

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CASO ARBITRAL SEGUIDO POR CONSORCIO SAN FRANCISCO CONTRA
PROVIAS DESCENTRALIZADO

Laudo de Derecho expedido por el Tribunal Arbitral conformado por el Dr. RICHARD MARTIN TIRADO, en su calidad de presidente, el Dr. VICTOR BACA ONETO y el Dr. MARIO MANUEL SILVA LOPEZ (en adelante, el Tribunal Arbitral) en la controversia surgida entre CONSORCIO SAN FRANCISCO (en adelante, EL DEMANDANTE o EL CONTRATISTA) y PROVIAS DESCENTRALIZADO (en adelante, LA DEMANDADA ó LA ENTIDAD) respecto del Contrato de Obra de Rehabilitación N° 285-2008-MTC/21, materia de la Licitación Pública Nacional N° CI-87-2008-MTC/21, para la ejecución de la Obra "Rehabilitación del Camino Vecinal Yauya – Juncay – Mamyanyaco – San Francisco (L=23.774KM).

Resolución N° 17

Lima, 12 de abril de 2013

I. ANTECEDENTES.-

1.1. DESARROLLO DEL PROCESO ARBITRAL.-

1.1.1 Con fecha 20 de febrero de 2012, se realizó la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral.

Asimismo, el Tribunal Arbitral otorgó a EL CONSORCIO, un plazo de diez (10) días hábiles a fin de que cumpla con presentar su demanda, debiendo ofrecer los medios probatorios que respalden las pretensiones planteadas, de conformidad con el numeral 12) del Acta de Instalación.

- 1.1.2 Mediante escrito N° 02 de fecha 05 de marzo de 2012, EL CONSORCIO interpuso una demanda arbitral, dentro de plazo de ley, contra LA ENTIDAD.
- 1.1.3 Mediante Resolución N° 02 de fecha 14 de marzo de 2012, el Tribunal Arbitral resolvió admitir a trámite la demanda arbitral; en consecuencia, corrió traslado de la demanda arbitral a LA ENTIDAD para que, en un plazo de diez (10) días hábiles de notificada, cumpla con contestarla y, de considerarlo conveniente, formule reconvencción, de conformidad con lo establecido en el numeral 13) del Acta de Instalación.
- 1.1.4 Con escrito N° 02 y dentro del plazo concedido en la Resolución N° 02, LA ENTIDAD presentó su escrito de contestación de la demanda arbitral.
- 1.1.5 Mediante Resolución N° 04 de fecha 10 de abril de 2012, el Tribunal Arbitral resolvió admitir a trámite la contestación a la demanda arbitral, tener por ofrecido los medios probatorios que se señalan y a los autos los anexos que se acompañaron, con conocimiento de EL CONSORCIO.
- 1.1.6 Mediante Resolución N° 05 de fecha 16 de abril de 2012, el Tribunal Arbitral resolvió tener por cumplido por parte de EL CONSORCIO, la remisión de las copias completas del Contrato N° 285-2008-MTC/21.
- 1.1.7 Mediante Resolución N° 07 de fecha 04 de junio de 2012, el Tribunal Arbitral resolvió citar a las partes a la Audiencia de Determinación de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el día 15 de junio de 2012 a horas 3:00pm.
- 1.1.8 En la fecha y hora programada mediante la Resolución N° 07, se procedió a la suspensión de la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios por inasistencia de los representantes tanto de EL CONSORCIO como de LA ENTIDAD.

1.1.9 Mediante Resolución N° 08 de fecha 15 de junio de 2012, el Tribunal Arbitral resolvió indicar a las partes intervinientes que la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios estaba reprogramada para el día 22 de junio de 2012 a las 12:45 p.m. en la sede del Tribunal Arbitral.

1.1.10 El 22 de junio de 2012, se llevó a cabo el Acta de la Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, mediante el cual se fijó los siguientes puntos controvertidos:

- 
- *“Determinar si procede o no, declarar el consentimiento de la Liquidación Final de Obra, presentada por el Consorcio a la Entidad mediante Carta N° 006-2011-CSF de fecha 14.09.11, recibida el 15.09.11; y, en consecuencia se reconozca y ordene el pago del saldo a favor del Consorcio por el monto ascendente a la suma de S/. 435,284.97 Nuevos Soles, al amparo del artículo N° 269°, D.S. N° 084-2004-PCM del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, sin IGV más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.”*
 - *“Determinar si procede o no, que se reconozca y ordene a la Entidad el pago a favor del Consorcio por los daños y perjuicios que se originen como daño emergente por el mayor costo de las cartas fianzas al haberse excedido los plazos contractuales, así como las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no permitiendo la participación en diversos procesos de selección.”*
 - *“Determinar a quién corresponde el pago de las costas y costos del presente proceso arbitral.”*
- 

1.1.11 En el Acta de la indicada Audiencia, el Tribunal Arbitral citó a las partes a una Audiencia de Ilustración para el día 03 de julio de 2012 a las 3:30pm.

1.1.12 En la fecha y hora programada, mediante el Acta de la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos, se realizó la Primera Audiencia Especial de Ilustración.

1.1.13 Mediante Resolución N° 09 de fecha 13 de julio de 2012, el Tribunal Arbitral resolvió fijar como nueva sede del Tribunal Arbitral las oficinas ubicadas en la Av. Juan de Aliaga N° 265 – Magdalena del Mar.

1.1.14 Con fecha 24 de julio de 2012, EL CONSORCIO presentó su escrito N° 05 solicitando la acumulación de una pretensión subordinada a la primera pretensión indicada en la demanda arbitral.

1.1.15 Mediante Resolución N° 10 de fecha 30 de julio de 2012, el Tribunal Arbitral resolvió correr traslado a LA ENTIDAD con el escrito de acumulación de pretensión presentado por EL CONSORCIO, a fin que en un plazo de cinco (05) días hábiles pueda manifestar lo conveniente a su derecho.

1.1.16 Con fecha 08 de agosto de 2012 y dentro del plazo concedido para tales efectos, LA ENTIDAD se opuso a la acumulación de la nueva pretensión, toda vez que la nueva pretensión constituía un intento, no de someter nuevas controversias al arbitraje en curso, si no de incluir una pretensión que por falta de diligencia no planteo como subordinada de su primera pretensión en el escrito de demanda.

1.1.17 Mediante Resolución N° 11 de fecha 28 de septiembre de 2012, el Tribunal Arbitral resolvió declarar infundada la solicitud de acumulación de la pretensión correspondiente a la Liquidación Final de Obra presentada por EL CONSORCIO con Carta N° 006-2011-CSF de fecha

14.09.2011, al amparo de lo dispuesto en el artículo 269° del Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, Reglamento del T.U.O. de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, sin perjuicio de ratificar la plena competencia del Tribunal Arbitral para evaluar la legalidad de la liquidación y los contenidos establecidos en ella, de ser el caso.

1.1.18 El día 31 de octubre de 2012, el Tribunal Arbitral expidió la Resolución N° 12, mediante la cual resolvió declarar el cierre de la instrucción y, en consecuencia, concedió a las partes, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 26) del Acta de Instalación, un plazo de cinco (05) días hábiles de notificada la indicada resolución, para que presenten sus alegaciones y conclusiones finales y, de solicitarlo alguna de las partes o por iniciativa propia, las citará a una Audiencia de Informes Orales.

1.1.19 Con fecha 12 de noviembre de 2012, mediante escrito s/n LA ENTIDAD presentó su escrito de Alegatos, conforme lo establecido en la Resolución N° 21.

1.1.20 Con fecha 15 de noviembre de 2012, el Tribunal Arbitral expidió la Resolución N° 13, mediante la cual resolvió citar a las partes intervinientes a la Audiencia de Informes Orales para el día 06 de diciembre de 2012 a las 12:00 m.

1.1.21 Con fecha 06 de diciembre de 2012, el Tribunal Arbitral llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, mediante la cual se otorgó a los representantes de las partes el uso de la palabra, a fin que expresen sus alegatos. Asimismo, se les otorgó un plazo de diez (10) días hábiles a las partes intervinientes, para que indistintamente, de ser el caso, cumplan con remitir la documentación vinculada a la Cláusula Trigésimo Segunda del Contrato N° 285-2008-MTC/21 de fecha 13 de junio de 2008.

1.1.22 Con fecha 27 de diciembre de 2012, LA ENTIDAD presentó su escrito s/n remitiendo la documentación solicitada por el Tribunal Arbitral en la Audiencia de Informes Orales.

1.1.23 Mediante Resolución N° 15 de fecha 16 de enero de 2013, el Tribunal Arbitral resolvió señalar que el expediente se encontraba expedito para laudar. Para tal efecto, se autorizó a emitir el respectivo Laudo en un plazo de treinta (30) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la notificación de la presente Resolución, el mismo que podrá ser prorrogado, a discreción del Tribunal Arbitral, por treinta (30) días hábiles adicionales.

1.1.24 Con Resolución N° 16 de fecha 26 de febrero de 2013, el Tribunal Arbitral resolvió ampliar el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales, que se computarán a partir del día siguiente del vencimiento del plazo originario.

1.2. ANTECEDENTES DE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL.-

1.2.1. Con fecha 13 de junio de 2008, se suscribió el Contrato de Obra de Rehabilitación N° 285-2008-MTC/21, materia de la Licitación Pública Nacional N° CI-87-2008-MTC/21, para la ejecución de la Obra "Rehabilitación del Camino Vecinal Yauya – Juncay – Mamyanyaco – San Francisco (L=23.774KM)

1.3. PRETENSIONES.-

1.3.1. DE LA DEMANDA Y LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

A. Primera pretensión principal.-

"Se declare el consentimiento de la liquidación final de obra presentada a la Entidad Contratante, mediante carta N° 006-2011-CSF de fecha

14.0.11 recibida el 15.09.11, en consecuencia se reconozca y ordene el pago del saldo a favor de mi representada por el monto ascendente a la suma de S/. 435,284.97 (CUATROSCIENOS TREINTAICINCO MIL DOSCIENTOS OCHENTAICUATRO Y 97/100 NUEVOS SOLES), al amparo del artículo N° 269, D.S. 084-2004-PCM del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado sin IGV, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago”.

B. Segunda Pretensión Principal.-

“La obligación por parte de la entidad contratante, de dar suma de dinero (pago), de los costos (honorarios de abogado) y costas (gastos del proceso: honorarios del tribunal arbitral y de la secretaria arbitral) derivados del presente proceso, más los intereses hasta la fecha de su pago”

C. Tercera Pretensión Principal.-



“Se reconozca y ordene el pago por los daños y perjuicios que se originan como daño emergente, en el mayor costo de nuestras carta fianza, de fiel cumplimiento de contrato, al haberse excedido los plazos contractuales, los mismos que no se pueden recuperar por la desidia de la Entidad contratante, la demora innecesaria a la solución de las presentes controversias como el perjuicio causado por gastos de pagos a empresas asesoras para el proceso de conciliación y arbitraje;, asimismo, los gastos por pagos al personal administrativo y técnico, al haberse excedido los plazos contractuales, tal y como lo estipula los artículo 1969° y 1985° del Código Civil, así como las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no permitiendo la participación de mi representada en diversos procesos de selección”.

1.3.2. DE LA RECONVENCIÓN Y LA CONTESTACIÓN DE LA RECONVENCIÓN.-

No se presentó reconvención ni la absolución a la reconvención.

II. DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS.-

2.1. DE LA DEMANDA Y DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

2.1.1. *"Determinar si procede o no, declarar el consentimiento de la Liquidación Final de Obra, presentada por el Consorcio a la Entidad mediante Carta N° 006-2011-CSF de fecha 14.09.11, recibida el 15.09.11; y, en consecuencia se reconozca y ordene el pago del saldo a favor del Consorcio por el monto ascendente a la suma de S/. 435,284.97 Nuevos Soles, al amparo del artículo N° 269°, D.S. N° 084-2004-PCM del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, sin IGV más los intereses que se generen hasta la fecha de pago."*

2.1.2. *"Determinar si procede o no, que se reconozca y ordene a la Entidad el pago a favor del Consorcio por los daños y perjuicios que se originen como daño emergente por el mayor costo de las cartas fianzas al haberse excedido los plazos contractuales, así como las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no permitiendo la participación en diversos procesos de selección."*

2.2. COSTOS Y COSTAS DEL PROCESO.-

2.2.1. Determinar a quien corresponde el pago de las costas y costos del presente proceso arbitral.

III. PARTE CONSIDERATIVA.-

3.1. NORMA APLICABLE.-

Al haberse suscrito el Contrato de Obra de Rehabilitación N° 285-2008-MTC/2 con fecha 13 de junio de 2008, la interpretación y cualquier controversia referida a la ejecución del mismo se regula por el Decreto Supremo N° 083-2004-PCM – Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM (en adelante la Ley y el Reglamento).

3.2. DECLARACIÓN.-

El Tribunal Arbitral deja establecido que, una vez fijados los puntos controvertidos, se reserva el derecho a analizarlos en el orden que considere más conveniente. Asimismo, el Tribunal Arbitral deja indicado que, en el caso de llegar a la conclusión que a los efectos de resolver la presente controversia, careciese de objeto pronunciarse sobre alguno de los puntos controvertidos establecidos, porque guardan vinculación con los puntos controvertidos resueltos, podrá omitir pronunciamiento sobre aquellos expresando las razones de dicha omisión. Asimismo, el Tribunal Arbitral deja constancia de que las premisas señaladas como puntos controvertidos son meramente referenciales, por lo que el Colegiado podrá omitir, ajustar o interpretar dichas premisas a la luz de las respuestas dadas a otros puntos, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo. Respecto a la determinación de los puntos controvertidos y las reglas establecidas por el Tribunal, las partes expresaron su conformidad.

3.3. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS.-

3.3.1. ANALISIS DEL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO.-

A. Introducción.-

El presente punto controvertido consiste en:

"Determinar si procede o no, declarar el consentimiento de la Liquidación Final de Obra, presentada por el Consorcio a la Entidad mediante Carta N° 006-2011-CSF de fecha 14.09.11, recibida el 15.09.11; y, en consecuencia se reconozca y ordene el pago del saldo a favor del Consorcio por el monto ascendente a la suma de S/. 435,284.97 Nuevos Soles, al amparo del artículo N° 269°, D.S. N° 084-2004-PCM del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, sin IGV más los intereses que se generen hasta la fecha de pago."

B. Posición del Tribunal Arbitral.-

Cuestiones preliminares.-

- 1) En primer lugar, el presente Tribunal Arbitral debe precisar que EL CONSORCIO se ampara en el artículo 269° de Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones Estatales (RLCAE) como fuente del derecho que solicita.
- 2) Sin perjuicio de ello, durante el proceso arbitral se ha determinado la prelación jurídica de las normas aplicables para el caso concreto, precisando aún más que debería existir consonancia y concordancia entre todas. En caso contrario o caso de duda, se aplicará la prelación antes expuesta.
- 3) De acuerdo con la argumentación a la propuesta de EL CONSORCIO, una vez presentada la liquidación, según prevé el artículo 269° del RLCAE, LA ENTIDAD deberá responder, observando la liquidación o formulando otra.

- 4) En la medida en que la Carta N° 006-2011-CSF mediante la cual se presentó la liquidación tiene fecha de recepción por LA ENTIDAD 15.09.11, la formulación de observaciones a la misma o la formulación de una nueva liquidación, debió ser presentada por LA ENTIDAD en 30 días.
- 5) No obstante ello, mediante Oficio N° 504-2011-MTC/21.ANC de fecha 27.09.11 LA ENTIDAD presentó una contestación a la Liquidación formulada por EL CONSORCIO, argumentando la omisión de documentación de importancia, entre ellos: i) Cuadernos originales de obra y ii) Planos de replanteo del estudio (se presentaron los planos del estudio).
- 6) Mediante Carta N° 007-2011-CSF de fecha 11.10.11 EL CONSORCIO "subsana" las observaciones documentales consignadas por LA ENTIDAD y mediante Carta N° 008-2011-CSF de fecha 19.10.11 reitera los antecedentes antes indicados, aduciendo que la liquidación se encuentra consentida. Finalmente, con fecha 27.10.11, LA ENTIDAD contesta que la liquidación no ha quedado consentida, a pesar de lo afirmado por EL CONSORCIO.
- 7) EL CONSORCIO no menciona que LA ENTIDAD haya presentado Liquidación alguna. Sin embargo, LA ENTIDAD afirma haber formulado su propia liquidación de la obra, con fecha 14.10.2011, es decir 29 días después de la presentación de la liquidación de EL CONSORCIO.
- 8) Al respecto, la Resolución que contendría la citada liquidación sería la N° 1089-2011-MTC/21; hecho que puede confirmarse en los medios probatorios del presente proceso arbitral y en la base de datos de las resoluciones de Provias Nacional "Seguimiento de Documentos Legales".

Cuestiones de fondo.-

9) En primer lugar, no debe olvidarse que el procedimiento administrativo contiene un conjunto de actuaciones distintas a las inherentes a un proceso judicial u otros procesos que requieran diversas formalidades en las que se pudiera afectar el dinamismo de los trámites ante las entidades públicas. En dicho sentido, los principios del procedimiento administrativo contenidos en el Título IV de la Ley 27444, tienen un espíritu claramente a favor del Administrado y a favor de la culminación del procedimiento.

10) El procedimiento de liquidación, al ser una de las etapas posteriores a la ejecución de la obra y a la recepción de la misma, por su naturaleza estrictamente económica y formal desde un aspecto temporal, requiere de un análisis más profundo:

- a) Un primer punto consiste en diferenciar, tal como lo hace el citado artículo 269° del RLCAE, entre la Liquidación de la documentación que la sustenta o de los cálculos detallados que puedan ser necesarios, de modo adicional.

Al respecto, cabe señalar lo siguiente:

- i. La liquidación consiste esencialmente en la presentación de las obras realizadas (previstas o adicionales) y de los pagos realizados (previstos, por adicionales o por ampliaciones de plazo), con la determinación de un saldo final, a favor del contratista o de la entidad contratante.

- ii. La documentación y los cálculos adicionales constan en documentos sustentatorios de la liquidación, más no en la liquidación en sí misma.
- iii. La obligación del contratista consiste en presentar: LA LIQUIDACIÓN + LA DOCUMENTACIÓN SUSTENTATORIA + LOS CÁLCULOS DETALLADOS.
- iv. Si bien la liquidación es el componente principal y su contenido es bastante claro y aceptado en las contrataciones estatales, la documentación sustentatoria y la profundidad o detalle de los cálculos relacionados, deberá ser considerada caso por caso, sin poder establecerse una regla general de índole legal o reglamentario.
- v. Una consecuencia lógica del criterio expuesto, es la obligación del contratante de presentar dicha liquidación 60 días después de recepcionada la obra, con la liquidación y documentación sustentatoria correspondiente.

- b) En segundo lugar, LA ENTIDAD consideró que la liquidación presentada por EL CONSORCIO no cumplía los requisitos del artículo 269º del RLCAE y, sin realizar una observación de fondo, solicita la documentación faltante antes indicada.

Al respecto, cabe señalar lo siguiente:

- i. El primer párrafo del artículo en cuestión, exige que LA ENTIDAD se pronuncie de dos maneras, ya sea observando la liquidación o elaborando otra.

- ii. En concordancia con lo expresado en los puntos anteriores, LA ENTIDAD tenía la obligación de observar la liquidación, sin perjuicio que ello impida que exija ADICIONALMENTE a EL CONSORCIO el cumplimiento de los tres requisitos que exige el artículo 269° del RLCAE para el inicio del procedimiento de liquidación de obra (Liquidación, documentación y cálculos).
- iii. El artículo 269° del RLCAE precisa que la observación referida sólo cabe realizarse respecto de la Liquidación y no hace mención a los documentos sustentatorios ni a los cálculos detallados.
- iv. En el supuesto negado que se tenga una interpretación "amplia" de la Liquidación (como expediente de Liquidación) respecto de la obligación de LA ENTIDAD, ello permitiría la posibilidad de formular innumerables observaciones de forma, esencialmente documentales, contrariamente a los principios dinámicos que se establecen en la Ley N° 27444.
- v. Adicionalmente, esta interpretación amplia negaría el hecho que LA ENTIDAD cuenta con el mismo derecho de acceso a la información de la obra, durante la ejecución de la misma, ya sea directamente o a través del Inspector de obra.
- vi. No resulta razonable que se permita en vía de interpretación, que la obligación de formulación de observaciones de cargo de LA ENTIDAD, resulte tan amplia al extremo que puede abarcar meras observaciones de forma documentales, con el riesgo de una connotación o intención dilatoria del procedimiento.

c) Otro aspecto relevante en el análisis, es reconocer que el primer párrafo del artículo 269° del RLCAE presenta dos obligaciones similares pero no idénticas entre el contratista y la entidad contratante.

i. Por un lado EL CONTRATISTA DEBE presentar la liquidación, documentación sustentatoria y cálculos detallados.

ii. De otro lado, LA ENTIDAD DEBE observar la liquidación, PUDIENDO pronunciarse sobre la documentación sustentatoria o los cálculos detallados.

iii. Esta última facultad general, no puede convertirse en obligación por cuanto la norma no es explícita al respecto.

iv. Inclusive, el hecho de cumplir con la facultad general no implica que se haya cumplido con la obligación indicada explícitamente en el citado artículo: observar la liquidación o formular otra.

d) Cuarto. EL CONSORCIO no habría cumplido con presentar la documentación sustentatoria y/o los cálculos detallados, por cuanto el mismo habría reconocido la necesidad de tal subsanación.

i. No obstante, ello no quiere decir que haya incumplido con la presentación de la liquidación como tal, es decir, la relación de obras y pagos realizados, así como el saldo pendiente. Dicho de otro modo, habría incumplido parcialmente con la obligación esgrimida en el artículo 269° del RLCAE.

ii. Ahora bien, LA ENTIDAD habría incumplido TOTALMENTE con la obligación indicada en el citado artículo 269° del RLCAE por cuanto no ha formulado ni la observación a la liquidación ni formulado otra alternativa.

iii. Ante esta situación existen tres opciones posibles:

a. Que, no se tenga por presentada la liquidación por parte de EL CONSORCIO, y por ello se revise si se encuentra dentro del plazo de 60 días posteriores a la recepción de la obra. En caso contrario, será obligación de LA ENTIDAD, presentar su propia liquidación, 60 días después del vencimiento del plazo que tuvo EL CONSORCIO para presentar su liquidación.

En el presente caso, LA ENTIDAD presentó su liquidación 29 días después de la fecha presentada por EL CONSORCIO. Y, asumiendo que éste último se encontraba dentro del plazo cuando presentó su liquidación incompleta, LA ENTIDAD presentó su liquidación también dentro del plazo (a los 29 días del plazo de 60 días).

Obviamente, existe la problemática de la fecha de inicio para el cómputo de los plazos de presentación, el cual podría ser exactamente 60 días después del Laudo Arbitral (lo cual no se habría cumplido) o bien un plazo prudente similar, dada la condición *sui generis* de presentar una liquidación posterior a un Laudo Arbitral, en lugar de una recepción de la obra, tal como lo prevé la Ley. Este Tribunal Arbitral opta por la segunda alternativa, fortalecida por el consentimiento de las

partes, las cuales no han hecho observaciones temporales, por ejemplo afirmar que la liquidación de EL CONSORCIO se hubiera presentado fuera del plazo.

En este orden de ideas, 15 días después de la presentación de la liquidación de LA ENTIDAD, EL CONSORCIO no habría presentado sus observaciones a esta nueva liquidación, sino que habría continuado asumiendo que su liquidación sólo requería una subsanación de forma y documental. Por ello, al no haber observado la Liquidación de LA ENTIDAD del 14.10.2011, ésta habría quedado consentida.

- b. Que, a pesar de no haber presentado la liquidación acompañada por la documentación sustentatoria y los cálculos correspondientes, los cuales deberían subsanarse, ello no enerva la obligación de LA ENTIDAD de formular observaciones a la liquidación presentada por EL CONSORCIO, en concordancia con los principios de un procedimiento administrativo dinámico.

En tal supuesto, LA ENTIDAD habría contado con 30 días contados desde la presentación de la liquidación presentada por EL CONSORCIO, para formular sus observaciones o liquidación, independientemente de un pronunciamiento adicional relativo al requerimiento de la documentación sustentatoria omitida.

Tal como se ha observado, LA ENTIDAD no formuló observaciones de fondo y/o directas de la liquidación presentada por EL CONSORCIO, sino que con fecha

14.10.2011 presenta su propia liquidación, es decir a los 29 días, y dentro del plazo de 30 días.

Por lo expuesto, la Liquidación presentada por LA ENTIDAD habría quedado consentida a favor de ésta.

- c. Que, el pedido de documentos solicitados por LA ENTIDAD a EL CONSORCIO se considere una observación válida y conforme lo prevé el artículo 269º del RLCAE, en cuyo caso, EL CONSORCIO contaba con 15 días para pronunciarse al respecto.

En efecto, EL CONSORCIO habría "subsanoado" dichas observaciones el 11.10.11, (dentro del plazo de 15 días) y así, habría afirmado su tesis del consentimiento de su liquidación mediante Carta N° 008-2011-CSF de fecha 19 de octubre de 2011.

Por ello, 15 días después del 11.10.11 (vale decir a, más tardar el 26.10.11) la ENTIDAD debería haber respondido a la presunta subsanación de EL CONSORCIO, ya sea formulado observaciones a la subsanación antes descrita o estableciendo su propia liquidación.

Tal como se advierte, LA ENTIDAD presentó su liquidación el 14.10.11., (dentro del plazo antes descrito), por lo que correspondía a EL CONSORCIO pronunciarse sobre dicha liquidación, observándola y manifestando que la liquidación que éste elaboró era la correcta.

No obstante ello, EL CONSORCIO no reconoce la liquidación presentada por LA ENTIDAD y mantiene la

tesis que su liquidación es la correcta amparada en el consentimiento por vencimiento del plazo, es decir, no observa la liquidación de LA ENTIDAD.

Ante ello, el tercer párrafo del artículo 269º del RLCAE exige que la otra parte se pronuncie necesariamente sobre la liquidación presentada por la parte opuesta. En caso contrario, se aplicará el consentimiento.

En consecuencia, la Liquidación de LA ENTIDAD habría quedado consentida.

d. Que, la liquidación presentada por EL CONSORCIO sea válida, que el aspecto documental subsanado no habría enervado el plazo para que LA ENTIDAD formule observaciones o presente su propia liquidación, en tanto dicha entidad no habría presentado liquidación alguna. Por ello, la liquidación de EL CONSORCIO habría quedado consentida.

e) Los escenarios anteriormente expuestos representan cuatro posibles hipótesis interpretativas de los hechos y disposiciones normativas aplicables.

No obstante lo expuesto, es preciso afirmar que la cuarta hipótesis [d.] requiere el desconocimiento de un documento cuya existencia es innegable: la Resolución N° 1089-2011-MTC/21 del 14.10.2011. A pesar de ello, EL CONSORCIO fundamenta su posición omitiendo el valor jurídico del citado documento.

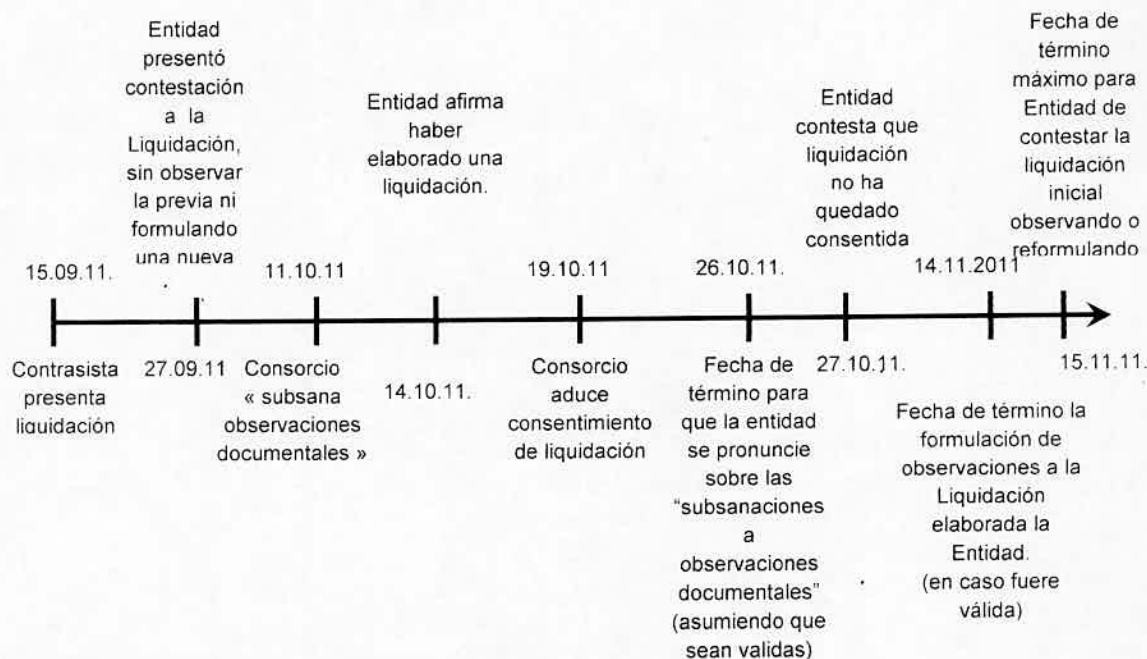
Por tales motivos, resultan potencialmente válidas cualquiera de las tres (03) hipótesis antes descritas [a., b. o c.], no siendo estrictamente necesario, establecer una postura definitiva en este extremo por cuanto las tres (03) hipótesis potencialmente válidas, desvirtúan la tesis del consentimiento planteada por EL CONSORCIO y otorgan validez y eficacia a la liquidación presentada por LA ENTIDAD.

Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal Arbitral considera necesario establecer que estima como válida la segunda hipótesis [b.], en la medida que esta refleja al margen del resultado final, un procedimiento administrativo de liquidación dinámico y eficaz, conforme lo prevén los principios establecidos en el Título IV de la Ley N° 27444.

El presente Laudo Arbitral no tiene por objeto la determinación o reconocimiento de la presunta validez de la Liquidación elaborada por LA ENTIDAD, por cuanto han existido dos (02) Liquidaciones, que debieron ser mutuamente observadas siguiendo los parámetros del artículo 269° del RLCAE.

A manera de conclusión, el Tribunal realizará una línea de tiempo con los principales hechos del procedimiento de liquidación.

14.10.11.



Nota: Plazos máximo del artículo 269° de la LCAE y su reglamento.

C. Conclusión del Tribunal Arbitral.-

En conclusión, el presente Tribunal Arbitral determina que corresponde declarar IMPROCEDENTE el pedido del consentimiento de la Liquidación Final de Obra, presentada por EL CONSORCIO a LA ENTIDAD mediante Carta N° 006-2011-CSF de fecha 14.09.11, recibida el 15.09.11; y, en consecuencia que no corresponde en esta vía reconocer ni ordenar el pago del saldo a favor de EL CONSORCIO por el monto ascendente a la suma de S/. 435,284.97 Nuevos Soles, al amparo del artículo N° 269° del TUO del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, sin IGV más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.

3.3.2. ANALISIS DEL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO.-

A. Introducción.-

El presente punto controvertido consiste en:

"Determinar si procede o no, que se reconozca y ordene a la Entidad el pago a favor del Consorcio por los daños y perjuicios que se originen como daño emergente por el mayor costo de las cartas fianzas al haberse excedido los plazos contractuales, así como las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no permitiendo la participación en diversos procesos de selección."

B. Posición del Tribunal Arbitral.-

- 1) Debemos manifestar que un daño resarcible consta de la disminución sufrida en el patrimonio del damnificado (pérdida sufrida o daño emergente) y de la falta de incremento de tal patrimonio (falta de ganancia o lucro cesante). El daño es entendido como aquél perjuicio de tipo patrimonial o la lesión de intereses de naturaleza económica. También es un daño resarcible la pérdida de la posibilidad de conseguir un resultado útil o un determinado bien (llamada oportunidad)¹.

La responsabilidad civil otorga como remedio el resarcimiento para eliminar una disminución del patrimonio (daño emergente) y compensar una ganancia no realizada (lucro cesante)

- 2) La indemnización es una compensación genérica para reequilibrar una situación desfavorable patrimonialmente:

¹ POLETTI, Dianora, "L'inadempimento e la responsabilità" en BRECCIA, Umberto, BRUSCUGLIA, Luciano, BUSNELLI, Francesco Donato, GIARDINA, Francesca, GIUSTI, Alberto, LOI, MARIA LEONARDA, NAVARRETTA, Emanuela, PALADINI, Mauro, POLETTI, Dianora y ZANA, Mario, *Diritto privato*, Tomo Secondo, Seconda Edizione, Utet Giuridica, Turin, 2010, pág. 518.

"Se trata de una prestación [la indemnizatoria] que apunta a la reintegración, no tanto del patrimonio (globalmente considerado), cuanto sí del bien específico (autónomamente considerado)"².

- 3) Este Tribunal Arbitral considera conveniente en señalar que EL CONSORCIO no solo ha confundido al momento de plasmar su pretensión el concepto del daño emergente y del lucro cesante sino que además no ha cumplido con presentar medio probatorio fehaciente que acredite lo expuesto en la fundamentación de la indicada pretensión.
- 4) Por los fundamentos expresados en el punto 3.3.1. de la presente parte considerativa de este Laudo, no corresponde indemnización alguna por parte de LA ENTIDAD, no solo por lo expuesto en los numerales precedentes sino por los actuados posteriores al Laudo Arbitral del 14.06.2011, pues estas se han realizado dentro de los parámetros de las normas alegadas por EL CONSORCIO.

C. Conclusión del Tribunal Arbitral.-



En conclusión, el presente Tribunal determina que corresponde declarar IMPROCEDENTE que se reconozca y ordene a LA ENTIDAD el pago a favor de EL CONSORCIO por los daños y perjuicios que se originen como daño emergente por el mayor costo de las cartas fianzas al haberse excedido los plazos contractuales, ni las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no permitiendo la participación en diversos procesos de selección.

3.4. PAGO DE COSTAS Y COSTOS DEL ARBITRAJE.-



² CICCARELLO, Sebastiano, voz "*Indennità (diritto privato)*", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, Giuffrè, Milán, 1971, pág. 105.



Este Tribunal Arbitral determina que los pagos de los costos y costas del presente proceso arbitral, serán asumidos por ambas partes en cuotas iguales.

IV. PARTE RESOLUTIVA.-

Que, en virtud de los considerandos precedentes, el Tribunal Arbitral resuelve:

PRIMERO.- Declarar IMPROCEDENTE la pretensión A) de EL CONSORCIO. En consecuencia, no corresponde que se declare en este proceso, el consentimiento de la Liquidación Final de obra, presentada a LA ENTIDAD mediante Carta N° 006-2011-CSF de fecha 14.09.11, recibida el 15.09.11. No corresponde que se reconozca ni ordene el pago del saldo a favor de EL CONSORCIO por el monto ascendente a la suma de S/. 435,284.97 (CUATROSCIENTOS TREINTAICINCO MIL DOSCIENTOS OCHENTAICUATRO Y 97/100 NUEVOS SOLES), al amparo del artículo 269°, D.S. N° 084-2004-PCM, del reglamento de la ley de contrataciones y adquisiciones del Estado, sin IGV, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.

SEGUNDO.- Declarar IMPROCEDENTE la pretensión C) de EL CONSORCIO. En consecuencia, no corresponde que se reconozca ni ordene en este proceso, el pago por los daños y perjuicios que se originan como daño emergente, en el mayor costo de las cartas fianzas, de fiel cumplimiento de contrato, al haberse excedido los plazos contractuales.

TERCERO.- Declarar que las costas y costos del proceso serán asumidos por las partes en cuotas iguales.



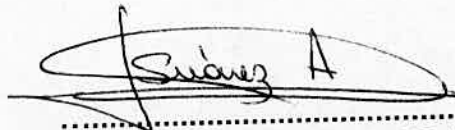
.....
RICHARD MARTIN TIRADO
Presidente del Tribunal Arbitral



.....
VICTOR BACA ONETO
Miembro del Tribunal Arbitral



.....
MARIO MANUEL SILVA LOPEZ
Miembro del Tribunal Arbitral



.....
LORENA SUAREZ ALVARADO
Secretaria Arbitral