

Lima, 01 de febrero de 2013

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Caso Arbitral: Inversiones Grecarr E.I.R.L. – Municipalidad Distrital de Carabayllo

Contrato: de ejecución de la obra “Construcción de Enrocado para la Protección Ribereña del Río Chillón Anexo Prolongación Avenida Manuel Prado”.

Demandante:

Inversiones Grecarr E.I.R.L.

En adelante el **Contratista**

Demandado:

Municipalidad Distrital de Carabayllo

En adelante la **Entidad**

Tribunal Arbitral:

Miguel Ángel Avilés García (Presidente del Tribunal Arbitral)

Mario Manuel Silva López

Juan Huamaní Chávez

Secretario Arbitral:

Mique Napoleón García Orillo

RESOLUCIÓN N° 12

Lima, 01 de febrero del dos mil trece.-

VISTOS:

I. **ANTECEDENTES:**

Con fecha 19 de diciembre de 2008, se suscribió el Contrato de Ejecución de Obra¹ derivada de la Adjudicación Directa Pública N° 006-2008-CEPAO/MDC para la ejecución de la obra denominada: "Construcción de Enrocado para la Protección Rivereña del Río Chillón Anexo Prolongación Avenida Manuel Prado", entre la empresa Inversiones Grecarr E.I.R.L. y la Municipalidad Distrital de Carabayllo.

1. La Cláusula Décimo Sexta del Contrato establece lo siguiente:

"Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado. Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 272º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

El laudo arbitral emitido es vinculante para la partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva, siendo inapelable ante el Poder Judicial o ante cualquier instancia administrativa"

Como consecuencia de las controversias relacionadas a la Liquidación Final de Obra, correspondiente a la construcción de enrocado para la protección rivereña del río chillón encargada a la empresa Inversiones Grecarr E.I.R.L., en cumplimiento de lo establecido en el Contrato de Ejecución de Obra denominado: "Construcción de Enrocado para la Protección Rivereña del Río Chillón Anexo Prolongación Avenida Manuel Prado", razón por la cual el Contratista procedió a remitir la correspondiente demanda arbitral, en aplicación del convenio arbitral contenido en la citada cláusula décimo sexta del Contrato.

¹ Ver el Medio Probatorio "5.1" del escrito de Subsanación de Demanda de fecha 23 de enero de 2012.

Por otro lado, en el numeral 2) del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, se dispuso que en virtud a lo establecido en el Artículo 53º del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, el presente arbitraje será, Nacional y de Derecho.

Asimismo, en el convenio arbitral se pactó que el laudo del presente proceso será vinculante para las partes, siendo definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia².

II. DESARROLLO DEL PROCESO:

A. Actuación Preliminar del Tribunal:

1. Con fecha 15 de diciembre de 2011, a horas 12:00 pm, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación de Tribunal Arbitral en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, donde se reunieron los doctores Miguel Ángel Avilés García, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, Mario Manuel Silva López y Juan Huamaní Chávez, cada uno de ellos en su calidad de árbitros, conjuntamente con la doctora Fabiola Paulet Monteagudo, Directora de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, con el propósito de instalar el Tribunal Arbitral que se encargaría de resolver la presente controversia..
2. Cabe precisar que, en la referida Audiencia se contó únicamente con la participación de la Municipalidad Distrital de Carabayllo, dejándose constancia la inasistencia de los representantes de la empresa Inversiones Grecarr E.I.R.L. a pesar de haber sido debidamente notificados para que asistan a dicha audiencia.
3. Con fecha 09 de enero de 2012, el Contratista presentó su escrito de demanda arbitral; sin embargo, de la revisión de dicho escrito este Colegiado advirtió que al mismo no se adjuntaron los medios probatorios ofrecidos, así como la versión electrónica (CD) de la demanda arbitral, motivo por el cual, mediante Resolución N° 02

² Ver Clausula Décimo Sexta del Contrato, ubicado en el Medio Probatorio "5.1" del escrito de Subsanación de Demanda de fecha 23 de enero de 2012.

de fecha 10 de diciembre de 2012, tuvo por presentada la demanda arbitral, pero requirió a la empresa Inversiones Grecarr E.I.R.L. para que en un plazo de cinco (05) días hábiles cumpla con subsanar las omisiones anotadas.

4. Que, con fecha 23 de enero de 2012 y dentro del plazo concedido para ello, el Contratista cumplió con absolver los requerimientos efectuados mediante Resolución N° 02; razón por la cual, este Colegiado mediante Resolución N° 03 de fecha 26 de enero de 2012, admitió a trámite el escrito de demanda arbitral presentado por la empresa Inversiones Grecarr E.I.R.L el 09 de enero de 2012, complementado mediante escrito de fecha 23 de enero de 2012; en consecuencia, se corrió traslado de dichos escritos a la Municipalidad Distrital de Carabayllo, a fin de que en el plazo de quince (15) días hábiles de notificada cumpla con contestarla y, de considerarlo conveniente, formule reconvención..
5. Mediante escrito de fecha 28 de febrero de 2012 y dentro del plazo concedido para contestar la demanda y/o formular reconvención, la Municipalidad Distrital de Carabayllo solicita al Tribunal Arbitral la suspensión del proceso, adjuntando para ello, los medios probatorios que sustentan su pedido. Dicho escrito fue proveído mediante Resolución N° 04 de fecha 01 de marzo de 2012, corriéndose traslado del mismo a la empresa Inversiones Grecarr E.I.R.L. a fin de que, en un plazo de diez (10) días hábiles exprese lo conveniente a su derecho.
6. A través de escrito de fecha 23 de marzo de 2012, la empresa Inversiones Grecarr E.I.R.L. cumplió con absolver el traslado conferido mediante la citada Resolución N° 04; es por ello, que mediante la Resolución N° 05 de fecha 28 de marzo de 2012, el Tribunal Arbitral declaró improcedente la objeción a la continuación de las actuaciones arbitrales formulada por la Municipalidad Distrital de Carabayllo por haber sido presentada extemporánea.
7. Mediante Resolución N° 06 de fecha 28 de marzo de 2012, se citó a las partes a la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el día martes 17 de abril de 2012 a horas 03:00 p.m., a efectos de (i) Determinar las cuestiones que serán materia de pronunciamiento del Tribunal Arbitral; (ii) Admitir o rechazar los medios probatorios ofrecidos por las partes; y (iii) Disponer, de estimarlo conveniente, la realización de una o más audiencias referidas a las cuestiones que serán materia de pronunciamiento por el Tribunal Arbitral.

8. Estando a la citación efectuada, en el día y hora fijados para ello, en la sede de arbitraje, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios dejándose constancia de la inasistencia de los representantes de la Municipalidad Distrital de Carabayllo a pesar de haber sido debidamente notificados para que asistan a dicha audiencia; como consecuencia de la referida inasistencia no se pudo intentar buscar una conciliación entre las partes, por lo que se procedió a fijar los puntos controvertidos respecto de cada una de las pretensiones planteadas. Acto seguido, se procedió a determinar las cuestiones materia del arbitraje.
9. En relación a los puntos controvertidos, referidos a las pretensiones de la parte demandante, éstos fueron fijados de la siguiente manera:

- **De la Demanda presentada por la empresa Inversiones Grecarr E.I.R.L.:**

- i) Determinar si corresponde declarar o no el consentimiento de la liquidación final de obra presentada por el Contratista con carta de fecha 03.07.10, al amparo del Artículo 269º, del D.S. Nº 084-2004 Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y en consecuencia se reconozca y ordene el pago del saldo a su favor por el monto ascendente a la suma de S/. 199,103.68 (CIENTO NOVENTA Y NUEVE MIL CIENTO TRES Y 68/100 NUEVOS SOLES), más los intereses que se generan hasta la fecha de pago.
- ii) Determinar si corresponde ordenar o no el pago por los daños y perjuicios que se originan como daño emergente, al haberse excedido los plazos contractuales, 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; tal y como lo estipula los artículos 1969º y 1985º del Código Civil; así como las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no permitiendo la participación de su representada en diversos procesos de selección, por el monto ascendente a la suma de S/. 30,00.00 (TREINTA MIL Y 00/100 NUEVOS SOLES).

- iii) Determinar si corresponde o no que la Municipalidad Distrital de Carabayllo asuma los costos y costas del proceso por concepto de honorarios de abogado, honorarios del Tribunal Arbitral y Secretario Arbitral más los intereses hasta la fecha de su cancelación.

10. Asimismo, en la mencionada Audiencia, se admitieron los medios probatorios descritos de la siguiente manera:

- **De la parte Demandante:**

Se admiten los medios probatorios ofrecidos por la empresa Inversiones Grecarr E.I.R.L. en su escrito de demanda presentado el 09 de enero de 2012 y complementado mediante escrito de fecha 23 de enero de 2012, incluidos en el acápite "5.- MEDIOS PROBATORIOS" de su escrito de subsanación de demanda, identificados con los numerales que van del "5.1. al 5.12."

Asimismo, el Tribunal Arbitral admitió mediante Resolución N° 09 de fecha 23 de agosto de 2012, los medios probatorios ofrecidos por el Contratista a través de escrito de fecha 19 de agosto de 2012, denominados como Anexos "A" y "B",

- **De la parte Demandada:**

Se admiten los medios probatorios ofrecidos por la Municipalidad Distrital de Carabayllo en su escrito de fecha 28 de febrero de 2012, detallados en el acápite "VI.- MEDIOS PROBATORIOS" identificados con los literales que van de la letra "a)" a la "d)".

Asimismo, el Tribunal Arbitral admitió mediante Resolución N° 09 de fecha 23 de agosto de 2012, el medio probatorio ofrecido por la Entidad a través de escrito de fecha 27 de agosto de 2012, ubicado en el acápite ANEXOS denominado "Informe N° 427-2012-SC-GAF/MDC de fecha 17 de agosto de 2012".

11. En dicha Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, el Tribunal Arbitral otorgó a las partes un plazo de cinco (05) días

hábiles a partir de notificadas con dicha acta, a fin de que presenten sus escritos de alegatos y conclusiones finales, y de ser el caso soliciten el uso de la palabra.

12. Cabe señalar, que en relación a los medios probatorios ofrecidos por las partes y sobre la base del principio de la amplitud de la prueba que se aplica en todo proceso arbitral, este Tribunal Arbitral deja constancia que no se ha generado nulidad alguna en el presente proceso arbitral y que se han actuado todos los medios probatorios presentados, los que han sido evaluados en su integridad por este Tribunal Arbitral.
13. A través de escrito de fecha 02 de mayo de 2012, la Municipalidad Distrital de Carabayllo comunico al Tribunal que no pudo asistir a la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, debido a un cruce con otras diligencias previamente fijadas, motivo por el cual, solicito fijar una nueva fecha y hora para la realización de la citada audiencia.
14. Ante dicha situación, este Colegiado emitió la Resolución Nº 07 de fecha 02 de julio de 2012, rechazando el pedido de la Entidad y otorgándole un plazo de cinco (05) días hábiles para que cumpla expresar lo conveniente a su derecho en relación al Acta de la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 17 de abril de 2012, la misma que fue notificada con dicha Resolución.
15. Con fecha 12 de julio de 2012, la Entidad presentó su escrito de alegatos dentro del plazo fijado para ello; sin embargo, la Contratista no ejerció su derecho a presentar sus alegatos escritos, habiéndose vencido el plazo otorgado para tales efectos.
16. Mediante Resolución Nº 08 de fecha 17 de julio de 2012, se tuvo por presentado el escrito de alegatos por parte de la Municipalidad Distrital de Carabayllo, poniéndose dicho escrito en conocimiento de la contraria y dejándose constancia que la empresa Inversiones Grecarr E.I.R.L. no presentó su escrito de alegatos; asimismo, se citó a las partes para la Audiencia de Informes Orales programada para el día martes 07 de agosto de 2012 a horas 4:00 p.m. en la sede del Tribunal Arbitral.
17. En la fecha y hora programada para tales efectos, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, diligencia en la cual se dejó constancia de la asistencia de ambas partes. En dicha audiencia, se otorgó el uso de la palabra a cada parte, realizando el

Tribunal Arbitral las preguntas pertinentes, las mismas que fueron respondidas por éstas.

18. Mediante Resolución N° 10 de fecha 26 de octubre de 2012, este Colegiado declaró el cierre de instrucción del proceso y fijó el plazo para laudar por un lapso de treinta (30) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificada la mencionada resolución.

19. Posteriormente, mediante Resolución N° 11 de fecha 14 de diciembre de 2012, el Tribunal Arbitral amplió el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales, conforme al numeral 33) del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral de fecha 15 de diciembre de 2011, teniendo en cuenta que este nuevo plazo se computará a partir de vencido el plazo inicial.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

III.1 CUESTIONES PRELIMINARES:

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

- (i) Que, el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes, habiendo sido designado por acuerdo expreso de ambas partes.
- (ii) Que, en ningún momento se recusó a ningún miembro del Tribunal Arbitral, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
- (iii) Que, el Contratista presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.
- (iv) Que, la Entidad fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa.
- (v) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar ante el Tribunal Arbitral, lo que sucedió a través de la Audiencia de Informes Orales.
- (vi) Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos establecidos en las reglas del proceso, los cuales fueron aceptados por las partes.

III.2 MATERIA CONTROVERTIDA:

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 17 de abril de 2012, en el presente caso, corresponde al Tribunal Arbitral determinar lo siguiente en base a los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje.

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de las pruebas aportadas al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de ellas, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el juzgador respecto de tales hechos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje, que en aplicación del Principio de "Comunidad o Adquisición de la Prueba", las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que las ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

"... la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó"³.

El Tribunal Arbitral deja constancia que al emitir el presente laudo arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral

³ TARAMONA HERNÁNDEZ, José Rubén. "Medios Probatorios en el Proceso Civil". Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado, por lo que el Tribunal Arbitral deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Tribunal Arbitral tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

Que, adicionalmente debe precisarse que, los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar el Tribunal Arbitral, pudiendo en consecuencia realizar un análisis conjunto de los mismos en aquellos casos en los que se encuentren íntimamente ligados, por lo que en ese sentido, el Tribunal Arbitral considera que el análisis debe realizarse de acuerdo a la forma siguiente:

1. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde declarar o no el consentimiento de la liquidación final de obra presentada por el Contratista con carta de fecha 03.07.10, al amparo del Artículo 269º, del D.S. Nº 084-2004 Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y en consecuencia se reconozca y ordene el pago del saldo a su favor por el monto ascendente a la suma de S/. 199,103.68 (CIENTO NOVENTA Y NUEVE MIL CIENTO TRES Y 68/100 NUEVOS SOLES), más los intereses que se generan hasta la fecha de pago.

1.1. Posición del Contratista

El Contratista, ampara su pedido en base a los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

Con fecha 20 de diciembre de 2009, se llevo a cabo la entrega del terreno para la ejecución de la obra, conforme consta en la respectiva Acta.

Mediante Carta Nº 005-2009-IG de fecha 05 de enero de 2009, el Contratista comunicó a la Entidad la paralización de la obra por causa del incremento del caudal del Rio Chillón.

A través de Carta Nº 012-2009-IG de fecha 18 de febrero de 2009, la demandante comunicó a su contraria que si bien es cierto que el caudal del río Chillón está crecido, están a la espera de sus coordinaciones con su Residente para determinar el reinicio de la obra.

Por Carta Nº 018-2009-IG de fecha 20 de marzo de 2009, el Contratista comunicó a la Entidad, que el caudal del río Chillón sigue crecido por las continuas lluvias en la sierra, reiterándoles que los mantengan en comunicación sobre la fecha de reinicio de obra.

Con Carta Nº 025-2009-IG de fecha 21 de abril de 2009, la demandante solicitó a la Entidad una reunión con su Residente para realizar las coordinaciones de tal manera que puedan evaluar y determinar la fecha de reinicio de la obra.

Mediante Carta Nº 028-2009-IG de fecha 24 de abril de 2009, el Contratista solicita a la demandada que les informe con quien deben coordinar el reinicio de la obra.

A través de Carta Nº 062-2009 de fecha 22 de junio de 2009, la accionante solicitó a la Entidad el reinicio de la obra y que se les remita el Expediente Técnico completo a fin de completar el aspecto técnico administrativo de la ejecución de obra.

Por Carta Notarial s/n de fecha 07 de octubre de 2009, el Contratista solicita nuevamente a su contraria el reinicio de la obra y el Expediente Técnico completo precisando que su representada está incumpliendo lo señalado en el Artículo 240º del D.S. Nº084-2004-PCM Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

El 24 de febrero de 2010, se llevó a cabo la Constatación Física e Inventario de Obra, levantándose el Acta respectiva.

Con Carta s/n de fecha 03 de julio de 2010, la demandante remitió a la Entidad el Expediente de Liquidación Final de Obra con un saldo a favor de su representada por

el monto ascendente a la suma de S/199,103.68 (Ciento Noventa y Nueve Mil Ciento Tres y 68/100 Nuevos Soles).

Mediante Carta Nº 00-2010-IG-E.I.R.L. de fecha 23 de agosto de 2010, el Contratista remitió a la Entidad la solicitud de arbitraje por cuanto sui Liquidación Final de Obra habría quedado consentida, al no haber pronunciamiento alguno dentro del plazo legal estipulado en el Artículo 269º del D.S. Nº 084-2004-PCM Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado por parte de la Entidad.

En ese sentido, de los hechos descritos en las líneas predecesoras, el Contratista colige que la Entidad actuó de forma ilegal, al no haberse pronunciado respecto de la Liquidación Final de Obra dentro del plazo legal, motivo por el cual, conforme al Artículo 269º del D.S. Nº 084-2004-PCM Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, la Liquidación de Obra remitida queda consentida de pleno derecho, con un saldo a su favor por el monto de S/. 199,103.68 (Ciento Noventa y Nueve Mil y Ciento Tres y 68/100 Nuevos Soles).

Asimismo, el Contratista señala que las controversias surgidas con la Municipalidad Distrital de Carabayllo en el presente proceso arbitral, les ha generado un perjuicio frente a las empresas del Sistema Financiero Nacional, debido a que al tomar conocimiento de ello, estas elevaron su calificación de riesgo, exigiéndole gravar nuevos inmuebles para la cobertura de las garantías ya emitidas.

Finalmente, el demandante basa su petitorio en el Artículo 269º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por D.S. Nº 084-2004-PCM.

1.2. Posición de la Entidad

- A continuación se reseñan los fundamentos de hecho a los que hace referencia la Municipalidad Distrital de Carabayllo, respecto al primer punto controvertido:

Mediante escrito de fecha 28 de febrero de 2012, la Entidad solicitó la suspensión del proceso arbitral, hasta el momento en que sean recibidos los resultados de la acción de control realizada por la Contraloría General de la República, y los resultados finales

de la investigación penal a cargo del Ministerio Público, respecto a los delitos de **Asociación Ilícita para delinquir, y omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales**. Sin embargo, este Colegiado mediante Resolución N° 05 de fecha 28 de marzo de 2012, declaró improcedente dicho pedido toda vez que el mismo fue presentado fuera del plazo previsto - en el Acta de Instalación - para interponerlo.

Sin embargo, mediante escrito presentado con fecha 02 de mayo de 2012, la Entidad señala que la empresa Inversiones Grecarr E.I.R.L. en su Carta N° 005-2009-IG de fecha 05 de enero de 2009, comunica la paralización de la obra, por haberse incrementado significativamente los niveles del caudal del Río Chillón, lo cual denominan como Caso Fortuito, justificación que consideran poco creíble, toda vez que se verifica que el Contrato se suscribió el 19 de diciembre de 2008, el acta de entrega de terreno se suscribió al día siguiente el 20 de diciembre de 2008 y el 05 de enero de 2009, es decir, quince (15) días después comunicó la suspensión por caso fortuito.

Asimismo, señala que se debe tener en cuenta también, que el Contratista no justificó que tipo de actividades habría realizado durante los quince (15) días calendarios transcurridos desde la entrega del terreno hasta la comunicación de la suspensión de la obra.

1.3. Posición del Tribunal Arbitral

Para llevar a cabo un análisis correcto y ordenado de este punto, es preciso hacer un recuento de los hechos relacionados de forma directa con la controversia, así como respecto a la suscripción del Contrato para la Ejecución de la Obra, Resolución de Contrato y la respectiva liquidación llevada a cabo por el Contratista.

Esta controversia deriva del Contrato de Ejecución de Obra denominado "Construcción de Enrocado para la Protección Rivereña del Río Chillón Anexo Prolongación Avenida Manuel Prado", celebrado entre la empresa Inversiones Grecarr E.I.R.L. y la Municipalidad Distrital de Carabayllo.

De lo establecido en la Cláusula Quinta del Contrato, se puede apreciar que las condiciones, requisitos y obligaciones de las partes, se encuentran enmarcadas dentro

de la Normatividad de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aplicable, esto es: i) La Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – Ley N° 26850, aprobado por D.S. N° 083-2004-PCM; ii) El Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – D.S. N° 084-2004- PCM; iii) Así, como el Código Civil.

En razón a lo expuesto, tenemos que las controversias que se presenten en la interpretación, ejecución, resolución, inexistencia, ineeficacia o invalidez del Contrato de Ejecución de Obra celebrado, deberán solucionarse mediante arbitraje de derecho, en virtud de lo dispuesto en la Cláusula Décimo Sexta del Contrato.

Luego de haber establecido el marco legal mediante el cual, se procederá a analizar las controversias surgidas, este Tribunal Arbitral toma en cuenta, que el Contrato celebrado, ha sido suscrito por ambas partes, razón por la cual, se entiende que las cláusulas contenidas en el mismo son de conocimiento de ambas, no pudiendo actuar éstas, de forma contraria o no respetando los lineamientos que se han establecido de antemano en el Contrato.

Con relación al punto controvertido bajo análisis, es necesario realizar un recuento de los hechos.

Como ya lo mencionamos anteriormente, el 19 de diciembre de 2008, las partes suscribieron el Contrato de Ejecución de Obra⁴ denominado “*Construcción de Enrocado para la Protección Rivereña del Río Chillón Anexo Prolongación Avenida Manuel Prado*”.

Con fecha 20 de diciembre de 2009, la Entidad realizó la entrega del terreno para la ejecución de la obra al Contratista, conforme se puede apreciar de la respectiva Acta de Entrega de Terreno⁵ suscrita por los representantes de cada una de las partes y el inspector designado para dicha obra.

⁴ Ver el Medio Probatorio “5.1” del escrito de Subsanación de Demanda de fecha 23 de enero de 2012.

⁵ Ver el Medio Probatorio “5.2” del escrito de Subsanación de Demanda de fecha 23 de enero de 2012.

El Contratista mediante Carta N° 005-2009-IG⁶ de fecha 05 de enero de 2009, comunica a la Entidad su imposibilidad de cumplir con las obligaciones derivadas del Contrato, toda vez que los niveles del caudal del Río Chillón se han incrementado significativamente, lo que pondría en riesgo, parcial o totalmente lo ejecutado; pues la eventual continuación de la obra, pondría en riesgo no solo la seguridad de la misma y de los equipos, sino además del personal obrero, es por ello que solicita la paralización de la obra, toda vez que este acontecimiento es un Caso Fortuito que esta fuera del control de las partes. Asimismo, la demandante solicita a la Entidad la entrega del Expediente Técnico Completo del Proyecto a ejecutar para su revisión y evaluación correspondiente.

A través de Carta N° 012-2009-IG de fecha 18 de febrero de 2009⁷, Carta N° 018-2009-IG de fecha 20 de marzo de 2009⁸, Carta N° 025-2009-IG de fecha 21 de abril de 2009⁹, Carta N° 028-2009-IG de fecha 29 de abril de 2009¹⁰, Carta N° 062-2009 de fecha 22 de junio de 2009¹¹ y Carta Notarial N° 13567 de fecha 07 de octubre de 2009¹², se puede apreciar que el Contratista mediante todas estas comunicaciones, solicita el reinicio de la obra dejando sentada su voluntad de continuar con la ejecución del Contrato, asimismo, se puede advertir de las mismas, el requerimiento que realiza la demandante para la entrega del Expediente Técnico Completo.

Ante la ausencia de respuesta por parte de la demandada con fecha 21 de diciembre de 2009, el Contratista remite a la Entidad la Carta Notarial N° 13910¹³ a fin de que esta cumpla con sus obligaciones contractuales, en un plazo de quince (15) días calendario, bajo apercibimiento de resolver el contrato de pleno derecho por incumplimiento de la Entidad.

⁶ Ver el Medio Probatorio "5.3" del escrito de Subsanación de Demanda de fecha 23 de enero de 2012.

⁷ Ver el Medio Probatorio "5.4" del escrito de Subsanación de Demanda de fecha 23 de enero de 2012.

⁸ Ver el Medio Probatorio "5.5" del escrito de Subsanación de Demanda de fecha 23 de enero de 2012.

⁹ Ver el Medio Probatorio "5.6" del escrito de Subsanación de Demanda de fecha 23 de enero de 2012.

¹⁰ Ver el Medio Probatorio "5.7" del escrito de Subsanación de Demanda de fecha 23 de enero de 2012.

¹¹ Ver el Medio Probatorio "5.8" del escrito de Subsanación de Demanda de fecha 23 de enero de 2012.

¹² Ver el Medio Probatorio "5.9" del escrito de Subsanación de Demanda de fecha 23 de enero de 2012.

¹³ Ver el Anexo "A" del escrito presentado por la Demandante con fecha 15 de agosto de 2012.

En fecha 11 de febrero de 2010, mediante Carta Notarial N° 14102¹⁴ el demandante dio por resuelto de pleno derecho el Contrato ante el incumplimiento injustificado de la Entidad y, de conformidad con el Artículo 267º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, señalo fecha para la constatación física e inventario en el lugar de la obra para el 15 de febrero de 2010 a horas 09:00 am.

En la fecha y hora programada se realizó la Constatación Física e Inventario¹⁵ de la Obra, la cual fue llevada a cabo por el Notario Público de esta capital Abogado Manuel Noya de la Piedra, contando únicamente con la presencia del representante del Contratista, observándose de dicho documento la inasistencia de los representantes de la Entidad. Se debe indicar que, en dicha Acta también se dejó constancia que nunca se inició ningún tipo de obra, procediéndose a tomar 4 fotos que ratifican ello.

El Contratista mediante Carta s/n de fecha 01 de julio de 2010¹⁶ remitió a la Entidad la documentación de la Liquidación Final del Contrato de Obra, para su revisión, aprobación y pago del saldo a su favor.

Luego del recuento de los hechos y teniendo en cuenta que la presente pretensión versa sobre Liquidación Final de Obra derivada de una Resolución de Contrato, este Tribunal Arbitral considera necesario analizar qué establece el Contrato, la Ley y el Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aplicables a la controversia, y previamente a declarar válida o no, la liquidación elaborada por la empresa Inversiones Grecarr E.I.R.L., se debe verificar si el pedido de paralización de la obra y la Resolución de Contrato realizadas por el Contratista son válidas.

En primer lugar, se debe establecer si el pedido de paralización de la obra realizado por la Contratista mediante Carta N° 005-2009-IG¹⁷ - a través del cual sustenta que los niveles del caudal del Río Chillón se han incrementado significativamente, lo que pondría en riesgo, parcial o totalmente lo ejecutado; pues la eventual continuación de

¹⁴ Ver el Anexo "B" del escrito presentado por la Demandante con fecha 15 de agosto de 2012.

¹⁵ Ver el Medio Probatorio "5.10" del escrito de Subsanación de Demanda de fecha 23 de enero de 2012.

¹⁶ Ver el Medio Probatorio "5.11" del escrito de Subsanación de Demanda de fecha 23 de enero de 2012.

¹⁷ Ver el Medio Probatorio "5.3" del escrito de Subsanación de Demanda de fecha 23 de enero de 2012.

la obra, pondría en riesgo no solo la seguridad de la misma y de los equipos, sino además del personal obrero - es un acontecimiento que está fuera del control de las partes, al cual denomina como Caso Fortuito¹⁸.

Al respecto, el segundo párrafo del numeral 9.2 de la Cláusula Novena del Contrato, establece lo siguiente:

"9.2 INICIO Y TÉRMINO DEL PLAZO DE EJECUCIÓN

EL CONTRATISTA se obliga a ejecutar las obras materia de este contrato, en un plazo de 90 (Noventa) días calendario, contados a partir del día siguiente en que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 240° del Reglamento

El plazo sólo podrá ser ampliado en los casos contemplados en el artículo 258° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado".

Se debe tener presente entonces, que el Contrato estableció en una de sus cláusulas que las ampliaciones de plazo contractuales que puedan acontecer durante la ejecución de la obra, serán procedentes sólo en los casos previstos en el Artículo 258° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

De otro lado, el Artículo 42° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante la Ley), en sus dos últimos párrafos señala lo siguiente:

"()El contratista podrá solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones ajenas a su voluntad, atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad contratante, y por caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados que modifiquen el calendario contractual.

Las discrepancias respecto de la procedencia de la ampliación del plazo se resuelven de conformidad con el procedimiento establecido en el inciso b) del Artículo 41° de la presente Ley".

¹⁸ El sombreado es nómico.

Igualmente, la Ley en el inciso b) del Artículo 41º indica que:

"Los contratos regulados por la presente Ley incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

(....)

b) Solución de controversias: *Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá, resolverse mediante conciliación o arbitraje. En caso que no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento. (...)"*

De la misma forma, el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante el Reglamento) en su Artículo 258º establece las causales de la ampliación de plazo a solicitud del contratista:

"Artículo 258.- Causales

De conformidad con el artículo 42º de la Ley, el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por las siguientes causales, siempre que modifiquen el calendario de obra vigente:

- 1. Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.*
- 2. Atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad.*
- 3. Caso fortuito¹⁹ o fuerza mayor debidamente comprobado".*

En la misma línea de análisis, el Artículo 259º del Reglamento establece el procedimiento que debe seguir el contratista que solicite una ampliación de plazo:

"Artículo 259.- Procedimiento

Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el Artículo precedente, durante la ocurrencia de la causal, el contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo.

¹⁹ El sombreado es nuestro.

Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora haya afectado el calendario de avance vigente. En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo.

Dentro de los siete (7) días siguientes, el inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la Entidad. La Entidad emitirá resolución sobre dicha ampliación en un plazo máximo de diez (10) días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe. De no emitirse pronunciamiento alguno dentro de los plazos señalados, se considerara ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad.

(...)

Toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución.

(...)

La ampliación de plazo obligara al contratista a presentar al inspector o supervisor un Calendario de Avance de Obra Actualizado y la programación PERT-CPM correspondiente, considerando para ello solo las partidas que se han visto afectadas y en armonía con la ampliación de plazo concedida, en un plazo que no excederá de diez (10) días contados a partir del día siguiente de la fecha de notificación al contratista de la resolución que aprueba la ampliación de plazo. El inspector o supervisor deberá elevarlos a la Entidad, con los reajustes concordados con el residente, en un plazo máximo de siete (7) días, contados a partir de la recepción del nuevo calendario presentado por el contratista.

En un plazo no mayor de siete (7) días, contados a partir del día siguiente de la recepción del informe del inspector o supervisor, la Entidad deberá pronunciarse sobre dicho calendario, el mismo que, una vez aprobado, reemplazara en todos sus efectos al anterior. De no pronunciarse la Entidad en el plazo señalado, se tendrá por aprobado el calendario presentado por el contratista, bajo responsabilidad de la Entidad.

Cualquier controversia relacionada con la ampliación del plazo por parte de la entidad podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión.”

Por último, el Artículo 260º del citado Reglamento señala los efectos de la modificación del plazo contractual:

“Artículo 260.- Efectos de la modificación del plazo contractual”

Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general diario, salvo en los casos de obras adicionales que cuenten con presupuestos específicos.

En el caso que la ampliación de plazo sea generada por paralización de la obra por causas no atribuibles al contratista, solo dará lugar al pago de mayores gastos generales debidamente acreditados.

En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad ampliará el plazo de los otros contratos que hubieran podido celebrarse, vinculados directamente al contrato principal.”

De lo expuesto, se puede determinar que para la procedencia de la ampliación de plazo por causal denominada como “Caso Fortuito”, es de aplicación lo dispuesto en el Artículos 42º e inciso b) del Artículo 41º de la Ley, y los Artículos 258º, 259º y 260º de su Reglamento.

De los artículos mencionados de la Ley y su Reglamento, se desprende que cualquier Contratista podrá solicitar la ampliación de plazo contractual sólo por las causales previstas en el Artículo 258º del Reglamento.

Para estos efectos, debemos recordar que de la citada Carta N° 005-2009-IG²⁰ de fecha 05 de enero de 2009, el Contratista solicitó a la Entidad expresamente lo siguiente:

²⁰ Ver el Medio Probatorio “5.3” del escrito de Subsanación de Demanda de fecha 23 de enero de 2012.

"(...) Luego de hacer la constatación preliminar de la zona de trabajo, se aprecia que los niveles del caudal del Río Chillón se han incrementado significativamente lo que pondría en riesgo, parcial o totalmente lo ejecutado, lo que sería más crítico ante las constantes lluvias en la Sierra, los trabajos anteriormente descritos.

La seguridad de la obra se ve en riesgo por lo que en presencia del Inspector de Obra; se solicitará a mejor parecer considerar prolongar el inicio de la obra, hasta que las condiciones para su ejecución sean las más adecuadas y seguras para el personal obrero, (...)

Sobre el plazo de ejecución de obra, el Inspector tendrá que determinar que los motivos que nos asiste, es expresamente denominado CASO FORTUITO, un acontecimiento y/o fenómeno natural que afecta el normal desarrollo y que se encuentra fuera del control de las partes.

Por lo Tanto: Se solicita inmediato pronunciamiento técnico al respecto así como las Consideraciones administrativas y legales de esto surgiera, como son el Plazo Contractual, penalidad, incumplimiento, ampliación de plazo y mayores gastos generales²¹. (...)"

De lo citado, se puede afirmar que el Contratista en efecto se vio impedido de realizar de forma regular sus labores en vista de que el incremento de los niveles del caudal del Río Chillón pondría en riesgo la ejecución de la obra, hechos que no son causados por él, sino que son circunstancias que han ocurrido durante el inicio de la ejecución de la obra y que escapaban de su control.

Asimismo, en el numeral 3) del Artículo 258º del Reglamento, establece como causal para solicitar la ampliación de plazo contractual por parte del Contratista, el Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado, la misma que en concordancia con los hechos invocados por el propio demandante, resulta aplicable al caso en concreto.

Es importante precisar también que, el Contratista no ha cumplido con acreditar documentariamente el procedimiento establecido en el Artículo 259º del Reglamento, para la procedencia de la ampliación de plazo; sin embargo, de todos los medios probatorios que obran en autos se puede observar que la Entidad en ningún momento

²¹ El sombreado es nuestro.

dio respuesta al pedido realizado por el Contratista mediante la citada Carta N° 005-2009-IG.

Es más, el Contratista a fin de conseguir una respuesta - respecto la referida Carta N° 005-2009-IG - por parte de la Entidad remitió sendas cartas con la finalidad de que estas sean respondidas, situación que nunca ocurrió. Dichas cartas son las siguientes:

- Carta N° 012-2009-IG de fecha 18 de febrero de 2009²², el demandante solicito a la Entidad que se determine la fecha de reinicio de la obra.
- Carta N° 018-2009-IG de fecha 20 de marzo de 2009²³, la empresa Inversiones Grecarr E.I.R.L. reitera a la Entidad que se mantenga en comunicación la fecha de reinicio de obra.
- Carta N° 025-2009-IG de fecha 21 de abril de 2009²⁴, la accionante requirió nuevamente a la Entidad determinar la fecha de reinicio de la obra y que se le entregue el expediente técnico completo de la obra.
- Carta N° 028-2009-IG de fecha 29 de abril de 2009²⁵, el Contratista solicita a la Entidad que se le informe con quien deben coordinar el reinicio de la obra. Asimismo, reitera el pedido de la remisión del expediente técnico completo.
- Carta N° 062-2009 de fecha 22 de junio de 2009²⁶, el demandante una vez más solicita a la Entidad el reinicio de la obra y la entrega del expediente técnico completo, a fin de completar el aspecto técnico administrativo de la obra.
- Carta Notarial N° 13567 de fecha 07 de octubre de 2009²⁷, la empresa Inversiones Grecarr E.I.R.L. señala a la Entidad que no se está cumpliendo con los requisitos para el inicio del plazo de ejecución contractual, debido a que no se realiza la entrega del expediente técnico completo y del terreno donde se ejecutaría la obra. Además, añade que estos incumplimientos, les está

²² Ver el Medio Probatorio "5.4" del escrito de Subsanación de Demanda de fecha 23 de enero de 2012.

²³ Ver el Medio Probatorio "5.5" del escrito de Subsanación de Demanda de fecha 23 de enero de 2012.

²⁴ Ver el Medio Probatorio "5.6" del escrito de Subsanación de Demanda de fecha 23 de enero de 2012.

²⁵ Ver el Medio Probatorio "5.7" del escrito de Subsanación de Demanda de fecha 23 de enero de 2012.

²⁶ Ver el Medio Probatorio "5.8" del escrito de Subsanación de Demanda de fecha 23 de enero de 2012.

²⁷ Ver el Medio Probatorio "5.9" del escrito de Subsanación de Demanda de fecha 23 de enero de 2012.

generando pagos reiterados en la renovación de las Cartas Fianzas y otros que perjudican a la empresa, por lo que la ampliación de plazo y mayores gastos generales serán asumidos por la Entidad; motivos por los cuales, solicita nuevamente a su contraria indicar cuándo se dará inicio a la ejecución de la obra.

De todas estas cartas podemos observar que el Contratista solicitó en varias oportunidades el reinicio de la obra dejando sentada su voluntad de continuar con la ejecución del Contrato. Asimismo, se puede advertir de las mismas, el requerimiento de la accionante en relación a la entrega del Expediente Técnico Completo y la precisión – en la Carta Notarial N° 13567 - de todos los incumplimientos que vendría ocasionando la Entidad.

Entonces siendo que, la Entidad demandada al no emitir un pronunciamiento respecto al pedido realizado mediante Carta N° 005-2009-IG, ni a ninguna de las cartas que emitiera el Contratista con posterioridad ha generado que se aplique al presente caso, el segundo párrafo del Artículo 259º del Reglamento el cual, refiere que:

"De no emitirse pronunciamiento alguno dentro de los plazos señalados, se considerara ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad".

En ese orden de ideas y de conformidad con lo dispuesto en el párrafo precedente este Colegiado, considera que el pedido de ampliación de plazo por causal denominada Caso Fortuito realizada por el Contratista debe ser ampliado debido a las constantes faltas de pronunciamiento por parte de la Entidad.

Adicionalmente, este Tribunal Arbitral debe tener presente que, esta ampliación de plazo generada por paralización de la obra por causas no atribuibles al Contratista, tiene como consecuencia el reconocimiento de gastos generales en que haya incurrido el Contratista, más aún cuando los motivos o razones del atraso no le son atribuibles, como en el presente caso; todo ello de conformidad con el Artículo 260º del Reglamento.

En segundo lugar, se debe establecer si la Resolución de Contrato realizada por el Contratista, debe ser declarada válida de conformidad con la Ley y el Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

En relación al tema, el numeral c) del Artículo 41º de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado regula la Resolución de Contrato por Incumplimiento²⁸. Asimismo, el Artículo 224º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones, establece que:

"Artículo 224º.- Resolución de Contrato

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

Ahora bien, las causales para que se dé una Resolución de Contrato son las dispuestas en el Artículo 225º del citado Reglamento:

"Artículo 225º.- Causales de resolución

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

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

El contratista podrá solicitar la resolución de contrato, de conformidad con el inciso c) del Artículo 41º de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales las mismas que se contemplan

²⁸ **c) Resolución de Contrato por Incumplimiento:** En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato; en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento."

en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 226°.”

De lo señalado en los citados artículos podemos advertir que para que una resolución de contrato proceda es necesario que ésta este enmarcada en una de las causales de resolución, y siempre y cuando, ésta haya sido solicitada de conformidad con el procedimiento establecido en el Artículo 226²⁹º del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

En el caso en concreto podemos identificar que el Contratista procedió a remitir a la Entidad la Carta Notarial N° 13910³⁰ de fecha 21 de diciembre de 2009, señalando como asunto de dicha carta “Apercibimiento de Resolución de Contrato”, la misma que fue visada por el Notario Público de Carabayllo, a través de la cual, se expresa lo siguiente:

“(...) requerirles el cumplimiento de sus obligaciones contractuales³¹, las que les manifestamos son necesarias su atención, para poder cumplir con las metas del proyecto.

1. *El reconocimiento y pago de los daños y perjuicios a merito del Artículo 240º del D.S. N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, por un monto de S/. 67,653.38 (SESENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS CICUENTA Y TRES Y 38/100 NUEVOS SOLES), por la demora en la entrega del Expediente Técnico.*
2. *La entrega del Expediente Técnico completo que nos permita la ejecución de la obra.*
3. *La determinación del reinicio de la obra para lo cual deben designar al Supervisor de la Obra y fijar la fecha de reinicio.*

²⁹ **“Artículo 226.- Procedimiento de resolución de contrato**

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, mediante carta notarial. (...)”

³⁰ Ver el Anexo “A” del escrito presentado por la Demandante con fecha 15 de agosto de 2012.

³¹ El sombreado es nuestro.

4. Los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales ascendente, a la fecha, aproximadamente a la suma de S/. 120,000.00 (CIENTO VEINTE MIL Y 00/100 NUEVOS SOLES), más los intereses a la fecha que se pague.

Sin otro particular, a la espera de que en el plazo de 15 días calendario, se de cumplimiento a sus obligaciones contractuales, a fin de no vernos obligados a tener que resolver el contrato de pleno derecho en forma total (...)".

Al respecto, pese al apercibimiento realizado por el Contratista, la Entidad continuó con el incumplimiento de sus obligaciones, por lo que la empresa Inversiones Grecarr E.I.R.L. decidió continuar con el procedimiento de Resolución de Contrato, remitiendo por ello la Carta Notarial N° 14102³² de fecha 11 de febrero de 2010, indicando como asunto “Resolución de Contrato”, la misma que fue visada por el Notario Público de Carabayllo, en la cual se estableció lo siguiente:

*“(...) todos los incumplimientos señalados en nuestra carta de la referencia, los cuales no han sido atendidos por sus representados, por lo que por el presente nos vemos obligados a **RESOLVER EL CONTRATO DE PLENO DERECHO EN FORMA TOTAL**³³”.*

De lo expuesto en la Carta Notarial N° 13910 de fecha 21 de diciembre de 2009, se advierte que el Contratista cumple con identificar la causal de resolución de contrato, emplazando válidamente a su contraria con la respectiva Carta Notarial. En dicha carta notarial, el Contratista solicita a la Entidad el cumplimiento de sus obligaciones por un plazo de 15 días, bajo apercibimiento de resolución del Contrato, cumpliendo con ello, conforme se ha indicado precedentemente, con la formalidad establecida en la normativa de Contrataciones para tales efectos (de conformidad con el segundo párrafo del Artículo 226º del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado). Asimismo, cabe precisar que la validez de la fundamentación de dicho emplazamiento (último requerimiento de cumplimiento), corresponde a que el objeto del Contrato materia de litis es la ejecución de una obra; por lo que, no habiendo la Entidad cumplido con las obligaciones contraídas a fin de que se de cumplimiento al

³² Ver el Anexo “B” del escrito presentado por la Demandante con fecha 15 de agosto de 2012.

³³ El sombreado es del Contratista.

objeto del Contrato, a decir de este Tribunal Arbitral, válidamente se requiere dicho cumplimiento y, posteriormente, ante la persistencia del mismo, se procede con la Resolución del Contrato.

Cabe precisar, que mediante Carta Notarial N° 14102 de fecha 11 de febrero de 2010, el Contratista resuelve el Contrato, de conformidad con el Artículo 267³⁴ del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, cumpliendo además con señalar fecha y hora para la constatación física e inventario en el lugar de la obra.

No obstante, debemos precisar que en caso de disconformidad con la Resolución de Contrato efectuada por el Contratista, la normativa de Contrataciones establece un plazo de caducidad para que el objetante recurra al mecanismo de solución de controversias establecido en dicho cuerpo normativo, siendo dicho plazo de caducidad el de diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de la resolución, conforme a lo indicado en el último párrafo del Artículo 267º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que a la letra establece lo siguiente:

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

(...)

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."

³⁴ ***"Artículo 267.- Efectos de la resolución del contrato de obras***

(...) La parte que resuelve deberá indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días. En esta fecha, las partes se reunirán en presencia de Notario Público o Juez de Paz, según corresponda, y se levantara un acta. Si alguna de ellas no se presenta, la otra levantara 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 269º.

(...) En caso que la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, esta 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."

Atendiendo a lo indicado, la Entidad, al ser notificada por el Contratista el jueves 11 de febrero de 2010 con la Resolución de Contrato, contaba con un plazo de 10 días hábiles a partir del día hábil siguiente de notificada - es decir, a partir del viernes 12 de febrero de 2010 - para recurrir a los mecanismos de solución de conflictos, por lo que dicho plazo venció para la Entidad el jueves 25 de febrero de 2010³⁵; y siendo, que ello no ha ocurrido la Resolución de Contrato realizada por el Contratista ha quedado plenamente consentida.

En tercer y último lugar, debemos analizar si la Liquidación Final de Obra elaborada por el Contratista ha quedado consentida.

Previamente, a analizar la liquidación debemos indicar que mediante Carta Notarial N° 14102³⁶ de fecha 11 de febrero de 2010, el Contratista comunicó a la Entidad, lo siguiente:

"(…), señalamos el dia 15 de Febrero del 2010, a horas 09:00 a.m., fecha en que se realizará el Acto de la Constatación Física e Inventory de la Obra³⁷, el mismo que se realizará en la misma Obra (...)."

Sin embargo, de los medios probatorios presentados por las partes se observa que la Constatación Física e Inventory de la Obra³⁸ se llevo a cabo el día miércoles 24 de febrero de 2010; es decir, no en la fecha y hora programada mediante Carta Notarial N° 14102, sino en una fecha posterior. Dicho incidente no ha sido materia de cuestionamiento por parte de la Entidad, dejando abierta la posibilidad de que el Contratista mediante carta posterior haya reprogramado la referida constatación; motivo por el cual, se tendrá por correctamente realizada dicha diligencia.

Asimismo, se advierte del Acta de Constatación Física e Inventory que ésta, fue levantada en presencia del Ingeniero Gregorio Carrasco Baldarrago, como representante de la empresa Inversiones Grecarr E.I.R.L. y el Notario Público, Dr.

³⁵ El subrayado y sombreado es nuestro.

³⁶ Ver el Anexo "B" del escrito presentado por la Demandante con fecha 15 de agosto de 2012.

³⁷ El sombreado es nuestro.

³⁸ Ver el Medio Probatorio "5.10" del escrito de Subsanación de Demanda de fecha 23 de enero de 2012.

Manuel Noya de la Piedra. Es importante resaltar dos puntos de la referida Acta: (i) La inasistencia por parte de la Entidad en vista de que ninguno de sus representantes fue consignado ó ha suscrito la misma, no siendo impedimento esta situación para levantarse la respectiva Acta; y, (ii) Se dejó constancia que en el terreno donde se iba a ejecutar la obra denominada: "Construcción de Enrocado para la Protección Rivereña del Río Chillón Anexo Prolongación Avenida Manuel Prado", no se apreció ningún tipo de obra, procediéndose a tomar 4 fotografías que acreditan ello.

El Artículo 267º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, refiere que culminada el Acta de Constatación Física e Inventory se procederá a la liquidación conforme al procedimiento establecido en el Artículo 269º³⁹ del citado Reglamento para la presentación de la liquidación final de obra; para lo cual, el Contratista contaba con 60 días (que se entiende en días naturales⁴⁰), a partir del día miércoles 24 de febrero de 2010, para presentar su liquidación de obra, plazo que finalizaba el día domingo 25 de abril de 2010. Al culminar este plazo en un día inhábil, el último día con el que contaba el Contratista para presentar su liquidación, era el lunes 26 de abril de 2010 y, siendo que, el Contratista recién ha cumplido con remitir a la Entidad la Liquidación Final de la Obra con fecha 01 de julio de 2010⁴¹, se puede

³⁹ "Artículo 269.- Liquidación del contrato de obra

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 decimo (1/10) del plazo de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contando desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo de treinta (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.

Si el contratista no presenta la liquidación en el plazo previsto, su elaboración será responsabilidad exclusiva de la Entidad en idéntico plazo, siendo los gastos de cargo del contratista. La Entidad notificará la liquidación al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

La liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido.

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

En el caso de que una de las partes no acoga las observaciones formuladas por la otra, aquella 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. (...)".

⁴⁰ Al respecto, tener en cuenta lo dispuesto en el Artículo 206º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado que establece:

"Durante la vigencia del contrato, los plazos se computan en días naturales, excepto en los casos en los que el Reglamento indique lo contrario.

El plazo de ejecución contractual se computa en días naturales desde el día siguiente de la suscripción del contrato o desde el día siguiente de cumplirse las condiciones establecidas en las Bases.

En ambos casos se aplicará supletoriamente lo dispuesto por los Artículos 183º y 184º del Código Civil".

⁴¹ Ver el Medio Probatorio "5.11" del escrito de Subsanación de Demanda de fecha 23 de enero de 2012.

observar que el Contratista ha cumplido con remitir su liquidación de forma extemporánea, incurriendo en una demora de dos (2) meses y cinco (05) días calendario.

Sobre este punto en particular, es necesario tener en consideración las conclusiones plasmadas o contenidas en la Opinión N° 042-2006/GNP del CONSUCODE (hoy en día OSCE - Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado), la misma que no ha sido objeto de cambios y/o modificaciones, por consiguiente es pertinente su aplicación, y que en su numeral 4.1. CONCLUYE expresamente, lo siguiente:

"4.1 En tanto que la liquidación del contrato constituye un requisito indispensable para la culminación de la etapa de ejecución contractual, deberá entenderse que, en el supuesto que ni el contratista ni la Entidad la hubiesen presentado oportunamente —en los plazos previstos en el artículo 164º del Reglamento—, cualquiera de ellas podrá presentarla, aún cuando sea de forma extemporánea, momento a partir del cual, se aplicarán los plazos y el procedimiento previsto en el artículo 164º del Reglamento⁴². En tal sentido:

- a) *Si, transcurridos los plazos para presentar la liquidación establecidos en el primer y segundo párrafo del artículo 164º del Reglamento, el contratista lo hiciera, la Entidad deberá pronunciarse, dentro del plazo de treinta (30) días de recibida, ya sea observando la liquidación o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificarla a el contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes. La liquidación quedará consentida cuando, practicada por el contratista, la Entidad no la observe dentro del plazo establecido. De igual forma, cuando la Entidad observe la liquidación, el contratista deberá pronunciarse dentro del plazo establecido, pues de no hacerlo se tendrá por aprobada con las observaciones formuladas. Si el contratista no acoge las observaciones formuladas, dentro de los siete (7) días siguientes de notificado el no acogimiento, cualquiera de las partes podrá someter la controversia a conciliación y/o arbitraje, en la forma establecida en los artículos 185º y 186º del Reglamento.*
- b) *Si transcurridos los plazos para presentar la liquidación establecidos en el*

⁴² El sombreado es nuestro.

primer y segundo párrafo del artículo 164º del Reglamento, la Entidad lo hiciera, el contratista deberá pronunciarse dentro del plazo de quince (15) días de recibida. La liquidación quedará consentida cuando, practicada por la Entidad, el contratista no la observe dentro del plazo establecido. De igual forma, cuando el contratista observe la liquidación, la Entidad deberá pronunciarse dentro del plazo de quince (15) días, pues de no hacerlo se tendrá por aprobada con las observaciones formuladas. Si la Entidad no acoge las observaciones formuladas, dentro de los siete (7) días siguientes de notificado el no acogimiento, cualquiera de las partes podrá someter la controversia a conciliación y/o arbitraje, en la forma establecida en los artículos 185º y 186º del Reglamento.

- 4.2 *En el supuesto que el contratista o la Entidad hubiesen presentado la liquidación del contrato fuera de los plazos previstos en el artículo 164º del Reglamento, la liquidación quedará consentida si no es observada por la otra parte dentro del plazo de treinta (30) días —cuando quien tiene que pronunciarse es la Entidad⁴³— o quince (15) días —cuando quien tiene que pronunciarse es el contratista (tercer párrafo del artículo 164º del Reglamento).*
- 4.3 *De acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 164º del Reglamento, si el contratista no presenta la liquidación dentro del plazo previsto en el primer párrafo del citado artículo, corresponde a la Entidad su elaboración en idéntico plazo, quien deberá notificarla para que el contratista se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes. De no mediar pronunciamiento, la liquidación de la Entidad quedará consentida. Ello también sería aplicable si la Entidad hubiese presentado la liquidación fuera del plazo que tenía para hacerlo —pero antes que la presente el contratista—, en estricto cumplimiento de lo establecido en la conclusión 4.1 de la presente Opinión.*
- 4.4 *La liquidación presentada por el contratista fuera del plazo establecido en el primer párrafo del artículo 164º del Reglamento —pero dentro del plazo que tiene la Entidad para hacerlo (segundo párrafo del citado artículo)—, debe entenderse como no presentada. No obstante, si dicha liquidación es presentada también excediendo el plazo que tendría la Entidad para hacerlo, será de aplicación el procedimiento establecido en el literal a) de la conclusión 4.1 de la presente Opinión. En el primer caso, corresponde a la Entidad*

⁴³ El sombreado es nuestro.

elaborar la liquidación, en idéntico plazo al que tenía el contratista para hacerlo; en el segundo caso, la Entidad deberá, si lo considera pertinente, observar la liquidación, dado que si no lo hiciere la misma quedaría consentida”.

Por otra parte, recuérdese que en el presente caso, serán de aplicación los plazos establecidos en la norma vigente o marco legal correspondiente a la firma del Contrato en cuestión.

En tal sentido y en aplicación de los establecido en la norma, ante la presentación extemporánea de la Liquidación Final de Obra realizada por el Contratista, de conformidad con el segundo párrafo del Artículo 269º del Reglamento la Entidad era responsable de elaborar su respectiva liquidación en idéntico plazo, siendo los gastos que se deriven de la misma serían de cargo del Contratista; situación que tampoco fue realizada por la Entidad, debido a que no obra en el expediente ningún documento que acredite lo contrario.

Siendo que ninguna de las partes ha cumplido con los plazos previstos en el Artículo 269º del Reglamento, corresponde que el cómputo de los mismos se configure a partir de la fecha de presentación de la Liquidación Final de Obra elaborada por el Contratista de conformidad con lo establecido en la Opinión N° 042-2006/GNP.

En tal sentido, y estando a que el Contratista presentó a su contraria la Liquidación Final de Obra con fecha 01 de julio de 2010, la Entidad, al no encontrarse conforme con la misma, debía pronunciarse sobre dicha liquidación en un plazo de 30 días (se entiende también días naturales), a partir del día viernes 02 de julio de 2010, ya sea observando dicha liquidación ó de ser conveniente elaborando otra. Este plazo finalizaba el día sábado 31 de julio de 2010. Al culminar este plazo en un día inhábil, el último día con el que contaba la Entidad para observar o elaborar otra liquidación, era el día lunes 02 de agosto de 2010.

Vencido dicho plazo, la Entidad no se pronunció respecto a la Liquidación presentada por el Contratista, pues de acuerdo a esta omisión, el tercer párrafo del Artículo 269º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, establece que:

"Artículo 269º.- Liquidación del contrato de obra

(...) La liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido. (...)"⁴⁴

De este fragmento del Artículo 269º del mencionado Reglamento, podemos apreciar que dicho artículo dispone que una vez recibida la liquidación, y si esta no es observada dentro del plazo previsto en la norma para ello, quedara consentida de pleno derecho.

En la misma línea de análisis, y tomando en cuenta lo establecido en el párrafo precedente, este Tribunal Arbitral considera que debido a la omisión de la Entidad y teniendo presente que la Liquidación elaborada por el Contratista, se llevó a cabo de conformidad con el Artículo 269º del Reglamento antes mencionado, y no habiendo contado con un pronunciamiento dentro del plazo señalado en el Reglamento por parte de la demandada, ya sea observando la liquidación o presentando una nueva; corresponde que se tenga por aprobada la liquidación presentada por la empresa Inversiones Grecarr E.I.R.L.

Estando a que la Liquidación de Obra elaborada por el Contratista fue presentada a la Entidad con fecha 01 de julio de 2010 y que hasta la fecha dicha parte no se ha pronunciado al respecto, este Tribunal Arbitral, en base a lo ordenado en el tercer párrafo del Artículo 269º del Reglamento, tiene por aprobada y consentida la Liquidación de Obra elaborada por el Contratista notificada a la Entidad mediante Carta s/n de fecha 01 de julio de 2010, debido al silencio de la demandada.

Seguidamente debemos establecer si la Entidad debe o no pagar al Contratista el monto producto de la liquidación, y además de ello, si corresponde o no ordenar el pago de intereses a la Entidad producto de dicha liquidación que se generan hasta la fecha de pago.

En los considerandos precedentes se ha indicado que el Contratista cumplió con presentar su liquidación conforme a lo establecido en el Artículo 269º del Reglamento, asimismo también se dejó claramente establecido que la Entidad no se pronunció

⁴⁴ El subrayado y resaltado es nuestro.

respecto a la liquidación dentro del plazo otorgado por la normatividad de Contrataciones, ante ello el Tribunal Arbitral dio por aprobada la Liquidación Final de Obra presentada por el Contratista, razón por la cual corresponde que la Entidad, cumpla con efectuar el pago producto de dicha liquidación realizada por el Contratista, la cual genera un saldo a su favor ascendente a la suma de S/. 199,103.68 (Ciento Noventa y Nueve Mil Ciento Tres y 68/100 Nuevos Soles).

En ese sentido, luego de tener presente todos los documentos que permiten aclarar este tema, este Tribunal Arbitral atendiendo al hecho de que la empresa Inversiones Grecarr E.I.R.L., cumplió con presentar la Liquidación Final de la Obra en el plazo correspondiente, la cual no fue materia de pronunciamiento por parte de la Entidad en el plazo indicado por la normativa, con lo cual se ha establecido que la misma ha quedado consentida en todos sus efectos, corresponde entonces, en base a ello, disponer la procedencia este punto controvertido, en tal sentido corresponde que la Municipalidad Distrital de Carabayllo pague a favor de la empresa Inversiones Grecarr E.I.R.L., la suma indicada en dicha Liquidación, esto es el monto ascendente a S/. 199,103.68 (Ciento Noventa y Nueve Mil Ciento Tres y 68/100 Nuevos Soles).

Por otro lado, habiéndose declarado fundada la presente pretensión, este Colegiado deberá determinar si corresponde declarar o no el pago de los respectivos intereses; y de ser el caso, determinar el tipo de intereses y la fecha desde que deberán computarse.

Para ello, resulta pertinente citar a los doctores Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre⁴⁵:

"(...) Debe quedar claro que el pago de intereses es susceptible de aplicarse a todo tipo de deudas, entiéndase: deuda pecuniaria o dineraria y deuda no pecuniaria o de valor (...)."

"De este modo, no la naturaleza de la obligación principal, ni el objeto de su prestación, constituyen óbice para el cobro de los intereses". (El subrayado es nuestro)

⁴⁵ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. "Compendio de Derecho de las Obligaciones". Lima: Palestra Editores, p.517.

En el caso materia de la controversia, se ha determinado que la Entidad debe pagar a favor del Contratista, la suma ascendente a S/. 199,103.68 (Ciento Noventa y Nueve Mil Ciento Tres y 68/100 Nuevos Soles) producto de la Liquidación Final de Obra.

Es decir, se ha determinado que la Entidad tiene una deuda a favor del Contratista, la cual consiste en un saldo a favor de éste, producto de la liquidación. Por tal motivo, encontrándonos frente a una deuda que a la fecha no ha sido cancelada, corresponde declarar que el Contratista tiene derecho también a percibir los respectivos intereses.

Ahora bien, para poder determinar el tipo de intereses, describiremos a continuación los mismos, para posterior a ello, poder determinar cuál es el que corresponde al presente caso.

El ordenamiento peruano ha establecido dos tipos de intereses: el interés compensatorio y el moratorio. El primero se da cuando se constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien. En cambio, el interés es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago, conforme a lo dispuesto en el Artículo 1242º del Código Civil.

Habiendo definido ambos tipos de intereses, queda claro que para la aplicación de los mismos en el presente arbitraje, corresponderá aplicar solamente los moratorios, en tanto lo que se busca es reparar los daños y perjuicios por el retraso en la ejecución de una obligación.

Al respecto, Fernández Fernández señala:

"(...) los intereses moratorios vienen a ser aquellos que constituyen la manera de indemnizar supletoriamente al acreedor por el cumplimiento tardío de la obligación pecuniaria por parte del deudor, cubriendose de esta manera los daños y perjuicios ocasionados precisamente por efectos de la mora en el pago"⁴⁶.

⁴⁶ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, César, "Interés por Mora". En: Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en las diversas materias del derecho civil. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, p. 418.

Asimismo, el Artículo 1246° del Código Civil ha establecido que si los contratantes no pactan el pago de un interés moratorio, el deudor se encontrará obligado al pago de un determinado tipo de interés por causa de mora, que según sea el caso, se tratará del interés compensatorio (pactado) o del interés legal⁴⁷. En ese sentido, siendo que el Contratista y la Entidad no han pactado ningún tipo de interés, nos regiremos por los intereses legales a los que hace alusión el Artículo 1246° del Código Civil. Al respecto, el Artículo 1244° del mismo cuerpo normativo, nos precisa que la tasa de interés legal será fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

Finalmente, corresponde determinar la fecha desde la que se deberá computar los intereses moratorios, siendo que en esta pretensión se solicita intereses que se generen hasta la fecha de pago.

Para ello, y siendo que los intereses a los que hacemos alusión, se trata de intereses por mora, se deberá determinar desde cuando la Entidad incurrió en ésta. En ese sentido, se advierte que las partes no han pactado nada al respecto; sin embargo, tenemos el Artículo 1334° del Código Civil dispone que:

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

Al respecto, en los casos de mora debemos recurrir a la Octava Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1071 – Ley que Norma el Arbitraje, la cual establece lo siguiente:

"Para efectos de lo dispuesto en los artículos 1334° y 1428° del Código Civil, la referencia a la citación con la demanda se entenderá referida en materia arbitral a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje."

De lo expuesto, se desprende que los intereses moratorios para cuyo cálculo se aplicará la tasa de interés legal, se deberán computar a partir de la fecha en que la

⁴⁷ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. "Compendio de Derecho de las Obligaciones". Lima: Palestra Editores, p.533.

Entidad haya sido notificada con la solicitud para someter a arbitraje las controversias surgidas en torno al pago de los servicios prestados por el Contratista correspondiente a la Liquidación Final de Obra.

En tal sentido, siendo que la Municipalidad Distrital de Carabayllo fue notificada con la solicitud de arbitraje⁴⁸ el 23 de agosto de 2010, es desde esta fecha que se deberá computar el pago de intereses legales a favor de la empresa Inversiones Grecarr E.I.R.L., en base al monto adeudado, esto es la suma de S/. 199,103.68 (Ciento Noventa y Nueve Mil Ciento Tres y 68/100 Nuevos Soles).

Por las consideraciones expuestas y las decisiones adoptadas por el Tribunal Arbitral a lo largo del presente punto controvertido, este Colegiado considera que de acuerdo al procedimiento establecido y al análisis llevado a cabo, está claramente probado que la Liquidación Final de Obra presentada por el Contratista ha quedado aprobada de pleno derecho, en tal sentido se decreta que la Municipalidad Distrital de Carabayllo pague a favor de la empresa Inversiones Grecarr E.I.R.L., la suma de S/. 199,103.68 (Ciento Noventa y Nueve Mil Ciento Tres y 68/100 Nuevos Soles) como saldo considerado a favor del mismo producto de la Liquidación Final de Obra, más los intereses legales en base a este monto adeudado los cuales se empezarán a computar desde la fecha de la solicitud de arbitraje, esto es, a partir del día 23 de agosto de 2010, hasta la fecha de pago; y en consecuencia corresponde declarar fundada esta pretensión en todos sus extremos.

2. SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde ordenar o no el pago por los daños y perjuicios que se originan como daño emergente, al haberse excedido los plazos contractuales, 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; tal y como lo estipula los artículos 1969º y 1985º, 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, por

⁴⁸ Ver el Medio Probatorio "5.12" del escrito de Subsanación de Demanda de fecha 23 de enero de 2012.

el monto ascendente a la suma de S/. 30,00.00 (TREINTA MIL Y 00/100 NUEVOS SOLES)".

2.1. Posición del Contratista

Inversiones Grecarr E.I.R.L. sustenta su pedido, en base a los siguientes argumentos de hecho y de derecho:

El Contratista, refiere que producto de la falta de operatividad en la obra, debido al incremento del caudal en el Río Chillón, y de la falta de comunicación por parte de la Municipalidad Distrital de Carabayllo al no haber emitido pronunciamiento alguno con respecto a sus reiteradas comunicaciones puestas en su conocimiento, les ha generado un perjuicio frente a las empresas del Sistema Financiero Nacional; debido a que al tomar éstas conocimiento de ello, elevaron la calificación de riesgo de su representada, exigiéndoles gravar nuevos inmuebles para la cobertura de las garantías ya emitidas.

En base a lo expuesto, el Contratista aduce que producto de todas las situaciones descritas les ha producido un perjuicio en su patrimonio, el mismo que para efectos prácticos los ha materializado en la suma de S/. 30,00.00 (Treinta Mil y 00/100 Nuevos Soles), por concepto de indemnización por daños y perjuicios de acuerdo a lo regulado en los Artículos 1969º y 1985º del Código Civil.

2.2 Posición de la Entidad

A continuación se detalla los fundamentos de hecho mediante los cuales la Municipalidad Distrital de Carabayllo sustenta su posición:

De lo señalado por el Contratista y de las pruebas actuadas, la Municipalidad Distrital de Carabayllo, afirma lo siguiente:

- No se encuentra acreditado los daños y perjuicios que se señala en la demanda, debido a que el Contratista no sustenta los gastos ó el perjuicio económico, que ha sufrido producto de la paralización prolongada de la obra.

- No sustenta con medio probatorio idóneo las utilidades que afirma, haber dejado de percibir.
- No cumple con fundamentar porqué se concluye que se debería abonar a favor del Contratista la suma señalada en su demanda, toda vez que no presenta conexión lógica entre el evento dañoso y su propuesta pecuniaria de reparación.

En tal sentido, la defensa sobre este punto que realiza la Entidad, se basa en los puntos anteriormente señalados y en el hecho de que el Contratista únicamente sustenta su pretensión mencionando doctrina y normativa aplicable para el caso; sin embargo no cumple con sustentar su pedido con documentación idónea y/o hechos que hayan sido debidamente verificados.

2.3 Posición del Tribunal Arbitral

Sobre este punto controvertido a analizar es necesario tener presente que la responsabilidad contractual es la que procede ante la infracción de un contrato válido o, es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Ésta comprende dos partes: Una de ellas es la reparación del daño y la segunda es la indemnización por los perjuicios ocasionados. Así, el Artículo 1321º del Código Civil señala lo siguiente:

"Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve".

Asimismo, debe tenerse en cuenta que para que se configure la responsabilidad contractual, debe de cumplirse con lo siguiente: Primero, debe existir un contrato válidamente celebrado, el cual debe ser eficaz; segundo, debe producirse un incumplimiento absoluto o relativo de las obligaciones por parte del deudor, incumplimiento que debe ocasionar un daño; tercero, debe existir una relación de causalidad entre el incumplimiento del deudor y el daño ocasionado al acreedor; y cuarto, deben configurarse los factores de atribución subjetivos y objetivos.

En el caso de la responsabilidad extracontractual, ésta se determina cuando se produce un daño a un tercero con el cual no existe vínculo contractual. Así, los elementos de la responsabilidad civil extracontractual surgen de los sujetos de esta responsabilidad: la víctima, el perjudicado por el daño (o sus causahabientes); y el responsable, autor culpable o doloso de los hechos. El elemento objetivo lo configura el daño y el elemento subjetivo lo integra la culpa y la negligencia, el descuido, la ignorancia o la imprudencia sin deseo de causar el perjuicio.

Asimismo, es necesario señalar que para este tipo de responsabilidad debe haber primero un daño causado; segundo, la existencia de la relación de causalidad entre la conducta del agente y el daño causado a la víctima y los actos de atribución (subjetivos u objetivos).

Así tenemos que entre ambos tipos de responsabilidad civil es fundamental el daño (acto) causado. Si el daño causado no existe no hay responsabilidad contractual ni extracontractual, el daño es el que identifica las responsabilidades; en el campo extracontractual el daño es a cualquier persona, mientras en el contractual el daño es siempre al acreedor⁴⁹. Por otro parte, en la responsabilidad extracontractual se regula la doctrina de la reparación integral del daño que existe. Es por ello, que en este campo se indemniza todos los daños causados a la víctima; mientras que en el ámbito contractual no se reparan, en principio, todos los daños; solamente se reparan, en principio, aquellos que sean consecuencia directa del incumplimiento del deudor.

Ahora bien, hay que tener presente que el monto indemnizatorio en el campo extracontractual no depende de la culpabilidad del autor del acto, mientras que en el campo contractual el monto depende del daño y la culpabilidad del deudor, pues será mayor si es producto de culpa grave o dolo, y será menor si es producto de culpa leve.

Luego de lo expuesto, este Tribunal Arbitral advierte que la pretensión de indemnización solicitada por la empresa Inversiones Grecarr E.I.R.L. se configura en una responsabilidad civil contractual, toda vez que el supuesto perjuicio habría surgido como consecuencia de una inejecución de las obligaciones de la Entidad.

⁴⁹ El subrayado es nuestro.

En efecto, el Tribunal Arbitral, luego de un análisis de la presente pretensión, ha concluido que lo que la empresa Inversiones Grecarr E.I.R.L. está pretendiendo es una indemnización por los supuestos daños y perjuicios que le estaría ocasionando el hecho de haberse excedido los plazos contractuales, 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, las utilidades que estaría dejando de percibir por tener comprometidas sus garantías, las mismas que no le permitirían participar en diversos procesos de selección; daños que, como se ha indicado, serían, de probarse, claramente originados por el supuesto incumplimiento de las obligaciones contractuales de la Municipalidad Distrital de Carabayllo.

Ahora bien, habiendo ya determinado que la presente solicitud de indemnización se genera de una responsabilidad civil contractual, queda por determinar quién debe probar el incumplimiento, el daño y si el mismo se encuentra probado en el presente proceso.

En esa línea, el Artículo 1331º del Código Civil señala lo siguiente:

"La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación o por cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".

Con lo antes transscrito, queda claro que quien tiene la carga de la prueba según el Artículo 1331º del Código Civil, es quien afirma que ha sido perjudicado por la inejecución de la obligación contractual. Asimismo, se desprende del mismo artículo que quien solicita una indemnización debe probarlo. Así, y estando a lo indicado, queda claro, en primer término, que en el presente caso arbitral, quien tiene la carga de probar, si se le provocó un daño por alguna inejecución en las obligaciones contractuales, es el demandante.

Ahora bien, en el presente proceso, el demandante se encuentra pretendiendo una indemnización por supuestos daños y perjuicios, la cual, a entender de este Tribunal Arbitral, se debe realizar un análisis detallado de cada supuesto daño que el demandante afirma que se ha ocasionado:

- **Demora innecesaria en la solución de controversias y exceso en los plazos contractuales:**

Sobre este punto, de acuerdo a lo señalado por el Contratista a lo largo de todo el proceso, alega que la Entidad le ha producido un daño, el mismo que debería ser indemnizado de acuerdo a lo señalado en los Artículos 1969º y 1985º del Código Civil, los cuales a la letra disponen lo siguiente:

"Artículo 1969º.- Indemnización por daño moroso y culposo

Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.
(...)

Artículo 1985.- Contenido de la indemnización

La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño."

Si bien es cierto, el Contratista señala que debería corresponderle una indemnización por la demora innecesaria en la solución de controversias y el exceso en los plazos contractuales; sin embargo, dicha parte no cumple con sustentar el supuesto daño que alega y las consecuencia que le produjeron en perjuicio suyo.

Razón por la cual este Colegiado considera que respecto a este punto materia de análisis el demandante cumple con señalar los dispositivos legales bajo los cuales ampara su pretensión, mas no ha cumplido con demostrar el acto antijurídico, el perjuicio o daño, la culpa y el nexo causal de la responsabilidad, toda vez que dicha parte se ha limitado únicamente a indicar que existe un daño y perjuicio, pero no ha indicado, por ejemplo, cual es exactamente ese daño ni cuál es el nexo de causalidad entre el hecho que provoca el daño y el propio perjuicio.

Teniendo en cuenta este pequeño análisis realizado este Tribunal Arbitral considera que este punto no es procedente, debido a que no se configuran los requisitos para que proceda la indemnización.

- ***Perjuicios causado por gastos de pagos a empresas asesoras para el proceso de conciliación y arbitraje:***

Sobre este punto cabe indicar que, la empresa Inversiones Grecarr E.I.R.L. defiende su posición alegando que, debido a las diversas controversias que se generaron a raíz del Contrato de ejecución de la obra, estas han tenido que ser ventiladas mediante los mecanismos de conciliación y arbitraje.

En ese sentido, este Colegiado expresa que si bien es cierto que el presente proceso de arbitraje prueba que efectivamente la demandante ha incurrido en el pago de los gastos arbitrales que amerita un proceso de arbitraje (honorarios profesionales de los árbitros y del secretario arbitral); sin embargo, no ha acreditado documentariamente los gastos en los que ha incurrido por las asesorías que requirió para poder llevar a cabo su defensa ya sea mediante un proceso de conciliación o a través del presente proceso arbitral.

Por tal motivo, al no acreditarse debidamente el supuesto daño que se ha producido en su contra, no es posible atribuir responsabilidad contractual alguna, sobre un daño que no ha podido ser verificado.

No obstante a lo señalado en el párrafo anterior, es preciso indicar que los gastos en los que han incurrido cada una de las partes para la defensa de sus posiciones son de responsabilidad de cada una de éstas, siendo que las mismas se han visto obligadas a seguir el presente proceso para obtener la satisfacción de sus respectivos intereses vía arbitral.

De lo expuesto en este análisis realizado este Tribunal Arbitral considera que este punto no es procedente, debido a que no se ha podido demostrar responsabilidad alguna de la Entidad.

- *Respecto a las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas sus garantías, las mismas que no le permitirían participar en diversos procesos de selección similares:*

Sobre este punto cabe indicar que si bien es cierto, el Contratista mantuvo vigente por más del tiempo previsto las garantías exigidas para la suscripción del Contrato, las cuales le podrían haber impedido participar en otros procesos de selección, es un argumento que puede ser entendido de manera muy subjetiva.

El hecho de que la Entidad haya afectado al Contratista al tener las garantías comprometidas por más del tiempo previsto, no significa que si el demandante hubiera contado con las mismas hubiera ganado la Buena Pro de otros procesos similares, pues esto es un hecho incierto, debido a que hay que tener presente que postular a un Proceso de Selección no te garantiza que vayas a obtener la Buena Pro.

Por esta razón, este Colegiado considera que respecto a este punto materia de análisis el demandante no ha cumplido con demostrar el acto antijurídico, el perjuicio o daño, la culpa y el nexo causal de la responsabilidad, toda vez que dicha parte se ha limitado únicamente a indicar que existe un daño y perjuicio, pero no ha indicado, por ejemplo, cual es exactamente ese daño ni cuál es el nexo de causalidad entre el hecho que provoca el daño y el propio perjuicio.

Teniendo en cuenta este análisis realizado este Tribunal Arbitral considera que este punto no es procedente, debido a que no se configuran los requisitos para que proceda la indemnización.

Conforme se ha señalado precedentemente a través de los tres supuestos daños sufridos por la empresa Inversiones Grecarr E.I.R.L., este Tribunal Arbitral considera que en la presente pretensión no se ha acreditado la existencia de un daño, y que dicho daño haya sido originado por un actuar o un no actuar de parte de la Municipalidad Distrital de Carabayllo, no habiendo sido demostrado, razón por la cual no existe elemento alguno para validar la afirmación del demandante, con lo cual al no haber probanza de daño, se presume la no existencia de éste.

En ese sentido, este Tribunal Arbitral considera que la pretensión indemnizatoria debe ser declarada infundada.

3. TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no que la Municipalidad Distrital de Carabayllo asuma los costos y costas del proceso por concepto de honorarios de abogado, honorarios del Tribunal Arbitral y Secretario Arbitral más los intereses hasta la fecha de su cancelación".

3.1. Posición del Contratista

El Contratista ampara su pedido en los siguientes fundamentos de hecho y derecho:

El demandante manifiesta que las causales señaladas precedentemente le han generado un perjuicio patrimonial a su representada, quien se ha visto en la necesidad de contratar servicios de asesoría a efectos de hacer valer sus derechos que le asisten, además de los gastos irrogados por concepto de honorarios arbitrales y otros propios de un proceso arbitral, los cuales solicita sean reconocidos y ajustados a lo que devenga al término del proceso.

3.2. Posición de la Entidad

A continuación se detalla los fundamentos de hecho mediante los cuales la Entidad sustenta su posición:

La Municipalidad Distrital de Carabayllo refiere que, teniendo en cuenta que el presente proceso arbitral debería ser desestimado, en razón, de que esta pretensión también debería correr la misma suerte que la primera pretensión, siendo que los gastos irrogados por el trámite del presente proceso ya sean los gastos arbitrales (honorarios de los árbitros y del secretario arbitral), así como los costos (honorarios de abogados para la defensa de las partes) del proceso, deberían desestimarse y ser imputadas a cargo del Contratista.

3.3. Posición del Tribunal Arbitral

El numeral 1) del artículo 72º del Decreto Legislativo N° 1071 dispone que los Árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en el Artículo 70º del citado cuerpo legal. Asimismo, el numeral 1) del Artículo 73º señala que los Árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los Árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En el presente caso no se ha establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del arbitraje. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

Considerando el resultado del arbitraje que en puridad, desde el punto de vista del Tribunal Arbitral, no puede afirmarse que existe una “parte perdedora”, en vista de que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, atendiendo al buen comportamiento procesal de las partes y a la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, corresponde disponer que cada de una de las partes asuma los costos del presente arbitraje; en consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral); así como los costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

IV. EL TRIBUNAL ARBITRAL RESUELVE:

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

PRIMERO.- DECLÁRESE FUNDADA la Primera Pretensión de la demanda, planteada por la empresa Inversiones Grecarr E.I.R.L.; en tal sentido, **DECLÁRESE CONSENTIDA** la Liquidación de Obra elaborada por la empresa Inversiones Grecarr E.I.R.L. remitida a la Entidad mediante Carta s/n de fecha 01 de julio de 2010 y, en consecuencia, **ORDÉNESE** a la Municipalidad Distrital de Carabayllo que pague a

favor del Contratista la suma de S/. 199,103.68 (Ciento Noventa y Nueve Mil Ciento Tres y 68/100 Nuevos Soles), por concepto del saldo a favor producto de la Liquidación Final de Obra realizada por la empresa Inversiones Grecarr E.I.R.L., al que deberá añadirse el pago de los intereses legales correspondiente en relación a dicho monto, los cuales deberán computarse desde el 23 de agosto de 2010 - fecha en que la Entidad demandada fue notificada con la solicitud arbitral – hasta la fecha de pago.

SEGUNDO.- DECLÁRESE INFUNDADA la Segunda Pretensión de la demanda planteada por la empresa Inversiones Grecarr E.I.R.L.; y, en consecuencia, dispóngase que no corresponde reconocer ni ordenar el pago de daños y perjuicios solicitados.

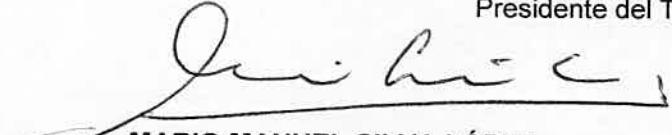
TERCERO.- DISPONER que la empresa Inversiones Grecarr E.I.R.L. y la Municipalidad Distrital de Carabayllo asuman cada una de ellas y directamente, los gastos arbitrales que les correspondía sufragar (50% a cargo de cada una de ellas); así mismo, establezcase que cada una de las partes deberá asumir los gastos de asesoría legal en que hubieran incurrido a raíz del presente arbitraje.

CUARTO.- Autorizar al Secretario Arbitral para que en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles de notificado el presente Laudo Arbitral, cumpla con remitir una copia al Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado – OSCE.



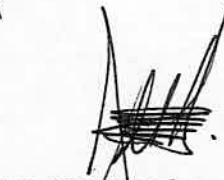
MIGUEL ANGEL AVILÉS GARCÍA

Presidente del Tribunal Arbitral



MARIO MANUEL SILVA LÓPEZ

Árbitro



JUAN HUAMANÍ CHÁVEZ

Árbitro



MIQUE NAPOLEÓN GARCÍA ORILLO

Secretario Arbitral