punto Controvertido: Determinar si corresponde ordenar o no al Ministerio Público pagar a favor de la Constructora P y L S.R.L. la suma ascendente a S/. 120,666.41 (Ciento veinte mil seiscientos sesenta y seis y 41/100 Nuevos Soles), por concepto de indemnización de daños y perjuicios por efectivizar las cartas fianzas.

Sexto Punto Controvertido: Determinar si corresponde ordenar o no al Ministerio Público pagar a favor de la Constructora P y L S.R.L. la suma ascendente a S/. 105,894.97 (Ciento cinco mil ochocientos noventa y cuatro y 97/100 Nuevos Soles), por concepto de reposición del perjuicio económico al no disponer de la contragarantía por garantizar las cartas fianzas.

Séptimo Punto Controvertido: Determinar si corresponde ordenar o no al Ministerio Público pagar a favor de la Constructora P y L S.R.L. la suma ascendente a S/. 67,563.10 (Sesenta y siete mil quinientos sesenta y tres y 10/100 Nuevos Soles), por concepto de indemnización de daño moral generado al Contratista, por la efectivización de cartas fianzas.

Octavo Punto Controvertido: Determinar si corresponde ordenar o no al Ministerio Público pagar a favor de la Constructora P y L S.R.L. la suma ascendente a S/. 177,227.99 (Ciento setenta y siete mil doscientos veintisiete y 99/100 Nuevos Soles), por concepto de lucro cesante, pérdida de oportunidad de trabajo, al no contar con Cartas Fianzas de Fiel Cumplimiento y otros para participar en nuevos procesos y/o contratos.

Noveno Punto Controvertido: Determinar si corresponde ordenar o no al Ministerio Público pagar a favor de la Constructora P y L S.R.L. el 50% de la utilidad prevista dejada de percibir, la misma que asciende a la suma de S/. 23,643.42 (Veintitrés mil seiscientos cuarenta y tres y 42/100 Nuevos Soles); según lo previsto en el artículo 267° del Reglamento.

Décimo Punto Controvertido: Determinar si corresponde ordenar o no al Ministerio Público reembolsar a la Constructora P y L S.R.L. la suma ascendente a S/. 17,267.41 (Diecisiete mil doscientos sesenta y siete y 41/100 Nuevos Soles), por concepto de los gastos efectuados por la Constructora P y L S.R.L. por las renovaciones de Cartas Fianzas de Fiel Cumplimiento y de Adelantos.

Décimo Primer Punto Controvertido: Determinar si corresponde declarar o no que la Liquidación de Obra presentada por la Constructora P y L S.R.L. ha sido elaborada de acuerdo a derecho y, en consecuencia, determinar si corresponde ordenar o no al Ministerio Público pagar a favor de la Constructora P y L S.R.L. la suma ascendente a S/. 1'150,548.30 (Un millón ciento cincuenta mil quinientos cuarenta y ocho y 30/100 Nuevos Soles), que incluye los montos solicitados en las pretensiones que anteceden.

Tribunal Arbitral

Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente)

Leonardo Quintana Portal

Elvira Martínez Coco.

Décimo Segundo Punto Controvertido: Determinar si corresponde declarar o no la nulidad y/o ineficacia de la Resolución de la Gerencia General N° 1259-2010-MP-FN-GG de fecha 18 de setiembre de 2010, que contiene la Liquidación Final de Obra elaborada por el Ministerio Público.

Décimo Tercer Punto Controvertido: Determinar si corresponde ordenar o no que el Ministerio Público pague las costas y costos del presente arbitraje.

De la Reconvención presentada por el Ministerio Público:

Décimo Cuarto Punto Controvertido: Determinar si corresponde ordenar o no a la Constructora P y L S.R.L. que cumpla con resarcir al Ministerio Público la suma ascendente a S/. 200,000.00 (Doscientos mil y 00/100 Nuevos Soles), por concepto de indemnización por daños y perjuicios ocasionados al haber cuestionado el cumplimiento de las obligaciones esenciales de la parte demandada y por tanto, haber vulnerado la imagen de esta institución.

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

II.6 MEDIOS PROBATORIOS

En la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 10 de febrero de 2012, el Tribunal Arbitral sobre la base del principio de la amplitud de la prueba aplicable a todo procedimiento arbitral, dejó constancia que no se había generado nulidad alguna en el proceso arbitral y que se habían actuado todos los medios probatorios presentados, los que serían evaluados en su integridad por este Tribunal Arbitral.

En la mencionada Audiencia, el Tribunal Arbitral dispuso admitir los siguientes medios probatorios:

De la demanda:

- Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por la Constructora P y L S.R.L. en su escrito de demanda de fecha 03 de mayo de 2011, incluidos en el acápite "V. MEDIOS PROBATORIOS" de dicho escrito identificados del numeral 1) al 14.23) dentro del subtítulo "Contrato de Obra y Resarcimiento por Daños por demora en el Inicio" y del numeral 1) al 9) dentro del subtítulo "Asientos de Cuaderno de Obra".

De la contestación de demanda y reconvención:

- Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Ministerio Público en su escrito de contestación de demanda y reconvención presentado el 02 de junio de 2011, incluidos en el acápite "V. MEDIOS PROBATORIOS" de dicho escrito, identificados del numeral 5.1) al 5.13).

Asimismo, se debe precisar que mediante la Resolución N° 04 de fecha 24 de junio de 2011, se tuvo por efectuada la reserva solicitada por el Ministerio Público en el primer otrosí digo de su escrito de contestación de demanda y reconvención, el mismo que señalaba: "Que teniendo en cuenta los daños y perjuicios ocasionados por la Empresa

Tribunal Arbitral

Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente)

Leonardo Quintana Portal

Elvira Martínez Coco.

Contratista, la Procuraduría Pública del Ministerio Público, se reserva su derecho a presentar durante el transcurso del proceso arbitral una liquidación donde se establezcan los montos establecidos por el área técnica, que deberá reconocer la empresa contratista demandante, por el detrimento moral y económico, para establecer el daño emergente y lucro cesante, producido contra la entidad demandada”.

En dicha diligencia, este Colegiado requirió al Ministerio Público la presentación del medio probatorio antes mencionado, otorgándosele a dicha parte un plazo de diez (10) días hábiles a partir del día siguiente de la notificación de dicha acta, bajo apercibimiento de tenerlo por no ofrecido, procediendo este Tribunal Arbitral a elaborar el Laudo Arbitral únicamente con los medios probatorios admitidos.

Se debe indicar que, el requerimiento efectuado en el párrafo precedente, fue absuelto por el MINISTERIO PÚBLICO mediante los escritos de fechas 27 de febrero y 16 de marzo de 2012. Dichos escritos fueron puestos a conocimiento de la contraria mediante la Resolución N° 13 de fecha 16 de marzo de 2012, para que expresara lo conveniente a su derecho.

Posteriormente, mediante la Resolución N° 14 de fecha 29 de marzo de 2012, el Tribunal Arbitral tuvo por fijada la suma ascendente a S/. 932,185.82 (Novecientos treinta y dos mil cientos ochenta y cinco y 82/100 Nuevos Soles), por la indemnización por daños y perjuicios solicitada en su escrito de contestación de demanda y reconvención presentado por el MINISTERIO PÚBLICO en el presente arbitraje, más los respectivos intereses legales.

De las pruebas de oficio

En el punto V. del Acta de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier otro medio probatorio que considerase conveniente; asimismo, se reservó la posibilidad de prescindir de las pruebas no actuadas en caso que, el Tribunal Arbitral las considerase prescindibles o innecesarias. Dichas facultades se encuentran previstas en el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071.

II.7 AUDIENCIA DE ILUSTRACIÓN

El 02 de mayo de 2012, se celebró la Audiencia Especial de Ilustración en la que los representantes de la CONSTRUCTORA y de el MINISTERIO PÚBLICO expusieron de manera detallada sus posiciones respecto a los hechos materia del presente arbitraje.

II.8 ALEGATOS E INFORMES ORALES

La CONSTRUCTORA y el MINISTERIO PÚBLICO presentaron sus escritos de alegatos el día 29 de mayo de 2012.

El 10 de julio de 2012, se realizó la Audiencia de Informes Orales en la que el Tribunal Arbitral otorgó el uso de la palabra a los representantes de ambas partes, facultándolos, además, a efectuar réplica y dúplica.

A su turno, el Tribunal Arbitral formuló las preguntas que consideró pertinentes, las cuales fueron contestadas por las partes.

II.9 PLAZO PARA LAUDAR

De conformidad con lo establecido en el numeral 34) del Acta de Instalación, mediante la Resolución N° 39 de fecha 14 de enero de 2013, el Tribunal Arbitral decidió declarar el cierre de la instrucción y fijó el plazo para laudar en treinta (30) hábiles contados a partir del día siguiente de notificada dicha resolución, reservándose el Tribunal Arbitral la facultad de prorrogarlo discrecionalmente por un término de treinta (30) días hábiles adicionales.

Posteriormente, mediante la Resolución N° 41 de fecha 28 de febrero de 2013, el Tribunal Arbitral prorrogó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, contado a partir del día siguiente de vencido el término original, al amparo de lo establecido en las Reglas del Proceso contenidas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.

Siendo ello así, el presente laudo se emite dentro del plazo para laudar.

II.10 HONORARIOS Y GASTOS ARBITRALES

Mediante Acta de Instalación de Tribunal Arbitral de fecha 08 de abril de 2011, se fijaron como honorarios arbitrales, para cada uno de los árbitros la suma neta de S/. 13,000.00 (Trece mil y 00/100 Nuevos Soles) y para el secretario arbitral la suma neta de S/. 8,000.00 (Ocho mil y 00/100 Nuevos Soles).

Dichos honorarios fueron cancelados por ambas partes dejándose constancia de ello mediante la Resolución N° 03 de fecha 24 de junio de 2011.

A través de Resolución N° 05 de fecha 24 de junio de 2011, se liquidó por concepto de Reconvención, fijándose como nuevos honorarios, para cada uno de los árbitros la suma neta de S/. 8,000.00 (Ocho mil y 00/100 Nuevos Soles), y para el secretario arbitral la suma neta de S/. 4,800.00 (Cuatro mil ochocientos y 00/100 Nuevos Soles).

Mediante la Resolución N° 08 de fecha 13 de diciembre de 2011, se dejó constancia que el MINISTERIO PÚBLICO cumplió con la cancelación de la liquidación efectuada mediante la Resolución N° 05. Asimismo, en la citada Resolución N° 08, el Tribunal facultó a el MINISTERIO PÚBLICO a cancelar los honorarios arbitrales a cargo de su contraria fijados en la Resolución N° 05, otorgando para ello, un plazo de quince (15) días hábiles a partir de remitidos los recibos por honorarios de los señores árbitros y del secretario arbitral, situación que se tendría en cuenta al momento de laudar la presente causa y determinarse lo referente a los gastos irrogados por el presente arbitraje.

Con Resolución N° 15 de fecha 29 de marzo de 2012, se dejó constancia que el MINISTERIO PÚBLICO cumplió con el pago de los honorarios subrogados a través de la Resolución N° 08.

Mediante Resolución N° 17 de fecha 11 de abril de 2012, se liquidó por concepto de Aumento de Cuantía de Reconvención, fijándose como nuevos honorarios para cada uno de los árbitros la suma neta de S/. 10,000.00 (Diez mil y 00/100 Nuevos Soles), y para el secretario arbitral la suma neta de S/. 6,000.00 (Seis mil y 00/100 Nuevos Soles).

Tribunal Arbitral

Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente)

Leonardo Quintana Portal

Elvira Martínez Coco.

Con Resoluciones N° 33 y N° 36 de fechas 17 de agosto y 09 de noviembre de 2012, respectivamente, se dejó constancia que el MINISTERIO PÚBLICO cumplió con cancelar en su totalidad los honorarios de cada uno de los miembros del Tribunal Arbitral y Secretaría Ad Hoc derivados del aumento de cuantía de la reconvención fijados mediante la Resolución N° 17.

Siendo ello así, corresponde que el Tribunal Arbitral fije en este laudo la totalidad de los honorarios percibidos por cada árbitro en la suma neta de S/ 31,000.00 (Treinta y un mil y 00/100 Nuevos Soles). En tal sentido, los honorarios totales netos del Tribunal Arbitral ascienden a la suma de S/ 93,000.00 (Noventa y tres mil y 00/100 Nuevos Soles) y los honorarios percibidos por la Secretaría Arbitral ascienden a la suma neta de S/. 18,800.00 (Dieciocho mil ochocientos y 00/100 Nuevos Soles).

CONSIDERANDO:

CUESTIONES PRELIMINARES

III. CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar las materias controvertidas, corresponde confirmar lo siguiente:

- Que este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral celebrado entre las partes, la Ley y el Reglamento, al que las partes se sometieron de manera incondicional.
- Que en momento alguno se ha recusado a alguno de los árbitros o se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral.
- Que la CONSTRUCTORA presentó su demanda y sus ampliaciones de demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de defensa frente a las pretensiones incorporadas vía reconvención por el MINISTERIO PÚBLICO.
- Que el MINISTERIO PÚBLICO fue debidamente emplazada con la demanda, contestó y ejerció plenamente su derecho de defensa, formulando incluso una reconvención.
- Que las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar las pruebas ofrecidas.
- Que las partes han tenido la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente.
- Que el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos dispuestos en el presente proceso arbitral.



IV. MECANISMOS QUE SERÁN UTILIZADOS POR EL TRIBUNAL ARBITRAL PARA INTERPRETAR EL CONTRATO MATERIA DEL ARBITRAJE

Para poder establecer la naturaleza jurídica del Contrato celebrado entre la CONSTRUCTORA y el MINISTERIO PÚBLICO, el que se analizará a partir del punto siguiente, el Tribunal Arbitral ha considerado imprescindible realizar una labor interpretativa.

IV.1 ¿EN QUE CONSISTE LA INTERPRETACIÓN?

La interpretación es la acción y el efecto de interpretar, de explicar o de declarar el sentido de una cosa, principalmente el de un contrato dudoso, ambiguo o contradictorio.

De esta manera, el problema de la interpretación surge como una necesidad perentoria ante la oscuridad o la ambigüedad de una norma o de un acto jurídico que suscita, en quien se enfrenta a la norma o al acto, dudas en relación a su contenido.

Por ello, el Tribunal Arbitral al realizar su labor interpretativa tendrá en consideración, las pautas señaladas por Scognamiglio, en el sentido que:

“La interpretación debe orientarse a determinar el significado más correcto del negocio, en consideración a su función y a su eficacia como acto de autorregulación de los intereses particulares. Así las cosas, es obvio que la interpretación debe guiarse directamente al contenido del acto dispositivo que debe ser destacado en su significación completa, dentro de una valoración amplia, pero también equilibrada de los puntos de vista e intereses opuestos.”⁸

En cuanto a las normas aplicables, el Tribunal Arbitral tendrá en cuenta que el contenido del Contrato es obligatorio para las partes siéndole de aplicación las normas del Título V de la Ley referidas a la Ejecución Contractual y las del Título III del Reglamento referidas a las Normas de Contratación y Ejecución de Contratos.

En cuanto a las lagunas contractuales, éstas se llenarán acudiendo a la Ley y a su Reglamento. Si las normas mencionadas no llenan el vacío existente, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del Código Civil (incluidos los principios generales del derecho contenidos en este Código), de acuerdo con lo previsto en la Cláusula Vigésimo Octava del Contrato y en el artículo 117° del Reglamento, que a continuación transcribimos:

“VIGÉSIMO OCTAVA.- DISPOSICIONES FINALES

28.01 Cualquier punto no considerado en las Cláusulas precedentes se ceñirá a lo que establece el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del

8

SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato. Traducción de HINESTROSA, Fernando. Universidad Externado de Colombia. Medellín. 1983. Pág. 236.

Estado aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, sus modificatorias y a lo que establezcan las disposiciones legales complementarias vigentes, según sea el caso.

28.02 Asimismo, son de aplicación supletoria al presente Contrato las normas pertinentes del Código Civil, Ley de Presupuesto y todas aquellas relacionadas con este tipo de relaciones contractuales. (El subrayado es nuestro).

"Artículo 117° Partes Integrantes del Contrato.-

(...)

El contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título y, supletoriamente, por las normas del Código Civil. Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo VIII de este Título". (El subrayado es nuestro).

IV.2 PRINCIPIOS INTERPRETATIVOS A APLICARSE POR EL TRIBUNAL ARBITRAL

En su labor interpretativa, el Tribunal Arbitral tendrá presentes los siguientes principios interpretativos:

- **De conservación del contrato**, por el cual cuando una cláusula del contrato es susceptible de interpretarse en dos sentidos deberá entenderse en aquél que puede producir algún efecto y no en el que no genere ninguno.

La interpretación, como señala Díez Picazo:

"(...) debe dirigirse a que el contrato o cláusula discutida sea eficaz. Entre una significación que conduce a privar al contrato o a la cláusula de efectos y otra que le permite producirlos, debe optarse por esta última"⁹.

De la búsqueda de la voluntad real de las partes, que es la posición asumida por el Código Civil Peruano cuando se presenta alguna discrepancia entre lo declarado por las partes y lo querido por ellas. En efecto, en el último párrafo del artículo 1361° del Código Civil se establece la presunción "*iuris tantum*" que "la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla".

Esto quiere decir que el análisis de todos y cada uno de los documentos del Contrato deberá hacerse de manera integral y completa teniendo en cuenta la "voluntad común", a la que en la Exposición de Motivos del Código Civil se la define como:

"(...) los fines idénticos buscados por los contratantes y que se expresan en la declaración que formulan al celebrar el contrato.

⁹ DIEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Volumen I. Editorial Civitas. Madrid, 1993. Pág. 396.

No se trata, por consiguiente, del objetivo que busca cada contratante por sí mismo; y hay que presumir que lo que aparece en la relación contractual responde a esa intención, considerada de un modo integral y referida al contrato como un todo.¹⁰. (El subrayado es nuestro).

- De la Buena fe, que no es otra cosa que la aplicación de las ideas de confianza y auto responsabilidad en la interpretación. Así tenemos que:

"(...) si una de las partes, con su expresión o su declaración, suscitó en la otra una confianza en el sentido objetivamente atribuible a dicha declaración, esta parte no puede impugnar este sentido y pretender que el contrato tiene otro diverso"¹¹.

Es por esta razón, que los supuestos en que corresponde integrar –por vía del principio de la buena fe– el estatuto regulador de una determinada relación son, como expresa Ferreira Rubio:

"(...) dos: la falta de regulación de una hipótesis dada y la necesidad de corregir una regulación contraria a la buena fe."¹²

IV.3 MEDIOS DE INTERPRETACIÓN QUE UTILIZARÁ EL TRIBUNAL ARBITRAL PARA ENCONTRAR EL VERDADERO SENTIDO DE LO CONVENIDO POR LAS PARTES EN EL CONTRATO

Será necesario que el Tribunal Arbitral utilice de manera conjunta distintos mecanismos de interpretación. Por ello, el Tribunal Arbitral realizará tanto una interpretación sistemática, como una interpretación integradora y una interpretación histórica del Contrato.

Interpretación Sistemática

La interpretación sistemática es una consecuencia de la unidad lógica del contrato, de tal modo que éste debe interpretarse en función del sentido del conjunto de las cláusulas pactadas.

Nuestro ordenamiento jurídico acoge este mecanismo de interpretación en el artículo 169° del Código Civil, en el que se establece que:

"Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas". (El subrayado es nuestro).

¹⁰ ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI. Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil. Compiladora Delia Revoredo de Deakey. Lima. 1985. Pág. 25.

¹¹ DIEZ-PICAZO, Luis. Op. Cit. Volumen I. Pág. 398.

¹² FERREIRA RUBIO, D. Matilde. La buena fe. Editorial Montecorvo S.A. Madrid. 1984. Pág. 200.

En la Exposición de Motivos del Código Civil se explica que:

"Se ha optado por un criterio de interpretación interdependiente o sistemático que no permite una interpretación aislada y excluye la posibilidad de que puedan alegarse pactos contradictorios, pues cada cláusula debe quedar enmarcada dentro del conjunto del acto jurídico y, por ello, para encontrar el sentido de cada cláusula es imprescindible encontrar el sentido de las demás."¹³ (El subrayado es nuestro).

Interpretación Integradora

En la interpretación integradora no se atribuye a los contratantes una intención común mayor que la que ellos han tenido al momento de contratar, sino que se le agrega lo que por voluntad extraña (la del ordenamiento jurídico), de todas maneras debe incluirsele.

Mediante este mecanismo interpretativo se ubica todo el contenido contractual, el que es indispensable conocer porque en la fase de ejecución del contrato sólo es exigible el contenido del mismo.

Así tenemos que en el contenido del Contrato se ubican:

1. Las normas contractuales propiamente dichas, las que están dadas:

En primer lugar, por lo que las partes convinieron en las cláusulas del Contrato, en donde se ubican todas y cada una de las prestaciones a cargo de las partes.

En segundo lugar, por los documentos del Contrato. En este caso, las Bases Integradas con todos los documentos que forman parte de ésta, incluido el Expediente Técnico. Y en tercer lugar, la oferta ganadora formulada por la CONSTRUCTORA.

Con este criterio, en el primer párrafo del artículo 117° del Reglamento se regulan las partes integrantes del contrato, disponiendo el siguiente contenido para el mismo:

"Artículo 117°.- Partes integrantes del contrato

El contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases integradas y la oferta ganadora. Los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato, también forman parte de éste. (...)."(El subrayado es nuestro).

¹³ Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI. Op. Cit. Págs. 297 y 298.

Siguiendo esta línea, en el Punto 28.02 de la Cláusula Vigésimo Octava del Contrato, referida a las Disposiciones Finales, se convino que:

"VIGÉSIMO OCTAVA.- DISPOSICIONES FINALES

(...)

28.02 Asimismo, son de aplicación supletoria al presente Contrato las normas pertinentes del Código Civil, Ley de Presupuesto y todas aquellas relacionadas con este tipo de relaciones contractuales. (El subrayado es nuestro).

2. Las normas imperativas que son de obligatoria observancia y que integran necesariamente el contenido contractual. En este caso, se trata de las normas de la Ley y su Reglamento.
3. Las normas supletorias que llenan el vacío dejado por las partes al momento de contratar y no previsto tampoco por la Ley y su Reglamento. Para el presente proceso, como ya explicó anteriormente el Tribunal Arbitral, se aplican los principios generales del derecho y las normas del Código Civil.

Por lo tanto, el contenido del Contrato se forma con las normas contractuales propiamente dichas que de suyo le corresponden y en donde se ubican todas y cada una de las prestaciones establecidas en el Contrato, en las Bases Integradas y en la oferta ganadora, a las que deberán sumársele las normas imperativas de la Ley y su Reglamento, así como las del Código Civil, que supletoriamente integran el contenido contractual.

De esta manera, la interpretación integradora del Contrato preserva la coherencia de éste con el ordenamiento jurídico.

Interpretación Histórica

En este caso serán valorados, principalmente, los antecedentes que permitirán explicar lo que el Contrato significa para las partes, las circunstancias que rodearon su celebración, así como la conducta posterior seguida por las partes.

Se trata de realizar un estudio de todo el "iter contractual", empezando por la fase de la celebración del Contrato y continuando con la ejecución de las prestaciones, a la luz del principio de la buena fe, según lo dispuesto por el artículo 1362° del Código Civil.

Como explica Díez-Picazo, es de una gran relevancia:

"(...) la conducta o comportamiento de las partes en la preparación de las prestaciones contractuales y en la espontánea ejecución de las mismas (sobre todo cuando todavía no existían temas controvertidos) por ser un signo indubitado de la forma como en ese momento entendían el contrato que las ligaba"¹⁴. (El subrayado es nuestro).

¹⁴ DIEZ-PICAZO, Luis. Op. Cit. Volumen I. Pág. 401.

Tribunal Arbitral

Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente)

Leonardo Quintana Portal

Elvira Martínez Coco.

Es este comportamiento, el de las partes antes de que entre ellas surgieran discrepancias, el que el Tribunal evaluará para resolver los puntos controvertidos.

Así mismo, de ser necesario, se analizarán los antecedentes históricos de la etapa pre-contractual, con el objeto de encontrar el sentido de la voluntad de las partes al momento de celebrar el Contrato; voluntad que debemos encontrar en el contenido de las propias cláusulas -con total prescindencia de la denominación que las partes le dieron a dichas cláusulas en el Contrato- de las Bases Integradas y de la oferta ganadora, porque este Tribunal considera que los contratos son lo que son jurídicamente hablando, con total independencia de la denominación que las partes pudieran haberle atribuido al mismo o a sus cláusulas.

Utilizando, por tanto, todos los mecanismos de interpretación anteriormente señalados, el Tribunal Arbitral procederá a integrar cada una de las prestaciones que forman el contenido del Contrato (señaladas en las cláusulas del Contrato, las Bases Integradas y la oferta ganadora de la CONSTRUCTORA), con las normas imperativas pertinentes, con el objeto de dilucidar el contenido exacto de la relación obligatoria creada por las partes.

V. EL CONTRATO

La CONSTRUCTORA y el MINISTERIO PÚBLICO celebraron con fecha 19 de diciembre de 2007, el Contrato de Ejecución de Obra N° 11-2007 por el monto total de la oferta de la CONSTRUCTORA, ascendente a S/. 870,553.43 (Ochocientos setenta mil quinientos cincuenta y tres y 43/100 Nuevos Soles) con precios al mes de Mayo de 2007.

V.1 OBJETO

En la Cláusula Cuarta del Contrato, la CONSTRUCTORA se obligó a ejecutar bajo el sistema a suma alzada, la obra: "Construcción y Equipamiento de la Sede de la Fiscalía Provincial Mixta de Ferreñafe-Lambayeque". En contraprestación, el MINISTERIO PÚBLICO se obligó a pagar la retribución pactada en el Punto 5.01 de la Cláusula Quinta del Contrato.

"CUARTA.- OBJETO DEL CONTRATO

El objeto del presente Contrato es regular las obligaciones y derechos de las partes para llevar a cabo la ejecución bajo el sistema A SUMA ALZADA, de la obra: "Construcción y Equipamiento de la Sede de la Fiscalía Provincial Mixta de Ferreñafe-Lambayeque" de acuerdo con lo expresado en las Bases Integradas del proceso de selección que incluya al expediente Técnico de Obra, Propuesta Técnica y Económica de EL CONTRATISTA y demás documentos motivo del proceso de selección, que forman parte integrante de este Contrato. (El subrayado es nuestro).

"QUINTA. - MONTO DEL CONTRATO

5. 01 En virtud de lo expuesto en la Cláusula anterior EL CONTRATISTA se obliga por el presenta Contrato a ejecutar la referida obra por el monto de su oferta A SUMA ALZADA

ascendente a la suma de S/. 870,553.43 (Ochocientos setenta mil quinientos cincuenta y tres y 43/100 Nuevos Soles) con precios al mes de Mayo de 2007. (...)."(El subrayado es nuestro).

V.2 RETRIBUCIÓN PACTADA

Las partes acordaron que el monto total contratado ascendía a S/. 870,553.43 (Ochocientos setenta mil quinientos cincuenta y tres y 43/100 Nuevos Soles) con precios al mes de Mayo de 2007.

Según lo dispuesto en la Cláusula Quinta del Contrato, dentro del monto antes indicado estaban incluidos todos los costos por concepto de materiales, mano de obra, herramientas, equipos de construcción, organización técnica y administrativa, obras provisionales, obligaciones laborales, leyes sociales, seguros, impuestos y cualquier otro gasto necesario para la ejecución total de la obra y las pruebas que sean necesarias efectuar para verificar la correcta ejecución, de los trabajos.

En el Punto 12.01 de la Cláusula Duodécima se reguló el pago de las valorizaciones estableciéndose que debían ser mensuales y tendrían el carácter de pagos a cuenta. Estas debían ser elaboradas por el Supervisor o Inspector y el Contratista, en función de los metrados ejecutados, con los precios unitarios del Valor Referencial, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad. El subtotal así obtenido debía multiplicarse por el factor de relación, calculado hasta la quinta cifra decimal. A este monto se agregaría el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas. Se valorizaría hasta el total de los metrados del presupuesto de obra.

V.3 PRESTACIONES RECÍPROCAS

El Contrato es con prestaciones recíprocas cuando ambas partes son deudoras y acreedoras la una de la otra, con total independencia de la cantidad de prestaciones a la que cada una de ellas estuviera obligada respecto de la otra.

En este orden de ideas, ha sostenido Ramela que los contratos con prestaciones recíprocas son aquéllos en los que:

"(...) las ventajas que procuran a una u otra de las partes no les es concedida sino por una prestación que ésta le ha hecho o que se obliga a hacerle"¹⁵.

En otros términos, se trata de aquellos contratos en los que los beneficios o ventajas que las partes pretenden lograr por medio del contrato celebrado son recíprocos.

Así tenemos que entre las prestaciones recíprocas se genera:

"(...) un nexo especial -que se denomina de correspondencia o reciprocidad y que consiste en la interdependencia (o causalidad recíproca) entre ellas-"¹⁶,

¹⁵ RAMELA, Anteo E. Resolución por incumplimiento. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1975. Pág. 144.

¹⁶ Ibídem. Pág. 218.

Tribunal Arbitral

Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente)

Leonardo Quintana Portal

Elvira Martínez Coco.

En virtud de este nexo, cada parte no está obligada por sus propias prestaciones sino porque la otra parte, a su turno, debe otras prestaciones. En suma, la o las prestaciones a cargo de una de las partes constituyen el presupuesto indeclinable de la o las prestaciones de la otra.

La reciprocidad, entonces, encuentra su fundamento en una correlación de prestaciones o, en otras palabras, en la conexión de las ventajas y sacrificios que obtienen o están llamadas a obtener las partes contratantes. Como apuntan Garrido y Zago, es:

***"(...) en el intercambio de ventajas y en la interrelación de ellas donde está la característica tipificante de los contratos con prestaciones recíprocas"*¹⁷.**

Resulta, por tanto, totalmente correcta la descripción que realiza Hedemann de lo que significa para cada una de las partes contratantes su posición jurídica, que ha plasmado en la siguiente frase:

***"(...) yo estoy obligado frente a ti, al igual que tú lo estás frente a mí, no con carácter retorsivo, sino como una manifestación de un acuerdo integral"*¹⁸.**

El Contrato celebrado es una relación obligatoria con prestaciones entre las cuales existe reciprocidad. Las prestaciones a las que se obligaron tanto la CONSTRUCTORA como el MINISTERIO PÚBLICO han sido claramente descritas en el Contrato.

De todas ellas, prevalecen, sin ninguna duda, la prestación de la CONSTRUCTORA de ejecutar la Obra con las características pactadas; y la prestación del MINISTERIO PÚBLICO de pagar la retribución establecida en la Cláusula Quinta del Contrato.

V.4 SURGE UNA RELACIÓN OBLIGATORIA OBJETIVAMENTE COLECTIVA

El Contrato celebrado encuentra su fundamento natural en la relación existente entre todas las prestaciones, en el "entrecruzamiento de obligaciones recíprocas"¹⁹.

Así tenemos que la prestación de servicios a cargo de la CONSTRUCTORA estaba compuesta, entre otras, por las siguientes prestaciones:

Entregar la Carta Fianza de Garantía de Fiel Cumplimiento, con las características de solidaria, incondicional, irrevocable y de realización

¹⁷ GARRIDO, Roque Fortunato y ZAGO, Jorge Alberto. **Contratos Civiles y Comerciales. Parte General.** Tomo I. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1989. Pág. 66.

¹⁸ Citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. Cit. Pág. 476.

¹⁹ GARRIDO, Roque Fortunato y ZAGO, Jorge Alberto. **Contratos Civiles y Comerciales. Parte General.** Tomo I. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1989. Pág. 72.

automática al solo requerimiento del MINISTERIO, con una vigencia hasta el consentimiento de la Liquidación Final, emitida por una empresa autorizada y sujeta al ámbito de la Superintendencia de Banca y Seguros, por un monto equivalente al diez por ciento (10 %) del monto del contrato. De acuerdo con lo establecido en la Cláusula Segunda del Contrato, la CONSTRUCTORA cumplió con esta entrega a la firma del Contrato.

- Entregar las constancias vigentes de no estar inhabilitada para contratar con el Estado, expedidas por el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. De acuerdo con lo establecido en la Cláusula Segunda del Contrato, la CONSTRUCTORA cumplió con esta entrega a la firma del Contrato.

- Entregar la Constancia de Capacidad Libre de Contratación expedida por el Registro Nacional de Contratistas. De acuerdo con lo establecido en la Cláusula Segunda del Contrato, la CONSTRUCTORA cumplió con esta entrega a la firma del Contrato.

Entregar las copias de los siguientes documentos: (i) Registro Único de Contribuyente del Postor (F.U.C), (ii) Escritura Pública de Constitución y de los poderes otorgados al representante legal que lo autoriza a representar y suscribir contratos en nombre del postor, (iii) Copia literal de inscripción en los Registros Públicos con una antigüedad no mayor a 15 días; y (iv) El documento de identidad del Representante Legal. De acuerdo con lo establecido en la Cláusula Segunda del Contrato, la CONSTRUCTORA cumplió con esta entrega a la firma del Contrato.

- Entregar: (i) El documento de identidad del Representante Legal; (ii) El Certificado de Habilidad del Ingeniero Residente para firma de contrato de Obras Públicas expedido por el Colegio Profesional correspondiente; El Calendario Valorizado de Avance de Obra de acuerdo al plazo de ejecución propuesto y en concordancia con los siguientes documentos: Diagramas GANTT y PERT-CPM presentado a nivel de Sub partida, el Cronograma de Desembolsos establecido, el Calendario de Adquisición de Materiales e Insumos necesarios para la ejecución de la obra, valorizados y armonizado con el Calendario Valorizado de Avance de Obra, la Programación de Obra a nivel de detalle. De acuerdo con lo establecido en la Cláusula Segunda del Contrato, la CONSTRUCTORA cumplió con esta entrega a la firma del Contrato.

Otorgar la siguiente garantía; Carta Fianza de Garantía de Fiel Cumplimiento con las características de solidaria, incondicional, irrevocable y de realización automática al solo requerimiento del MINISTERIO, con una vigencia del 13 de diciembre de 2007 al 9 de junio de 2008 por la suma de S/ 96.739.00 (Noventa y seis mil setecientos treinta y nueve y 00/100 Nuevos Soles). (Cláusula Tercera del Contrato).

- Entregar a la CONSTRUCTORA los siguientes documentos: (i) Un juego de Segundos Originales o CD con los archivos magnéticos correspondientes de los Planos materia de la ejecución de la Obra, a cargo de la Gerencia de Infraestructura del MINISTERIO; (ii) Un juego de Bases integradas que incluye el Expediente Técnico de Obra completo, a cargo de la Gerencia de

Infraestructura del MINISTERIO. De acuerdo con lo establecido en la Cláusula Segunda del Contrato, el MINISTERIO cumplió con esta entrega a la firma del Contrato.

- Ejecutar bajo el sistema a suma alzada la obra: "Construcción y Equipamiento de la Sede de la Fiscalía Provincial Mixta de Ferreñafe-Lambayeque" de acuerdo con lo expresado en las Bases Integradas del proceso de selección que incluya al Expediente Técnico de Obra, Propuesta Técnica y Económica de la CONSTRUCTORA y demás documentos motivo del proceso de selección, que forman parte integrante del Contrato. (Cláusula Cuarta del Contrato).
- Renunciar expresamente a cualquier reclamación posterior por diferencia en los metrados o cualquier omisión en su propuesta. (Cláusula Quinta del Contrato).
- Ejecutar la obra en un plazo de ciento veinte (120) días naturales, que se computará según lo prescrito en el Artículo 240° del Reglamento y adoptar todas las medidas necesarias que garanticen el cumplimiento de la terminación de la obra en el plazo fijado. (Cláusula Sexta del Contrato).
- Designar al Residente de la Obra, el cual tendrá a su cargo la dirección técnica de la Obra, siendo la remuneración de dicho profesional de su exclusiva responsabilidad. El citado profesional no podrá ser sustituido por otro salvo autorización previa y por escrito del MINISTERIO, debiendo reunir el reemplazante las mismas condiciones de idoneidad, capacidad y experiencia, entre otras exigencias que la del Ingeniero propuesto originalmente. (Cláusula Séptima del Contrato).
- Asumir el pago del monto equivalente de los servicios de la Inspección o Supervisión, por la extensión que se genere en caso de atraso en la finalización de la Obra por causas Imputables a la CONSTRUCTORA. (Cláusula Octava del Contrato).
- Presentar una Solicitud formal que deberá entregarse en un plazo máximo de quince (15) días naturales siguientes de la fecha de la firma del Contrato, y a la cual adjuntará una Carta Fianza, con las características de solidaria, incondicional, irrevocable, de realización automática al sólo requerimiento del MINISTERIO, por un valor igual al monto del adelanto, incluido I.G.V. y un plazo mínimo de vigencia de tres (3) meses, renovable trimestralmente por el monto pendiente de amortizar, hasta la amortización total del adelanto otorgado. (Cláusula Novena del Contrato).
- Presentar Carta Fianza, con las características de solidaria, incondicional, irrevocable de realización automática al sólo requerimiento, extendida a favor de EL MINISTERIO por un valor igual al monto del adelanto por materiales o insumos, incluido I.G.V. y vigente hasta la entrega de los materiales o insumos a satisfacción del MINISTERIO pudiendo reducirse de manera excepcional conforme se cumpla con el avance de obra, lo cual debe ser verificado y aprobado por el Inspector o Supervisor, según corresponda. (Cláusula Novena del Contrato).

Tribunal Arbitral

Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente)

Leonardo Quintana Portal

Elvira Martínez Coco.

- Presentar la Liquidación del Contrato debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro del plazo establecido en el Artículo 269° del Reglamento. (Cláusula Duodécima del Contrato).
- Obtener y presentar al MINISTERIO todos los seguros necesarios de aseguradores autorizados conforme a la Legislación vigente, los seguros contra todo riesgo tendrán que ser presentados antes del inicio de los trabajos y los seguros Contra Accidentes de Trabajo y Accidentes Individuales, en la presentación de la primera valorización, siempre y cuando estén contemplados el aseguramiento de los trabajadores desde el primer día en que estos ingresan a laborar en la Obra, bajo responsabilidad del CONTRATISTA. (Cláusula Décimo Novena del Contrato).
- Mantener vigentes dichos seguros en su capacidad total hasta que la obra haya sido recibida por EL MINISTERIO. (Cláusula Décimo Novena del Contrato).
- Responder por los trabajos que hubieran sido encontrados defectuosos con diversidades o con vicios, o negarse a repararlos o reconstruirlos, según sea el caso, bajo el pretexto de haber sido aceptados por el inspector o Supervisor, rigiendo en lo pertinente al respecto la normatividad del Código Civil sobre responsabilidades de carácter contractual y extracontractual, así como los Artículos 1732°, 1733°, 1734° y 1735° del citado Código. (Cláusula Vigésimo Segunda del Contrato).
- Asumir total y directa responsabilidad por las demandas, reclamos, pérdidas y acciones derivadas de actos u omisiones imputables a la CONSTRUCTORA, subcontratista o personal empleado en la obra o en la guardiana de la misma, directamente vinculados con la ejecución de la obra, o que se realicen durante aquella. (Cláusula Vigésimo Segunda del Contrato).
- Cumplir con las normas legales de seguridad e higiene en resguardo de la integridad física de los trabajadores, siendo igualmente responsable de la previsión y adecuada protección de los mismos contra accidentes y enfermedades ocupacionales. (Cláusula Vigésimo Segunda del Contrato).
- Proporcionar a sus trabajadores el equipo de protección personal (uniforme, mascarilla y otros implementos indispensables acorde con la labor que desempeñarán, adecuado para el desarrollo de sus actividades, en aplicación de la Ley N° 23407 y el Decreto Supremo N° 042-EF. (Cláusula Vigésimo Segunda del Contrato).

A su turno, el MINISTERIO tiene las siguientes obligaciones:

- Pagar a la CONSTRUCTORA por la ejecución de la obra a suma alzada, la suma de S/. 870,553.43 (Ochocientos setenta mil quinientos cincuenta y tres y 43/100 Nuevos Soles) con precios al mes de Mayo de 2007. (Cláusula Quinta del Contrato).
- Controlar los trabajos efectuados por la CONSTRUCTORA a través de la Supervisión o Inspección de la Obra, la cual será responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución de la obra y del cumplimiento del contrato. En caso se considere un Inspector de Obra, este será designado por

la Gerencia de Infraestructura del MINISTERIO. (Cláusula Octava del Contrato).

- Entregar a solicitud de la CONSTRUCTORA dentro del plazo máximo de siete (7) días naturales de haber recibido la solicitud formal y garantía correspondiente, un Adelanto Directo que en ningún caso excederá del veinte por ciento (20%) del monto del Contrato. (Cláusula Novena del Contrato).
- Entregar a solicitud de la CONSTRUCTORA Adelantos por materiales o insumos que se utilizaran en la Obra, los que en conjunto no deberán superar el cuarenta por ciento (40%) del monto del Contrato, concordantes con las fechas establecidas en su Calendario de Adquisición de Materiales. (Cláusula Novena del Contrato).
- Cancelar el Adelanto para Materiales que solicite la CONSTRUCTORA después que su solicitud sea declarada conforme previa presentación de la Carta Fianza y Factura respectiva. (Cláusula Novena del Contrato).
- Amortizar los adelantos específicos para materiales en las valorizaciones que correspondan en un monto igual al material utilizado en ellas, afectado por la relación entre el Índice Unificado del adelanto representativo objeto del adelanto y el que tuvo en la fecha del Valor Referencial. (Cláusula Novena del Contrato).
- Entregar mediante Acta el terreno a la CONSTRUCTORA o su representante legal dentro del plazo máximo de quince (15) días naturales siguientes de firmado el Contrato, definiendo los hitos que lo delimitan y los puntos geométricos necesarios para el trazado de la obra. (Cláusula Décima del Contrato).
- Ejecutar la obra contratada según lo indicado en los Planos y las Especificaciones Técnicas del Proyecto, así como también las demás órdenes emanadas por EL MINISTERIO. (Cláusula Décima del Contrato).
- Cancelar las valorizaciones por concepto de contrato principal, reajustes por alzas, adicionales, mayores gastos generales y otros, en la fecha no posterior al último día del mes siguiente al que corresponde la valorización. (Cláusula Duodécima del Contrato).
- Entregar el terreno dentro de los diez (15) días naturales siguientes de la firma del Contrato. (Cláusula Vigésimo Tercera del Contrato).
- Designar al Inspector o Supervisor según corresponda. (Cláusula Vigésimo Tercera del Contrato).
- Abonar, previa aprobación, las valorizaciones periódicas mensuales, presentadas por el Inspector o Supervisor de acuerdo al procedimiento Indicado en la Cláusula Décima del Contrato. (Cláusula Vigésimo Tercera del Contrato).
- Proceder a la recepción de la Obra totalmente concluida, suscribiendo el Acta correspondiente. (Cláusula Vigésimo Tercera del Contrato).

- Ejecutar la Obra en estricta conformidad con los planos, especificaciones técnicas, bases generales, calendario de avance de obra, calendario de adquisición de materiales, cronograma de desembolsos y demás documentos del Expediente Técnico de Obra que forman parte del presente contrato. (Cláusula Vigésimo Cuarta del Contrato).
- Proveerse con la debida anticipación de todos los equipos, materiales y elementos necesarios que se necesitarán para la ejecución de los trabajos. (Cláusula Vigésimo Cuarta del Contrato).
- Proporcionar una oficina provisional con las dimensiones necesarias, para el uso del Inspector o Supervisor de EL MINISTERIO. (Cláusula Vigésimo Cuarta del Contrato).
- Proporcionar la cantidad de maquinaria y equipo mínimo para la ejecución de la Obra cuyas características en rendimiento, capacidad y potencia estarán en concordancia o equivalencia con la oferta presentada. (Cláusula Vigésimo Cuarta del Contrato).
- Mantener obligatoriamente asegurado a su personal en el Seguro Social de Salud - ESSALUD) desde el comienzo de la obra hasta su conclusión para cubrir la atención de enfermedades y/o accidentes de trabajo. (Cláusula Vigésimo Cuarta del Contrato).
- Asumir y responder exclusivamente del pago de remuneraciones, indemnizaciones, seguros y demás beneficios que establezcan las leyes sociales por el personal a su servicio y por los impuestos y contribuciones y aportaciones que le correspondan por los trabajadores, debiendo actuar EL MINISTERIO en estas materias tributarias como Agente fiscalizador conforme a la normatividad vigente, pues es propósito de las partes que los derechos de sus servidores deben ser de cuenta exclusiva de la CONSTRUCTORA, requisito este necesario para el pago de la Primera Valorización. (Cláusula Vigésimo Cuarta del Contrato).
- No transferir parcial o totalmente la ejecución de la Obra, salvo autorización expresa del MINISTERIO mediante comunicación escrita, previa solicitud fundada de la CONSTRUCTORA. (Cláusula Vigésimo Cuarta del Contrato).
- Responsabilizarse de la adecuada conservación de la Obra, así como del cumplimiento de las disposiciones y reglamentos del Gobierno Municipal y del Gobierno Central relacionados a trabajos en la vía pública de forma tal que no de lugar a reclamos del vecindario ni a sanciones ni multas por infracción de tales disposiciones, así como cualquier otro tipo de responsabilidades. (Cláusula Vigésimo Cuarta del Contrato).
- Responsabilizarse exclusivamente de todo daño que por acción, omisión o negligencia haya ocasionado a personas, propiedades muebles o inmuebles de terceros, que se deriven de los contratos de construcción. (Cláusula Vigésimo Cuarta del Contrato).

- Gestionar la documentación requerida y aprobaciones administrativas correspondientes para la declaratoria de fábrica de la obra (FUO 01 y FUÓ 02, planos de replanteo, memoria descriptiva de la obra, etc.) ante la Municipalidad respectiva, a fin de posibilitar la inscripción de la fábrica ante los Registros Públicos. (Cláusula Vigésimo Cuarta del Contrato).

El Contrato originó, por tanto, una relación objetivamente colectiva que se presenta:

"(...) siempre que las prestaciones a cargo de una misma persona o deudor y a favor de un mismo acreedor sean varias"
²⁰

En relación con este tema, ha expresado Díez- Picazo que:

"Los supuestos de pluralidad de prestaciones pueden articularse u ordenarse de dos maneras distintas, según que las diferentes prestaciones que el deudor debe ejecutar se encuentren situadas todas ellas en el mismo plano y posean todas ellas, desde el punto de vista de la finalidad empírica, la misma trascendencia para la satisfacción del interés del acreedor, o bien que una de ellas deba considerarse como principal y otras como accesorias. El primer supuesto es la "conjunción de prestaciones" y el segundo la "concurrencia de una obligación principal con una o varias obligaciones accesorias."²¹

En el Contrato bajo análisis, todas las prestaciones a cargo de las partes se encuentran situadas en el mismo plano, no porque tengan similares valores económicos, sino porque desde la celebración misma del Contrato las partes persiguieron a través de todas ellas, la finalidad empírica común descrita en la Cláusula Cuarta del Contrato, es decir, ejecutar bajo el sistema a suma alzada, la obra "Construcción y Equipamiento de la Sede de la Fiscalía Provincial Mixta de Ferreñafe-Lambayeque", por la suma de S/. 870,553.43 (Ochocientos setenta mil quinientos cincuenta y tres y 43/100 Nuevos Soles) con precios al mes de Mayo de 2007.

Se trata, por tanto, de una relación obligatoria objetivamente colectiva con conjunción de prestaciones. Este supuesto se produce, en palabras de Díez-Picazo:

"(...) cuando el deudor debe diversas prestaciones y el acreedor tiene derecho a todas ellas, encontrándose todas en un mismo plano y poseyendo todas ellas idéntica importancia desde el punto de vista económico en orden a la satisfacción de los fines empíricos a cuyo logro la obligación se dirige."²²

²⁰ DIEZ PICAZO, Luis. Fundamentos (...). Op. Cit. Pág. 516.

²¹ Ibidem.

²² Ibidem.

El Tribunal Arbitral ha podido apreciar que el Contrato fue concebido como una "gran" prestación de servicios a cargo de la CONSTRUCTORA en la que existen una multiplicidad de prestaciones; y, en la que el Contrato tiene por finalidad la realización de la Obra "Construcción y Equipamiento de la Sede de la Fiscalía Provincial Mixta de Ferreñafe-Lambayeque".

Es necesario destacar, finalmente, respecto de este punto que el hecho de que la prestación de servicios que, obviamente, es una prestación de hacer, concluya en un dar no la desnaturaliza ni como prestación de hacer ni como prestación de servicios, porque lo relevante en este tipo de relación jurídica es el servicio prestado durante un determinado tiempo, independientemente de que el mismo o parte del mismo pudiera terminar en un dar.

V.5 A TÍTULO ONEROSO

Estamos frente a un contrato oneroso cuando -como explica Scognamiglio- una de las partes:

"(...) se somete a un sacrificio para conseguir una ventaja, y por ello, se establece una relación de equivalencia, entendida en un sentido subjetivo, entre las prestaciones correspondientes"²³.

Estas ventajas subjetivas de cada parte, en verdad, se materializan en las prestaciones correlativas asumidas. Por ello, Bianca sostiene correctamente que:

"(...) el contrato es a título oneroso cuando a la prestación principal de una parte, le corresponde una prestación principal a cargo de la otra"²⁴.

La prestación principal de la CONSTRUCTORA consistía en realizar la Obra con las características pactadas. A su turno, la principal prestación del MINISTERIO consistía en pagar la retribución convenida en la Cláusula Quinta del Contrato de S/. 870,553.43 (Ochocientos setenta mil quinientos cincuenta y tres y 43/100 Nuevos Soles) con precios al mes de Mayo de 2007.

V.6 RELACIÓN OBLIGATORIA DURADERA

La relación obligatoria se presenta como una relación de la vida social que liga a dos o más personas para la realización de determinados fines económicos-sociales.

El fenómeno de la relación obligatoria se evidencia ante nuestros sentidos de manera temporal, en uno o más momentos; los mismos que pueden estar dados por el instante en que se constituyó y empezó a tener existencia, o por el tiempo en el que se desarrolló, se transformó o se extinguió.

Son relaciones obligatorias duraderas todas aquéllas cuyo desenvolvimiento supone un período de tiempo más o menos prolongado y por tanto una pervivencia temporal.

²³ SCOGNAMIGLIO, Renato. *La doctrina general...* Op. Cit. Pág. 292.

²⁴ BIANCA, Massimo. *Diritto Civile III. Il contratto.* Milano - Dott. A. Giuffrè Editore. MilaN° 1984. Pág. 466.

En este tipo de relaciones, la duración no es simplemente tolerada sino querida por las partes, de modo tal que su utilidad es proporcional a ella.

Por tanto, la relación obligatoria duradera ha sido conceptualizada tomando como punto de partida la duración de la relación. En este orden de ideas, nos encontramos frente a una relación obligatoria duradera en contratos como los de arrendamiento, mutuo, depósito, locación de servicios, suministro, entre otros; siendo sin embargo, su ámbito natural, el del contrato de obra.

Las relaciones obligatorias duraderas exigen un límite, convencional o legal porque resulta contrario a la libertad el estar obligado indefinidamente.

Una de las características fundamentales del contrato de obra es su temporalidad porque se trata de un contrato que tiene por objeto la realización de una obra determinada de acuerdo con las características convenidas por las partes. Dicha temporalidad se encuentra vinculada directamente con el plazo. Este plazo tiene un término inicial y un término final para la relación obligatoria en su conjunto.

El "dies solutionis", que es el término inicial del plazo del Contrato determina la exigibilidad de la prestación de la CONSTRUCTORA. Para el Contrato celebrado, el "dies solutionis" se fija de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 145° del Reglamento:

"Artículo 145° Cómputo del plazo de duración de los contratos de obras y plazos de ejecución.-

El plazo de duración de los contratos de obras comienza a regir desde el día siguiente de que se cumplan las siguientes condiciones:

- a) **Que se designe al residente de la obra;**
 - b) **Que se designe al inspector o al Supervisor, según corresponda;**
 - c) **Que se entregue el calendario de obra valorizado en concordancia con el cronograma de desembolsos establecido, los precios unitarios del contratista, y el calendario de adquisición de materiales e insumos necesarios para la ejecución de la obra, cuando sea aplicable;**
 - d) **Que la Entidad haya hecho entrega del Expediente Técnico de obra completo;**
 - e) **Que la entidad haya hecho entrega del terreno o lugar donde se ejecutará la obra; y,**
 - f) **Que se haya entregado el adelanto directo al contratista, de haber sido solicitado por éste, hecho que deberá cumplirse por la Entidad dentro del plazo de siete (7) días de haber recibido la garantía correspondiente.**
- (...)"

En el presente caso, las condiciones señaladas en el artículo mencionado se cumplieron con la entrega del adelanto directo a la CONSTRUCTORA

En cuanto a los "dies solutionis", la CONSTRUCTORA se obligó a ejecutar la Obra en un plazo de 120 días naturales, según lo dispuesto en la Cláusula Sexta del Contrato.

VI. NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO CELEBRADO

En los contratos de obra suscritos al amparo de las normas sobre contrataciones y adquisiciones del Estado, el contratista es el postor adjudicatario de la Buena Pro en la Licitación Pública, en la Adjudicación Directa Pública o en el Concurso convocado para tal efecto, en tanto que el comitente es la entidad estatal que se ha visto en la necesidad de convocar a dicha Licitación Pública, Adjudicación Directa Pública o Concurso para el desarrollo de una obra en particular.

Como indica Roberto Dromi, la Administración para el cumplimiento de sus fines puede requerir la realización de una construcción o instalación. Si esta ejecución se efectúa por intermedio de sujetos privados se recurrirá, en principio, al contrato de obra pública.²⁵

El concepto de obra pública se puede definir a partir de cuatro elementos²⁶:

"Elemento subjetivo: Se requiere que uno de los sujetos de la relación contractual sea el Estado (...), o una persona pública no estatal que ejerza función administrativa por delegación estatal expresa.

Elemento material: El elemento material o instrumental se refiere a la cuestión del origen de los fondos con que se realiza la obra.

Elemento objetivo: El objeto del contrato de obra pública puede tratar sobre inmuebles, muebles y objetos inmateriales.

Elemento finalista o teleológico: La finalidad del Estado o del ente no estatal no tiene transcendencia para definir el contrato de obra pública, porque éste sólo es un procedimiento para realizar o ejecutar una obra".

El Contrato reúne los cuatro elementos anteriormente mencionados, por lo que debe ser considerado como un Contrato de Obra pública.

En primer lugar, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia que a la relación obligatoria creada por las partes, se le deben aplicar las normas del TUO y su Reglamento, y supletoriamente, las normas del Código Civil (en especial, las reglas de la prestación de servicios y del contrato de obra, en lo que fuera pertinente), según lo dispone el artículo 117° del Reglamento:

"Artículo 117°.- Partes integrantes del contrato

(...)

El contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título y, supletoriamente, por las normas del Código Civil.

²⁵ Cfse.: DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. Décima Edición Actualizada. Primera Parte. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires - Madrid. 2004. Pág. 605.

²⁶ Ibídem. Pág. 606.

Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo VIII de este Título. (El subrayado es nuestro).

En la parte introductoria del Contrato, las partes señalaron que estaban celebrando un Contrato de Obra a Suma Alzada, por lo que este Tribunal Arbitral va a analizar las cláusulas del Contrato para determinar si el contrato celebrado es uno de este tipo.

El Código Civil de 1984 ha regulado a la prestación de servicios como el género del cual se desprenden sus distintas modalidades, en las cuales el denominador común está constituido por la fuerza del trabajo, la que se encuentra en diferentes formas en la locación de servicios, el contrato de obra, el depósito, el secuestro y el mandato.

Legislativamente, la definición de contrato de obra se encuentra en el artículo 1771° del Código Civil, el cual precisa lo siguiente:

“Por el contrato de obra el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución.”

Puede apreciarse que en el contrato de obra adquiere especial relevancia, el resultado del trabajo que el contratista se ha obligado a realizar. Por ello, es que Arias Schreiber y otros, han sostenido que:

“(…) El tenor del artículo 1771° es lo suficientemente amplio para extenderse a innumerables hipótesis siempre y cuando pueda descubrirse de su contenido los siguientes elementos condicionadores: a) un resultado para llegar al cual se proporcionan energías que no son un fin, sino un medio; y b) el pago de un precio o retribución, que puede ser determinado o determinable.”²⁷

En primer lugar, puede concluirse que lo relevante del contrato de obra es el resultado concreto y final del trabajo (el opus) que una de las partes se ha obligado a realizar. En este caso se pactó en el Contrato que la CONSTRUCTORA ejecutaría la Obra referida a la “Construcción y Equipamiento de la Sede de la Fiscalía Provincial Mixta de Ferreñafe-Lambayeque”.

Además, debe tenerse en cuenta que:

“Se entiende que el contrato de obra es de tracto único, ya que se concentra en una sola prestación, aunque su distribución haya sido convenida en prestaciones parciales. Este es un elemento diferencial con la locación de servicios, pues en ella la prestación es constante o de tracto sucesivo”²⁸.

²⁷ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, ARIAS-SCHREIBER M, Angela, MARTÍNEZ COCO, Elvira, Exégesis del Código Civil Peruano de 1984, Tomo III. Gaceta Jurídica Editores, Lima. 1997. Pág. 107.

²⁸ Ibidem. Pág. 107.

En el presente caso lo relevante es el resultado del trabajo (el opus). La CONSTRUCTORA se obligó a un hacer, realizar la obra referida a la "Construcción y Equipamiento de la Sede de la Fiscalía Provincial Mixta de Ferreñafe-Lambayeque"; mientras que el MINISTERIO PÚBLICO se obligó a un dar, consistente en pagar una retribución de S/. 870,553.43 (Ochocientos setenta mil quinientos cincuenta y tres y 43/100 Nuevos Soles) con precios al mes de Mayo de 2007.

Por tanto, sobre la base de lo señalado en el presente punto y del análisis del Contrato, este Tribunal concluye: (i) que estamos frente a un contrato de obra²⁹, porque las características del Contrato celebrado corresponden a las de este tipo contractual; y (ii) que a el MINISTERIO PÚBLICO le interesaba el proceso de ejecución de la Obra porque la actividad que debía realizar la CONSTRUCTORA fue descrita específicamente en el Contrato.

En la parte introductoria del Contrato, el MINISTERIO PÚBLICO y la CONSTRUCTORA señalaron que estaban celebrando un contrato de obra a suma alzada.

El Sistema de Suma Alzada es uno de los sistemas³⁰ que pueden utilizarse para la celebración de los contratos de obra pública, según lo dispone el artículo 45° de la Ley. Se usa para determinar el precio de la obra y sus posibles ajustes, atendiendo a las condiciones preestablecidas en función a la naturaleza y al objeto principal del contrato.

En el tercer párrafo del artículo 45° de la Ley se define al Sistema de Suma Alzada, en los siguientes términos:

"Artículo 45° De los sistemas de adquisiciones y contrataciones.-

Las Bases de los procesos de selección para la adquisición y contratación de bienes, servicios y ejecución de obras indicarán, cuando sea necesario, los sistemas o procedimientos que se utilizarán para determinar el precio y sus posibles ajustes, sobre la base de las condiciones preestablecidas en función a la naturaleza y objeto principal del contrato.

(...).

En el sistema de suma alzada, el postor formula su propuesta por un monto fijo y por un determinado plazo de ejecución. Tratándose de obras, el postor presentará, además, el desagregado por partidas que da origen a su propuesta. Este sistema sólo será aplicable cuando las magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas y en los términos de referencia y, en

²⁹ En doctrina existen diferentes clases de Contrato de Obra: Por Ajuste Alzado Absoluto, por Ajuste Alzado Relativo, por Economía, por Administración, por Precios Unitarios, por Llave en Mano, etc. El Código Civil peruano sólo legisla el Contrato de Obra por Precios Unitarios como figura genérica (artículo 1771°), el Contrato de Obra por Ajuste Alzado Relativo (artículo 1776°) y en forma colateral (artículo 1781°) la modalidad del Contrato de Obra por Pieza o Medida.

³⁰ El otro es el Sistema de Precios Unitarios, Tarifas o Porcentajes.

el caso de obras, en los planos y especificaciones técnicas respectivos. (...). (El subrayado es nuestro).

Teniendo en cuenta lo anteriormente mencionado, se celebra un contrato bajo el Sistema a Suma Alzada cuando han sido determinadas totalmente las magnitudes y calidades de la prestación en los planos y especificaciones técnicas de la obra, en virtud de lo cual el postor, en el proceso de selección, presenta una oferta global, con el conocimiento de que su actividad en la ejecución del contrato se encuentra delimitada por tales planos y/o especificaciones.

Puede apreciarse que en este sistema de contratación, la determinación total de las magnitudes y calidades de la obra obliga a que el postor oferte considerando tales condiciones y que la Entidad se comprometa al pago por la integridad de las labores previstas en el Expediente Técnico de las Bases Integradas³¹.

En el sistema a suma alzada se pacta ejecutar una obra por una suma fija y en un plazo establecido, de tal forma que la obra deberá estar definida por sus planos y especificaciones señaladas en el Expediente Técnico que forman parte del contenido del contrato. Esto quiere decir que para contratar bajo esta modalidad se debe contar con los metrados exactos y con toda la ingeniería. De acuerdo con lo señalado anteriormente, el Contrato es de suma alzada, porque el MINISTERIO convocó la realización de una obra por una suma fija y en un plazo establecido, de tal forma que la obra está definida por sus planos y especificaciones señaladas en el Expediente Técnico, contando con los metrados exactos y con toda la ingeniería que forman parte del contenido del contrato.

Así puede apreciarse que el Contrato reúne las siguientes características del Sistema de Suma Alzada:

- La ejecución de una obra determinada: "Construcción y Equipamiento de la Sede de la Fiscalía Provincial Mixta de Ferreñafe-Lambayeque".
- La ejecución por una suma fija: S/. 870,553.43 (Ochocientos setenta mil quinientos cincuenta y tres y 43/100 Nuevos Soles) con precios al mes de Mayo de 2007.
- La realización de la Obra en un Plazo establecido: 120 días naturales.
- La realización de una Obra definida en las Bases Integradas en las que pueden apreciarse los metrados referenciales).

El Sistema de Suma Alzada puede ser absoluto o relativo. Es absoluto cuando no cabe la variación de ninguno de los aspectos de la obra ni del precio que se mantiene fijo e invariable para la totalidad de los trabajos previstos en los planos y presupuestos de la obra. Es relativo cuando el precio o la obra puede ser modificada.

³¹ El Expediente Técnico "es el conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto, Valor Referencial, análisis de precios y fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudios de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios". Numeral 20 del Artículo 2° del Reglamento.

Así tenemos que Spota explica que:

"Al respecto corresponde señalar:

- 1) Es absoluto cuando tanto el precio como la obra son invariables. Ej.: se compromete el empresario a construir una casa por \$ 20.000.000. Si la construye por ajuste alzado absoluto y la casa implica un gasto, al construirla por \$ 21.000.000, se perjudica, pero no puede exigir más de lo contratado (...). Al contrario, si el costo es sólo de \$ 19.000.000 se beneficia, ya que tendrá derecho al precio pactado (...). Debemos insistir en que ese ajuste alzado absoluto exige, no sólo que resulte invariable el precio, sino también la obra, de manera que no podrá haber adicionales ni trabajos innovatorios que importen modificación del Proyecto de obra, salvo que estas labores sean (...) necesarias para alcanzar el resultado prometido y no pudieron preverse al celebrarse el contrato, originando ello una pretensión de reajuste del precio.
- 2) Es relativo cuando se prevé, sea la posibilidad de la variación de la obra, sea la del precio, o ambas suertes de variaciones. Ejm.: se contrata construir tres habitaciones pero se prevé la posibilidad de una modificación en el Proyecto de la obra, reservándose el comitente la facultad de construir otra habitación. Hay, en ese caso, variabilidad en la obra. También se puede prever la variabilidad del precio, y ello es lo que se da con más frecuencia, en épocas de inestabilidad monetaria.³². (El subrayado es nuestro).

El artículo 1776° del Código Civil se refiere al Sistema de Obra por Ajuste Alzado Relativo, pues admite las variaciones convenidas por escrito con el comitente al momento de la celebración del Contrato, siempre que signifiquen mayor trabajo o aumento en el costo de la obra.

"Artículo 1776.- El obligado a hacer una obra por ajuste alzado tiene derecho a compensación por las variaciones convenidas por escrito con el comitente, siempre que signifiquen mayor trabajo o aumento en el costo de la obra. El comitente, a su vez, tiene derecho al ajuste compensatorio en caso de que dichas variaciones signifiquen menor trabajo o disminución en el costo de la obra." (El subrayado es nuestro).

La Ley y su Reglamento regulan al Sistema de Obra por Ajuste Alzado Absoluto porque de acuerdo con sus normas, son invariables tanto el precio como la obra delimitados en la oferta, de manera que solamente pueden haber adicionales que importen modificación del Proyecto de la Obra, cuando estas labores sean necesarias para alcanzar el resultado prometido y no pudieron preverse al celebrarse el contrato, originando ello una pretensión de reajuste del precio.

32

SPOTA, Alberto G. Instituciones de Derecho Civil. Contratos. Volumen V. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1987. Pág. 359 y 3607.

La posibilidad de la realización de obras adicionales en los contratos de obras públicas ha sido prevista en el cuarto párrafo del artículo 159° del Reglamento, en los siguientes términos:

"Artículo 159° Obras adicionales

Sólo procederá la ejecución de obras adicionales cuando se cuente previamente con resolución del Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa de la Entidad y en los casos en que su valor, restándole los presupuestos deductivos, no superen el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original³³.

Del análisis de las características del Contrato celebrado y de lo mencionado en este punto, el Tribunal Arbitral concluye que nos encontramos frente a un Contrato de Obra bajo el Sistema de Suma Alzada, al que se le aplicarán todas las normas que corresponden a su particular naturaleza.

VI. DESARROLLO DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

Las partes en la Audiencia de Determinación de Puntos en Controversia de fecha 10 de febrero de 2012, solicitaron al Tribunal Arbitral que éste se pronuncie sobre diversos puntos por ellas propuestos.

En dicha Audiencia, luego de oír a las partes, el Tribunal Arbitral procedió a fijar los Puntos Controvertidos respecto de cada una de las pretensiones planteadas con la conformidad de las partes.

Al respecto, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia que procederá a pronunciarse respecto de los Puntos Controvertidos fijados, en la forma y el orden que considere conveniente, para resolver de manera adecuada la totalidad de las controversias materia del presente arbitraje.

VI.1 DEL INICIO DE LA OBRA Y SUS IMPLICANCIAS

El inicio de la obra y sus implicancias está vinculado con el siguiente Punto Controvertido:

Primer Punto Controvertido (Pretensión N° 01 de la demanda):

³³ Esta declaración amplia fue desarrollada para cada uno de los casos de contratos de obras, en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado mediante el Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, en cuyo artículo 265°, cuarto párrafo, se establece que: "En los contratos de obra a suma alzada, los presupuestos adicionales de obra serán formulados con los precios del presupuesto referencial afectados por el factor de relación y /o los precios pactados, con los gastos generales fijos y variables del presupuesto referencial multiplicado por el factor de relación. Asimismo, debe incluirse la utilidad del presupuesto referencial multiplicado por el factor de relación y el impuesto general a las ventas (IGV) correspondiente."

Tribunal Arbitral

Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente)

Leonardo Quintana Portal

Elvira Martínez Coco.

Determinar si corresponde declarar o no que existió demora por parte del MINISTERIO en el cumplimiento de lo prescrito en el artículo 240° del Reglamento; y en consecuencia, determinar si corresponde ordenar al MINISTERIO que pague a favor de LA CONSTRUCTORA la suma ascendente a S/. 65,299.39 (Sesenta y cinco mil doscientos noventa y nueve y 39/100 Nuevos Soles), por concepto de resarcimiento de daños y perjuicios.

El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en relación a esta Pretensión, tiene en cuenta los argumentos de los hechos expuestos por ambas partes, debidamente detallados en la parte II del "Proceso Arbitral" del presente laudo.

Después de analizar los argumentos de ambas partes, así como la prueba actuada a lo largo de este proceso, el Tribunal Arbitral realiza el siguiente análisis respecto del Primer Punto Controvertido relacionado con el cumplimiento o no por parte del MINISTERIO de lo dispuesto en el artículo 240° del Reglamento y sus implicancias:

1. Que el Artículo 240° del Reglamento, establece las siguientes condiciones para que se inicie el plazo de ejecución de la Obra:

"Artículo 240° Inicio del plazo de ejecución de la Obra.-

El inicio del plazo de ejecución de obra comienza a regir desde el día siguiente de que se cumplan las siguientes condiciones:

- 1) Que se designe al inspector o al supervisor, según corresponda;
- 2) Que la Entidad haya hecho entrega del expediente técnico de obra completo;
- 3) Que la Entidad haya hecho entrega del terreno o lugar donde se ejecutará la obra; y,
- 4) Que la Entidad entregue el Calendario de Entrega de Materiales e Insumos necesarios, cuando en las Bases se hubiera establecido tal responsabilidad por parte de la Entidad.
- 5) Que se haya entregado el adelanto directo al contratista, de haber sido solicitado por éste, hecho que deberá cumplirse por la Entidad dentro del plazo de siete (7) días de haber recibido la garantía correspondiente.

Las condiciones a que se refieren los literales precedentes, deberán ser cumplidas dentro de los quince (15) días contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato. En caso de que el contratista solicite la entrega del adelanto directo, la solicitud y entrega de la garantía deberá formalizarse dentro del indicado plazo.

En caso no se haya solicitado la entrega del adelanto directo, el plazo se inicia con el cumplimiento de las demás condiciones. (...).

Asimismo, si la Entidad no cumple con lo dispuesto en los incisos precedentes por causas imputables a esta, en los quince (15) días siguientes al vencimiento del plazo previsto anteriormente, el contratista tendrá derecho al resarcimiento de daños y perjuicios por un monto equivalente al cinco por mil (5/1000) del monto del contrato por día y hasta por un tope de setenta y cinco por mil (75/1000) de dicho monto contractual. Vencido el plazo indicado, el contratista podrá además solicitar la resolución del contrato por incumplimiento de la Entidad" (El subrayado es nuestro).

2. Que LA CONSTRUCTORA suscribió con fecha 19 de diciembre de 2007, el Contrato de Ejecución de Obra N° 11-2007³⁴, con el MINISTERIO para la ejecución de la Obra: "Construcción y Equipamiento de la Sede de la Fiscalía Provincial Mixta de Ferreñafe - Lambayeque" por un monto de S/. 870.658.48 (Ochocientos sesenta mil seiscientos cincuenta y ocho y 48/100 nuevos soles), con un plazo de 120 días calendarios.
3. Que de las comunicaciones presentadas por EL MINISTERIO, se desprende que LA CONSTRUCTORA presentó oportunamente la Carta de Garantía pertinente, aunque lo hizo por un monto superior al que le correspondía solicitar por concepto de Adelanto Directo, en razón que tomó en cuenta el valor referencial del Contrato, en lugar de tomar en cuenta el valor del Contrato.
4. Que ello se desprende de lo expresado en el Oficio N° 084-2008-MP-FN-GG-GECLOG-GINFRA³⁵ del 08 de enero de 2008, a través del cual se solicitó la devolución de la Carta Fianza emitida por un monto de S/. 193,479.66 (Ciento noventa y tres mil cuatrocientos setenta y nueve y 66/100 Nuevos Soles) equivalente al 20% del valor referencial del Contrato, y se remitió la Carta Fianza N° 68-01001481-00 en original emitida por Mapfre/Latina afianzando a LA CONSTRUCTORA en la suma de S/. 174,131.69 (Ciento setenta y cuatro mil ciento treinta y un y 69/100 Nuevos Soles) correspondiente al 20% del valor del Contrato.

"Tengo el agrado de dirigirme a Usted, a efectos de remitirle adjunto al presente la Carta Fianza N° 68-01001481-00 (original) (...) por adelanto directo (...) cuyo monto afianzado es de S/. 174,131.69 y cuya fecha de vencimiento es el 16.03.2008.

En tal sentido, mucho agradeceré se sirva devolver a esta gerencia la Carta Fianza remitida a su despacho mediante Oficio N° 052-2008-MP-FN-GG-GECLOG-GINFRA³⁶ de fecha 07 de enero 2008, cuyo valor afianzado era de S/. 193,479.66 Nuevos Soles, la misma que está siendo reemplazada por la señalada en el párrafo precedente." (El subrayado es nuestro).

³⁴ Medio Probatorio N° 1 de la Demanda.

³⁵ Medio Probatorio N° 5.6 de la Contestación de la Demanda.

³⁶ Medio Probatorio N° 5.5 de la Contestación de la Demanda.

5. Que de la prueba anteriormente transcrita, el Tribunal Arbitral ha podido apreciar que hubo un error en el importe afianzado inicialmente por LA CONSTRUCTORA, la que avaló en exceso el monto a ser solicitado por concepto de adelanto directo.
6. Que el artículo 219° del Reglamento regula las garantías por adelantos, en los siguientes términos:

"Artículo 219.- Garantía por adelantos

La Entidad solo puede entregar los adelantos previstos en las Bases y solicitados por el contratista, contra la presentación de una garantía emitida por idéntico monto y un plazo mínimo de vigencia de tres (3) meses, renovable trimestralmente por el monto pendiente de amortizar, hasta la amortización total del adelanto otorgado. La presentación de esta garantía no puede ser exceptuada en ningún caso." (El subrayado es nuestro).

7. Que en este orden de ideas, el Tribunal Arbitral entiende que LA CONSTRUCTORA cumplió con el supuesto del artículo 240° del Reglamento bajo comentario, al haber solicitado en tiempo oportuno la entrega del adelanto directo, de tal manera que la solicitud y entrega de la garantía se formalizó dentro del plazo indicado en el mencionado artículo, con total independencia que haya sido entregada inicialmente por un monto mayor y con posterioridad reemplazada por otra por el monto exacto.
8. Que el artículo 244° del Reglamento regula la entrega del Adelanto Directo en los siguientes términos:

"Artículo 244.- Entrega del Adelanto Directo

En el caso que en las Bases se haya establecido el otorgamiento de este adelanto, el contratista dentro de los 15 días contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato, podrá solicitar formalmente la entrega del adelanto, adjuntando a su solicitud la garantía y el comprobante de pago correspondientes, debiendo la Entidad entregar el monto solicitado dentro de los siete (7) días contados a partir del día siguiente de recibida la solicitud y garantía correspondiente (...)." (El subrayado es nuestro).

9. Que con fecha 23 de enero de 2008, el MINISTERIO hizo entrega del Adelanto Directo³⁷ y del Adelanto de Materiales.
10. Que con fecha 04 de enero de 2008 se realizó la Entrega de Terreno³⁸ para la ejecución de la obra.

³⁷ Punto 9 del folio 10 de la Contestación de la demanda y Punto 4 del folio 5 de la demanda.

³⁸ Medio Probatorio N° 2 de la demanda y 5.2 de la contestación de demanda.

11. Que en la Cláusula Décima del Contrato se estableció que EL MINISTERIO debía entregar el terreno en el plazo máximo de quince días naturales después de la firma del Contrato

"DÉCIMA.- INICIO DE LAS OBRAS

10.01 EL MINISTERIO mediante Acta hará entrega del terreno al Contratista o su representante legal dentro del plazo máximo de quince (15) días naturales siguientes de firmado el contrato, definiendo los hitos que lo delimitan y los puntos geométricos necesarios para el trazado de la obra. El Trazado de la obra será ejecutado por el Contratista con equipo y personal de éste y verificado y aprobado por el Inspector o Supervisor de la obra, según corresponda, bajo responsabilidad.

10.02 El plazo entrará a regir según lo establecido en el Artículo 240° del REGLAMENTO. (...)."(El subrayado es nuestro).

12. Que de los actuados se evidencia que EL MINISTERIO entregó el terreno el 04 de enero de 2008, 16 días después de suscrito el Contrato y un día después del plazo de quince días establecido en el artículo 240° del Reglamento y en la Cláusula Décima del Contrato.

13. Que respecto al Expediente Técnico entregado por EL MINISTERIO, en el Laudo Arbitral del 12 de agosto de 2010, se estableció que éste era deficiente, al señalarse lo siguiente:

"Con lo expuesto queda claro para este Tribunal que el retraso incurrido por la Constructora no le es imputable, sino que esto obedece a claros problemas suscitados en el Expediente Técnico elaborado por un tercero, en este caso el proyectista y que en tales condiciones fue puesto a su disposición por la Entidad para la ejecución de los trabajos contratados." (El subrayado es nuestro).

14. Que sin embargo, y para mayor abundamiento, de los Asientos del Cuaderno de Obra N°s 90 del 25 de marzo de 2008, 96 del 29 de marzo de 2008, 110 del 10 de abril de 2008, 111 del 11 de abril de 2008, 113 del 14 de abril de 2008, 114 del 16 de abril de 2008, 119 del 19 de abril de 2008, 126 del 26 de abril de 2008, 127 del 28 de abril de 2008, 137 del 30 de abril de 2008, 138 del 30 de abril de 2008, 143 del 06 de mayo de 2008, 144 del 07 de mayo de 2008, ha quedado evidenciado en el presente proceso que el Expediente Técnico entregado por EL MINISTERIO estuvo incompleto.

15. Que adicionalmente, en el Anexo N° 08 (Folio 13 – Asientos 22 y 23 del Cuaderno de Obras) del Informe Pericial del 18 de marzo de 2009 entregado por el MINISTERIO en la Audiencia Ilustrativa, se aprecia que no se había tramitado la licencia de construcción y que la misma se encontraba en trámite, durante el proceso de ejecución del Contrato.

16. Que por lo tanto, resulta de aplicación lo dispuesto en el cuarto párrafo del artículo 240° del Reglamento, que precisa:

"Asimismo, si la Entidad no cumple con lo dispuesto en los incisos precedentes por causas imputables a esta, en los quince (15) días siguientes al vencimiento del plazo previsto anteriormente, el contratista tendrá derecho al resarcimiento de daños y perjuicios por un monto equivalente al cinco por mil (5/1000) del monto del contrato por día y hasta por un tope de setenta y cinco por mil (75/1000) de dicho monto contractual."
(El subrayado es nuestro).

17. Que de los hechos expuestos, ha quedado demostrado que existió demora por parte del MINISTERIO en el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 240° del Reglamento.
18. Que en aplicación del mencionado artículo, EL MINISTERIO está obligado a resarcir a LA CONSTRUCTORA con la suma de S/ 65,299.35 (Sesenta y cinco mil doscientos noventa y nueve y 35/100 Nuevos Soles) por los daños y perjuicios que se le ocasionaron.

Fecha de Firma del Contrato: 19 de diciembre de 2007.

Demora en el cumplimiento del artículo 240°: 23 de abril de 2008.

Número de días del desfase: Supera los 15 días establecidos en el artículo 240° del Reglamento.

Monto del Contrato incluido el IGV: S/. 870.658.48

Daños y perjuicios diario: 5/1000 del Monto Contractual (S/. 870.658.48) = S/. 4,353.29

Daños y perjuicios Tope: S/. 4,353.29 x 15 días calendarios = S/. 65.299.35

19. Que siendo así las cosas, el Tribunal Arbitral deberá declarar FUNDADA la Pretensión N° 01 de la demanda; y en consecuencia, deberá ORDENAR al MINISTERIO que pague a LA CONSTRUCTORA el monto de S/. 65,299.39 (Sesenta y cinco mil doscientos noventa y nueve y 39/100 Nuevos Soles), por concepto de resarcimiento de daños y perjuicios, al no haber cumplido oportunamente con las condiciones establecidas en el artículo 240° del Reglamento.

VI.2 DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en relación al tema del enriquecimiento sin causa, tiene en cuenta los argumentos de los hechos expuestos por ambas partes, debidamente detallados en la parte II del "Proceso Arbitral" del presente laudo.

Después de analizar los argumentos de ambas partes, así como la prueba actuada a lo largo de este proceso, el Tribunal Arbitral realiza el siguiente análisis respecto del siguiente punto controvertido vinculado al tema del enriquecimiento sin causa:

Segundo Punto Controvertido (Pretensión N° 02 de la demanda):

Determinar si corresponde declarar o no que los mayores trabajos ejecutados en estructuras, arquitectura e instalaciones eléctricas, reclamados como parte de los trabajos solicitados en su oportunidad como Adicionales de Obra, no forman parte del proyecto contractual y que su ejecución fue necesaria para dar solución al proyecto contractual; y en consecuencia, determinar si corresponde ordenar al Ministerio Público que pague a favor de la Constructora P y L S.R.L. la suma ascendente a S/. 68,150.67 (Sesenta y ocho mil ciento cincuenta y 67/100 Nuevos Soles), por concepto de enriquecimiento indebido por la ejecución de los trabajos señalados.

En relación con este particular, el Tribunal Arbitral considera lo siguiente:

1. Que la Obra se inició el 24 de enero del 2008, viéndose limitada en su ejecución al ser resuelto el Contrato.
2. Que el Laudo Arbitral de fecha 12 de agosto de 2010, en su parte resolutive concluyó entre otros puntos, lo siguiente:

"PRIMERO: Declarar FUNDADA EN PARTE la primera pretensión de la parte demandante, en el extremo que solicita la ineficacia de la resolución de Contrato de ejecución de Obra N° 11-2007, suscrito entre CONSTRUCTORA P Y L S.R.L. y el MINISTERIO PÚBLICO, e IMPROCEDENTE en el extremo que solicita disponer que se restituya el derecho de LA CONSTRUCTORA a ejecutar el saldo de la obra contratada; quedando el vínculo contractual establecido entre las partes concluido, por causa no imputable al Contratista." (El subrayado es nuestro).

3. Que en la parte considerativa del laudo en mención, se señaló que:

"Con lo Expuesto queda Claro para este Tribunal que el retraso incurrido por la Constructora no le es imputable, sino que esto obedece a claros problemas suscitados en el Expediente Técnico elaborado por un tercero, en este caso el proyectista y que en tales condiciones fue puesto a su disposición por la Entidad para la ejecución de los trabajos contratados."

(...)

Por las razones expuestas este Tribunal Arbitral considera que deba declararse FUNDADA en parte la primera pretensión de la parte demandante, en el extremo que queda sin efecto la Resolución de contrato dispuesta por el Ministerio específicamente del Contrato de Ejecución de Obra N° 11-2007 suscrito entre la Constructora y el Ministerio e INFUNDADO en el extremo que solicita se le permita la ejecución del saldo de la obra contratada sin culpa del contratista³⁹" Pág. 40-41 de Laudo del 12.08.2010⁴⁰. LA CONSTRUCTORA (El subrayado es nuestro).

4. Que por lo tanto, en virtud del laudo anterior que tiene la calidad de cosa juzgada, el Contrato quedó resuelto por causa no imputable a LA CONSTRUCTORA,

³⁹ Página 41 del Laudo Arbitral de Derecho del 12 de agosto 2010.

⁴⁰ Medio Probatorio N° 14.22 de la Demanda.

habiéndose señalado claramente que el retraso de LA CONSTRUCTORA en la ejecución de la Obra tuvo como causa la existencia de un Expediente Técnico elaborado por un tercero.

5. Que a modo de ejemplo, este Tribunal cita los siguientes eventos que han sido probados en este proceso: (i) Mediante el Asiento 9041 del Cuaderno de Obra de fecha 24 de marzo de 2008, el Supervisor dio a conocer el voltaje de la energía eléctrica al que se empalmaría la Red, al no estar claramente señalada en los planos; (ii) Con el Asiento 11342 del Cuaderno de Obra del Supervisor de fecha 16 de abril de 2008, se alcanzó copia de la ubicación del grupo electrógeno y el voltaje de la corriente eléctrica para los tableros, entregados en documentos más planos; (iii) Mediante el Asiento 114 del Cuaderno de Obra de fecha 16 de abril de 2008, la CONSTRUCTORA indicó que hasta esa fecha no se tenía el Punto de Desagüe para descargar las aguas servidas provenientes de la Comisaría; (iv) Con el Asiento 126 del Cuaderno de Obra de fecha 26 de abril de 2008⁴³, el Supervisor complementó la entrega de planos en el asiento 119 con el nuevo Plano IE-5; (v) Mediante el Asiento 127 del Cuaderno de Obra de fecha 28 de abril de 2008, el Supervisor señala que la tubería de desagüe existente de apariencia antigua y en desuso, que atravesaba la obra era la tubería por la que se descargaban los desagües de los servicios higiénicos de los detenidos, También hacen referencia a los errores del cerco de la Comisaría; (vi) Con la Carta N° 98-PYL-OBRAS/MPFN44 de fecha 28 de abril de 2008, se comunicó a la ENTIDAD los problemas encontrados durante la ejecución del primer nivel de la obra, en lo concerniente a las instalaciones eléctricas, instalaciones sanitarias y estructuras, los cuales constan en varios asientos del Cuaderno de Obra; (vii) Mediante la Carta N° 100-PYL-OBRAS/MPFN45 de fecha 28 de abril de 2008, se comunicó a la ENTIDAD sobre los problemas encontrados durante la ejecución del primer nivel de la obra, en lo concerniente a las instalaciones eléctricas, instalaciones sanitarias y estructuras, los cuales constan en varios asientos del Cuaderno de Obra; (viii) Mediante el Asiento del Supervisor 138 del Cuaderno de Obra de fecha 30 de abril de 2008⁴⁴, se dejó constancia de precisiones que debieron formar parte de los planos sobre mamposterías de cristal laminado; (ix) Mediante el Asiento 142 del Cuaderno de Obra de fecha 06 de mayo de 2008⁴⁵, la CONSTRUCTORA indica que la obra se encuentra atrasada por causas ajenas a su representada, tal como se indica en la Carta Nro. 098-PYL-OBRAS/MPFN48 que no se han resuelto hasta la fecha, encontrándose como muestra de ello: a) El Punto de desagüe para canalizar los desechos sólidos de la comisaría. b) Se ha

- 41 Medio Probatorio N° 1 del Grupo de Asientos de Cuaderno de Obras de la demanda.
42 Medio Probatorio N° 01-Asientos de Cuaderno de Obra (Folio 37 de la demanda).
43 Medio Probatorio N° 01-Asientos de Cuaderno de Obra (Folio 37 de la demanda).
44 Medio Probatorio N° 3 de la Demanda.
45 Medio Probatorio N° 4 de la Demanda.
46 Medio Probatorio N° 01-Asientos de Cuaderno de Obra (Folio 37 de la demanda).
47 Medio Probatorio N° 01-Asientos de Cuaderno de Obra (Folio 37 de la demanda).
48 Medio Probatorio N° 3 de la Demanda.

 74

cambiado el proyecto en el plano IE-05, (...), d) No se consideró la construcción de la placa W3 y de las columnas del proyecto (...); (x) Mediante la Carta N° 020-2008-WRVM-CSCSFF49 de fecha 13 de mayo de 2008, la Supervisión dentro de su informe sobre adicional de obra N° 01 evidencia los errores del proyecto, en el que se precisa claramente que el proyecto estuvo inconcluso y evidencia la necesidad de su ejecución con modificaciones.

6. Que LA CONSTRUCTORA dejó constancia que los errores arriba enunciados no eran los únicos.
7. Que si bien es cierto, el tercero que elaboró defectuosamente el Expediente Técnico debe responder frente al MINISTERIO por sus actos, no es menos cierto que este hecho no exime al MINISTERIO de su responsabilidad al haber hecho entrega a LA CONSTRUCTORA de un Expediente Técnico con esa calidad.
8. Que este Tribunal Arbitral ha podido apreciar de la documentación obrante en el Expediente a la que a continuación se cita en cada oportunidad, que LA CONSTRUCTORA ejecutó una serie de trabajos que originalmente no estuvieron previstos en el Expediente Técnico.
9. Que mediante el Asiento 11050 del Cuaderno de Obra de fecha 10 de abril de 2008, el Supervisor justificó que: a) la demolición se hizo por medida de seguridad ya que en el borde de dicho cerco se iba a excavar la cimentación, hasta una profundidad de 2.10 m lo cual añadido al estado de dichos cercos, se corría el riesgo de que se desplomaran, vale decir forma parte del procedimiento constructivo, y como no se puede afectar a terceros hay necesidad que se repongan. Preciso adicionalmente que:

"Además esta reposición está compensada con la demolición de la cimentación de todo el cerco que está presupuestado y no se ha ejecutado y la eliminación como desmonte de todo el cerco que parte no se ha ejecutado y además parte de los adobes se van a utilizar."

10. Que mediante el Asiento 11351 del Cuaderno de Obra del Supervisor de fecha 16 de abril de 2008, se hizo entrega del bifolio del Calentador eléctrico instantáneo en el que aparecen accesorios como llaves termo magnéticas, válvulas y tubos de abastos.
11. Que mediante el Asiento 114 del Cuaderno de Obra de fecha 16 de abril de 2008, la CONSTRUCTORA precisó que en una Obra no existe la palabra compensación, de tal modo que el término adecuado es Adicional y Deductivo, y que de no ser así no se ejecutarían los trabajos de la Comisaría respecto del cerco indicado en el Expediente.

49 Medio Probatorio N° 6 de la Demanda.

50 Medio Probatorio N° 01-Asientos de Cuaderno de Obra (Folio 37 de la demanda).

51 Medio Probatorio N° 01-Asientos de Cuaderno de Obra (Folio 37 de la demanda).

Tribunal Arbitral

Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente)

Leonardo Quintana Portal

Elvira Martínez Coco.

12. Que mediante el Asiento 121 del Cuaderno de Obra de fecha 21 de abril de 200852, la CONSTRUCTORA dejó constancia respecto del Asiento 117 de la Supervisión que se consultó sobre dos placas que no estaban consideradas en el Tercer Nivel, las placas W7 y W3.
13. Que mediante el Asiento 127 del Cuaderno de Obra de fecha 28 de abril de 200853, el Supervisor al hacer referencia a los errores del cerco de la Comisaría, reconoció que erróneamente se había considerado la demolición de todo el cerco, y que se demolió el muro de la Comisaría por no haber partidas de calzada en la cimentación del muro.
14. Que mediante la Carta N° 017-2008-WRVM-CSCFF54 de fecha 04 de mayo de 2008, la Supervisión entregó su informe del mes de abril, en el cual, entre otras cosas señaló que el volumen de concreto vaciado en el sistema de Vigas y Aligerado del 1er y 2do piso había resultado superior a lo que aparecía en el metrado respectivo del Expediente Técnico.
15. Que mediante el Asiento 14455 del Cuaderno de Obra de fecha 07 de mayo de 2008, la Supervisión (I) devolvió el expediente adicional por contener partidas que a su parecer no correspondían, como la demolición y restitución del muro de la comisaría debido a que señala que se demolió por no utilizarse trabajos de calzada para zanja de 2.10m de profundidad, comentan de la definición de una columna ubicada en las intersecciones de los ejes C y 5 que esas partidas están en el plano E-8, 2) las columnas del parapeto no deben ser de 210 kg/cm2 sino de concreto pobre, 3) falta de detalles de cálculo de acero del refuerzo de todos los elementos reforzados del Adicional 01, 4) la altura de piso a techo es de 2.70.
16. Que la CONSTRUCTORA ha acreditado en este proceso que las divergencias entre el proyecto que recibió para su ejecución y el proyecto que se ejecutó, dio lugar a que se realizarán ajustes o modificaciones técnicas necesarias para cumplir con el objetivo buscado.
17. Que la CONSTRUCTORA ha solicitado el reconocimiento y pago de los mayores trabajos ejecutados debido a las deficiencias del proyecto que se listan en los cuadros de determinación de trabajos ejecutados, considerando que al momento de la resolución de contrato, la obra se encontraba en Edificación completa a nivel de estructuras acabadas, arquitectura a nivel de pintura sin vidrios, detallándose los siguientes:

Mayores trabajos no reconocidos para ejecutar la Estructura de la Obra cuyo valor asciende a S/. 39,413.98 (Treinta y nueve mil cuatrocientos trece y 98/100 Nuevos Soles).

52 Medio Probatorio N° 01-Asientos de Cuaderno de Obra (Folio 37 de la demanda).

53 Medio Probatorio N° 01-Asientos de Cuaderno de Obra (Folio 37 de la demanda).

54 Medio Probatorio N° 5 de la Demanda.

55 Medio Probatorio N° 01-Asientos de Cuaderno de Obra (Folio 37 de la demanda).

Tribunal Arbitral

Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente)

Leonardo Quintana Portal

Elvira Martínez Coco.

- Mayores trabajos no reconocidos para ejecutar la Arquitectura de la Obra cuyo valor asciende a S/. 25,712.11 (Veinticinco mil setecientos doce y 11/100 Nuevos Soles).
- Mayores trabajos no reconocidos para ejecutar las Instalaciones Eléctricas de la Obra cuyo valor asciende a S/. 3,024.58 (Tres mil veinticuatro y 58/100 Nuevos Soles).

18. Que LA CONSTRUCTORA también ha precisado que en el proceso de resolución de contrato se produjo un corte en la ejecución de la obra; por lo que debe reconocérsele lo ejecutado hasta esa fecha.

19. Que teniendo en consideración lo anterior, LA CONSTRUCTORA solicita que se declare procedente y fundado su pedido de reconocimiento de la suma de S/.68,150.67(Sesenta y ocho mil ciento cincuenta y 67/100 Nuevos Soles), por concepto de enriquecimiento indebido por la ejecución de los trabajos anteriormente señalados.

20. Que el artículo 255° del Reglamento establece que la forma de valorizar en los contratos a Suma Alzada, es la siguiente:

"Artículo 255° del Reglamento.-

(...) En el caso de obras contratadas bajo el sistema de suma alzada, durante la ejecución de la obra, las valorizaciones se formularán en función de los Metrados ejecutados por los precios unitarios del valor referencial agregando separadamente los gastos generales y utilidad del valor referencial (...)"

21. Que los trabajos desagregados a nivel de componentes reclamados por LA CONSTRUCTORA, consideran los siguientes importes:

MAYORES TRABAJOS EJECUTADOS NO PAGADOS	IMPORTE
Estructuras	S/. 39,413.98
Arquitectura	S/. 25,712.11
Instalaciones Eléctricas	S/. 3,024.58
Total Reclamado	S/. 68,150.67

22. Que en relación con este particular, el Tribunal Arbitral ha analizado la información aprobada o denegada en el Laudo Arbitral que menciona la misma. Así tenemos que:

- El MINISTERIO aprobó dos Adicionales durante la Ejecución de la Obra el Adicional N° 01 por la suma de S/. 5,108.61 (Cinco mil ciento ocho y 61/100 Nuevos Soles) mediante la R.G.G. N° 472-20 08-MP-FN-GG, y el Adicional N° 02 por la suma de S/. 64,632.84 (Sesenta y cuatro mil seiscientos treinta y dos

y 84/100 Nuevos Soles) mediante la R.G.G. N° 508-2008-MP-FN-GG), mientras que el Adicional N° 03 no fue aprobado.

- La Resolución de la Gerencia General N° 472-2008-MP-FN-GG⁵⁶ especifica que:

"Al efecto el contratista hizo llegar a la Supervisión el expediente correspondiente al Adicional de Obra N° 01, para la ejecución de partidas de arquitectura, estructura e instalaciones eléctricas y sanitarias que permitan dejar las estructuras de fierro e instalaciones de agua necesarias para un nivel más sin tener que realizar demoliciones de losa aligerada y de columnas por un monto de S/. 5,108.61 (...).

Igualmente (...) ha presentado el Presupuesto Deductivo N° 01, por la no ejecución de muro, tabique y revoques por un monto de S/.590.10 (...).

- La Resolución de la Gerencia General N° 508-2008-MP-FN-GG⁵⁷ señala que:

"(...). El contratista hizo llegar a la supervisión el expediente correspondiente al adicional de obra N° 02, para la ejecución de partidas de arquitectura, estructura e instalaciones eléctricas, que permitan la protección adecuada del grupo electrógeno y los tableros eléctricos de la obra, así como la instalación de detectores de humo en el tercer nivel, conectados a la alarma contra incendio por un monto de S/. 64,632.84 (...)

Igualmente (...) ha presentado el Presupuesto Deductivo N° 02, por la no ejecución de instalaciones eléctricas por un monto de S/. 48,773.39 (...).

- En el Laudo se muestra que el Adicional de Obra N° 03 cubre trabajos de tuberías de PVC:

"El Supervisor con Carta (...) emite su opinión respecto del adicional N° 03 manifestando entre otros puntos que si bien hay congestión en el número de tubos agudizado por el mayor diámetro del tubo de cómputo y teléfono de 40 mm de diámetro, indica que parte de los tubos pueden ir en el falso piso, parte en el contrapiso y si es necesario otra parte puede ir en la parte superior del relleno del afirmado (...) para lo que es suficiente la tubería de 25 mm de diámetro"

23. Que del desagregado de los metrados se entiende que los trabajos reclamados en esta pretensión de LA CONSTRUCTORA, incluyen:

En la fase de estructuras: mayores trabajos de cimientos corridos por mayor profundización, Acero en falso piso, encofrados en vigas de cimentación,

⁵⁶ Medio Probatorio N° 14.04 de la demanda.

⁵⁷ Medio Probatorio N° 14.04 de la demanda

vigas, losas aligeradas y dinteles en "tres pisos" que asciende a S/. 39,413.98 (Treinta y nueve mil cuatrocientos trece y 98/100 Nuevos Soles) incluido IGV.

- En la fase de Arquitectura metrados de muros de ladrillo KK sogá, tarrajeo en muros interiores, pisos y contrazócalos, que asciende a S/. 25,712.11 (Veinticinco mil setecientos doce y 11/100 Nuevos Soles).
- Entre los trabajos eléctricos se consideran curvas de PVC-SAP de 15 mm y Uniones PVC-P de 15mm, 20mm, 40mm, que ascienden a un monto de S/. 3,024.58 (Tres mil veinticuatro y 58/100 Nuevos Soles).

24. Que de la prueba aportada y analizada, ha quedado evidenciado que estos trabajos no estaban incluidos en los adicionales aprobados N°s 1, 2, ni en el Adicional N° 03⁵⁸.

"7. Esta conclusión, fue determinada en el Laudo Arbitral de Derecho Resolución N° 22 de fecha 12 de agosto de 2010, que en copia adjuntamos a la presente contestación de demanda; que estableció en el Artículo CUARTO, declarar infundada la cuarta pretensión de la parte demandante (la CONSTRUCTORA), en cuanto solicitó que se apruebe el Adicional de Obra N° 03" Punto de la Contestación de la demanda" – Contestación de demanda⁵⁹" (El subrayado es nuestro).

25. Que adicionalmente, este Tribunal Arbitral considera que hay que destacar que la cuantía de metrados supera las cuantías de las Valorizaciones, las cuales contemplan solo los metrados del Presupuesto Referencial.

"8. Igualmente, con relación al reconocimiento de los metrados finales y las partidas finales ejecutadas durante el desarrollo de la obra; lo que fue determinado en el laudo arbitral de derecho, que estableció en su Artículo SEXTO; que declara fundada la sexta pretensión de la parte demandante (la ENTIDAD), en cuanto a la solicitud de pago de la valorización N° 07 y N° 08. Y estas han sido totalmente consideradas en el cálculo de la Liquidación efectuada por la ENTIDAD"

26. Que por lo tanto, al tratarse de una Obra con contrato resuelto, en aplicación analógica, se debe elaborar una Valorización final en la que se contemple el pago de los metrados ejecutados, con las mismas condiciones de una valorización, tal como lo dispone el artículo 255° del Reglamento para las valorizaciones que deben efectuarse durante la ejecución de una obra.

"Artículo 255° del Reglamento.-

En el caso de obras contratadas bajo el sistema de suma alzada, durante la ejecución de la obra, valorizaciones se formularán en función de los Metrados ejecutados por los precios unitarios del

⁵⁸ Medio Probatorio N° 14.22 de la Demanda.

⁵⁹ Escrito del 02.06.2011 del MINISTERIO.

valor referencial agregando separadamente los gastos generales y utilidad del valor referencial (...)"

27. Que en la Valorización N° 08 (columna de acumulados) se evidencia que la misma incluye como tope los metrados del presupuesto referencial; sin embargo, del presupuesto de metrados reales, se desprende que en Arquitectura, los metrados de muros de ladrillo KK sogá, tarrajeo en muros interiores, pisos y contrazócalos, en Estructuras: trabajos de cimientos corridos por mayor profundización, Acero en falso piso, encofrados en vigas de cimentación, vigas, losas aligeradas y dinteles en "tres pisos" y en Instalaciones Eléctricas: se considera curvas de PVC-SAP de 15 mm y Uniones PVC-P 15mm, 20mm, 40mm, con metrados que superan los metrados referenciales.
28. Que por otro lado, la Carta N° 98-PyL-OBRAS/MPFN⁶⁰ del 23 de abril de 2008 muestra, entre otras cosas, que estando próximo a llenar el techo aligerado del tercer nivel y llevaban una pérdida de 04 m³ de concreto premezclado f_c=210 kg/cm², antes de realizar dicho trabajo, y que de los cálculos presentados se evidenciaba que para la ejecución del techo de dos de los tres pisos se requerían 82 m³, sin embargo, para los tres pisos solo se habían considerado 76.18 m³.
29. Que la situación anteriormente mencionada, fue señalada por el propio Supervisor en su Informe Mensual de abril⁶¹, cuando advirtió que el volumen vaciado en el sistema de vigas y aligerado del 1er y 2do piso había resultado superior a lo que aparecía en el metrado respectivo del Expediente Técnico.

"ASPECTOS RELEVANTES DURANTE EL DESARROLLO DE LA OBRA

(...)

El Volumen de Concreto vaciado en el sistema de vigas y aligerado del 1er y 2do Piso ha resultado superior a lo que aparece en el metrado respectivo del Expediente Técnico."

30. Que por todo lo mencionado, para este Tribunal Arbitral es claro que LA CONSTRUCTORA ejecutó mayores metrados que eran necesarios para la consecución de la Obra, cuyo pago no le fue reconocido en su oportunidad por EL MINISTERIO.
31. Que siendo así las cosas, corresponde que se analice si el reconocimiento de las partidas ejecutadas puede ser amparado por la vía del enriquecimiento sin causa.

El enriquecimiento sin causa

Los desplazamientos patrimoniales sin causa

32. Que la "entrega a otro algún bien o cantidad" constituye una atribución o desplazamiento patrimonial.

⁶⁰ Medio Probatorio N° 3 de la Demanda.

⁶¹ Medio Probatorio N° 5 de la Demanda.

33. Que una atribución o desplazamiento patrimonial consiste en una ventaja o beneficio de carácter patrimonial proporcionado a otra persona. Implica, por consiguiente, la alteración en la esfera patrimonial de un sujeto. Así, la entrega de un bien a (o la realización de un servicio a favor de) un sujeto de derecho constituye una atribución o desplazamiento patrimonial.
34. Que si bien "atribución" y "desplazamiento" pueden ser entendidos como sinónimos, en estricto, el término "desplazamiento" es más concreto que el término "atribución", ya que requiere que la citada ventaja o beneficio se materialice en un bien (o dinero), dejando así al margen toda atribución patrimonial que implique un hacer o un no hacer.
35. Que como expresa Díez-Picazo:

"Todo desplazamiento patrimonial, todo enriquecimiento y, en general, toda atribución, para ser lícitos, deben fundarse en aquellas causas o razones de ser que el ordenamiento jurídico considera como justas. Cuando una atribución patrimonial no está fundada en una justa causa, el beneficiario de la atribución debe restituir al atribuyente el valor del enriquecimiento y, correlativamente, surge una acción o una pretensión, en favor de este último, para obtener o reclamar dicha restitución"⁶². (El subrayado es nuestro).

36. Que para que un desplazamiento patrimonial pueda ser calificado de "pago" es menester que: 1) encuentre su fundamento y su razón de ser en una previa relación obligatoria (causa o título) que a través de dicha atribución se cumple y 2) que concurren una serie de requisitos que se refieren a los sujetos, al objeto y a las circunstancias de tiempo y de lugar (requisitos de regularidad del pago)⁶³.
37. Que por lo señalado, para que un desplazamiento patrimonial sea considerado "pago", el desplazamiento debe ser debido; es decir, debe tener una causa la cual es comúnmente, una relación obligatoria.
38. Que el "pago" se califica precisamente como «hecho debido» en cuanto constituye la actuación de la relación obligatoria y, por tanto, actuación de la posición

⁶² DÍEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial**. Volumen Primero. Ob. Cit. Págs. 89-90.

⁶³ El despliegue de la plena eficacia, solutoria y satisfactiva, del acto de pago exige la concurrencia de una serie de requisitos que se refieren a los sujetos, al objeto y a las circunstancias de tiempo y de lugar.

- 1) Desde el punto de vista de los sujetos, la regularidad del pago presupone la legitimación de la persona que lleva a cabo el pago (*solvens*) y en la persona que lo recibe (*accipiens*).
- 2) Desde el punto de vista del objeto, son requisitos del pago: la identidad, la integridad y la indivisibilidad.
- 3) Desde el punto de vista de las circunstancias de tiempo y de lugar, el pago exige que el tiempo y el lugar en que se realice sean exactos o por lo menos adecuados.

deudora. La relación obligatoria es entonces el título jurídico del "pago". Si para que un desplazamiento patrimonial sea "pago" debe existir una causa o título, entonces un "pago" siempre es debido, hablar de "pago indebido" resulta siendo contradictorio, así quizá resulte más adecuado referirse a atribuciones o desplazamientos patrimoniales sin causa⁶⁴.

39. Que los desplazamientos patrimoniales requieren, como hemos visto, de una causa que las justifique jurídicamente. De acuerdo con Trimarchi⁶⁵ los desplazamientos patrimoniales injustificados pueden verificarse como consecuencia de:

"Apropiaciones ilícitas, o bien por el empleo de violencia, amenazas o engaños. En este caso las consecuencias se eliminan, en lo posible, mediante el mecanismo de la responsabilidad civil.

Hechos que no son ilícitos y no son fuente de responsabilidad por daños. Así, por ejemplo, puede tratarse:

De hechos del mismo empobrecido, quien por error entregue a otro sujeto un bien no debido;

De un hecho de la naturaleza, como la avulsión (artículo 940° del Código Civil); o,

De un hecho del enriquecido sin ser fuente de responsabilidad civil por los daños, así, por ejemplo, el consumo de buena fe de un bien ajeno." (El subrayado es nuestro).

40. Que cuando los desplazamientos patrimoniales se producen por hechos que no son ilícitos y no son fuente de responsabilidad por daños⁶⁶, el derecho no impone

⁶⁴ El Código Civil español habla de "Cobro de lo indebido". Cárdenas Quirós se refiere al "desplazamiento patrimonial indebido" (CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. "Hacia la reforma del Libro VI del Código Civil". En: *Thémis, Revista de Derecho*. N° 30. Pág. 147).

⁶⁵ TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. Quindicesima Edizione. Editorial Giuffrè. Milano. 2003. Pág. 332.

⁶⁶ Como bien lo resalta Trimarchi no todo acto dañoso es prohibido. En la vida en sociedad, es común causar daño a otros sujetos lícitamente. El desarrollo de actividades provechosas implica algún riesgo de daños a terceros (externalidades para los economistas, daños para los abogados). No todas las externalidades deben ser internalizadas a través de la responsabilidad civil, de lo contrario, la sociedad se paralizaría por el impacto que tendría sobre cada persona la existencia de sanciones resarcitorias por todas las consecuencias dañosas, nimias o relevantes, inmediatas o remotas que involucra toda actividad humana. El éxito empresarial, por ejemplo, se manifiesta restándole clientes a sus competidores, pero ello no constituye un hecho injusto: la competencia no está prohibida, al contrario es reconocida constitucionalmente (artículo 61°) pues es útil para la sociedad. Otras veces el hecho dañoso es prohibido (hecho ilícito) y una vez cometido da lugar a responsabilidad por daños (Ver al respecto TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. Ob. Cit. Pág. 107).

al enriquecido de buena fe, como señala el autor italiano⁶⁷, el resarcimiento del daño, pero le impone la obligación de pagar al empobrecido una indemnización dentro de los límites de su enriquecimiento. En este sentido Gallo señala:

"La responsabilidad civil busca de remediar los daños derivados de la comisión del ilícito; la acción de enriquecimiento tiene, en cambio, como punto de referencia el provecho obtenido mediante un hecho injusto"⁶⁸. (El subrayado es nuestro).

41. Que el principio general está recogido en el artículo 1954° del Código Civil que establece:

"Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo".

42. Que de esta manera –como puede apreciarse– la falta de una causa justa en una atribución patrimonial se transforma en el sustento de la doctrina del enriquecimiento sin causa. Así sostiene Ameal que:

"(...) cuando se traslada un bien o un valor del patrimonio de una persona a otra enriqueciéndola sin un título o razón jurídica que lo justifique, nos encontramos frente a una situación que la doctrina de los autores ha caracterizado como enriquecimiento sin causa en la acepción más apropiada."⁶⁹ (El subrayado es nuestro).

43. Que por tanto, la fundamentación del enriquecimiento sin causa se encuentra en la imposibilidad que se produzca una atribución patrimonial sin una causa que lo justifique, o, si lo queremos ver desde otra perspectiva, en el hecho de no admitir un enriquecimiento sin causa.

El enriquecimiento sin causa

44. Que el Derecho Civil patrimonial tiene su punto de partida en la idea que los bienes y servicios deben intercambiarse teniendo en cuenta el principio de la conmutatividad, de tal manera que las prestaciones de ambas partes guarden equilibrio. Por ello, se ha sostenido correctamente que:

⁶⁷ TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. Ob. Cit. Pág. 332.

⁶⁸ GALLO, Paolo. *Arricchimento senza causa. Art. 2041-2042*. Il Codice Civile. Commentario. Fondata da Piero Schlesinger diretto da Francesco D. Busnelli. Editorial Giuffrè. Milano. 2003. Pág. 50.

⁶⁹ AMEAL, Oscar. *Enriquecimiento sin causa. Subsidiariedad o autonomía de la acción*. En: *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Anibal Alterini*. Directores: Alberto José Bueres y Aída Kemelmajer de Carlucci. Editorial Abeledo – Perrot. Buenos Aires. 1997. Pág. 1064.

***"(...) Ha de tratarse de atribuciones que sean consecuencia de negocios jurídicos lícitos y válidamente celebrados o de actos realizados de conformidad con los preceptos legales."*⁷⁰**

45. Que el "enriquecimiento sin causa", "enriquecimiento indebido", "enriquecimiento injusto" o "enriquecimiento torticero", resumido en "el daño de un acervo y el correlativo aumento de otro"⁷¹ se presenta cuando una persona recibe una ventaja, provecho o utilidad, sin fundamento jurídico, de tal modo que el ordenamiento otorga al empobrecido este remedio jurídico para lograr el restablecimiento de su equilibrio económico.

46. Que sobre el particular, Díez-Picazo señala que:

***"(...) uno de los principios que inspiran el Derecho civil patrimonial consiste en la idea de que el intercambio de bienes y de servicios debe realizarse de acuerdo con los postulados establecidos por el ordenamiento jurídico para realizar los dictados de la justicia conmutativa. Ha de tratarse de atribuciones que sean consecuencia de negocios jurídicos lícitos y válidamente celebrados o de actos realizados de conformidad con los preceptos legales. (...). Cuando una atribución patrimonial no está fundada en una justa causa, el beneficiario de la atribución debe restituir al atribuyente el valor del enriquecimiento y, correlativamente, surge una acción o pretensión, a favor de este último, para obtener o reclamar dicha restitución."*⁷² (El subrayado es nuestro).**

47. Que el enriquecimiento sin causa se encuentra regulado como una de las fuentes de las obligaciones en los artículos 1954° y 1955° del Código Civil peruano, señalándose en el artículo 1954° que:

"Artículo 1954°.- Aquél que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo."

48. Que cuando el supuesto de hecho previsto en la norma se presenta, el ordenamiento jurídico le otorga al empobrecido la facultad de accionar contra el enriquecido. Es en este razonamiento en el que descansa la autonomía del enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones. Por ello, ha sostenido Díez-Picazo que:

"Puede, por tanto, afirmarse que el total Derecho de obligaciones (incluso el Derecho Civil en su conjunto) aparece estructurado de tal modo que no tenga lugar un enriquecimiento injusto. Pero si, pese a esa general finalidad de la norma y de los medios instrumentales puestos a su servicio es lo cierto que

⁷⁰ DIEZ PICAZO, Luis. Fundamentos (...). Ob. Cit. Volumen Primero. Pág. 89.

⁷¹ Cfse.: CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. **Compendio de Derecho de las Obligaciones**. Volumen 2. Librería Editora Platense SRL. La Plata. 1984. Pág. 498.

⁷² DIEZ PICAZO, Luis. Fundamentos (...). Ob. Cit. Volumen Primero. Págs. 89 y 90.

*llega a producirse, entonces la prohibición del enriquecimiento injusto se convierte en norma concretamente sancionadora de que la situación de enriquecimiento, que no ha podido evitarse, tiene que corregirse. Este es el significado autónomo del enriquecimiento injusto como fuente de obligaciones: se ha producido un resultado por virtud del cual una persona se enriquece a expensas de otra que, correlativamente, se empobrece, y no siendo justo tal empobrecimiento y careciendo de justificación o de causa que lo legitime, surge una obligación dirigida a realizar la prestación que elimine el enriquecimiento. Deudor es el enriquecido; acreedor, el empobrecido.*⁷³ (El subrayado es nuestro).

49. Que adicionalmente, también debe tenerse en cuenta que lo que se reclama mediante la acción de enriquecimiento sin causa no es una cosa -no estamos frente a una acción reivindicatoria-, sino que lo que se reclama mediante ella es el valor de la cosa, por ello, su naturaleza personal.

Clases de Enriquecimiento sin Causa

Enriquecimiento positivo

50. Se presenta ante el aumento del patrimonio del enriquecido. Como señala Díez-Picazo:

*"Se denomina enriquecimiento positivo aquel que se produce por un aumento efectivo del patrimonio del interesado. El aumento del patrimonio del interesado puede producirse, bien por un incremento del activo patrimonial o bien por una disminución del pasivo" y luego añade: "Hay enriquecimiento positivo siempre que se incrementa el activo patrimonial. (...). Existe, también un enriquecimiento positivo cuando disminuye el pasivo del interesado. Por ejemplo: se paga o se extingue una deuda; se libera o cancela un gravamen, etc."*⁷⁴ (El subrayado es nuestro).

Enriquecimiento negativo

51. Que supone la existencia de determinados actos que evitan que el patrimonio del enriquecido disminuya, a expensas del patrimonio del empobrecido. Así, el enriquecimiento negativo se presenta:

*"(...) en todos aquellos casos en que se evita en todo o en parte una disminución del patrimonio, que de otro modo tendría que haber sido producida necesariamente."*⁷⁵

⁷³ DIEZ PICAZO, Luis. La doctrina del enriquecimiento injustificado. En: DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel y DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa. Editorial Civitas S.A. Madrid. 1991. Págs. 30 y 31.

⁷⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos (...). Ob. Cit. Volumen Primero. Pág. 102.

⁷⁵ Ibídem. Pág. 102.

Fundamento del Enriquecimiento sin Causa

52. Que en cualquiera de los supuestos anteriormente mencionados, el enriquecimiento puede encontrar su fundamento tanto en la iniciativa del empobrecido como en la iniciativa del enriquecido. Como señalan Caringella y De Marzo:

"En la casuística de los enriquecimientos derivados de la iniciativa del empobrecido ingresan las actividades de ventaja ajena cumplidas sin espíritu de liberalidad o en la falta de justificaciones afectivas y de cortesía."⁷⁶ (El subrayado es nuestro).

Requisitos del enriquecimiento sin causa en el ordenamiento jurídico peruano

53. Que para que surja la obligación de que el enriquecido indemnice al empobrecido por un enriquecimiento sin causa, según lo dispuesto en los artículos 1954° y 1955° del Código Civil peruano se requiere que concurren los siguientes requisitos: Enriquecimiento del demandado, empobrecimiento del demandante, nexo de causalidad entre la ventaja del enriquecido y el perjuicio del empobrecido, falta de causa justificada del enriquecimiento y carencia de otra acción para remediar el perjuicio sufrido.
54. Que por lo hasta aquí señalado, se concluye afirmando la autonomía del enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones, la concurrencia de los requisitos mencionados para que la acción pueda ser amparada y la necesidad de la probanza de los mismos por parte del empobrecido.

Enriquecimiento del demandado

55. Que se presenta cuando el enriquecido ha obtenido cualquier tipo de ventaja o utilidad, sin que medie causa alguna para ello.
56. Que respecto de este primer requisito, se afirma en la Exposición de Motivos del Código Civil que:

"Debe entenderse en sentido amplio, es decir, como ventaja patrimonial obtenida ya sea activamente -como la adquisición de un derecho o la obtención de la posesión, ya sea pasivamente- como el ahorro de un gasto inminente y de 'otro modo inevitable'. No siempre es, pues, necesariamente, un aumento o incremento patrimonial sino que puede aparecer como ahorro de gastos o preservación de un patrimonio."⁷⁷ (El subrayado es nuestro).

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ REVOREDO, Delia. Op. Cit. Pág. 775.

57. Que este razonamiento se encuentra en la base de la distinción que la doctrina ha efectuado al diferenciar el enriquecimiento positivo del enriquecimiento negativo. Debe tenerse en cuenta que el carácter patrimonial del enriquecimiento sin causa está directamente vinculado con el hecho que el patrimonio del enriquecido se ve beneficiado ya sea positivamente o negativamente.
58. Que ahora bien —como ya hemos señalado anteriormente— este beneficio no debe entenderse como un beneficio “en dinero”, sino como un beneficio patrimonial de cualquier índole susceptible de valoración pecuniaria, de tal modo que cualquier ahorro en el patrimonio del enriquecido configura también un supuesto de enriquecimiento.

El empobrecimiento actual o futuro del demandante

59. Que el Código Civil señala expresamente que el enriquecimiento debe haberse producido a “expensas” de otro. Por lo tanto, el enriquecimiento se traduce en una ventaja patrimonial del enriquecido a costa del empobrecido.
60. Que bajo esta perspectiva, el empobrecimiento fruto de un enriquecimiento positivo o negativo, es susceptible de ser apreciado en valor y puede consistir tanto en la salida actual como futura de un valor del patrimonio del empobrecido como en la falta del ingreso a su patrimonio de un valor que correspondía que le ingresara.
61. Que debe tenerse en consideración que el Código Civil no exige que el empobrecimiento del demandante sea actual, de tal manera que sobre la base del principio que nadie puede distinguir donde la ley no distingue la asunción de deuda debe quedar comprendida dentro de este supuesto.

Nexo de causalidad entre la ventaja del enriquecido y el perjuicio del empobrecido.

62. Que es necesaria la existencia de una relación, que puede ser directa o indirecta, entre el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento del demandante. El enriquecimiento y el empobrecimiento correlativos son cada uno de ellos causa y razón de ser de la existencia del otro. Por tanto, la ventaja del enriquecido deriva de la desventaja del empobrecido.
63. Que como se sostiene en la Exposición de Motivos del Código Civil, esto quiere decir que:

“Debe existir una unidad de origen en el sentido que una sola y misma circunstancia debe haber producido por un lado el enriquecimiento y por el otro el detrimento patrimonial.”⁷⁸ (El subrayado es nuestro).

64. Que en este orden de ideas, ha expresado Díez-Picazo que puede existir, en primer lugar, una relación directa entre ambos fenómenos cuando el demandado se ha aprovechado directamente del patrimonio del demandante; o una relación

indirecta, cuando el empobrecimiento del demandante ha dado lugar al enriquecimiento del demandado, pero a través del patrimonio de un tercero⁷⁹.

Falta de causa justificada del enriquecimiento

65. Que para que un desplazamiento patrimonial pueda considerarse lícito requiere de una causa que lo justifique. Por ello, han expresado Pizarro y Vallespinos que:

“Cuando una atribución de carácter patrimonial se opera sin estar fundada en una justa causa, quien se enriquece debe restituir al empobrecido el valor de dicho enriquecimiento”⁸⁰.

66. Que se requiere que el enriquecimiento sea “indebido”, es decir, injustificado, por lo que no debe existir razón alguna para que se haya producido. La pretensión de enriquecimiento no nace por el sólo hecho que uno se enriquezca a costa de otro, sino que es menester que falte una justa causa en la que se funde dicho enriquecimiento⁸¹.

67. Que esto sucede cuando no existe una relación jurídica que sea causa del enriquecimiento, cuando habiendo existido la relación, el enriquecimiento que se ha producido no es una consecuencia natural de dicha relación, o cuando la causa inicial de la atribución patrimonial desapareció con posterioridad quedando el acto incausado.

68. Que en la Exposición de Motivos del Código Civil se afirma que la ausencia de causa se presenta:

“(…) en sentido de falta de título o razón de ser del enriquecimiento del enriquecido y del correlativo empobrecimiento del empobrecido.”⁸² (El subrayado es nuestro).

69. Que sobre el particular ha sostenido De la Cámara que:

“En el enriquecimiento sin causa, por consiguiente, la función de la causa, en cuanto elemento que justifica la acción restitutoria, hay que enfocarla desde una perspectiva negativa. Hay enriquecimiento sin causa justamente cuando la causa falta,

⁷⁹ DIEZ PICAZO, Luis. Fundamentos ... Ob. Cit. Pág. 103.

⁸⁰ PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo. Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones. Tomo 1. Concepto de obligación. Elementos. Clasificaciones. Hammurabi José Luis Depalma Editor. Buenos Aires. 1999. Pág. 167.

⁸¹ ENNECCERUS, Ludwing. Tratado de Derecho Civil. Obra de ENNECCERUS, Ludwing, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Segundo Tomo. Derecho de Obligaciones. Volumen Segundo. Doctrina Especial. Bosch / Casa Editorial. Barcelona. Sin fecha. Págs. 566 a 615.

⁸² REVOREDO, Delia. Ob. Cit. Pág. 776.

y causa es, como he dicho, la causa eficiente.⁸³ (El subrayado es nuestro).

70. Que para que pueda ampararse una acción de esta naturaleza debemos estar, por tanto, frente a una falta de causa justa respecto de la atribución en el patrimonio del enriquecido.

Carencia de otra acción para remediar el perjuicio sufrido

71. Que doctrinariamente existe discusión respecto de si la acción de enriquecimiento sin causa es autónoma o subsidiaria.
72. Que para quienes sostienen la autonomía de la acción de enriquecimiento sin causa, ésta es totalmente independiente y autónoma, de tal manera que puede concurrir con otras acciones para corregir los desequilibrios patrimoniales originados en atribuciones sin causa justificada. Por tanto, cuando se opta por esta posición, no es posible limitar su ejercicio a la no existencia de otra acción para el empobrecido.
73. Que quienes sostienen la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento sin causa, afirman que si el empobrecido puede o ha podido ejercitar una acción de cualquier naturaleza, el principio de subsidiariedad impide el ejercicio de la acción *in rem verso*. Así, Cámara Álvarez afirma que:

"(...) siempre que exista una acción prevista por el Derecho positivo que permita evitar el empobrecimiento, debe recurrirse primero a dicha acción y sólo si la misma no puede ejercitarse o si tal acción no existe, podrá invocarse el enriquecimiento sin causa."⁸⁴ (El subrayado es nuestro).

74. Que en este orden de ideas, cuando en un ordenamiento jurídico se establece que la acción de enriquecimiento sin causa sólo procede cuando la persona que ha sufrido un perjuicio no puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización, se está estableciendo un requisito para la procedencia de la acción y se está optando por la opción doctrinariamente denominada de la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento sin causa.
75. Que este es el caso del Código Civil peruano, en el que el artículo 1955° se establece que:

"La acción a que se refiere el artículo 1954° no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización." (El subrayado es nuestro).

⁸³ DE LA CÁMARA ALVAREZ, Manuel. Enriquecimiento injusto y sin causa. En: Dos Estudios (...). Ob. Cit. Pág. 170. Téngase presente que el autor considera como causa eficiente "al supuesto de hecho al que el Derecho objetivo vincula el efecto jurídico en que el enriquecimiento consiste" (Pág. 168).

⁸⁴ DE LA CÁMARA ALVAREZ, Manuel. Ob. Cit. Pág. 191.

76. Que más allá del hecho que no es adecuada la utilización del término "subsidiario" porque subsidiario es todo aquello que refuerza o suple algo principal⁸⁵, por lo que una acción subsidiaria es la acción que robustece o suple a otra que es principal⁸⁶; y, por lo tanto, no cabe hablar de subsidiariedad cuando no se puede ejercitar otra acción porque entonces no existe nada que robustecer o suplir, lo cierto es que la ausencia de cualquier otra acción establecida en el Código Civil peruano sólo puede entenderse como un requisito para la procedencia de la acción de enriquecimiento sin causa.

77. Que por tanto, si existe una acción que le permite al empobrecido ejercitar su reclamo, y así efectivamente lo hace, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico sería totalmente contradictorio pretender ejercitar "subordinadamente" una acción de enriquecimiento sin causa que sólo puede plantearse cuando se carece de una acción que permita poner remedio al desequilibrio patrimonial del empobrecido. Así, se ha sostenido en la Exposición de Motivos del Código Civil que:

"Debe aclararse el carácter independiente de la acción por enriquecimiento sin causa y para ello es imprescindible relevar que la acción in rem verso no procede en los casos de enriquecimiento con causa, es decir, del enriquecimiento que proviene de una fuente legítima y regular. (...). Con la explicación que precede se esclarece el dilema de si la acción in rem verso es o no subsidiaria de toda otra acción, es decir, si sólo procede cuando no es posible accionar por otro motivo. En principio, la acción es independiente. Lo que ocurre es que sólo procede cuando se dan todos los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa. No procede pues, en los casos de responsabilidad civil derivada de actos jurídicos válidos, ni en los casos de responsabilidad legal ni, en general, en los casos que el enriquecimiento presenta una causa jurídica, y en los que otros tipos de acciones son las procedentes, y otros requisitos los exigidos."⁸⁷ (El subrayado es nuestro).

⁸⁵ Dicho de una acción o de una responsabilidad: Que suple a otra principal. (Diccionario de la Real Academia Española. Vigésima Segunda Edición. Tomo 9. Editorial Espasa. Madrid. 2001. Pág.1426). Por esta razón, ha explicado Ameal que esta postura entiende que: "(...) si existe otra acción que pueda utilizar el empobrecido para subsanar el desequilibrio padecido en su patrimonio, no podrá intentar la acción in rem verso que sólo tiene vigencia cuando se produce un vacío en el ordenamiento jurídico por la inexistencia de otra acción que remedie el perjuicio padecido" (AMEAL, Oscar. Ob. Cit. Pág. 1071).

⁸⁶ Ameal, al tomar posición por la autonomía de la acción de enriquecimiento sin causa, critica justamente el hecho que se pueda sostener que la acción sea "subsidiaria", entendida como complemento de otra. Así, ha manifestado el autor que: "(...) se advierte una contradicción flagrante (...), no se puede suplir a una acción que no existe. En fin, es erróneo denominar 'subsidiario' a lo que se le exige que carezca de antecedente al cual reemplazar".

⁸⁷ REVOREDO, Delia. Ob. Cit. Pág. 778.

78. Que más allá de la discusión respecto de la subsidiariedad o la autonomía de esta acción, y más allá del contenido que pueda dársele a la "subsidiariedad", lo cierto es que en cualquier posición, la no existencia de otra acción para ejercitar la acción de enriquecimiento sin causa es un requisito para su procedencia.
79. Que por ello la interpretación correcta es que la posibilidad de ejercer una acción está referida a la existencia de una acción recogida en el ordenamiento, y no al perjuicio de la acción por la omisión de quien luego pretende ejercer la acción de enriquecimiento.

La tendencia jurisprudencial en el enriquecimiento sin causa

80. Que respecto del enriquecimiento sin causa nuestra jurisprudencia muestra las siguientes tendencias en relación a sus requisitos:

La falta de causa justa

81. Que si bien es cierto, a nivel doctrinario se discute si la "injusticia" debe ser considerada o no como un requisito o característica del enriquecimiento sin causa en la medida que estaríamos frente a una característica subjetiva, imprecisa y vaga, lo cierto es que nuestra jurisprudencia ha definido al enriquecimiento sin causa como un beneficio patrimonial que se obtiene sin justa causa. Así tenemos que por ejemplo, en la Cas. N° 366-2002-Santa⁸⁸, se señaló que:

"El artículo 1954° del Código Civil establece la obligación que tiene una persona de indemnizar cuando se enriquece indebidamente a expensas de otro. Por enriquecimiento indevido se entiende a aquel beneficio patrimonial que se obtiene sin causa justa, ya sea porque no existe el derecho de la acreencia que se pretende o, porque existiendo el mismo, no es de cargo del deudor que sufre el detrimento patrimonial". (El subrayado es nuestro).

La obligación de indemnizar

82. Que por otro lado, no admite discusión el hecho que el enriquecimiento sin causa –a tenor de lo previsto en el artículo 1954° del Código Civil- genera una obligación de indemnizar. Sin embargo, la jurisprudencia ha resaltado el hecho que esta "obligación de indemnizar" está entroncada con la finalidad del enriquecimiento sin causa, de tal modo que lo que se persigue es la restitución del patrimonio de quien se ha visto empobrecido dentro de los límites del enriquecimiento, sin que se busque reparar "daños causados" lo que es propio de la responsabilidad civil. En este sentido, se han pronunciado las siguientes jurisprudencias:

⁸⁸ De fecha 6 de agosto de 2002. En: **Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Tendencias Jurisprudenciales. Enriquecimiento sin causa.** N° 125. Febrero. Año 14. Gaceta Jurídica. Lima. 2008. Pág. 128.

"El supuesto de hecho contenido en el artículo 1954° del Código Civil, tiene un efecto restitutorio, en donde su límite está constituido en la magnitud del empobrecimiento, por ello, el término 'indemnizatorio' contenido en la norma materia de análisis, no consiste en la búsqueda de la reparación del daño sufrido y, como tal, abarque a los daños patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) y extrapatrimoniales, sino a buscar la reducción del patrimonio del demandado, dentro de los límites del enriquecimiento injustificado que ha obtenido"⁸⁹. (El subrayado es nuestro).

"En el derecho por daños (responsabilidad civil) se atiende al resarcimiento de los daños acaecidos por dolo, culpa o situaciones de riesgo. En el genuino derecho por daños hay daño y no necesariamente hay enriquecimiento, así también podemos encontrar fenómenos de enriquecimiento injustificado en los que no puede hablarse de daño en sentido técnico"⁹⁰. (El subrayado es nuestro).

"Se debe advertir una distinción entre el enriquecimiento indebido y la indemnización de daños y perjuicios (responsabilidad civil), pues aquella busca reclamar aquel valor con el que se ha enriquecido el demandado (aspecto restitutorio), mas no busca indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el demandante (aspecto resarcitorio)"⁹¹. (El subrayado es nuestro).

Requisitos del enriquecimiento sin causa

83. Que la jurisprudencia peruana ha establecido que es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos para que surja la obligación de que el enriquecido indemnice al empobrecido por un enriquecimiento sin causa: Enriquecimiento del demandado denominado como "adquisición de una ventaja patrimonial"⁹²,

⁸⁹ Cas. N° 513-2008-Piura del 3 de julio de 2007. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Tendencias Jurisprudenciales. Enriquecimiento sin causa. N° 125. Febrero. Año 14. Gaceta Jurídica. Lima. 2008. Pág. 128.

⁹⁰ Cas. N° 3955-2001 del 29 de noviembre de 2002. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Tendencias Jurisprudenciales. Enriquecimiento sin causa. N° 125. Febrero. Año 14. Gaceta Jurídica. Lima. 2008. Pág. 129.

⁹¹ Cas. N° 513-2008-Piura del 3 de julio de 2007. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Tendencias Jurisprudenciales. Enriquecimiento sin causa. N° 125. Febrero. Año 14. Gaceta Jurídica. Lima. 2008. Pág. 129.

⁹² Cfse.: Exp. N° 3839-97 del 10 de marzo de 1998, Exp. N° 502-98 del 22 de junio de 1998, Exp. N° 54934-97 del 5 de diciembre de 1999, Cas. N° 1024-97-La Libertad del 1 de marzo de 1999. Cas. N° 3955-2001 del 12 de noviembre de 2001, Cas. N° 947-2001-Lima del 12 de noviembre de 2001, Cas. N° 513-2008-Piura del 3 de julio de 2007. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial.

empobrecimiento del demandante⁹³, nexo de causalidad entre la ventaja del enriquecido y el perjuicio del empobrecido⁹⁴, falta de causa justificada del enriquecimiento⁹⁵ y carencia de otra acción para remediar el perjuicio sufrido⁹⁶.

La inexistencia de causa

84. Que como hemos visto para que se produzca un enriquecimiento sin causa debe darse un desplazamiento patrimonial sin causa.

85. Que para el Tribunal Arbitral resulta claro que al haber sido ejecutados los mayores trabajos en arquitectura, estructuras e instalaciones eléctricas, a los Valorizados, para completar la edificación construida al nivel entregado, es procedente que los mencionados trabajos sean pagados por EL MINISTERIO mediante la vía del enriquecimiento sin causa, en virtud que: (i) se ha producido un desplazamiento patrimonial sin justa causa a favor del MINISTERIO, (ii) LA CONSTRUCTORA se ha empobrecido al realizar mayores trabajos necesarios

Tendencias Jurisprudenciales. Enriquecimiento sin causa. N° 125. Febrero. Año 14. Gaceta Jurídica. Lima. 2008. Págs. 129 y 130. Expediente N° 1516-95. Sentencia de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. 15 de setiembre de 1995. En: **Ejecutorias Civil, Comercial, Constitucional, Indecopi, Penal. Jurisprudencia Extranjera.** Normas Legales Editores. Trujillo. Perú. 1998. Pág. 16.

⁹³ Cfse.: Exp. N° 3839-97 del 10 de marzo de 1998, Exp. N° 502-98 del 22 de junio de 1998, Exp. N° 54934-97 del 5 de diciembre de 1999, Cas. N° 1024-97-La Libertad del 1 de marzo de 1999, Cas. N° 3955-2001 del 12 de noviembre de 2001, Cas. N° 947-2001-Lima del 12 de noviembre de 2001, Cas. N° 513-2008-Piura del 3 de julio de 2007. En: **Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Tendencias Jurisprudenciales. Enriquecimiento sin causa.** N° 125. Febrero. Año 14. Gaceta Jurídica. Lima. 2008. Págs. 129 y 130. Expediente N° 1516-95. Sentencia de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. 15 de setiembre de 1995. En: **Ejecutorias Civil, Comercial, Constitucional, Indecopi, Penal. Jurisprudencia Extranjera.** Normas Legales Editores. Trujillo. Perú. 1998. Pág. 16.

⁹⁴ Cfse.: Exp. N° 502-98 del 22 de junio de 1998, Exp. N° 54934-97 del 5 de diciembre de 1999, Cas. N° 3955-2001 del 12 de noviembre de 2001, Cas. N° 947-2001-Lima del 12 de noviembre de 2001, Cas. N° 513-2008-Piura del 3 de julio de 2007. En: **Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Tendencias Jurisprudenciales. Enriquecimiento sin causa.** N° 125. Febrero. Año 14. Gaceta Jurídica. Lima. 2008. Págs. 129 y 130.

⁹⁵ Cfse.: Cas. N° 3955-2001 del 12 de noviembre de 2001, Cas. N° 513-2008-Piura del 3 de julio de 2007. En: **Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Tendencias Jurisprudenciales. Enriquecimiento sin causa.** N° 125. Febrero. Año 14. Gaceta Jurídica. Lima. 2008. Pág. 130.

⁹⁶ Cfse.: Cas. N° 3710-2001-Lima del 6 de mayo de 2002, Cas. N° 1024-97-La Libertad del 1 de marzo de 1999, Cas. N° 366-2002-Santa del 6 de agosto de 2002. En: **Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Tendencias Jurisprudenciales. Enriquecimiento sin causa.** N° 125. Febrero. Año 14. Gaceta Jurídica. Lima. 2008. Págs. 129 y 130. Expediente N° 513-95-AMAZONAS. Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de la República. 20 de noviembre de 1995. En: **Ejecutorias Civil, Comercial, Constitucional, Indecopi, Penal. Jurisprudencia Extranjera.** Normas Legales Editores. Trujillo. Perú. 1998. Pág. 15.

Tribunal Arbitral

Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente)

Leonardo Quintana Portal

Elvira Martínez Coco.

para la consecución de la Obra sin retribución alguna, (iii) EL MINISTERIO se ha enriquecido con el costo o valor de los mayores trabajos ejecutados por LA CONSTRUCTORA; no existe otra acción que LA CONSTRUCTORA pueda hacer valer para reclamar su derecho; y (iv) no existe una justa causa que le permita al MINISTERIO enriquecerse a costa del empobrecimiento de LA CONSTRUCTORA porque el concepto de suma alzada está vinculado a la ejecución de los metrados contratados por un determinado costo, siendo necesario reconocer siempre el valor de los metrados ejecutados no previstos inicialmente en el Expediente Técnico de una Obra.

86. Que por lo tanto, este Tribunal Arbitral considera que se debe DECLARAR FUNDADA la Pretensión N° 02 de la demanda; y en consecuencia se debe DECLARAR que los mayores trabajos ejecutados en estructuras, arquitectura e instalaciones eléctricas no forman parte del proyecto contractual, siendo su ejecución necesaria para dar solución al proyecto contractual; y que, en consecuencia, se debe ORDENAR al MINISTERIO que pague a LA CONSTRUCTORA la suma ascendente a S/. 68,150.67 (Sesenta y ocho mil ciento cincuenta y 67/100 Nuevos Soles), por concepto de enriquecimiento indebido por la ejecución de los trabajos señalados.

VI. 3 DE LA MAYOR PERMANENCIA EN OBRA POR CAUSAS NO IMPUTABLES A LA CONSTRUCTORA

El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en relación a esta Pretensión, tiene en cuenta los argumentos de los hechos expuestos por ambas partes, debidamente detallados en la parte II del "Proceso Arbitral" del presente laudo.

Después de analizar los argumentos de ambas partes, así como la prueba actuada a lo largo de este proceso, el Tribunal Arbitral realiza el siguiente análisis respecto de los siguientes Puntos Controvertidos relacionados con la mayor permanencia en obra de LA CONSTRUCTORA por causas no imputables a ella y sus implicancias:

Tercer Punto Controvertido (Pretensión N° 3 de la demanda)

Determinar si corresponde ordenar o no al Ministerio Público pagar a favor de la Constructora P y L S.R.L. la suma ascendente a S/. 77,330.37 (Setenta y siete mil trescientos treinta y 37/100 Nuevos Soles), por concepto del gasto efectuado por el Contratista, costo no previsto por mantenimiento de oficina y pago del personal en obra, por un periodo mayor al previsto contractualmente.

Cuarto Punto Controvertido (Pretensión N° 4 de la demanda)

Determinar si corresponde ordenar o no al Ministerio Público pagar a favor de la Constructora P y L S.R.L. la suma ascendente a S/. 185,920.80 (Ciento ochenta y cinco mil novecientos veinte y 80/100 Nuevos Soles), por concepto del gasto efectuado por el Contratista, costo no previsto por mantenimiento de gerencia y oficina principal hasta el cierre del contrato.

Evalúados los argumentos de ambas partes, así como la prueba actuada a lo largo de este proceso, el Tribunal Arbitral realiza el siguiente análisis:

1. Que el inicio de la Obra fue fijado el 24 de enero de 2008 (al día siguiente del pago del Adelanto Directo)

Tribunal Arbitral

Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente)

Leonardo Quintana Portal

Elvira Martínez Coco.

2. Que mediante la Carta N° 023-2008-MP-FN-GG de fecha 18 de julio de 2008, remitida por conducto notarial en la misma fecha, la ENTIDAD comunicó a LA CONSTRUCTORA que el monto de la valorización acumulada era menor al 80% de la valorización acumulada programada al 30 de junio 2008 del calendario de avance de obra acelerado, y requirió a LA CONSTRUCTORA el cumplimiento de dicha obligación, debiendo acreditar un avance de obra no menor del 80% de dicha valorización acumulada programada, para lo cual se le otorgó un plazo máximo de 2 días calendario contado a partir del día siguiente de recibida dicha carta, bajo apercibimiento de intervenir económicamente la Obra, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 264° del Reglamento⁹⁷.
3. Que mediante la Carta N° 032-PYL-OBRAS/MPFN de fecha 22 de julio de 2008, la CONSTRUCTORA comunicó al MINISTERIO que lo manifestado por ésta era cierto, que el proyecto presentaba deficiencias conocidas por el Supervisor, lo cual había perjudicado el avance real de la obra.⁹⁸
4. Que mediante las Cartas N°s 098-PYL-OBRAS/MPFN y 100-PYL-OBRAS/MPFN⁹⁹ de fechas 23 y 28 de abril de 2008 respectivamente, LA CONSTRUCTORA comunicó al MINISTERIO los problemas encontrados en la ejecución del primer nivel de la obra (instalaciones eléctricas, instalaciones sanitarias y estructuras).
5. Que el Tribunal Arbitral al desarrollar los puntos controvertidos anteriores ha dejado constancia de los Asientos de Obra en los que LA CONSTRUCTORA señaló las deficiencias del Expediente Técnico.
6. Que mediante la Carta N° 028-2008-MP-FN-GG de fecha 13 de agosto de 2008, remitida por conducto notarial, EL MINISTERIO apercibió a LA CONSTRUCTORA otorgándole un plazo de 15 días calendario contado a partir de la recepción de dicha carta, bajo apercibimiento de resolver el contrato.
7. Que mediante la Carta N° 038-2008-MP-FN-GG de fecha 10 de setiembre de 2008, cursada por vía notarial en la misma fecha, EL MINISTERIO comunicó a la CONSTRUCTORA su decisión de resolver el contrato, en aplicación de lo dispuesto en el literal c) del artículo 41° de la Ley y los artículos 225° inciso 1), 226° y 263°, último párrafo del Reglamento. Asimismo, comunicó que la constatación física e inventario de la Obra, así como la entrega-recepción correspondiente se realizaría el 17 de setiembre de 2008 a las 11:00 horas, en la Obra y en presencia de Notario Público.
8. Que como ya se ha señalado, en el laudo anterior a este proceso, el Tribunal Arbitral concluyó que el retraso en la ejecución de la Obra no se había debido a causa imputable a la CONSTRUCTORA, en virtud que el proyecto presentaba deficiencias. Así tenemos que en el laudo citado, se señaló:

"Con lo Expuesto queda Claro para este Tribunal que el retraso incurrido por la Constructora no le es imputable, sino que esto

⁹⁷ Medio Probatorio 14.22 de la demanda, Pag. 5 1er párrafo.

⁹⁸ Medio Probatorio 14.22 de la demanda, Pag. 5 2do. Párrafo.

⁹⁹ Medio Probatorio 03 de la demanda.

obedece a claros problemas suscitados en el Expediente Técnico elaborado por un tercero, en este caso el proyectista y que en tales condiciones fue puesto a su disposición por la Entidad para la ejecución de los trabajos contratados.

Sin embargo no es menos cierto que de los antecedentes y documentación presentada por las partes, fluye que a la fecha y luego de la resolución dispuesta por la entidad y que corresponde ser revocada, el saldo de obra, ya ha sido ejecutado por un tercero contratado directamente por el ministerio de modo tal que la obra se encuentra actualmente concluida y en uso. (...)

Por las razones expuestas este Tribunal Arbitral considera que deba declararse FUNDADA EN PARTE la primera pretensión de la parte demandante, en el extremo que queda sin efecto la Resolución de contrato dispuesta por el Ministerio específicamente del Contrato de Ejecución de Obra N° 11-2007 suscrito entre la Constructora y el Ministerio e INFUNDADO en el extremo que solicita se le permita la ejecución del saldo de la obra contratada sin culpa del contratista¹⁰⁰

9. Que LA CONSTRUCTORA está solicitando un resarcimiento económico por haber tenido que permanecer en la Obra un mayor tiempo al previsto contractualmente. Así afirma que se vio obligada a mantener una oficina en campo y personal para la administración y control de la obra, considerando que el plazo previsto contractualmente era de 120 días para la ejecución del 100% del valor del Contrato.

10. Que en el laudo anterior se estableció claramente que no procedía la aplicación de penalidad alguna a LA CONSTRUCTORA por el retraso en la ejecución de la Obra. Así, se señaló lo siguiente:

"En el caso que nos ocupa, hemos advertido al analizar el acápite anterior, que el retraso que dio motivo a la Entidad para resolver el contrato, no es imputable a la CONSTRUCTORA, razón por la cual remitiéndonos a lo expuesto en el acápite anterior, este tribunal arbitral tiene a bien considerar FUNDADA esta pretensión de la parte demandante, en el sentido de que no procede la aplicación de la penalidad por mora en su contra."¹⁰¹ (El subrayado es nuestro).

11. Que siendo así las cosas, corresponde que se le reconozca a LA CONSTRUCTORA el pago por los gastos que su permanencia adicional en la Obra le ocasionaron.

12. Que en relación A ESTE PUNTO, LA CONSTRUCTORA ha adjuntados los cuadros de determinación de gastos efectuados por mantenimiento de oficina y pago de personal en obra¹⁰².

¹⁰⁰ Medio Probatorio 14.22 de la demanda, Pag. 40 4°-6° párrafo

¹⁰¹ Medio Probatorio 14.22 de la demanda, Pag. 41 Punto 2.

¹⁰² Medio Probatorio 14.16.01 de la demanda.

13. Que LA CONSTRUCTORA también ha presentado el Cuadro Comparativo¹⁰³ de tiempos utilizados en la ejecución y/o permanencia de la obra, para evidenciar que desde la firma del Contrato le correspondía permanecer en la Obra a la CONSTRUCTORA 135 días calendarios; mientras que por causas no imputables a ella permaneció 246 días calendarios, no siendo de su responsabilidad la permanencia de 111 días calendarios.
14. Que del Anexo sobre determinación de gastos generales de personal en obra se desprende un monto de S/. 470.00 (Cuatrocientos setenta y 00/100 Nuevos Soles) soles diarios y por mantenimiento de ambientes u oficina para el control de la obra, la suma de S/. 226.67 (Doscientos veintiséis y 67/100 Nuevos Soles) diario.
15. Que como prueba del gasto, LA CONSTRUCTORA ha adjuntado los contratos de Locación de Servicios¹⁰⁴ de los Ingenieros Víctor Doménico Paredes Rosadio – Gerente de Obra, Elvis Mirko Reynosos Small, Luis Sigvas Farfán, dejándose constancia que los otros costos listados corresponden a los gastos generales de su oferta.
16. Que la CONSTRUCTORA también ha adjuntado los cuadros de determinación de gastos efectuados por mantenimiento oficina principal y de gerencia¹⁰⁵ hasta el cierre del Contrato.
17. Que mediante el Cuadro comparativo de tiempos utilizados en la administración del contrato, se demuestra que desde la firma del Contrato le correspondía como periodo de administración a la CONSTRUCTORA un plazo de 314 días calendarios; sin embargo, por causas no imputables a la CONSTRUCTORA permaneció 1081 días calendarios, habiendo permanecido en exceso 767 días calendarios.
18. Que en el Anexo sobre determinación de gastos generales de gastos variables de oficina y gerencia para la administración del Contrato, figura un monto de S/. 242.40 (Doscientos cuarenta y dos y 40/100 Nuevos Soles) soles diarios, dejándose constancia que los costos listados forman parte de los gastos generales de su oferta.
19. Que el MINISTERIO señala que ha actuado durante la ejecución de la obra, en estricto cumplimiento de las disposiciones legales establecidas en la Ley y el Reglamento.
20. De los Contratos así como de la cuantificación presentada se puede deducir que corresponde el reconocimiento de los mayores gastos por mayor permanencia de la contratista en obra.
21. Que los gastos a ser reconocidos por el mayor plazo de permanencia en la Obra, sólo deben comprender el lapso desde el término previsto contractualmente hasta la fecha en que el MINISTERIO tomó el control de la Obra, es decir, hasta la fecha de la Constatación Física de la Obra.

¹⁰³ Medio Probatorio 14.16.02 de la demanda.

¹⁰⁴ Medio Probatorio 14.16.03, 14.16.04, 14.16.05 de la demanda.

¹⁰⁵ Medio Probatorio 14.17.01 de la demanda.

Tribunal Arbitral

Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente)

Leonardo Quintana Portal

Elvira Martínez Coco.

22. Que siendo así las cosas, el número de días de mayor permanencia en la Obra fue de 138 días calendario, como puede apreciarse del siguiente esquema:

Fecha de Término Contractual:	03 de mayo de 2008
Fecha de la Constatación Física:	17 de setiembre de 2008
N° de días por mayor permanencia en obra:	138 días calendario

23. Que atendiendo a los 138 días de permanencia en exceso de la Obra, correspondería un reconocimiento de S/. 96,140.00 (Noventa y seis mil ciento cuarenta y 00/100 Nuevos Soles), tal como se aprecia en el siguiente detalle.

Costo Diario por mayor tiempo de oficina en obra x 138 dc = S/. 64,860.00

Costo Diario por mayor tiempo de personal x 138 dc = S/. 31,280.00

TOTAL QUE DEBIERA RECONOCERSE: S/.64,860.00 + S/.31280.00 = S/.96,140.00

24. Que sin embargo, respecto del Tercer Punto Controvertido correspondiente a la Tercera Pretensión de la demanda, LA CONSTRUCTORA ha solicitado el reconocimiento económico de solo 111 días calendarios totalizando la suma de S/. 77,330.37 (Setenta y siete mil trescientos treinta y 37/100 Nuevos Soles).

25. Que siendo así las cosas no se le puede reconocer un monto mayor al solicitado, aún cuando le corresponda, porque este Tribunal Arbitral estaría laudando *extra petita*.

26. Que por lo tanto, corresponde DECLARAR FUNDADA la Tercera Pretensión de la demanda y ORDENAR al MINISTERIO el pago a LA CONSTRUCTORA de la suma de S/. 77,330.37 (Setenta y siete mil trescientos treinta y 37/100 Nuevos Soles), por concepto del gasto efectuado por LA CONSTRUCTORA, por costo no previsto por mantenimiento de oficina y pago del personal en obra, por un periodo mayor al previsto contractualmente.

27. Que en relación al Cuarto Punto Controvertido, LA CONSTRUCTORA solicita el reconocimiento del costo no previsto por el mantenimiento de la oficina principal y gerencia hasta el cierre del Contrato.

28. Al respecto, se debe indicar que si bien en el anterior punto controvertido se reconoció la suma de S/. 77,330.37 (Setenta y siete mil trescientos treinta y 37/100 Nuevos Soles), por concepto del gasto efectuado por LA CONSTRUCTORA, por costo no previsto por el mantenimiento de oficina y pago del personal en obra, en vista de que efectivamente LA CONSTRUCTORA había permanecido mayor tiempo en obra al previsto contractualmente, generando con ello un despliegue logístico y de personal a un lugar fuera de su sede.

29. Sin embargo, no ocurre lo mismo con el presente punto controvertido, debido a que los gastos de la oficina principal y gerencia, son costos hundidos (permanentes) y ninguna entidad los reconoce, ni lo admite la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, ni su Reglamento.

30. Por tal razón, este Colegiado DECLARA INFUNDADA la Cuarta Pretensión de la demanda, por la que se solicitó que el Ministerio Público pagase la suma de S/.

33,451.20 (Treinta y tres mil cuatrocientos cincuenta y un con 20/100 Nuevos Soles), por concepto del gasto efectuado por mantenimiento de la oficina principal y la Gerencia por el mayor tiempo al previsto contractualmente.

VI.4 DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en relación a esta Pretensión, tiene en cuenta los argumentos de los hechos expuestos por ambas partes, debidamente detallados en la parte II del "Proceso Arbitral" del presente laudo.

Después de analizar los argumentos de ambas partes, así como la prueba actuada a lo largo de este proceso, el Tribunal Arbitral realiza el siguiente análisis respecto del Quinto y Séptimo Puntos Controvertidos relacionados con el reconocimiento de daños y perjuicios por el tiempo que demanda la retención y/o efectivización de las Cartas Fianzas para garantizar la Obra y sus implicancias:

Quinto Punto Controvertido (Pretensión N° 5 de la demanda)

Determinar si corresponde ordenar o no al Ministerio Público pagar a favor de la Constructora P y L S.R.L. la suma ascendente a S/. 120,666.41 (Ciento Veinte Mil Seiscientos Sesenta y Seis y 41/100 Nuevos Soles), por concepto de indemnización de daños y perjuicios por efectivizar las cartas fianzas.

Séptimo Punto Controvertido (Pretensión N° 7 de la demanda)

Determinar si corresponde ordenar o no al Ministerio Público pagar a favor de la Constructora P y L S.R.L. la suma ascendente a S/. 67,563.10 (Sesenta y Siete Mil Quinientos Sesenta y Tres y 10/100 Nuevos Soles), por concepto de indemnización de daño moral generado al Contratista, por la efectivización de cartas fianzas.

En relación con este particular, el Tribunal Arbitral considera lo siguiente:

1. Que con fecha 19 de diciembre de 2007 se celebró el Contrato otorgándose las Cartas Fianzas N° 1001481-01 por adelanto directo y N° 1001483-01 por adelanto de materiales, expedidas ambas por MAPFRE PERÚ.
2. Que la CONSTRUCTORA señala que las cartas fianzas fueron sucesivamente renovadas, de tal modo que la fianza por adelanto directo se encontraba renovada incluso hasta el número 1001483-07 y la fianza por adelanto de materiales hasta el número 1001481-07, siendo la vigencia de ambas hasta el 29 de noviembre de 2009.
3. Que del análisis efectuado se ha comprobado las renovaciones de las siguientes Cartas Fianzas: La N° 68-01001483-06 por S/.137,100.00 (Ciento treinta y siete mil cien y 00/100 Nuevos Soles) con vencimiento al 01 de setiembre de 2009¹⁰⁶ y la N° 68-01001481-06 por S/. 76,200.00 (Setenta y seis mil doscientos y 00/100 Nuevos Soles) con vencimiento al 01 de setiembre de 2009¹⁰⁷

¹⁰⁶ Escrito 10 del 13.08.2012 de la CONSTRUCTORA.

¹⁰⁷ Escrito 10 del 13.08.2012 de la CONSTRUCTORA.

4. Que a través de la Carta SC/CA N° 1583-09, del 10 de setiembre de 2009, MAPFRE PERU requirió a LA CONSTRUCTORA el pago de S/. 213,300.00 (Doscientos trece mil trescientos y 00/100 Nuevos Soles) monto que fue exigido por EL MINISTERIO:

"Requerirle el pago de S/. 213,300.00, monto que nos ha sido exigido por el Ministerio Público en virtud a su solicitud de ejecución de las Cartas Fianzas N° 1001483-04 y N°1001481-04, emitidas por los importes de S/.137,100.00 y S/. 76,200.00 para garantizar el Adelanto de Materiales y Adelanto Directo respectivamente.

El respectivo monto deberá ser depositado en nuestra cuenta corriente (Banco Scotiabank) (...), bajo apercibimiento de iniciarse en contra de su representada y de sus fiadores solidarios las acciones judiciales necesarios para la restitución del monto ejecutado; sin perjuicio de reportar la obligación ante las centrales de riesgo." (El subrayado es nuestro).

5. Que a través de la Carta SC/CA N° 1909-09 del 04 de noviembre de 2009, notificada vía notarial el 16 de noviembre de 2011, MAPFRE comunicó a la CONSTRUCTORA, los hechos seguidos previos a la ejecución de las cartas fianzas.
6. Que a través del Oficio N° 892-2009-MP-FN-GG, el Gerente General del MINISTERIO notificó a MAPFRE la designación de su representante para el recojo de los cheques por la ejecución de las Cartas Fianzas.
7. Que mediante la Carta Notarial 002-MP-FN-PP del 09 de julio de 2009, EL MINISTERIO se dirigió a MAPFRE para reiterar la ejecución de la Carta Fianza N° 68-01001481-04 por el monto de S/.76,200.00 (Setenta y seis mil doscientos y 00/100 Nuevos Soles).
8. Que a través de la Carta Notarial 003-MP-FN-PP también del 09 de julio de 2009, EL MINISTERIO se dirigió a MAPFRE para reiterar la ejecución de la Carta Fianza N° 68-01001483-04 por el monto de S/. 137,100.00 (Ciento treinta y siete mil cien y 00/100 Nuevos Soles).
9. Que la ejecución de las Cartas Fianza señaladas motivó la emisión de una Medida Cautelar -según se desprende de la demanda y no ha sido negado por EL MINISTERIO- dictada mediante la Resolución N° 1 de fecha 21 de setiembre de 2009, por medio de la cual el Tribunal Arbitral resolvió declarar FUNDADO el pedido de Medida Cautelar de No innovar solicitado por LA CONSTRUCTORA; y en consecuencia, ordenó que EL MINISTERIO se abstuviera de efectuar cualquier acción referente a la ejecución de las Cartas Fianzas N°s 1001481-04 y 1001483-04, emitidas por MAPFRE PERÚ Compañía de Seguros y Reaseguros, por las sumas de S/.76,200.00 (Setenta y seis mil doscientos y 00/100 Nuevos Soles) y S/.137,100.00 (Ciento treinta y siete mil cien y 00/100 Nuevos Soles) entregadas como garantía del Adelanto Directo y del Adelanto de Materiales, respectivamente.
10. Que de la información alcanzada a través de la Carta SC/CA N° 1909-09 del 04 de noviembre de 2009, notificada vía notarial el 16 de noviembre de 2011, se

evidencia la existencia de comunicaciones notariales de fecha 09 de julio de 2009, por medio de las cuales se reiteró el apercibimiento de comunicar a la Superintendencia de Banca y Seguros.

11. Que de las copias de las Cartas de Garantía alcanzadas al Tribunal por medio del Escrito 11 del 13 de agosto de 2009, se puede apreciar que si bien LA CONSTRUCTORA comunicó que las Cartas Fianzas ejecutadas se encontraban renovadas hasta el mes de Noviembre 2009, también adjuntó la sexta renovación de las Cartas Fianzas N°s 1001481-06 y 1001483-06 cuya vigencia registra el 01 de setiembre de 2009.
12. Que a esa fecha, LA CONSTRUCTORA estaba litigando la nulidad e ineficacia de la Resolución de Contrato efectuada por EL MINISTERIO, por lo que EL MINISTERIO a consecuencia de un mandato arbitral abrió una cuenta intangible en una Entidad Bancaria, en la que se depositó el monto de las garantías ejecutadas hasta la conclusión de dicho proceso.
13. Que en la Contestación de la demanda, EL MINISTERIO afirma que los montos ejecutados se encuentran custodiados en una cuenta bancaria hasta que se culmine con el consentimiento de la Liquidación Final del Contrato.

"Que, en tal sentido, y de acuerdo a lo expresado en el Oficio N° 892-2009MP-FN-GG de fecha 18 de agosto de 2009, el depósito afectado por la suma total de S/. 213,300.00, ha sido entregado a la Gerencia de Tesorería, para su custodia, el cual está depositado en una cuenta bancaria, hasta que se culmine con el consentimiento de la Liquidación Final del Contrato de Ejecución de la Obra: "Construcción y Equipamiento de la Sede de la Fiscalía Provincial Mixta de Ferreñafe - Lambayeque"; y siempre que no existan deudas a cargo de la CONSTRUCTORA, el monto ejecutado le será devuelto a éste sin dar lugar al pago de intereses, y después de efectuar el análisis de saldo por amortizar, en cumplimiento de lo establecido en el inciso 2) del Artículo 221° del glosado Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado." (El subrayado es nuestro).

14. Que en cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal Arbitral, el monto de las cartas fianzas, sigue depositado en una cuenta bancaria en custodia del MINISTERIO.
15. Que el MINISTERIO considera que no existen daños y perjuicios, porque la responsabilidad total de la ejecución de las cartas fianzas fue por el incumplimiento de las obligaciones contractuales de LA CONSTRUCTORA.
16. Que el artículo 221° del Reglamento regula la ejecución de garantías, en los siguientes términos:

Artículo 221.- Ejecución de Garantías

"Las garantías sólo se ejecutarán en los siguientes casos:

- 1) Cuando el contratista no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento. Contra esta ejecución el contratista**

no tiene derecho a interponer reclamo alguno.

2) Una vez culminado el contrato, y siempre que no existan deudas a cargo del contratista el monto ejecutado le será devuelto a éste sin dar lugar al pago de intereses. Tratándose de las garantías por adelantos no corresponde devolución alguna por entenderse amortizado el adelanto otorgado".

17. Que la Carta Fianza N° 68-01001481-04 que garantizó el Adelanto Directo por la suma de S/. 76,200.00 (Setenta y seis mil doscientos y 00/100 Nuevos Soles) tenía una vigencia hasta el 07 de marzo de 2009.
18. Que también la Carta Fianza N° 68-01001483-04 que garantizó el Adelanto de Materiales por la suma de S/. 137,100.00 (Ciento treinta y siete mil cien y 00/100 Nuevos Soles) tenía una vigencia hasta el 07 de marzo de 2009.
19. Que se deduce que EL MINISTERIO solicitó la ejecución de las cartas fianza el 11 de marzo de 2009, sin embargo, no han sido adjuntados los cargos de requerimiento. Por su parte, LA CONSTRUCTORA ha presentado la vigencia de las cartas fianzas renovadas hasta el 01 de setiembre de 2009.
20. Que en el presente proceso no han sido explicadas las razones por las que si bien las garantías estaban vigentes, EL MINISTERIO reiteró la ejecución de las Cartas Fianza por medio de las Cartas Notariales 002-MP-FN-PP y 003-MP-FN-PP del 09 de julio de 2009 a pesar que ya contaba con la sexta renovación recibida por el MINISTERIO con fecha 02 de junio de 2009.
21. Que la Resolución del Contrato efectuada por el MINISTERIO fue considerada ineficaz por el laudo anterior, determinándose que LA CONSTRUCTORA no tuvo culpa alguna en la demora en la ejecución de la Obra,
22. Que por lo tanto, no existía tampoco razón alguna para que EL MINISTERIO ejecutase, como lo hizo, las Cartas Fianza otorgadas.
23. Que ha quedado totalmente acreditado que el monto ejecutado se encuentra en poder del MINISTERIO y, por lo tanto, en ejecución del presente laudo deberá devolver el monto de las Cartas Fianzas a LA CONSTRUCTORA.
24. Que LA CONSTRUCTORA como Pretensión N° 5 de su demanda ha solicitado que se ordene al MINISTERIO el pago de S/. 120,666.41 (Ciento Veinte Mil Seiscientos Sesenta y Seis y 41/100 Nuevos Soles), por concepto de indemnización de daños y perjuicios por efectivizar las cartas fianzas y como Pretensión N° 7 de su demanda solicitó el pago de S/. 67,563.10 (Sesenta y Siete Mil Quinientos Sesenta y Tres y 10/100 Nuevos Soles), por concepto de indemnización de daño moral por la ejecución de la cartas fianzas.
25. Que sin embargo, el Tribunal Arbitral tiene en cuenta que LA CONSTRUCTORA no ha probado los daños que señala haber sufrido, siendo la carga de dicha prueba de su exclusiva responsabilidad.



26. Que respecto a la carga de la prueba, Eduardo Couture¹⁰⁸ señala que:

"(...) carga de la prueba quiere decir, en primer término, en su sentido estrictamente procesal, conducta impuesta a uno o a ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos. La ley distribuye por anticipado entre uno y otro litigante la fatiga probatoria. Textos expresos señalan al actor y al demandado las circunstancias que han de probar, teniendo en consideración sus diversas proposiciones formuladas en el juicio. Pero en segundo término, casi siempre en forma implícita porque no abundan los textos expresos que lo afirmen, la ley crea al litigante la situación embarazosa de no creer sus afirmaciones, en caso de no ser probadas. El litigante puede desprenderse de esa peligrosa suposición si demuestra la verdad de aquéllas". (El subrayado es nuestro).

27. Que la carga de la prueba no supone, pues, ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada litigante; es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que ha de probar, pierde el pleito.

28. Que puede quitarse esa carga de encima, probando, es decir, acreditando la verdad de los hechos que la ley señala. Y esto no crea, evidentemente, un derecho del adversario, sino una situación jurídica personal atinente a cada parte; el gravamen de no prestar creencia a las afirmaciones que eran menester probar y no se probaron. Como en el antiguo dístico, es lo mismo no probar que no existir.

29. Que del mismo modo, Alfredo Buzaid¹⁰⁹ considera que:

"(...) hablamos de carga cuando el ejercicio de una facultad es puesta como condición para obtener cierta ventaja. Por eso carga es una facultad cuyo ejercicio es necesario para la consecución de un interés (...). Puede decirse, por tanto, que ha de soportar la carga de la prueba aquel a quien toca demostrar los presupuestos del precepto jurídico aplicable (...). De ahí el siguiente principio que surge naturalmente: cada litigante soporta la carga de la prueba respecto de la existencia de todos los presupuestos (también los negativos) de las normas, sin cuya aplicación no triunfa la pretensión, esto es, los presupuestos de las normas que le son favorables." (El subrayado es nuestro).

30. Que el mismo autor señala, a su vez, que:

"(...) por tratarse de una regla valorativa para juzgar, la oportunidad en que debe ser aplicada es la del pronunciamiento"

¹⁰⁸ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Ediciones Depalma. Tercera Edición (póstuma). Buenos Aires. Año 1974. Págs. 241 y 242.

¹⁰⁹ BUZAID, Alfredo. "De la carga de la prueba". Centro de Estudios de Filosofía del Derecho. Maracaibo. 1975. Págs. 24 a 28.

Tribunal Arbitral

Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente)

Leonardo Quintana Portal

Elvira Martínez Coco.

de la sentencia, terminando el proceso. El juez (en este caso el árbitro) no debe entrar en su examen durante la causa, ni advertir a las partes sobre la incertidumbre de la prueba, ni finalmente, de la carga que corresponde a cada una de ellas. Sólo después de producidas o no las pruebas y de examinadas todas las circunstancias de hecho, es cuando el juez (nuevamente el árbitro) recibe de la ley el criterio que ha de plasmar el contenido de la decisión."¹¹⁰ (Los subrayados son nuestros).

31. Que de la prueba aportada al presente proceso, el Tribunal Arbitral advierte que LA CONSTRUCTORA no ha probado los daños que señala haber sufrido, por lo que no corresponde su reconocimiento, de tal modo que se deberá DECLARAR INFUNDADA la Pretensión N° 5 de la demanda, por la que se solicitó que el Ministerio Público pagase la suma de S/. 120,666.41 (Ciento veinte mil seiscientos sesenta y seis y 41/100 Nuevos Soles), por concepto de indemnización de daños y perjuicios por la ejecución de las cartas fianzas, e INFUNDADA la Pretensión N° 7 de la demanda, por la que se solicitó el pago de S/. 67,563.10 (Sesenta y siete mil quinientos sesenta y tres y 10/100 Nuevos Soles), por concepto de indemnización de daño moral por los mismos sucesos, al no haberse probado la cuantía de los daños reclamados.

VI.5 LA CARTA FIANZA DE FIEL CUMPLIMIENTO

El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en relación al tema de la renovación de las cartas fianzas, tiene en cuenta los argumentos de los hechos expuestos por ambas partes, debidamente detallados en la parte II del "Proceso Arbitral" del presente laudo.

Después de analizar los argumentos de ambas partes, así como la prueba actuada a lo largo de este proceso, el Tribunal Arbitral realiza el siguiente análisis respecto de los siguientes puntos controvertidos vinculados al tema de la renovación de las cartas fianzas de fiel cumplimiento y sus implicancias:

Sexto Punto Controvertido:

Determinar si corresponde ordenar o no al Ministerio Público pagar a favor de LA CONSTRUCTORA la suma ascendente a S/. 105,894.97 (Ciento cinco mil ochocientos noventa y cuatro y 97/100 Nuevos Soles), por concepto de reposición del perjuicio económico al no disponer de la contragarantía por garantizar las cartas fianzas.

Octavo Punto Controvertido:

Determinar si corresponde ordenar o no al Ministerio Público pagar a favor de LA CONSTRUCTORA la suma ascendente a S/. 177,227.99 (Ciento setenta y siete mil doscientos veintisiete y 99/100 Nuevos Soles), por concepto de lucro cesante, pérdida de oportunidad de trabajo, al no contar con Cartas Fianzas de Fiel Cumplimiento y otros para participar en nuevos procesos y/o contratos.

En relación con este particular, el Tribunal Arbitral considera lo siguiente:

Tribunal Arbitral

Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente)

Leonardo Quintana Portal

Elvira Martínez Coco.

1. Que con fecha 19 de diciembre de 2007 se celebró el Contrato y se hizo entrega de la Carta Fianza de Fiel cumplimiento, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 215° del Reglamento:

"Artículo 215°.- Garantía de fiel cumplimiento

Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la ENTIDAD la garantía de fiel cumplimiento del mismo. Esta deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por ciento(10%) del monto del contrato original y tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras.

2. Que el Contrato en su Clausula Sexta, estableció el plazo del Contrato en los siguientes términos:

"Clausula Sexta: Plazo de ejecución

El contratista se compromete a ejecutar la obra en un plazo de 120 días naturales, que se computará según lo prescrito en el Artículo 240 del REGLAMENTO. Debe adoptar todas las medidas necesarias que garanticen el cumplimiento de la terminación de la obra en el plazo fijado."

3. Que la Carta de Fiel Cumplimiento debe ser renovada hasta el consentimiento de la Liquidación, pero ello no significa que el o los plazos queden indefinidos o indeterminados.
4. Que la CONSTRUCTORA señala que se le ha generado perjuicio a su patrimonio, al no poder disponer del bien inmueble valorizado en US\$ 107,000.00 (Ciento siete mil y 00/100 dólares americanos), cuyos intereses son reclamados por la propietaria del bien garante, Sra. Gabriela Díaz Pernia, razón por la cual en la presente demanda solicita el resarcimiento de los mismos.
5. Que para acreditar la cuantificación del daño, LA CONSTRUCTORA ha adjuntado los cuadros de determinación del importe del perjuicio económico.
6. Que en relación a la indemnización solicitada por LA CONSTRUCTORA, este Tribunal Arbitral deja expresa constancia que los daños no han sido debidamente acreditados, razón por la cual no corresponde que se ampare pago alguno por este concepto.
7. Que siendo así las cosas, este Tribunal Arbitral deberá DECLARAR INFUNDADA la Sexta Pretensión de la demanda, por la que se solicitó la suma de S/. 105,894.97 (Ciento cinco mil ochocientos noventa y cuatro y 97/100 Nuevos Soles), por concepto de reposición del perjuicio económico al no disponer de la contragarantía por garantizar las cartas fianzas, e INFUNDADA la Octava Pretensión de la demanda, por la que se solicitó el monto de S/. 177,227.99 (Ciento setenta y siete mil doscientos veintisiete y 99/100 Nuevos Soles), por concepto de lucro cesante y pérdida de oportunidad de trabajo, al no contar con

Cartas Fianzas de Fiel Cumplimiento y otros para participar en nuevos procesos y/o contratos.

VI.6 DE LAS UTILIDADES

El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en relación a esta Pretensión, tiene en cuenta los argumentos de los hechos expuestos por ambas partes, debidamente detallados en la parte II del "Proceso Arbitral" del presente laudo.

Después de analizar los argumentos de ambas partes, así como la prueba actuada a lo largo de este proceso, el Tribunal Arbitral realiza el siguiente análisis respecto del Noveno Punto Controvertido relacionado con el reconocimiento de utilidades por resolución de contrato.

Noveno Punto Controvertido:

Determinar si corresponde ordenar o no al Ministerio Público pagar a favor de la Constructora P y L S.R.L. el 50% de la utilidad prevista dejada de percibir, la misma que asciende a la suma de S/. 23,643.42 (Veintitrés mil seiscientos cuarenta y tres y 42/100 Nuevos Soles); según lo previsto en el artículo 267° del Reglamento.

En relación a este Punto Controvertido, el Tribunal Arbitral realiza el siguiente análisis:

1. Que el Punto Octavo del Laudo Arbitral de fecha 12 de agosto de 2010¹¹¹ emitido por el Tribunal Arbitral conformado por los doctores Víctor Palomino Ramírez (Presidente), Luis Ricardo Gandolfo Cortés y Marco Antonio Martínez Zamora, declaró infundada la Tercera Pretensión de la demanda formulada por LA CONSTRUCTORA, por la que solicitó el reconocimiento de las utilidades no percibidas por un valor de S/. 33,872.49 (Treinta y tres mil ochocientos setenta y dos y 49/100 Nuevos Soles).
2. Que en el artículo 289° del Reglamento se le da al laudo el valor de cosa juzgada.

"Artículo 289.- Laudo

El laudo es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia. (...)."(El subrayado es nuestro).

3. Que la cosa juzgada es Res Iudicata, lo decidido, lo que ha sido materia en este caso, de decisión arbitral, de tal modo que es la calidad, autoridad o status que adquiere la resolución motivada, emanada de un órgano jurisdiccional, cuando ha adquirido carácter definitivo.
4. Que de esta manera, se evita la continuación de una controversia cuando ha recaído sobre ella una decisión arbitral. De esta manera se construye la seguridad jurídica y se fortalece la eficacia de la función arbitral.
5. Que como correctamente ha sostenido Chiovenda, el bien juzgado se convierte en inatacable; la parte a la que fue reconocido no sólo tiene derecho a conseguirlo prácticamente frente a la otra, sino que no puede sufrir ésta ulteriores ataques a

¹¹¹ Medio Probatorio N° 14.22 de la Demanda

Tribunal Arbitral

Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente)

Leonardo Quintana Portal

Elvira Martínez Coco.

este derecho y goce (autoridad de la cosa juzgada), salvo raras excepciones en que una norma expresa de la ley disponga cosa distinta.

6. Que en este proceso arbitral, LA CONSTRUCTORA ha solicitado el 50% de la utilidad prevista dejada de percibir, a pesar que existía un laudo en el que dicha pretensión ya le había sido denegada.
7. Que siendo así las cosas, este Tribunal Arbitral debe DECLARAR QUE NO HA LUGAR a pronunciamiento sobre la solicitud de pago del 50% de la utilidad prevista dejada de percibir, en virtud que esa misma solicitud fue denegada por otro Tribunal Arbitral en un laudo con autoridad de cosa juzgada.

VI.7 LA RENOVACIÓN DE LAS CARTAS FIANZAS

El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en relación a esta Pretensión, tiene en cuenta los argumentos de los hechos expuestos por ambas partes, debidamente detallados en la parte II del "Proceso Arbitral" del presente laudo.

Después de analizar los argumentos de ambas partes, así como la prueba actuada a lo largo de este proceso, el Tribunal Arbitral realiza el siguiente análisis respecto del Décimo Punto Controvertido relacionado con el reconocimiento de gastos por renovación de cartas de garantía por mayor periodo al previsto contractualmente.

Décimo Punto Controvertido:

Determinar si corresponde ordenar o no al Ministerio Público reembolsar a la Constructora P y L S.R.L. la suma ascendente a S/. 17,267.41 (Diecisiete Mil Doscientos Sesenta y Siete y 41/100 Nuevos Soles), por concepto de los gastos efectuados por el Contratista por las renovaciones de Cartas Fianzas de Fiel Cumplimiento y de Adelantos.

Que en relación a este Punto Controvertido, el Tribunal Arbitral realiza el siguiente análisis:

1. Que ha quedado acreditado en el presente proceso que la demora en la ejecución de la Obra obedeció a causas no imputables a LA CONSTRUCTORA.
2. Que también ha quedado acreditado que LA CONSTRUCTORA otorgó las Cartas Fianza que le correspondían, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley y en el Reglamento.
3. Que la Resolución de Contrato se fundamentó en causales que fueron desestimadas en un Laudo distinto al presente.
4. Que en función a ello se formuló la liquidación de la Obra, sin embargo LA CONSTRUCTORA liquidó la renovación de las cartas de garantía al 10 de setiembre de 2009 y adicionó los días de desfase hasta la liquidación de la Obra.
5. Que sólo es factible reconocer el mayor tiempo de renovación al previsto contractualmente, de acuerdo con el siguiente detalle:

Fecha de Firma del Contrato: 19 de diciembre de 2007.

Fecha de Inicio de la Obra: 03 de enero de 2008.

Plazo de ejecución de la Obra: 120 días calendarios.

Fecha de Término Contractual: 02 de mayo de 2008.

Fecha de ejecución de las Cartas de Garantía: 10 de setiembre de 2009.

Número de días de desfase: 464 días calendarios.

6. Que debe tenerse en cuenta que la renovación concluyó al momento de la ejecución de las Cartas Fianza, debido a que luego estos fondos están siendo cautelados en una cuenta específica.
7. Que siendo ello así, sólo corresponde amparar gastos de renovación de las Cartas de Garantía de los Adelantos de Materiales y del Adelanto Directo, de dichas cartas fue depositado en una cuenta bancaria en condición de custodia.
8. Que por causales no imputables a LA CONSTRUCTORA, se mantuvieron vigentes las cartas fianzas por un tiempo mayor al previsto contractualmente, hecho que ha generado daños y perjuicios a LA CONSTRUCTORA, por lo que se deben reconocer los mayores gastos de renovación de Cartas Fianzas, de acuerdo al siguiente detalle:

Renovación de Cartas de Garantía de Adelantos: S/. 10,919.52

Renovación de Cartas de Garantía de Fiel Cumplimiento: S/. 6,793.12

Total a Reconocer: S/. 17,712.64

9. Que por lo tanto, este Tribunal Arbitral debe DECLARAR FUNDADA la Décima Pretensión de la demanda; y en consecuencia, ORDENAR al MINISTERIO que reembolse a LA CONSTRUCTORA la suma de 17,267.41 (Diecisiete mil doscientos sesenta y siete y 41/100 Nuevos Soles), por concepto de los gastos por las renovaciones de las Cartas Fianzas de Fiel Cumplimiento y de Adelantos, las que por causales no imputables a LA CONSTRUCTORA se mantuvieron vigentes por un tiempo mayor al previsto contractualmente.

VI.8 LA LIQUIDACION DE LA OBRA

El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en relación a esta Pretensión, tiene en cuenta los argumentos de los hechos expuestos por ambas partes, debidamente detallados en la parte II del "Proceso Arbitral" del presente laudo.

Después de analizar los argumentos de ambas partes, así como la prueba actuada a lo largo de este proceso, el Tribunal Arbitral realiza el siguiente análisis respecto de los siguientes Puntos Controvertidos relacionados con el reconocimiento de la Liquidación Practicada por LA CONSTRUCTORA.

Décimo Punto Controvertido:

Tribunal Arbitral

Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente)

Leonardo Quintana Portal

Elvira Martínez Coco.

Determinar si corresponde declarar o no que la Liquidación de Obra presentada por LA CONSTRUCTORA ha sido elaborada de acuerdo a derecho; y, en consecuencia, determinar si corresponde ordenar o no al MINISTERIO pagar a favor de LA CONSTRUCTORA la suma ascendente a S/. 1'150,548.30 (Un millón ciento cincuenta mil quinientos cuarenta y ocho y 30/100 Nuevos Soles), que incluye los montos solicitados en las pretensiones que anteceden.

Décimo Segundo Punto Controvertido:

Determinar si corresponde declarar o no la nulidad y/o ineficacia de la Resolución de la Gerencia General N° 1259-2010-MP-FN-GG de fecha 18 de setiembre de 2010, que contiene la Liquidación Final de Obra elaborada por el Ministerio Público.

En relación a estos Puntos Controvertidos, el Tribunal Arbitral efectúa el siguiente análisis:

1. Que con fecha 22 de octubre de 2010, la CONSTRUCTORA presentó ante EL MINISTERIO el Expediente de Liquidación Final de la Obra "Construcción y Equipamiento de la Sede de la Fiscalía Provincial Mixta de Ferreñafe - Lambayeque".
2. Que con fecha 18 de noviembre de 2010, mediante el Oficio N° 4236-2010-MP-FN-GG-GECINF¹¹², EL MINISTERIO notificó la Resolución de la Gerencia General N° 1259-2010-MP-FN-GG¹¹³ con la cual da a conocer que EL MINISTERIO discrepaba con la Liquidación de Obra elaborada por la CONSTRUCTORA y se les notifica la realizada por EL MINISTERIO, por un monto de S/. 499,731.54 (Cuatrocientos noventa y nueve mil setecientos treinta y un y 54/100 Nuevos Soles) con un saldo a cargo de la CONSTRUCTORA de S/. 212,440.49 (Doscientos doce mil cuatrocientos cuarenta y 49/100 Nuevos Soles).
3. Que EL MINISTERIO absolvió la solicitud de aprobación de Liquidación Final de Obra, notificando notarialmente la Liquidación Final del Contrato conteniendo los anexos y cálculos respectivos, sustentando un saldo a cargo de LA CONSTRUCTORA por la suma de S/. 212,440.49 (Doscientos doce mil cuatrocientos cuarenta y 49/100 Nuevos Soles).
4. Que LA CONSTRUCTORA notificó su disconformidad con lo resuelto por EL MINISTERIO a través de su Carta s/n del 01 de diciembre 2010¹¹⁴, en la cual se ratificó en el monto inicialmente presentado. Sin embargo, EL MINISTERIO mediante el Oficio N° 1401-2010-MP-FN-GG-GECINF¹¹⁵ notificado por la vía notarial con fecha 14 de diciembre de 2010, respondió manifestando que se reafirmaban en el cálculo notificado con el Oficio N° 4236-2010-MP-FN-GG-GECINF¹¹⁶.

¹¹² Medio Probatorio N° 8 de la Demanda.

¹¹³ Medio Probatorio N° 9 de la Demanda.

¹¹⁴ Medio Probatorio N° 10 de la Demanda.

¹¹⁵ Medio Probatorio N° 11 de la Demanda.

¹¹⁶ Medio Probatorio N° 15 de la Demanda.

5. Que EL MINISTERIO ha señalado que no corresponde reconocer lo solicitado por LA CONSTRUCTORA, por no haber sido acreditado técnica ni jurídicamente.
6. Que el artículo 269° del Reglamento regula el tema de la liquidación de Obra, en los siguientes términos:

"El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo máximo de sesenta (30) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes. (...).

Cuando una de las partes observe la liquidación presentada por la otra, ésta deberá pronunciarse dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas.

En el caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquélla deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje.

Toda discrepancia respecto a la liquidación se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la Ley y en el presente Reglamento, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida." (El subrayado es nuestro).

7. Que el Tribunal Arbitral ha apreciado que las partes coinciden en el valor del avance contractual al 31 de agosto de 2008, mientras que existen pequeñas diferencias en el valor del reintegro y el avance de los trabajos adicionales, los que no fueron refutados en la contestación del expediente de liquidación.
8. Que siendo así las cosas, corresponde aprobar la siguiente liquidación, de acuerdo con lo ordenado pagar en el laudo anterior, lo ordenado pagar en el presente laudo y la información existente en el expediente arbitral:

Tribunal Arbitral

Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente)

Leonardo Quintana Portal

Elvira Martínez Coco.

Concepto	Entidad	Contratista	Discrepancias
MONTO BRUTO LIQUIDADO			
Valorización Contractual	411,553.88	411,553.88	-
Reintegros	3,962.31	17,839.61	13,877.30
Adelantos	80,088.95	80,088.95	-
	173,074.39	173,074.39	-
Adicional 01	3,834.12	4,277.37	443.25
Adicional 02	592.16	54,313.31	53,721.15
		-40,986.04	-40,986.04
TOTAL AUTORIZADO	673,105.81	700,161.47	27,055.66

Concepto	Entidad	Contratista	Discrepancias
PAGADO			-
Valorización Contractual	400,444.78	400,444.78	-
Reintegros	12,194.98	12,194.98	-
Adelantos			-
			-
Adelantos Amortizados	146,329.15	146,329.15	-
	292,658.31	292,658.31	-
Adicional 01			-
Adicional 02			-
TOTAL PAGADO	851,627.22	851,627.22	-
	-178,521.41	-151,465.75	27,055.66

Daños y perjuicios en aplicación del Artículo 240°		65,299.35	65,299.35	65,299.35
Enriquecimiento Indevido		57,269.47	57,269.47	57,269.47
Renovación de fianzas		17,267.41	17,267.41	17,267.41
Lucro Cesante		177,227.99	-	-
Utilidades no percibidas		23,643.42	-	-
Costos no previsto por el mantenimiento de oficina en obra por mayor tiempo al previsto		77,330.37	77,330.37	77,330.37
Costos no previsto por el mantenimiento de Gerencia y oficina hasta el cierre del contrato		185,920.80	-	-
Perjuicio por la retención de la financiera de la contragarantía de las Cartas Efectivizadas		120,666.41	-	-
Daño Moral		67,563.10	-	-
Devolución de la Efectivización de la Carta Fianza - Monto retenido en Cuenta por orden Cautelar		213,300.00	213,300.00	213,300.00
	-	1,005,488.32	430,466.60	430,466.60

COSTO DIRECTO				
RESULTANTE	-178,521.41	1,005,488.32	430,466.60	430,466.60
IGV	-32,133.85	180,987.90	77,483.99	77,483.99
NETO RESULTANTE	-210,655.26	1,186,476.22	507,950.59	507,950.59

9. Que tanto EL MINISTERIO como LA CONSTRUCTORA han cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 269° del Reglamento, anteriormente transcrito; y en consecuencia se debe APROBAR la Liquidación de Obra presentada por LA CONSTRUCTORA reformulada por este Tribunal Arbitral con los montos señalados en los Cuadros de la parte considerativa de este Punto; y DECLARAR la ineficacia de la Resolución de la Gerencia General N° 1259-2010-MP-FN-GG de fecha 18 de setiembre de 2010, que contiene la Liquidación Final de Obra elaborada por el Ministerio Público.

VI.9 LA RECONVENCIÓN

El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en relación a esta Pretensión, tiene en cuenta los argumentos de los hechos expuestos por ambas partes, debidamente detallados en la parte II del "Proceso Arbitral" del presente laudo.

Después de analizar los argumentos de ambas partes, así como la prueba actuada a lo largo de este proceso, el Tribunal Arbitral realiza el siguiente análisis respecto del siguiente Punto Controvertido relacionado con la reconvencción interpuesta por el reconocimiento de la Liquidación Practicada por EL MINISTERIO.

Décimo Cuarto Punto Controvertido:

Determinar si corresponde ordenar o no a la Constructora P y L S.R.L. que cumpla con resarcir al MINISTERIO la suma ascendente a S/. 932,185.82 (Novecientos treinta y dos mil ciento ochenta y cinco y 82/100 Nuevos Soles), por concepto de indemnización por daños y perjuicios ocasionados al haber cuestionado el cumplimiento de las obligaciones esenciales de la parte demandada y por tanto, haber vulnerado la imagen de esta institución.

En relación a este Punto Controvertido, el Tribunal Arbitral efectúa el siguiente análisis:

1. Que inicialmente EL MINISTERIO al formular su reconvencción solicitó que este Tribunal Arbitral ordenara a LA CONSTRUCTORA que cumpliera con resarcir al MINISTERIO la suma de S/. 200,000.00 (Doscientos mil y 00/100 Nuevos Soles), por concepto de indemnización por daños y perjuicios ocasionados al haber cuestionado el cumplimiento de las obligaciones esenciales de la parte demandada y por tanto, haber vulnerado la imagen de esta institución.
2. Que mediante la Resolución N° 04 de fecha 24 de junio de 2011, se tuvo por efectuada la reserva solicitada por el Ministerio Público en el primer otrosí digo de su escrito de contestación de demanda y reconvencción, el mismo que señalaba: "Que teniendo en cuenta los daños y perjuicios ocasionados por la Empresa Contratista, la Procuraduría Pública del Ministerio Público, se reserva su derecho a presentar durante el transcurso del proceso arbitral una liquidación donde se establezcan los montos establecidos por el área técnica, que deberá reconocer la empresa contratista demandante, por el detrimento moral y económico, para

Tribunal Arbitral

Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente)

Leonardo Quintana Portal

Elvira Martínez Coco.

establecer el daño emergente y lucro cesante, producido contra la entidad demandada".

3. Que en dicha diligencia, este Colegiado requirió al MINISTERIO la presentación del medio probatorio antes mencionado, otorgándosele a dicha parte un plazo de diez (10) días hábiles a partir del día siguiente de la notificación de dicha acta, bajo apercibimiento de tenerlo por no ofrecido, procediendo este Tribunal Arbitral a elaborar el Laudo Arbitral únicamente con los medios probatorios admitidos.
4. Que el requerimiento efectuado en el párrafo precedente, fue absuelto por EL MINISTERIO mediante los escritos de fechas 27 de febrero y 16 de marzo de 2012.
5. Que dichos escritos fueron puestos a conocimiento de la contraria mediante la Resolución N° 13 de fecha 16 de marzo de 2012, para que expresara lo conveniente a su derecho.
6. Que posteriormente, mediante la Resolución N° 14 de fecha 29 de marzo de 2012, el Tribunal Arbitral tuvo por fijada la suma ascendente a S/. 932,185.82 (Novecientos treinta y dos mil ciento ochenta y cinco y 82/100 Nuevos Soles), por la indemnización por daños y perjuicios solicitada en su escrito de contestación de demanda y reconvención presentado por el MINISTERIO PÚBLICO en el presente arbitraje, más los respectivos intereses legales.
7. Que del análisis de la prueba aportada, este Tribunal Arbitral ha formado convicción respecto del hecho que EL MINISTERIO no ha acreditado ni el daño sufrido ni la cuantía del mismo, por lo que se debe DECLARAR INFUNDADA la reconvención interpuesta.

VII. RESPECTO DE LAS COSTAS Y COSTOS

El numeral 2 del artículo 56° de La Ley de Arbitraje, dispone que los árbitros deben pronunciarse en el laudo arbitral sobre los costos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral. Así tenemos que el artículo 56° de La Ley de Arbitraje dispone que:

"Artículo 56°.- Contenido del laudo.

(...)

- 2. El tribunal arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73°."**

A su turno, el artículo 73° de La Ley de Arbitraje señala que:

"Artículo 73°.- Asunción o distribución de costos.

- 1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.**

(...)."

De acuerdo con el artículo 70° de la Ley de Arbitraje, los costos del arbitraje comprenden:

"Artículo 70°.- Costos.

(...)

- a. Los costos del arbitraje comprenden:**
- b. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.**
- c. Los honorarios y gastos del secretario.**
- d. Los gastos administrativos de la institución arbitral.**
- e. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.**
- f. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.**
- g. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales."**

En la Cláusula Vigésimo Quinta del Contrato, las partes no establecieron nada en relación al pago de las costas y costos.

Atendiendo a que ambas partes han tenido razones suficientes para litigar, este Tribunal Arbitral considera que ambas deben asumir en partes iguales las costas y costos del presente proceso. Sin embargo, debe tenerse en consideración que EL MINISTERIO asumió la totalidad de los honorarios de la reconvencción que mediante la Resolución N° 05 de fecha 24 de junio de 2011, se fijaron inicialmente en S/. 8,000.00 (Ocho mil y 00/100 Nuevos Soles) para cada uno de los árbitros, y para el secretario arbitral en S/. 4,800.00 (Cuatro mil ochocientos y 00/100 Nuevos Soles), y que mediante la Resolución N° 17 de fecha 11 de abril de 2012, por concepto de Aumento de Cuantía de la Reconvencción, se fijaron como nuevos honorarios para cada uno de los árbitros la suma neta de S/. 10,000.00 (Diez mil y 00/100 Nuevos Soles) y para el secretario arbitral la suma neta de S/. 6,000.00 (Seis mil y 00/100 Nuevos Soles).

En razón de lo señalado, este Tribunal Arbitral debe ordenar que LA CONSTRUCTORA reembolse al MINISTERIO la suma de S/ 32,400.00 (Treinta y dos mil cuatrocientos y 00/100 Nuevos Soles) del pago de los honorarios arbitrales y Secretaría Arbitral que asumió por ella.

IX. DE LA PRUEBA ACTUADA Y LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

Por último, el Tribunal Arbitral deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en el artículo 37° de La Ley de Arbitraje y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.

Por las razones expuestas, de acuerdo con lo establecido por La Ley de Arbitraje, este Tribunal Arbitral, dentro del plazo correspondiente y en **DERECHO**,

LAUDAN POR UNANIMIDAD:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la Pretensión N° 1 de la demanda; y en consecuencia, **ORDENAR** al Ministerio Público que pague a la Constructora P y L S.R.L. el monto de S/. 65,299.39 (Sesenta y cinco mil doscientos noventa y nueve y 39/100 Nuevos Soles), por concepto de resarcimiento de daños y perjuicios, al no haber cumplido oportunamente con las condiciones establecidas en el artículo 240° del Reglamento.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la Pretensión N° 02 de la demanda; y en consecuencia:

1. **DECLARAR** que los mayores trabajos ejecutados en estructuras, arquitectura e instalaciones eléctricas no forman parte del proyecto contractual, siendo su ejecución necesaria para dar solución al proyecto contractual; y
2. **ORDENAR** al Ministerio Público que pague a la Constructora P y L S.R.L. la suma ascendente a S/. 68,150.67 (Sesenta y ocho mil ciento cincuenta y 67/100 Nuevos Soles), por concepto de enriquecimiento indebido por la ejecución de los trabajos señalados en la parte considerativa del presente laudo.

TERCERO: DECLARAR FUNDADA la Tercera Pretensión de la demanda; y en consecuencia, **ORDENAR** al Ministerio Público el pago a la Constructora P y L S.R.L. de la suma de S/. 77,330.37 (Setenta y siete mil trescientos treinta y 37/100 Nuevos Soles), por concepto del gasto efectuado por mantenimiento de oficina y pago del personal en obra, por un periodo mayor al previsto contractualmente.

QUINTO: DECLARAR INFUNDADA la Pretensión N° 5 de la demanda, por la que se solicitó que el Ministerio Público pagase la suma de S/. 120,666.41 (Ciento veinte mil seiscientos sesenta y seis y 41/100 Nuevos Soles), por concepto de indemnización de daños y perjuicios por la ejecución de las cartas fianzas, e **INFUNDADA** la Pretensión N° 7 de la demanda, por la que se solicitó el pago de S/. 67,563.10 (Sesenta y siete mil quinientos sesenta y tres y 10/100 Nuevos Soles), por concepto de indemnización de daño moral por los mismos sucesos, al no haberse probado la cuantía de los daños reclamados.

SEXTO: DECLARAR INFUNDADA la Sexta Pretensión de la demanda, por la que se solicitó la suma de S/. 105,894.97 (Ciento cinco mil ochocientos noventa y cuatro y 97/100 Nuevos Soles), por concepto de reposición del perjuicio económico al no disponer de la contragarantía por garantizar las cartas fianzas, e **INFUNDADA** la Octava Pretensión de la demanda, por la que se solicitó el monto de S/. 177,227.99 (Ciento setenta y siete mil doscientos veintisiete y 99/100 Nuevos Soles), por concepto de lucro cesante y pérdida de oportunidad de trabajo, al no contar con Cartas Fianzas de Fiel Cumplimiento y otros para participar en nuevos procesos y/o contratos.

SÉTIMO: DECLARAR QUE NO CORRESPONDE PRONUCIARSE sobre la Pretensión N° 9 de la demanda, mediante la cual la Constructora P y L S.R.L. solicitó que el Ministerio Público le pague el 50% de la utilidad prevista dejada de percibir, ascendente al monto de S/. 23,643.42 (Veintitrés mil seiscientos cuarenta y tres y 42/100 Nuevos Soles), en virtud que esa misma solicitud fue denegada por otro Tribunal Arbitral en un laudo con autoridad de cosa juzgada.

Tribunal Arbitral

Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente)

Leonardo Quintana Portal

Elvira Martínez Coco.

OCTAVO: DECLARAR FUNDADA la Pretensión N° 10 de la demanda; y, por consiguiente, **ORDENAR** al Ministerio Público que reembolse a la Constructora P y L S.R.L. la suma de 17,267.41 (Diecisiete mil doscientos sesenta y siete y 41/100 Nuevos Soles), por concepto de los gastos por las renovaciones de las Cartas Fianzas de Fiel Cumplimiento y de Adelantos, las que por causales no imputables a la Constructora P y L S.R.L. se mantuvieron vigentes por un tiempo mayor al previsto contractualmente.

NOVENO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la Pretensión N° 11 de la demanda y **APROBAR** la Liquidación de Obra presentada por la Constructora P y L S.R.L. reformulada por este Tribunal Arbitral con los montos ordenados pagar por este Tribunal Arbitral y los señalados en los Cuadros del Punto VI.8 la parte considerativa de este laudo; y **DECLARAR FUNDADA** la Pretensión N° 12 de la demanda, y en consecuencia, **DECLARAR** la ineficacia de la Resolución de la Gerencia General N° 1259-2010-MP-FN-GG de fecha 18 de setiembre de 2010, que contiene la Liquidación Final de Obra elaborada por el Ministerio Público.

DÉCIMO: DECLARAR INFUNDADA la reconvencción interpuesta por el Ministerio Público, al no haberse probado el daño sufrido ni su cuantía.

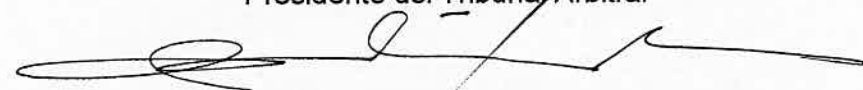
DÉCIMO PRIMERO: FIJAR los honorarios del Tribunal Arbitral en la suma neta de S/ 93,000.00 (Noventa y tres mil y 00/100 Nuevos Soles) y los honorarios de la Secretaría Arbitral en la suma neta de S/.18,800.00 (Dieciocho mil ochocientos y 00/100 Nuevos Soles).

DÉCIMO SEGUNDO: DECLARAR que cada una de las partes asumirá sus propios gastos del arbitraje y en partes iguales los gastos comunes; y en consecuencia, **ORDENAR** que la Constructora P y L S.R.L. reembolse al Ministerio Público la suma de S/ 32,400.00 (Treinta y dos mil cuatrocientos y 00/100 Nuevos Soles) de los honorarios de los árbitros y de la secretaria arbitral que el Ministerio Público asumió vía subrogación, ante la falta de pago de la Constructora P y L S.R.L.

DÉCIMO TERCERO: Dispóngase que el Secretario Arbitral cumpla con remitir el presente Laudo Arbitral de Derecho al Organismo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – OSCE, dentro del plazo de cinco (5) días de notificado.



LUIS FELIPE PARDO NARVÁEZ
Presidente del Tribunal Arbitral



LEONARDO QUINTANA PORTAL
Arbitro



ELVIRA MARTÍNEZ COCO
Arbitro

Tribunal Arbitral

Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente)
Leonardo Quintana Portal
Elvira Martínez Coco.

SE LAUDAN EN MAYORÍA:

CUARTO: DECLARAR INFUNDADA la Cuarta Pretensión de la demanda, por la que se solicitó que el Ministerio Público pagase la suma de S/. 33,451.20 (Treinta y tres mil cuatrocientos cincuenta y un con 20/100 Nuevos Soles), por concepto del gasto efectuado por mantenimiento de la oficina principal y la Gerencia por el mayor tiempo al previsto contractualmente.



LUIS FELIPE PARDO NARVÁEZ
Presidente del Tribunal Arbitral



LEONARDO QUINTANA PORTAL
Arbitro

VOTO SINGULAR DE LA DRA. ELVIRAA MARTÍNEZ COCO

Elvira Martínez Coco, integrante del Tribunal Arbitral encargado de resolver la presente controversia, en relación al laudo arbitral emitido en mayoría en este caso, expedido en la misma fecha por los doctores Luis Felipe Pardo Narváez y Leonardo Quintana Portal, emite el siguiente voto particular:

1. Respecto a los fallos emitidos, así como al análisis realizado respecto de cada uno de ellos, en el primer, segundo, tercer, quinto, sexto, sétimo, octavo, décimo, décimo primero, décimo segundo y décimo tercer numeral resolutive del referido laudo arbitral de fecha 23 de abril de 2013, expresa su conformidad frente a la decisión emitida en su totalidad.
2. Respecto al fallo emitido en el noveno numeral resolutive del referido laudo arbitral de fecha 23 de abril de 2013, deberá tenerse presente y disponer que forma parte de ella, que en la Liquidación de Obra presentada por la Constructora P y L S.R.L., y que fue reformulada por este Tribunal Arbitral, cuya aprobación se ha dispuesto, se incluya el monto correspondiente y que se está reconociendo en el cuarto numeral resolutive del presente voto singular, cuyo análisis se consigna en los siguientes párrafos.
3. Respecto al fallo emitido en el cuarto numeral resolutive del referido laudo arbitral de fecha 23 de abril de 2013, expresa su desacuerdo con el mismo, tanto en lo concerniente al análisis efectuado en la parte considerativa, así como en la decisión final contenida en la parte resolutive del citado laudo, expidiendo su voto particular respecto de este extremo, el cual queda definido de la siguiente manera:



Tribunal Arbitral

Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente)

Leonardo Quintana Portal

Elvira Martínez Coco.

Cuarto Punto Controvertido (Pretensión N° 4 de la demanda)

Determinar si corresponde ordenar o no al Ministerio Público pagar a favor de la Constructora P y L S.R.L. la suma ascendente a S/. 185,920.80 (Ciento ochenta y cinco mil novecientos veinte y 80/100 Nuevos Soles), por concepto del gasto efectuado por el Contratista, costo no previsto por mantenimiento de gerencia y oficina principal hasta el cierre del contrato.

31. Que en relación al Cuarto Punto Controvertido, por el que se demanda el reconocimiento del costo no previsto por mantenimiento de oficina principal y gerencia hasta el cierre del Contrato, al haberse demostrado que el mayor tiempo de permanencia en la Obra, y su respectiva dirección, no obedeció a causa imputable a LA CONSTRUCTORA, corresponde su reconocimiento.
32. Que el monto a reconocerse debe comprender el lapso desde el término previsto contractualmente hasta la fecha en que el MINISTERIO tomó el control de la Obra, es decir, hasta la fecha de la Constatación Física de la Obra, tal como puede apreciarse en el siguiente detalle:

Fecha de Término Contractual:	03 de mayo de 2008
Fecha de la Constatación Física:	17 de setiembre de 2008
N° de días por mayor permanencia en obra:	138 días calendario

Costo Diario por mayor tiempo de oficina principal y gerencia x 138 días calendario

S/. 242.40 X 138 días calendario = S/. 33,451.20

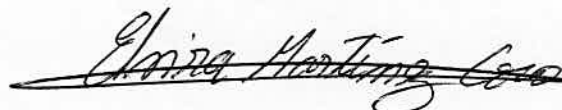
33. Que LA CONSTRUCTORA ha solicitado el reconocimiento de 767 días calendarios por la suma de S/. 185,920.80 (Ciento ochenta y cinco mil novecientos veinte y 80/100 Nuevos Soles), de tal manera que corresponde DECLARAR FUNDADA EN PARTE la Cuarta Pretensión de la demanda y ORDENAR al MINISTERIO el pago a la CONSTRUCTORA de la suma de 33,451.20 (Treinta y tres mil cuatrocientos cincuenta y un con 20/100 Nuevos Soles), por concepto del gasto efectuado por mantenimiento de la oficina principal y la Gerencia por el mayor tiempo al previsto contractualmente.

EL TRIBUNAL ARBITRAL RESUELVE:

Estando a las consideraciones precedentes, y dentro del plazo establecido para estos efectos, el Tribunal Arbitral en Derecho **RESUELVE:**

CUARTO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la Cuarta Pretensión de la demanda y **ORDENAR** al Ministerio Público el pago a la Constructora P y L S.R.L. de la suma de S/. 33,451.20 (Treinta y tres mil cuatrocientos cincuenta y un con 20/100 Nuevos Soles) por concepto del gasto efectuado por mantenimiento de la oficina principal y la Gerencia por el mayor tiempo al previsto contractualmente.

Notifíquese a las partes.



Lima, 23 de abril de 2013

Señores
Constructora P y L S.R.L.
Prolongación Recavarren N° 1356
Surquillo.-

CARGO

Att.: Primitivo Reynaldo Díaz Ayala
Gerente General de la Constructora P y L S.R.L.

Ref.: Caso Arbitral: Constructora P y L S.R.L. - Ministerio Público

Contrato: de Ejecución de Obra N° 11-2007 para la ejecución de la obra denominada: "Construcción y Equipamiento de la Sede de la Fiscalía Provincial Mixta de Ferreñafe - Lambayeque"

Asunto: Notificación de Laudo Arbitral y Voto Singular

De mi consideración:

Por medio de la presente y en atención al caso arbitral de la referencia, cumplo con notificarles el Laudo Arbitral de Derecho expedido con fecha 23 de abril de 2013 por el Tribunal Arbitral, integrado por los doctores Luis Felipe Pardo Narvaez, en su calidad de Presidente, Elvira Martínez Coco y Leonardo Quinta Portal, en su calidad de árbitros, el cual consta de ciento dieciocho (118) fojas y contiene todas las rúbricas correspondientes.

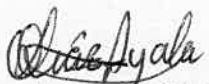
Asimismo, se les notifica el Voto Singular, emitido en la misma fecha, por la doctora Elvira Martínez Coco, en su calidad de árbitro, el cual forma parte del citado laudo.

En tal sentido, adjunto a la presente comunicación se les remite un ejemplar del Laudo Arbitral y Voto Singular referidos precedentemente.

Lo que notifico conforme a Ley.

Atentamente,


JUAN HUAMANÍ CHÁVEZ
Secretario Arbitral


DÍAZ AYALA PRIMITIVO R.
25/04/2013.

Lima, 23 de abril de 2013



Señores
Ministerio Público
Av. Abancay N° 491
Cercado de Lima.-

Att.: Dr. Aurelio Luis Bazán Lora
Procurador Público del Ministerio Público

Ref.: Caso Arbitral: Constructora P y L S.R.L. - Ministerio Público

Contrato: de Ejecución de Obra N° 11-2007 para la ejecución de la obra denominada: "Construcción y Equipamiento de la Sede de la Fiscalía Provincial Mixta de Ferreñafe - Lambayeque"

Asunto: Notificación de Laudo Arbitral y Voto Singular

De mi consideración:

Por medio de la presente y en atención al caso arbitral de la referencia, cumplo con notificarles el Laudo Arbitral de Derecho expedido con fecha 23 de abril de 2013 por el Tribunal Arbitral, integrado por los doctores Luis Felipe Pardo Narvaez, en su calidad de Presidente, Elvira Martínez Coco y Leonardo Quinta Portal, en su calidad de árbitros, el cual consta de ciento dieciocho (118) fojas y contiene todas las rúbricas correspondientes.

Asimismo, se les notifica el Voto Singular, emitido en la misma fecha, por la doctora Elvira Martínez Coco, en su calidad de árbitro, el cual forma parte del citado laudo.

En tal sentido, adjunto a la presente comunicación se les remite un ejemplar del Laudo Arbitral y Voto Singular referidos precedentemente.

Lo que notifico conforme a Ley.

Atentamente,


JUAN HUAMANÍ CHÁVEZ
Secretario Arbitral