

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Weyden García Rojas (Presidente)
Dr. Juan Huamaní Chavez
Dra. Diana Coci Otoya

Lima, 23 de agosto de 2013

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Demandante:

Consorcio Vial del Sur I
En adelante el **DEMANDANTE**.

Demandado:

Ministerio de Transportes y Comunicaciones - Provías Descentralizado
En adelante el **DEMANDADO**.

Tribunal Arbitral:

Dr. Weyden García Rojas (Presidente)
Dr. Juan Huamaní Chávez (Árbitro)
Dra. Diana Coci Otoya (Árbitro)

Secretario Arbitral:

Johan Steve Camargo Acosta.

I. ANTECEDENTES

Con fecha 16 de julio de 2008, se suscribió el Contrato Nº 351-2008-MTC/21 para la Ejecución de la Obra de Rehabilitación del Camino Vecinal Conchucos-Mayas (Longitud 33.815 Km) ubicado en el distrito de Conchucos, provincia de Pallasca, Departamento de Ancash, entre el Consorcio Vial del Sur I (En adelante El DEMANDANTE) y Provías Descentralizado (El DEMANDADO).

1. La cláusula Trigésima Sexta del Contrato establece lo siguiente:

"36.1. Todos los conflictos que se derive 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 y en la Ley General de Arbitraje.

Sin perjuicio de lo anterior y de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, se establece que el arbitraje no resulta aplicable a las controversias surgidas en la ejecución de adicionales de obra, metrados no previstos contractualmente y mayores prestaciones de supervisión, respecto de las cuales la Contraloría General de la República ejerce el control previo, debiendo dichas materias ser resueltas de acuerdo a los procedimientos establecidos por la normativa. Tampoco son arbitrables las controversias derivadas de otras fuentes de obligaciones distintas al presente contrato.

El Arbitraje se desarrollará en la capital del departamento, o en su defecto en la ciudad de Lima, debiendo iniciarse dentro de los plazos de caducidad establecidos en la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado vigente. Será resuelto por un Tribunal Arbitral Colegiado, compuesto por tres árbitros. Cada parte podrá designar a un árbitro y ambas partes designarán de común acuerdo al tercer árbitro, quien presidirá el Tribunal.

Las designaciones de árbitro en defecto de las partes o de los árbitros designados por estas, estarán a cargo del CONSUCODE. Asimismo, las recusaciones que se

formulen contra los árbitros serán resueltas por el CONSUCCODE, sujetándose el procedimiento a lo dispuesto por la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado.

El laudo es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia. En consecuencia, solo procede interponer, cuando corresponda, el recurso de anulación por las causales previstas en la Ley General de Arbitraje, dejando claramente establecido que no se requiere de la presentación de la garantía establecida en el artículo 72 inciso 4 de la Ley General de Arbitraje

Cuando se interponga el recurso de anulación contra el Laudo Arbitral, la parte que lo haya hecho deberá cumplir con comunicar y acreditar ante el Tribunal Arbitral la interposición de dicho recurso dentro de los tres (3) días hábiles siguientes de vencido el plazo que corresponda. En caso contrario, el Tribunal Arbitral a pedido de la otra parte, podrá declarar el laudo consentido y ejecutoriado.

Los costos arbitrales referidos a los honorarios de los árbitros y los del secretario arbitral y/o gastos administrativos, serán fijados por los propios árbitros, pero no podrán ser mayores a los establecidos en la Tabla de Aranceles del CONSUCCODE."

Como consecuencia de las controversias relacionadas con la Liquidación del Contrato de Obra N° 351-2008-MTC/21 de fecha 16 de julio de 2008, practicada por el Consorcio Vial del Sur I, así como la Resolución Directoral N° 561-2012-MTC/21, que aprueba la Liquidación Final del

Contrato N° 351-2008-MTC/21 que fuera practicada por Proviás Descentralizado; circunstancia frente a la cual el Consorcio Vial del Sur I procedió a remitir la correspondiente solicitud de arbitraje, en aplicación del convenio arbitral contenido en la citada Cláusula Trigésima Sexta del Contrato.

II. DESARROLLO DEL PROCESO

A. Actuación Preliminar del Tribunal Arbitral

1. Con fecha 21 de diciembre de 2012, a las 09:00 horas, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, donde se reunieron el Dr. Weyden García Rojas, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, el Dr. Juan Huamán Chávez, en su calidad de Árbitro, y la Dra. Diana Coci Otoya, en su calidad de Árbitro; conjuntamente con el representante legal del Consorcio Vial del Sur I, señor Luis del Carmen Espichan Salazar, el representante de Proviás Descentralizado, abogado Carlos Alberto Muñoz Larico quien fuese designado por el Procurador Público del Ministerio de Transporte y Comunicaciones, y la Dra. Fabiola Paulet Monteagudo en calidad de encargada de la Dirección 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. Con fecha 17 de enero de 2013, el Consorcio Vial del Sur I presenta su escrito de demanda; asimismo, con fecha 07 de febrero de 2013, presenta su escrito de ampliación de demanda, la misma que fue aclarada mediante escrito de fecha 14 de febrero del 2013. La demanda fue admitida mediante Resolución N° 01 de fecha 15 de febrero de 2013, corriéndose a su vez, traslado del escrito de demanda, el escrito de ampliación de demanda y del "escrito de fe de erratas" a Proviás

Descentralizado, para que cumpla con contestarla dentro de un plazo de diez (15) días hábiles, conforme a su derecho.

3. Con fecha 14 de marzo de 2013, la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en representación de Provías Descentralizado, contestó la demanda. Asimismo, con fecha 18 de marzo de 2013, Provías Descentralizado presenta escrito subsanando dicha contestación de demanda.
4. Mediante Resolución N° 04 de fecha 27 de marzo de 2013, previo a la admisión de la contestación de la demanda, se otorgó el plazo de 05 días hábiles a la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en representación de Provías Descentralizado, a fin de que cumpla con subsanar las observaciones indicadas en el cuarto considerando de la referida resolución, es decir, que cumpla con anexar los documentos signados como 1-C y 1-O de su escrito de contestación de demanda.
5. Con fecha 09 de abril de 2013, la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en representación de Provías Descentralizado cumple con anexar los documentos signados como 1-C y 1-O de su escrito de contestación de demanda. Mediante Resolución N° 05 de fecha 18 de abril de 2013, se admite a trámite la contestación de demanda interpuesta por la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en representación de Provías Descentralizado, con conocimiento de la parte contraria.
6. Con esta misma resolución, se resuelve citar a las partes a la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el día 07 de mayo de 2013 a las 12:00 horas en la sede del arbitraje que para el presente caso fue fijada en la Avenida del Parque Norte N° 1160, Oficina N° 502 del distrito de San Borja, provincia y departamento de Lima.

7. Con fecha 26 de abril de 2013, el Consorcio Vial del Sur I presenta un escrito mediante el cual absuelve la contestación de la demanda admitida mediante Resolución Nº 05 de fecha 18 de abril de 2013.
8. Con fecha 07 de mayo de 2013, a horas 12:00, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios con la asistencia del Consorcio Vial del Sur I y de Provías Descentralizado, corriéndose traslado del escrito presentado por el Consorcio Vial del Sur I, de fecha 26 de abril de 2013, a Provías Descentralizado por el término de 10 días hábiles de notificado, ocurriendo esto último en este acto. Asimismo, al no poder arribarse a una conciliación entre las partes, se procedió a fijar los puntos controvertidos respecto de cada una de las pretensiones planteadas. Estos fueron fijados de la siguiente manera:

- 1. Determinar si corresponde o no, declarar Consentida la Liquidación del Contrato de Obra Nº 351-2008-MTC/21 presentada por Consorcio Vial del Sur I.*
- 2. En caso el punto 1) precedente sea declarado fundado, determinar si corresponde o no, ordenar el pago del importe contenido en la liquidación del Contrato de Obra Nº 351-2008-MTC/21 presentada por Consorcio Vial del Sur I.*
- 3. En caso el punto 2) precedente sea declarado fundado, determinar si corresponde o no, ordenar el reconocimiento y pago de los intereses legales devengados sobre la base del monto de la liquidación presentada por Consorcio Vial del Sur I.*
- 4. En caso el punto 1) precedente sea declarado fundado, determinar si corresponde o no, declarar la ineficacia de la Resolución Directoral Nº 561-2012-MTC/21 emitida por Provías Descentralizado.*

- 5. Determinar si corresponde o no, ordenar la devolución de la Carta Fianza de fiel cumplimiento y adelanto emitida por SECREX.**
- 6. Determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de costos, costas y gastos arbitrales que genere el presente proceso arbitral.**
9. En la mencionada Audiencia, se admitieron los documentos ofrecidos como medios probatorios por Consorcio Vial del Sur I en su escrito de Demanda presentado con fecha 17 de enero de 2013, que se adjuntan a dicho escrito, cuya descripción se hace en el acápite "III. MEDIOS PROBATORIOS", que se detallan como anexos "3 al 10" de dicho escrito; además, los ofrecidos en su escrito de ampliación de demanda presentado con fecha 07 de febrero de 2013, incluidos en el acápite "I. MEDIOS PROBATORIOS DE LA DEMANDA", que se detallan como anexos "3 al 12". Asimismo, se admiten los documentos ofrecidos como medios probatorios por la entidad Provías Descentralizado en su escrito de Contestación de Demanda presentado con fecha 14 de marzo de 2013, detallados en los numerales "1.A al 1.P" del acápite "III. MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS" de dicho escrito. Al concluir esta audiencia, el Tribunal Arbitral se reservó del derecho de disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier medio probatorio que considere conveniente, al amparo de lo establecido en el numeral 1) del artículo 43º del Decreto Legislativo N° 1071.
10. Con fecha 16 de mayo de 2013, la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en representación de Provías Descentralizado, absuelve el traslado conferido en la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios. Mediante Resolución N° 06 de fecha 23 de mayo de 2013, se tiene por absuelto dicho traslado conferido, admitiéndose los medios

probatorios ofrecidos por Consorcio Vial del Sur I, mediante su escrito de fecha 26 de abril del 2013.

11. Con esta misma resolución, se resuelve declarar el cierre de la etapa probatoria del presente proceso arbitral, otorgándose a las partes un plazo de 05 días hábiles a fin de que presenten sus escritos de alegatos y conclusiones finales. Asimismo, se cita a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el día 06 de junio de 2013; siendo ésta reprogramada, mediante Resolución N° 08 de fecha 03 de junio de 2013, para el día 19 de junio en mérito a la petición presentada el 31 de mayo de 2013 por la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en representación de Proviás Descentralizado.
12. Con fecha 06 de junio de 2013, Consorcio Vial del Sur I presenta escrito formulando sus alegatos; asimismo, mediante escrito de la misma fecha, absuelve el escrito presentado por Proviás Descentralizado con fecha 16 de mayo de 2013, por lo que mediante Resolución N° 09 de fecha 19 de junio de 2013 el Tribunal Arbitral resuelve tener presente los alegatos escritos y el escrito que absuelve el traslado, presentados por Consorcio Vial del Sur I. Por otro lado, con fecha 18 de junio de 2013, la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en representación de Proviás Descentralizado, presenta escrito presentando sus conclusiones finales, por lo que mediante Resolución N° 11 de fecha 19 de junio de 2013 el Tribunal Arbitral resuelve tener presente el escrito de visto presentado por el Procurador Público del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en representación de Proviás Descentralizado.
13. Con fecha 19 de junio del 2013, a horas 12:00, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales con la asistencia de ambas partes.
14. Con fecha 21 de junio de 2013, el Procurador Público del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en representación de Proviás Descentralizado, presenta escrito remitiendo documentos

correspondientes a los medios probatorios "1.J y 1.K" de su contestación de demanda; por lo que mediante Resolución N° 13 de fecha 25 de junio de 2013, el Tribunal Arbitral resuelve tener presente el escrito de visto presentado por el Procurador Público del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en representación de Proviás Descentralizado, corriéndose traslado al Consorcio Vial del Sur I por el plazo de 05 días hábiles, para que exprese lo pertinente.

15. Con fecha 25 de junio de 2013, Consorcio Vial del Sur I presenta un escrito efectuando diversas precisiones en relación a las cuestiones que fueron ventiladas durante la Audiencia de Informes Orales, por lo que mediante Resolución N° 14 de fecha 25 de junio de 2013 el Tribunal Arbitral resuelve tener presente el escrito de visto.

16. Con fecha 08 de julio de 2013, Consorcio Vial del Sur I absuelve el traslado conferido mediante Resolución N° 13 de fecha 25 de junio de 2013. Mediante Resolución N° 16 de fecha 09 de julio de 2013, se tiene por absuelto el traslado conferido; asimismo, se declara que el presente proceso se encontraba en estado para laudar, fijando un plazo para laudar conforme al procedimiento y plazos establecidos en el numeral 34) del Acta de Instalación de Tribunal Arbitral, debiendo computarse el plazo para laudar a partir del día siguiente de realizada la última notificación de la citada Resolución a la partes.

17. Para estos efectos, tenemos que Proviás Descentralizado ha sido notificado con la Resolución N° 16 con fecha 10 de julio del 2013 y el Consorcio Vial del Sur I con fecha 11 de julio del 2013, debiendo en consecuencia efectuarse el cómputo del plazo para laudar a partir del día siguiente al 11 de julio del 2013.

18. Atendiendo a ello, el plazo para laudar a partir vence el día 26 de agosto del 2013; ello teniendo en cuenta que:

18.1. Los plazos se computan en días hábiles.

- 18.2. Son días inhábiles los días sábado, domingo y feriados no laborables o los días de duelo nacional no laborables declarados por el Poder Ejecutivo de la República del Perú.
- 18.3. La sede del arbitraje se encuentra fijada en la ciudad de Lima.
- 18.4. El día 30 de julio del 2013 ha sido decretado como feriado no laborable a nivel nacional para el sector público por el Poder Ejecutivo, conforme a lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 123-2012-PCM, publicado el 31 de diciembre del 2012, siendo que en tal fecha no ejerce funciones la sede del Tribunal Arbitral.
- 18.5. El día 29 de julio del 2013 es feriado nacional tanto para el sector público como para el sector privado, por conmemorarse el aniversario patrio; siendo que en tal fecha tampoco ejerce funciones la sede del Tribunal Arbitral.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

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.
- (ii) Que en momento alguno se recusó al Tribunal Arbitral, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
- (iii) Que el Demandante presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.

- (iv) Que la Demandada fue debidamente emplazada con la demanda y presentó su contestación de demanda según ha sido explicado anteriormente.
- (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.
- (vi) Que de conformidad con las reglas del presente arbitraje establecidas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, las partes han tenido la oportunidad suficiente de plantear recurso de reconsideración contra cualquier resolución distinta al laudo emitida en el presente proceso arbitral, en caso éstas hubieren incurrido en inobservancia o infracción de una regla contenida en el Acta de Instalación, una norma de la Ley, del Reglamento o del Decreto Legislativo N° 1017, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar conforme al numeral 11) del Acta de Instalación.
- (vii) Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes.

2.- MATERIA CONTROVERTIDA

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 07 de mayo de 2013, en el presente caso corresponde al Tribunal Arbitral resolver la presente controversia 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 la prueba aportada al

proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de ella, 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 árbitro 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 la 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"*¹

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 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 no significa de ningún modo que tal medio probatorio no haya sido valorado, por lo que el Tribunal Arbitral deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral

¹ TARAMONA HERNÁNDEZ., José Rubén. "Medios Probatorios en el Proceso Civil". Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

hace referencia a algún medio probatorio 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 según lo señalado por el Tribunal Arbitral en el penúltimo párrafo del ítem "IV. DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS" del Acta de Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de medios Probatorios, los puntos controvertidos constituyen un marco referencial el análisis que debe efectuar el Tribunal Arbitral, pudiendo realizar un análisis conjunto de los mismos, por lo que en ese sentido, este Colegiado considera que los siguientes puntos controvertidos deben ser resueltos de manera conjunta, de acuerdo a esta última forma:

2.1 PRIMER, SEGUNDO Y TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, declarar Consentida la Liquidación del Contrato de Obra Nº 351-2008-MTC/21 presentada por Consorcio Vial del Sur I.

En caso el punto 1) precedente sea declarado fundado, determinar si corresponde o no, ordenar el pago del importe contenido en la liquidación del Contrato de Obra Nº 351-2008-MTC/21 presentada por Consorcio Vial del Sur I.

En caso el punto 2) precedente sea declarado fundado, determinar si corresponde o no, ordenar el reconocimiento y pago de los intereses legales devengados sobre la base del monto de la liquidación presentada por Consorcio Vial del Sur I.

Posición del Demandante:

- Que, mediante Carta N° 001-2012 presentada el 28 de mayo de 2012 adjuntó la Liquidación del Contrato de Obra N° 351-2008-MTC/21 y, a su vez, en el mismo escrito le comunicó a Proviñas Descentralizado su nuevo domicilio legal ubicado en Antigua Panamericana Km 26.5, en el distrito de Lurín.
- Que, la variación de domicilio se debió al hecho que en dicha fecha se encontraban ejecutando una obra de ampliación para PETROPERU y en su antiguo domicilio legal se encontraban ejecutando una obra de remodelación, lo que ha quedado acreditado en el presente proceso con los siguientes medios probatorios admitidos por el Tribunal Arbitral: i) copia de Guía de Remisión N° 140-0032544; ii) fotos de la ubicación físico en la que se encontraban nuestros oficinas al ejecutar la obra con PETROPERU materia del Contrato RCO-102855-YF; iii) copia de Solicitud de Licencia de Edificación; iv) copia de Guía de Remisión N° 002-0338929; v) Fotos de las oficinas de Jr. Víctor Aguirre No 358 - Chorrillos, antes y durante la remodelación, lo cual fue materia de constatación policial, vii) Copia de constatación policial.
- Que, de acuerdo con el procedimiento para la presentación y la aprobación de la Liquidación de Obra regulado en el artículo 269° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, vigente al momento de la suscripción del contrato materia del presente arbitraje, el plazo de 30 días que tenía la Entidad para pronunciarse, observándola o presentando su propia liquidación venció el 27 de Junio de 2012, sin embargo, hasta dicha fecha Proviñas Descentralizado no ha notificado ningún pronunciamiento al respecto, no habiendo medio probatorio alguno que demuestre lo contrario.
- Que, por el contrario, la demandada haciendo uso de argumentos inconsistentes y/o contradictorios sostiene que su nuevo domicilio, que fue oportuna y válidamente notificado, constituye una dirección

inexacta, deficiente y hasta inexistente; sin embargo, como ha quedado acreditado con sus medios probatorios ofrecidos en el presente proceso arbitral, la misma Procuraduría Pública de la demandada que hoy la representa legalmente mediante Oficio N° 3630-2012-MTC/07 de fecha 31 de julio de 2012, notificó a la dirección "Antigua Panamericana Km 26.5 en el distrito de Lurín" su escrito de contestación a solicitud de arbitraje presentada mediante Carta Notarial s/n recepcionada el 20 de julio de 2012. Con dicha notificación por sí sola se reconoce la existencia de su domicilio legal, por lo que no es posible sostener su deficiencia ni menos inexactitud.

- Que, a mayor abundamiento, refuerza la inconsistencia y/o contradicción de lo argumentado por Proviñas Descentralizado durante el desarrollo del presente arbitraje, el hecho que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, en el procedimiento de recusación arbitral seguido contra su primer árbitro designado de parte para el presente proceso arbitral, la Sub Dirección de Asuntos Arbitrales del OSCE, le notificó el 12 de diciembre del 2012, con oficio N° 6148-2012-OSCE/SAA la Resolución N° 366-2012-OSCE/PRE, documentos que han sido admitidos como medios probatorios por el Tribunal Arbitral, su decisión de dar por concluido dicho procedimiento administrativo.
- Que, dichos documentos fueron expresamente remitidos, tal como se advierte de su encabezado, a la siguiente dirección "Km. 26.5 de la Antigua -Panamericana Sur - Lurín (Al lado de la refinería Conchán y al frente del grifo "Kio" o Tikki)".
- Que, en consecuencia, se debe concluir que el domicilio consignado como Km. 26.5 de la Antigua Panamericana Sur, distrito de Lurín, geográfica y físicamente existían, por lo que la Liquidación del contrato de obra N° 351-2008-MTC/21 presentada por Consorcio Vial del Sur I debe ser declarada Consentida.

- Que, respecto del pago del importe contenido en la Liquidación del Contrato de Obra Nº 351-2008-MTC/21, practicada por Consorcio Vial del Sur I, el Tribunal Arbitral debe tener presente al momento de laudar que Proviás Descentralizado únicamente ha cuestionado durante el presente proceso arbitral el importe de su liquidación referido al reconocimiento de mayores gastos generales, por lo que resulta legalmente procedente considerar que los otros conceptos contenidos en su liquidación no constituyen materia de controversia, al haber sido aceptados por la demandada, por lo que no deben ser materia de análisis por parte del Colegiado ni menos de argumento en contrario por parte de Proviás Descentralizado dado que ha tenido la posibilidad de ejercer válidamente su derecho de contradicción en las etapas procesales anteriores, los mismos que resultan ser preclusivos y excluyentes, lo contrario sería admitir incorporar hechos nuevos al presente proceso con lo que se viciaría de nulidad el mismo.
- Que, en esa línea de ideas, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncien únicamente respecto del reconocimiento de mayores gastos generales contenidos en su liquidación. Sobre el particular, se remite a los argumentos expuestos por el Tribunal Arbitral (conformado por el Dr. Francisco Cantuarias Salaverry en calidad de Presidente del Tribunal y los árbitros, Ing. Mario Manuel Silva López y Dr. Rolando Eyzaguirre Macan) encargado de conducir el arbitraje entre Consorcio San Francisco contra Proviás Descentralizado, quien en su Laudo Arbitral contenido en su Resolución Nº 36 de fecha 14 de junio de 2011, el mismo que se encuentra en la página web del OSCE, por lo que debe ser considerado como jurisprudencia arbitral y cuya fundamentación hacen suya, sostuvo que en el presente caso, Proviás Descentralizado ha sostenido que el proceso bajo el cual se generó el Contrato de Obra Nº 351-2008-MTC/21 no estaba sujeto a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento. Sin embargo, ello no es cierto, por cuanto como podrá advertir el Tribunal Arbitral de una

lectura del mismo, se prevé expresamente la aplicación supletoria del mencionado régimen legal nacional. En ese sentido, el no reconocimiento y pago de mayores gastos generales ocasionados por ampliaciones de plazo, sólo sería legalmente admisible siempre y cuando lo dispuesto por el artículo 260º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado se oponga al Convenio de Préstamo BIRF Nº BIRF PE suscrito con el Banco Interamericano de Reconstrucción y Fomento; y al Contrato de Préstamo Nº 1810/OC-PE suscrito con el Banco Interamericano de Desarrollo.

- Que así, de no existir dicho fundamento en los Contratos de Préstamo, se estaría ante una cláusula contractual patológica del Contrato de Obra Nº 351-2008-MTC /21, ya que contiene un error que resultaría imputable a la Entidad, la que no podría valerse en un hecho propio para desconocer la aplicación del artículo 260º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
- Que, a este efecto, cabe mencionar que Proviñas Descentralizado durante el desarrollo del presente proceso arbitral no ha señalado ni aportado medio probatorio alguno que indique expresamente en cuál disposición, estipulación o recomendación de los mencionados Convenios de Préstamo se encuentra un impedimento para la aplicación del artículo 260º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, esto es para el reconocimiento y pago de mayores gastos generales derivados de una ampliación de plazo.
- Que, en tal virtud, ante falta de regulación expresa se debe aplicar supletoriamente, tal como lo indican los referidos convenios y el contrato objeto del presente arbitraje, la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado, en la cual se reconocen expresamente mayores gastos generales derivados de ampliaciones de plazo aprobados por la entidad (artículo 260 del RELCAE).

- Que, asimismo, considerando que en ningún momento la demandada ha cuestionado el cálculo realizado de los mayores gastos generales practicados en su liquidación, el mismo debe ser considerado tal cual lo determinó Consorcio Vial del Sur I, toda vez que dicho importe no constituye un punto controvertido.
- Que, en consecuencia, al amparo de los argumentos expuestos en los párrafos precedentes y los medios probatorios admitidos en el presente proceso, se debe ordenar a Proviñas Descentralizado el pago del importe contenido en la liquidación del Contrato de Obra Nº 351-2008-MTC/21 presentado por Consorcio Vial del Sur I ascendente a S/.617,617.32 más intereses legales a la fecha de pago.
- Que, respecto del reconocimiento y pago de los intereses legales devengados, al haber quedado consentida la liquidación del Contrato de Obra Nº 351-2008-MTC/21 presentado por Consorcio Vial del Sur I ascendente a S/. 617,617.32, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 1245º y 1246º del Código Civil, corresponde reconocer los intereses legales devengados sobre la base del monto de la referida liquidación, debiendo practicarse el cálculo de los mismos y ordenar a Proviñas Descentralizado el pago de los mismos.

Posición de la Demandada:

- Que, deben dejar constancia que la Entidad sí cumplió con pronunciarse, dentro del plazo, válidamente respecto a la liquidación elaborada por el Contratista, mediante Carta Notarial No 001-2012, a través de la Resolución Directoral Nº 561-2012-MTC/21, aprobando la Liquidación Final del Contrato de obra Nº 351-2008-MTC/21, por un monto final de S/. 1'073,347.38 con un saldo a cargo del Contratista de S/. 530,007.49 incl. IGV.

- Que, como se ha señalado durante todo el arbitraje, la Entidad mediante Cartas Notariales notificó al domicilio consignado en el Contrato, esto es, Av. Víctor Aguirre No 358 - Chorrillos y al nuevo domicilio señalado en Km. 26,5 de la Antigua panamericana sur - Lurín.
- Que, referente a tales notificaciones, el Notario consignó que no pudo ser entregada en el domicilio señalado debido a que el Km. 26,5 tiene varias cuadras, las que se encuentran divididas por manzanas y lotes, otras por urbanizaciones y numeración municipal; con lo cual se demuestra la inexactitud del domicilio del Consorcio Vial del Sur I.
- Que, asimismo, la notificación notarial efectuada al domicilio consignado en el Contrato, se vio frustrada, debido a la negativa de aceptar tal notificación, hecho que dejó constancia el notario y como obra en el expediente arbitral.
- Que, dichos hechos se encontraron debidamente acreditados con las constataciones policiales que llevó a cabo la Entidad (Anexo 1-O "Copia certificada Nº 1412-2012-VII-DIRTEPOL/LIMA SUR- DIVTER SUR-3-CL2").
- Que, así como la Constatación Policial hecha en el domicilio ubicado en la Av. Víctor Aguirre Nº 358-Chorrillos, donde se encontró al Sr. Luis Espichan Salazar, el cual mencionó ser Sub-Gerente de Porfisa Contratista Generales S.A.C., empresa que conforma el Consorcio Vial del Sur I, indicando que desconocía el paradero de las nuevas oficinas de la empresa a la cual representa.
- Que, la Entidad cumplió con notificar la Liquidación de Obra Vía Notarial, al domicilio legal consignado por el Contratista en su Carta Notarial Nº 001-2012, así como al domicilio consignado en el Contrato de Obra, dentro del plazo legal que tenía para hacerlo, por lo que se puede concluir que las notificaciones notariales efectuadas el 26.06.2012 a los

domicilios de Chorrillos y Lurín, con la Liquidación de Obra aprobada por la Entidad mediante Resolución Directoral N° 561-2012-MTC/21 son válidas, por cuanto el Consorcio Vial del Sur I señaló un nuevo domicilio inexacto, siendo de su entera responsabilidad la falta de veracidad del nuevo domicilio de Lurín.

- Que, al haberse cumplido con notificar al Contratista por vía Notarial al domicilio Legal consignado en el Contrato N° 351-2012-MTC/21, así como al domicilio consignado en su carta notarial N° 001-2012, se entienden como válidas dichas notificaciones y surten efecto legal, aun cuando se haya negado a recibir la citada notificación en una de las direcciones y la otra dirección sea inexacta.
- Que, por tales consideraciones, no corresponde declarar consentida la Liquidación efectuada por el Contratista, debido a que la Entidad emitió dentro del plazo correspondiente en el Contrato y el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la Resolución Directoral N° 561-2012-MTC/21 que liquidó el Contrato materia de controversia.
- Que, del análisis de la liquidación efectuada por el Consorcio, se debe indicar que la misma no se encuentra ajustada a los hechos derivados de la ejecución del contrato. Ello en virtud que, en la liquidación del Consorcio, no se han incluido las penalidades impuestas por la Entidad debido a la resolución de contrato por causas imputables a éste, conforme al laudo arbitral emitido por los Dres. Weyden García Rojas, Rolando Eyzaguirre Maccan y María Bustos de la Cruz, laudo que se ha ofrecido como medio probatorio de la demanda; penalidades que ascienden a la suma de S/. 169,536.08 nuevos soles, el mismo que adquirió el carácter de cosa juzgada como se ha señalado.
- Que, el Contratista además pretende incluir el monto de S/, 15,000.00 por concepto de gastos arbitrales, cuando el mencionado Tribunal

Arbitral resolvió en su punto cuarto, que las partes asumirían en partes iguales los gastos del arbitraje:

"CUARTO: Respecto de las costas y costos del proceso que se han generado en el presente proceso arbitral, se resuelve que estos serán asumidos por las partes en partes iguales."

- Que, siguiendo el análisis de la liquidación efectuada por el Contratista, se observa que en la misma se incluyen montos correspondientes a mayores gastos generales correspondientes a las Ampliaciones de Plazo otorgadas en la ejecución de la obra. Sobre el particular, el Contrato de Obra es financiado con préstamo del Banco Interamericano de Desarrollo-BID y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento-BIR, conforme a los Contratos de Préstamo Nº 1810/OC-PE-BID y Nº 7423-PE-BIRF.
- Que, en la Cláusula octava del contrato, se establece que las normas vigentes del Perú se aplicarán en la medida que no se opongan a los Contratos de Préstamo, siendo de aplicación supletoria en cuanto no se opongan al Contrato de Préstamo suscrito con el BID v BIRF, la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, D.S 083-2004-PCM y 084-2004-PCM, respectivamente.
- Que, el Contrato suscrito voluntariamente por las partes regula la figura de las Ampliaciones de Plazo en su Cláusula Décimo Primera, la cual señala en su numeral 11.9 lo siguiente:

"11.9 Las ampliaciones de Plazo no darán lugar al reconocimiento y pago de mayores gastos generales según lo estipulado en los Contratos de Préstamo. [...]"

- Que, el Consorcio Vial del Sur I conocía perfectamente el carácter del Contrato, el mismo que suscribió voluntariamente, renunciando al cobro

de mayores gastos generales originados de ampliaciones de plazo debido a que estos se encontraban contrarios a los contratos de préstamos suscritos con el BID-BIRF. Por tanto, no resulta cierta la afirmación del Contratista en el extremo que señala que el Contrato fue impuesto unilateralmente por la Entidad, cuando en el periodo de licitación se pueden hacer las observaciones correspondientes a las Bases del Contrato, situación que no fue ejercida por el Consorcio Vial del Sur I referente a las ampliaciones de plazo.

Posición del Tribunal Arbitral:

De la revisión de lo actuado a lo largo del presente proceso arbitral, en resumen se aprecia por un lado que el demandante alega que mediante Carta N° 001-2012 presentada el 28 de mayo de 2012 adjuntó la Liquidación del Contrato de Obra N° 351-2008-MTC/21 y, a su vez, en el mismo escrito le comunicó a Proviñas Descentralizado su nuevo domicilio legal ubicado en Antigua Panamericana Km 26.5, en el distrito de Lurín, debiéndose la variación de domicilio al hecho que en dicha fecha se encontraban ejecutando una obra de ampliación para PETROPERU y en su antiguo domicilio legal se encontraban ejecutando una obra de remodelación.

Por ello, de acuerdo con el procedimiento para la presentación y la aprobación de la Liquidación de Obra regulado en el artículo 269º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, vigente al momento de la suscripción del contrato materia del presente arbitraje, la Entidad contaba con el plazo de 30 días para pronunciarse, observándola o presentando su propia liquidación, el cual venció el 27 de Junio de 2012; sin embargo, hasta dicha fecha Proviñas Descentralizado no había notificado ningún pronunciamiento al respecto, no habiendo medio probatorio alguno que demuestre lo contrario.

*Dr. Weyden García Rojas (Presidente)
Dr. Juan Huamaní Chavez
Dra. Diana Coci Otoya*

Por otro lado, la demandada señala que sí cumplió con pronunciarse, dentro del plazo válidamente, respecto a la liquidación elaborada por el Contratista, mediante Carta Notarial N° 001-2012, a través de la Resolución Directoral N° 561-2012-MTC/21, aprobando la Liquidación Final del Contrato de obra N° 351-2008-MTC/21, por un monto final de S/. 1'073,347.38 con un saldo a cargo del Contratista de S/. 617,617.32 incl. IGV, siendo dicha resolución notificada al domicilio consignado en el Contrato, esto es, Av. Víctor Aguirre N° 358 - Chorrillos y al nuevo domicilio señalado en Km. 26,5 de la Antigua panamericana sur - Lurín. Sin embargo, en lo referente a tales notificaciones, el Notario consignó que no pudo ser entregada en el domicilio señalado debido a que en el Km. 26.5 tiene varias cuadras, las que se encuentran divididas por manzanas y lotes, otras por urbanizaciones y numeración municipal; con lo cual se demuestra la inexactitud del domicilio del Consorcio Vial del Sur I.

A estos efectos, cabe señalar que los contratos son obligatorios para las partes, quienes al celebrarlos en mérito al principio de libertad contractual y respetando los límites de éste, se obligan a observar obligatoriamente todo aquello a lo que se han comprometido, dando cabal cumplimiento a sus obligaciones asumidas; en tal sentido, tenemos que el artículo 1361 del Código Civil señala:

Obligatoriedad de los contratos

Artículo 1361.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

Resulta pertinente resaltar que dicha norma debe ser entendida en concordancia con lo dispuesto por el artículo 1363 del Código Civil que señala:

Efectos del contrato

Artículo 1363.- Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no trasmisibles.

La Corte Suprema ha señalado que "Los contratos son expresión del acuerdo de voluntad común de las partes, mediante los cuales se crean obligatoriamente de cumplimiento obligatorio en cuanto se haya expresado en ellos, aplicación del principio "pacta sunt servanda"."²

Asimismo, ha señalado que "Los contratos vinculan a las partes que lo celebran, palabra que viene del latín *vinculum* que quiere decir atadura y que es gráfico para explicar la fuerza del contrato, que evidentemente obliga a las partes que lo celebren."³

Sobre la fuerza vinculante del contrato que debe ser observada y acatada por ambas partes del presente proceso arbitral, Barbero ha señalado que "El contrato produce sus efectos entre las partes contratantes. No tiene efectos frente a terceros, sino en los casos previstos por la ley. Si las partes celebran el contrato regulando sus propios intereses es lógico que los efectos contractuales sean para ellas."⁴

También es de resaltarse lo establecido en el Artículo 201º del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que reza:

"Artículo 201.- Contenido del contrato

El contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan

² Cas. 19564-T-96-Lima, Sala Civil transitoria de la Corte Suprema, El Peruano, 16-03-98. Pág. 547.

³ CAS. 416-t-97-Cono Norte- Lima, El Peruano, 11-04-98, Pág. 652.

⁴ BARBERO, Doménico, Sistema del Derecho privado, t. I, Trad. de Santiago Sentis Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1967, Pág. 612.

obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato.

El contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título. Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo III de este Título. En todo caso, son de aplicación supletoria las normas del Código Civil." (El subrayado es nuestro)

De esta manera, con fecha 16 de julio de 2008, se suscribió el Contrato N° 351-2008-MTC/21 para la Ejecución de la Obra de Rehabilitación del Camino Vecinal Conchucos-Mayas (Longitud 33.815 Km) ubicado en el distrito de Conchucos, provincia de Pallasca, Departamento de Ancash, entre el Consorcio Vial del Sur I y Proviñas Descentralizado, a través del cual se advierte que se encuentra cabalmente comprendido dentro de la noción de contrato que este Tribunal Arbitral ha desarrollado, y verificándose de la Novena Cláusula del mismo que:

"NOVENA: APPLICACIÓN SUPLETORIA

9.1 Será de aplicación supletoria al presente Contrato en cuanto no se opongan al Contrato de Préstamo suscrito con el BID y el BIRF, el mismo que sirve para aclarar hechos y crear derechos, el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado Peruano, D.S. 083-2004-PCM y su Reglamento, D.S. 084-2004-PCM y sus modificatorias, así como toda norma nacional aplicable a los Contratos suscritos por Entidades del Estado."

En este estado del análisis, este Tribunal Arbitral advierte que la presente controversia se circunscribe a determinar, en primer lugar, si el hecho que Consorcio Vial del Sur I no haya sido notificado con el Oficio N° 660-2012-MTC/21.UGAL, al que se acompaña la Resolución Directoral N° 561-2012-MTC/21, aprobando la Liquidación Final del Contrato de obra N° 351-2008-

MTC/21 practicada por Proviás Descentralizado, en su nuevo domicilio legal sito en Antigua Panamericana Km 26.5, en el distrito de Lurín, implica la aceptación de la Liquidación Final del Contrato de obra N° 351-2008-MTC/21 practicada por el Consorcio Vial del Sur I, y si formalmente era válido que se notifique la liquidación de obra de la Entidad en el anterior domicilio de éste.

La respuesta a esto último encuentra su respuesta en dos supuestos: el primero es que la variación de domicilio no fuera formalmente válida y el segundo es que siendo formalmente válida, no exista el nuevo domicilio. Esto último, es lo que ha alegado la Entidad como sustento de su defensa.

Debe entonces definirse si el cambio de domicilio realizado por el Contratista se realizó cumpliendo todas las formalidades requeridas en el contrato. Para ello, es menester advertir lo estipulado en la Cláusula Cuarta del Contrato de Ejecución de Obra, que expone:

"CUARTA: DOMICILIO A EFECTOS DE NOTIFICACIÓN

4.1 *Cualquier aviso o notificación que tengan que darse las partes bajo este contrato será enviada:*

- ✓ *A I CONTRATISTA: Jr. Victor Aguirre N° 358 – Chorrillos.*
- ✓ *A PROVIAS DESCENTRALIZADO: Av. Bolivia N° 120, Piso 10, Centro Cívico y Comercial de Lima, Lima 1.*

Las comunicaciones cursadas entre las Partes, sólo surtirán efecto:

- *Cuando sean efectuadas por escrito, facsímil y correo electrónico.*
- *Cuando sean notificadas vía notarial o Juez de Paz, en los lugares donde no haya Notario. De ser el caso ambos dejarán constancia ante negativa de recepción.”*

De igual modo, la Cláusula Trigésima Quinta del Contrato de Ejecución de Obra señala respecto del domicilio legal lo siguiente:

"TRIGÉSIMA QUINTA: JURISDICCIÓN Y DOMICILIO LEGAL

(...)

36.2 Para efecto de todas las comunicaciones que deban cursarse las partes PROVIAS DESCENTRALIZADO y EL CONTRATISTA señalan como sus respectivos domicilios los indicados en la Introducción del presente Contrato.

36.3 En caso que alguna de las partes cambiara de domicilio u omitiera aviso de dicho cambio, las comunicaciones cursadas al domicilio señalado en el párrafo precedente se tendrán por bien notificadas"
(Énfasis agregado)

Dado ello, en el caso del Contratista, se observa que éste señaló como su dirección legal primigenia la ubicada en Jr. Víctor Aguirre N° 358 – Chorrillos; por lo que, para tener como válidamente variado su domicilio legal al sitio en Antigua Panamericana, Km. 26.5 – Lurín, el Contratista debía NECESARIAMENTE comunicar de esta situación a la Entidad. Esto finalmente ocurrió, tal como se constata de la Carta N° 001-2012 presentada el 28 de mayo de 2012, mediante la cual, entre otros, el Consorcio Vial del Sur I notificó oportunamente su cambio de domicilio legal, debiendo añadirse que dicha variación se realizó valiéndose de la fe notarial, obrando en autos el cargo de recepción respectivo, por parte de la Entidad.

Por tanto, se concluye que la variación de domicilio legal realizada por Consorcio Vial del Sur I se efectuó cumpliéndose con la formalidad requerida en el presente contrato de ejecución de obra. En consecuencia, al haberse modificado VÁLIDAMENTE el domicilio, la Entidad no tenía facultad de notificar su liquidación de obra al anterior domicilio del contratista, tanto

más si no existe respaldo normativo para ese modo de proceder, salvo que el nuevo domicilio no existiera.

Luego de tener presente el recuento de los hechos y teniendo en cuenta que la presente pretensión versa sobre la Liquidación Final de Obra, este Tribunal Arbitral considera necesario analizar qué establece la Ley pertinente en relación a las notificaciones aplicable a la controversia, y si se debería declarar válida o no, la liquidación elaborada por el Consorcio Vial del Sur I.

Al respecto, es de resaltarse lo establecido en el artículo 269º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que señala:

"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 décimo (1/10) del plazo de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado 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.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Weyden García Rojas (Presidente)
Dr. Juan Huamaní Chavez
Dra. Diana Coci Otoya*

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, aquélla deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje.

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

En el caso de obras contratadas bajo el sistema de Precios Unitarios la liquidación final se practicará con los precios unitarios, gastos generales y utilidad ofertados; mientras que en las obras contratadas bajo el sistema de Suma Alzada la liquidación se practicará con los precios, gastos generales y utilidad del valor referencial, afectados por el factor de relación.

No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver."

Del texto normativo citado este Tribunal Arbitral puede concluir categóricamente que:

- i) La liquidación de obra debe ser presentada por el contratista (en este caso el Consorcio Vial del Sur I) dentro de los 60 días siguientes a la recepción de la obra.
- ii) Una vez presentada la liquidación de obra, la entidad (en este caso Provías Descentralizado) tendrá 30 días para pronunciarse respecto de la liquidación presentada, sea:
 - a. Observando la liquidación presentada por el contratista o,
 - b. Elaborando una nueva liquidación.
- iii) En el supuesto que dentro de los 30 días siguientes a la presentación de la liquidación de obra, la entidad no observara la misma, ésta quedará consentida de pleno derecho.

El artículo 269º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece el procedimiento a seguir, para la presentación y posterior consentimiento de la liquidación final de un Contrato de Obra. Asimismo, el mencionado artículo establece un plazo de entrega de la liquidación elaborada por el Contratista, un plazo de entrega para que la Entidad elabore observaciones a la misma o de ser el caso, presente su propia liquidación.

En el presente caso, se observa que el Consorcio Vial del Sur I notificó oportunamente, mediante Carta N° 001-2012 presentada el 28 de mayo de 2012, su cambio de domicilio legal y acompañando conjuntamente su Liquidación del Contrato de Obra N° 351-2008-MTC/21; y, conforme a lo establecido en el articulado señalado, correspondía que la Entidad se pronuncie en lo que corresponda dentro de los treinta (30) días de recibida dicha carta notarial. Debe indicarse que este plazo con el que cuenta la Entidad, no se refiere solamente a que ésta emita su propia liquidación de obra o la entregue a la notaría correspondiente, sino que ésta sea

efectivamente notificada al Contratista, salvo imposibilidad material de concretar esto último.

Al efecto cabe citar lo dispuesto por el artículo 183º del Código Civil, cuyo tenor reza:

Artículo 183.- Reglas para cómputo del plazo

El plazo se computa de acuerdo al calendario gregoriano, conforme a las siguientes reglas:

1.- El plazo señalado por días se computa por días naturales, salvo que la ley o el acto jurídico establezcan que se haga por días hábiles.

2.- *El plazo señalado por meses se cumple en el mes del vencimiento y en el día de éste correspondiente a la fecha del mes inicial. Si en el mes de vencimiento falta tal día, el plazo se cumple el último día de dicho mes.*

3.- *El plazo señalado por años se rige por las reglas que establece el inciso 2.*

4.- El plazo excluye el día inicial e incluye el día del vencimiento.

5.- El plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente. (Énfasis agregado)

Asimismo, este Tribunal Arbitral estima pertinente invocar lo dispuesto por el artículo 139º de la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General refiere que:

Artículo 139.- Cómputo de días calendario

139.1 Tratándose del plazo para el cumplimiento de actos procedimentales internos a cargo de las entidades, la norma legal puede establecer que su cómputo sea en días calendario, o que el término expire con la conclusión del último día aun cuando fuera inhábil.

139.2 Cuando una ley señale que el cómputo del plazo para un acto procedural a cargo del administrado sea en días calendario, esta circunstancia le es advertida expresamente en la notificación. (Énfasis agregado)

Como puede verse de las normas citadas, el computo de plazos debe realizarse en días calendario; esto significa que si debe determinarse si Provías Descentralizado observó la misma o elaboró una nueva liquidación, debidamente notificada al contratista, dentro de los 30 días calendario siguientes a la presentación de la liquidación de obra elaborada por el Consorcio Vial del Sur I; debe considerarse como fecha de término del plazo el día 27 de junio de 2012.

Dado ello, la propia Entidad afirma que la liquidación del Contrato de Obra presentada por el contratista no resultaría eficaz al haberle notificado el Oficio notarial N° 660-2012-MTC/21.UGAL, al que se acompañó la Resolución Directoral N° 561-2012-MTC/21, de fecha 25 de junio de 2012, aprobando la Liquidación Final del Contrato de obra N° 351-2008-MTC/21 practicada por Provías Descentralizado, por un monto final de S/. 1'073,347.38 con un Saldo a cargo del Contratista de S/. 617,617.32 incluido IGV, en su nuevo domicilio legal sito en Antigua Panamericana Km 26.5, en el distrito de Lurín.

Así, con fecha 26 de junio de 2012, Provías Descentralizado comunicó vía notarial al Contratista, el Oficio N° 660-2012-MTC/21.UGAL al que se acompañó la Resolución Directoral N° 561-2012-MTC/21, remitida al nuevo domicilio legal del contratista; sin embargo, el Notario consignó que no pudo ser entregada en el domicilio señalado debido a que el Km. 26.5 tiene varias cuadras, las que se encuentran divididas por manzanas y lotes, otras por urbanizaciones y numeración municipal.

Confirma la supuesta inexistencia del referido domicilio legal con la Constatación Policial realizada el 03 de julio de 2012, contenida en la Copia

Certificada N° 1412-2012-VII-DIRTEPOL/LIMA SUR-DIVTER SUR-3-CL, del domicilio del Consorcio Vial del Sur I, Antigua Panamericana Km 26.5, en el distrito de Lurín, que consta como Anexo 1.O de su escrito de contestación de demanda.

Cabe recordar que la supuesta imposibilidad de notificar ocurrió el día 26 de junio de 2012, es decir, que la Constatación Policial aludida tuvo lugar siete días después, lo cual demuestra un accionar poco diligente de la Entidad, quien en caso de no haber encontrado el domicilio, debió solicitar la constatación policial el mismo día de ocurrencia, o en su defecto el día posterior a la misma, y no esperar a que pase más de una semana del hecho; máxime si se tiene en consideración que el plazo para notificar sus observaciones respecto de la liquidación del Contrato de Ejecución de Obra presentada por el Contratista vencía el día 27 de junio de 2012, esto es, un día después de ocurrida la supuesta imposibilidad de notificar.

Sin embargo, el demandante también presenta como medio probatorio la Constatación Policial realizada el 12 de julio de 2012, con número de orden 1872460, del antiguo domicilio del Consorcio Vial del Sur I, sito en Jr. Victor Aguirre N° 358, distrito de Chorrillos, que consta como Anexo 12 de su escrito de ampliación de demanda, en el que se verifica que dicha oficina se encontraba en remodelación y no operaba como oficina de Consorcio Vial del Sur I.

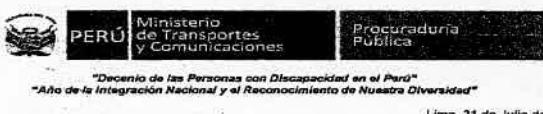
En este escenario, tenemos un medio probatorio que permite afirmar que no existe el nuevo domicilio del Contratista y otro afirma que el anterior domicilio del Contratista ya no estaría en funcionamiento, aun cuando provienen de la misma Entidad (en este caso la Policía Nacional del Perú); sin embargo, no es posible que este Tribunal Arbitral base su análisis solamente en estos medios probatorios pues supondría afirmar que el Contratista no contaba con domicilio legal alguno, por lo que se debe recurrir a analizar los demás medios probatorios obrantes en autos.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Weyden García Rojas (Presidente)
Dr. Juan Huamani Chavez
Dra. Diana Coci Otoya*

Hasta aquí, todo haría indicar que el nuevo domicilio legal del contratista efectivamente no existiría, pero, tal como se ha mencionado, es necesario contrastar los medios probatorios antes mencionados con los demás obrantes en el expediente arbitral.

En esta línea de pensamiento, es de observarse que mediante Oficio N° 3630-2012-MTC/07 de fecha 31 de julio de 2012 y notificado al Consorcio Vial del Sur I el día 02 de agosto de 2012, la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en representación de Proviás Descentralizado, contesta la solicitud de arbitraje presentada por el Demandante respecto de su discrepancia con la liquidación del contrato de ejecución de obra N° 351-2008-MTC/21, siendo éste notificado al nuevo domicilio legal del demandante sito en Antigua Panamericana Sur, Km 26.5, Distrito de Lurín, sin que se evidencie complicación alguna para que el notificador ubique dicho domicilio legal pues fue recibido por el demandante.



Lima, 31 de Julio de 2012.

OFICIO N° 3630-2012-MTC/07

Señores:
CONSORCIO VIAL DEL SUR I
Antigua Panamericana Sur, Km 26.5
Distrito de Lurín - Lima. -

Atención.- Ing. Ana Isabel Heredia Rucoba
Representante Legal

Asunto.- Contestación a solicitud de arbitraje presentada por el **CONSORCIO VIAL DEL SUR I** respecto de su discrepancia con la liquidación del contrato de ejecución de obra N° 351-2008-MTC/21. "Rehabilitación del Camino Vecinal: Conchucos - Mayas (long. 33.815 km) en el Departamento de Ancash".

Referencia.- Carta Notarial S/N recepcionada con fecha 20 de julio de 2012.

De nuestra consideración:

Tengo a bien dirigirme a usted, a fin de dar respuesta a la comunicación de la referencia, a través de la cual solicita el inicio del proceso arbitral por la controversia surgida respecto de la liquidación del contrato de ejecución de obra N° 351-2008-MTC/21. "Rehabilitación del Camino Vecinal: Conchucos - Mayas (long. 33.815 km) en el Departamento de Ancash".

Para tal efecto, su representada invoca que el Contrato N° 351-2008-MTC/21, establece el arbitraje como una forma de resolución de cualquier controversia, y designan a su árbitro.

En tal sentido, dentro del plazo establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aplicable al presente proceso, procedemos a dar respuesta a su solicitud de arbitraje.

1. Convenio Arbitral

En la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato de Ejecución de Obra N° 351-2008-MTC/21 "Rehabilitación y de Camino Vecinal Conchucos - Mayas (long. 33.815 km) en el Departamento de Ancash", se señala que:



Cláusula Décimo Cuarta: Solución de Controversias:

"Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente Contrato, incluidos los que se refieren a su nulidad e invalidad, 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 y en la Ley General de Arbitraje".

*Recibido el
Freddy Zárate
12-1-12
nro 12*

Junto 2000000.000
www.mtc.gob.pe | Lima, Lima 01 Peru
(511) 635-7800

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

Dr. Weyden García Rojas (Presidente)
Dr. Juan Huamán Chávez
Dra. Diana Coci Otoya

Como puede verse de la imagen inserta al presente laudo arbitral, el Contratista recibe en la dirección ubicada en "Antigua Panamericana Sur, Km. 26.5, Distrito de Lurín - Lima", dirección que le fue proporcionada a la Entidad por el propio Contratista, sin evidenciarse signo alguno que la Entidad haya tenido complicación alguna para hacer efectiva dicha notificación. Naturalmente, con dicho medio probatorio queda descartada toda afirmación conducente a negar la existencia del citado domicilio, pues de ser cierto ello, no existiría explicación racional, lógica ni científica para que esta notificación pueda haberse concretado.

Asimismo, mediante Oficio N° 6148-2012-OSCE/SAA de fecha 04 de diciembre de 2012, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) notifica al Consorcio Vial del Sur I en la signada dirección el día 12 de diciembre de 2012, respecto de la conclusión del proceso de recusación en contra el árbitro Sergio Ricardo La Matta Castro, lo cual también es evidencia de la existencia del nuevo domicilio legal del Demandante.



"Decencia de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Integración Nacional y Reconocimiento de Nuestra Diversidad"

OFICIO N° 6148-2012-OSCE/SAA

Notificación Resolución de Presidencia

Expediente de Recusación N° 655-2012

Jesús María, 4 de diciembre de 2012

Señores)

CONSORCIO VIAL DEL SUR I

Km 26.5 de la Antigua Panamericana Sur - Lurín.

(Al lado de la refinería Conchón y al frente del grifo "Kia" o Tikkil)

Lurín.

De mi mayor consideración:

Por medio de la presente comunicación, cumpla con remitirle copia de la Resolución N° 366-2012-OSCE/PER, de fecha 23 de noviembre de 2012, mediante la cual la Presidencia Ejecutiva del OSCE resuelve declarar concluido el procedimiento de recusación iniciado por la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones contra el árbitro Sergio Ricardo La Matta Castro encargado de resolver las controversias que sigue con nuestra Empresa.

En ese sentido, habiéndose emitido la respectiva Resolución de Presidencia, la misma que tiene carácter definitivo e inapugnable, conforme a lo dispuesto en el artículo 284º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, se da por concluido el procedimiento administrativo de recusación y se procede a archivar el expediente de la referencia.

Atentamente,



Presidente M. Huamán Chávez

Sub Directora de Asuntos Administrativos Arbitrales

SAA/PCI

Av. Gregorio Escobedo Cdra. 7 s/n – Jesús María
Central Telefónica: 6135500
www.osce.gob.pe

Recibido
12/12/12
Consorcio Vial del Sur I

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

*Dr. Weyden García Rojas (Presidente)
Dr. Juan Huamani Chavez
Dra. Diana Coci Otoya*

Este nuevo documento, refleja una vez más que el domicilio antes citado si existe, siendo entonces equivocada la afirmación dispersada por la Entidad referida a la inexistencia del nuevo domicilio del Contratista.

Aunado a ello, obran en autos medios probatorios tales como la Guía de Remisión – Remitente Nº 002-0338929 de fecha 09 de mayo de 2012, emitida por PRODAC S.A. con R.U.C. Nº 20254053822, que señala como la dirección de envío de su producto "Refinería Conchán **Km. 26.5 Pan. Sur**"; como la Guía de Remisión – Remitente Nº 146-0032544 de fecha 19 de mayo de 2012, emitida por Unión de Concreteras S.A. con R.U.C. Nº 2029754653, que señala como la dirección de envío de su productos "Car. **Panamericana Sur Km. 26.5 –Lurín**"; los mismos que indican que los productos indicados en éstas, fueron entregados en la dirección consignada, no especificándose en dichos medios probatorios algún lote, manzana o numeración en concreto, lo que evidencia una vez más que el domicilio del Contratista, tal como fue comunicado a la Entidad, si existe, pues incluso tercera personas no han tenido mayor complicación para ubicar el mismo.

Para la entrega de las cartas a que se refiere el artículo 100º del Decreto Legislativo, el notario adoptará los sistemas de reparto y distribución que le permitan un adecuado cumplimiento de su función de certificación, sin que la colaboración de terceros implique una delegación de sus funciones.”

La norma citada, permite concluir de manera categórica, sin poner en duda –naturalmente- la fe notarial, que no es el Notario quien realiza físicamente las notificaciones, sino que el encargado de las mismas es el notificador, quien puede ser una persona natural que labore para el Notario o, en su defecto, un servicio de envío de correspondencia courier⁵.

Sea cual fuere el caso, dadas las pruebas irrefutables de la existencia del nuevo domicilio legal del Consorcio Vial del Sur I, este Tribunal Arbitral infiere que la no ubicación del referido domicilio responde no a la inexistencia del nuevo domicilio legal del Contratista, toda vez que conforme se encuentra acreditado, el mismo si existe; sino a una labor deficiente del notificador, quien no fue diligente al momento de cumplir con sus obligaciones, lo cual no puede bajo ningún supuesto ir en perjuicio del Contratista, pues incluso asumiendo que estuviéramos ante un supuesto de inexactitud del domicilio proporcionado a la Entidad, no se advierte en autos que ésta de manera oportuna haya hecho notar tal situación al Contratista, sino que, de manera contraria, aguardó hasta la fecha límite para pretender comunicar su propia liquidación.

Al respecto, es sabido que “el efecto de las obligaciones es obligar al deudor a realizar la prestación que se ha establecido en virtud del contrato celebrado.”⁶; sin embargo, conforme lo dispone el artículo 1314 del Código Civil “Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por

⁵ Sobre esta última posibilidad de notificación de cartas notariales con intervención de terceros, puede verse lo dispuesto por el artículo 101º del Decreto Legislativo N° 1049.

⁶ Lafaille, Héctor, La Causa de las obligaciones en el Código civil y en la reforma. Buenos Aires: Seminario de ciencias jurídicas y sociales, 1940. Pág. 12

la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Asimismo, debe precisarse que, conforme a lo dispuesto por el artículo 1318 del Código Civil "Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación." y de acuerdo con lo previsto por el artículo 1319 del mismo cuerpo normativo "*Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación.*"

Bajo esta premisa, la posición de este Colegiado se sitúa en el sentido que resultaría de aplicación el supuesto señalado, esto es, que el notificador no habría actuado con la diligencia ordinaria requerida y naturalmente la Entidad tampoco lo habría hecho, pues de la prueba aportada, queda claro que nunca objetó la existencia o imprecisión del nuevo domicilio, habiendo hecho su constatación policial –mencionada anteriormente- no de manera inmediata a la supuesta imposibilidad de notificación, sino en una fecha que a juicio de este Colegiado es excesivamente posterior, siéndole entonces imputable la falta de notificación oportuna del oficio notarial que contenía su propia liquidación de contrato.

Debe precisar en adición a todo lo expuesto que en la carta notarial devuelta por el notario lo que existe es la fe del notario de no haber podido diligenciar la carta notarial, más no, una constatación notarial de inexistencia del domicilio realizada en forma personalísima por el notario, por lo que haciendo una valoración razonada de todo el bagaje probatorio, se concluye que:

- a) La variación de domicilio fue correcta y por ende cualquier notificación cursada por la Entidad al Contratista no surte efecto alguno.
- b) El nuevo domicilio legal del Contratista si existe.
- c) La Entidad, si bien pudo haber practicado su propia liquidación dentro de los 30 días que señala la ley, no actuó diligentemente para notificársela oportunamente al Contratista.

Por tanto, debe tenerse presente lo establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444, respecto a las notificaciones, así en el Artículo 25º de la citada Ley, se establecen ciertas reglas para que las notificaciones efectuadas surtan sus efectos, las cuales mencionamos a continuación:

"Artículo 25.- Vigencia de las notificaciones

Las notificaciones surtirán efectos conforme a las siguientes reglas:

- 1. Las notificaciones personales: el día que hubieren sido realizadas.*
- 2. Las cursadas mediante correo certificado, oficio, correo electrónico y análogos: el día que conste haber sido recibidas.*
- 3. Las notificaciones por publicaciones: a partir del día de la última publicación en el Diario Oficial.*
- 4. Cuando por disposición legal expresa, un acto administrativo deba ser a la vez notificado personalmente al administrado y publicado para resguardar derechos o intereses legítimos de terceros no apersonados o indeterminados, el acto producirá efectos a partir de la última notificación.*

Para efectos de computar el inicio de los plazos se deberán seguir las normas establecidas en el artículo 133 de la presente Ley". (Énfasis agregado)

De acuerdo al precitado artículo las notificaciones personales surtirán efecto desde el día que hubieren sido realizadas.

Notificar, *latu sensu*, supone dar a conocer algo, comunicar un hecho o una noticia, así para la Real Académica de la Lengua Española, el acto de notificar consiste en "Comunicar formalmente a su destinatario una resolución administrativa o judicial".

Puede entenderse entonces que la notificación, es en principio un *acto procedimental*, cuyo objeto consiste en comunicar algo, para que quien reciba esta comunicación se pronuncie al respecto, dé cumplimiento o simplemente tome conocimiento de lo decidido. Este *acto procesal* de notificación permite materializar el Derecho de Defensa.

Adiciona el destacado jurista peruano Rioja Bermúdez que "Es en base al principio de contradicción o bilateralidad que se exige que todo acto efectuado al interior del proceso sea puesto en conocimiento de la contraparte, lo que se vincula con el derecho de defensa y el principio de publicidad, garantía de la administración de justicia"⁷

Con el acto de notificación -efectivamente realizada, respetando las formalidades previstas en la normatividad vigente- se da inicio al cómputo de plazos, es decir, que de no existir una debida notificación, no corre ningún plazo, trayendo como consecuencia que el proceso permanezca estático en un mismo estadio; siendo que la posibilidad de computar plazos permite agotar etapas.

Pues bien, teniendo a la vista todo lo expuesto, se concluye que al no haber sido notificado oportunamente el Consorcio Vial del Sur I con la Resolución Directoral N° 561-2012-MTC/21 en su domicilio legal sito en Antigua Panamericana Sur, Km 26.5, Distrito de Lurín, la Liquidación del Contrato de Obra N° 361-2008-MTC/21 presentada por el Contratista ha quedado válidamente consentida, en aplicación de lo establecido en el Artículo 269º del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Dado lo anterior, este Tribunal Arbitral debe determinar si corresponde el pago de la suma de S/. 617,617.32 (Seiscientos Diecisiete Mil Seiscientos Diecisiete con 32/100 Nuevos Soles) por concepto de saldo a favor producto de la Liquidación Final de Obra realizada por el Consorcio Vial del Sur I.

⁷ RIOJA BERMÚDEZ, Alexander. *El Proceso Civil*. Editorial ADRUS, Arequipa, Marzo: 2009. p. 169.

APUNTES SOBRE EL CONSENTIMIENTO DE LA LIQUIDACIÓN DE OBRA

Como se puede apreciar, la norma sobre la liquidación de obra, esto es el artículo 269º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, establece el procedimiento para la presentación de la respectiva liquidación de obra, siendo que dicha norma prevé la posibilidad de que producto del paso del tiempo en la que haya incurrido alguna de las partes para proceder con las observaciones, esta liquidación se tenga por consentida.

En este contexto, dado que se trata de una relación en la cual una de las partes es el Estado debidamente representado por una Entidad Pública (Proviñas Descentralizado) se advierte que dicha institución tiene su origen en el denominado silencio administrativo positivo.

Sobre esta última institución, debemos recordar que el silencio administrativo opera de forma subsidiaria cuando la autoridad ha incurrido en inactividad formal resolutiva, sustituyendo la decisión por una ficción legal, la de haberse producido una decisión declarativa estimativa, afirmativa o favorable a lo pedido, en los propios términos, obteniéndose un acto administrativo tácito.

Sin perjuicio de observar el plazo previsto para que el acto quede consentido, se debe tener en cuenta otro aspecto en relación al acto administrativo el cual se refiere a la legalidad de la que éste debe estar revestido, ya que en vía de un silencio de la Entidad resulta inadmisible conceder un derecho cuando se haya obviado algún requisito legal.

En relación a los silencios de las Entidades, no sólo actuando como Administración frente al administrado, sino como contraparte de un particular en un proceso contractual bilateral, resulta pertinente destacar lo señalado por el jurista Juan Carlos Morón Urbina, quien señala lo siguiente:

por el silencio administrativo positivo el administrado no puede obtener más de lo que podría ser reconocido legalmente mediante una resolución expresa. Por ello, una vez operado el silencio administrativo positivo la Administración mantiene el deber de realizar la fiscalización posterior sobre la solicitud y la documentación presentada, por la cual debe comprobar su veracidad.

Si bien el comentario en mención hace mención a la actuación omisiva de la administración frente al administrado, queda claro para este Colegiado que dicho razonamiento por extensión también resulta aplicable para los particulares que tienen la condición de contraparte de una Entidad en una relación contractual.

Por ello, en relación al consentimiento de la liquidación de obra prevista en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, se puede afirmar que, a efectos de determinar si resulta o no declarar procedente el pago de la suma dineraria indicada en la liquidación de obra, este Tribunal Arbitral deberá observar si ésta cumple con todos los requisitos legales.

En ese sentido, en el escrito de fecha 18 de junio de 2013, PROVIAS DESCENTRALIZADO cuestionó la liquidación de obra presentada por la empresa Contratista en cuatro (04) aspectos:

1.11 *En la liquidación del Consorcio, no se han incluido las penalidades impuestas por la Entidad debido a la resolución de contrato por causas imputables a este, el conforme al laudo arbitral conformado por los Dres. Weyden García Rojas, Rolando Eyzaguirre y María Bustos de la Cruz, laudo que ha sido ofrecido como medio probatorio de la demanda; penalidades que ascienden a la suma S/. 169,536.08 nuevos*

soles, el mismo que adquirió el carácter de cosa juzgada como se ha señalado.

1.12 *El Contratista, además pretende incluir el monto de S/. 15,000.00 por conceptos de gastos arbitrales, cuando el mencionado Tribunal Arbitral resolvió en su cuarto punto, que las partes asumirían en partes iguales los gastos del arbitraje: (...)*

1.13. *Siguiendo el análisis de la liquidación efectuada por el Contratista, se observa que en la misma se incluyen montos correspondientes a mayores gastos generales correspondientes a las Ampliaciones de Plazo otorgadas en la ejecución de la obra. (...)*

1.19 *Finalmente, respecto a los montos calculados por concepto de daños y perjuicios por paralización y secuestro, así como al saldo de materiales, estos han sido materia de análisis por parte del anterior Tribunal Arbitral, declarando que las mismas carecen de toda validez, por tanto, no corresponde que las mismas sean incluidas en la Liquidación del Contrato.*

Respecto a estas alegaciones formuladas por parte de PROVIAS DESCENTRALIZADO, se aprecia que el Demandante no ha rebatido dichos argumentos, ni ha presentado documentación alguna que pueda contradecir dichas afirmaciones. Es decir, el Demandante no ha ofrecido medios probatorios en los que este colegiado pueda notar si los conceptos antes mencionados debían formar parte o no de la liquidación.

En ese sentido, el Tribunal Arbitral deberá analizar si la liquidación de obra debía o no contener los siguientes conceptos: penalidades, gastos arbitrales, mayores gastos generales y el pago de una indemnización.

En relación al primer concepto (penalidad), se aprecia que la parte demandada sostiene que la liquidación de obra debió recoger las penalidades que se habrían impuesto a la parte demandante por

incumplimientos contractuales. De la revisión del expediente, se aprecia que dicha afirmación no ha sido debidamente sustentada a través de un medio probatorio en el cual se establezca indubitablemente que la Entidad impuso penalidades antes de la liquidación del Contrato. Es decir, no obra en el expediente, un documento de parte de PROVIAS DESCENTRALIZADO en la que conste dichas penalidades.

Por lo tanto, al no existir un documento que acredite lo alegado por la Entidad, el Tribunal Arbitral no se encuentra en posibilidad de amparar dichos argumentos, razón por la cual, consideramos que este extremo observado no puede ser amparado.

Adicionalmente, se debe precisar que la cláusula penal es un derecho que se estipuló a favor de la Entidad, el mismo que debía aplicarse una vez advertido un incumplimiento contractual por parte del Contratista. Al respecto, en el Laudo anterior que se ofreció como medio probatorio, si bien se determinó la responsabilidad contractual incurrida por el Contratista; este Tribunal Arbitral considera que, con posterioridad, la Entidad debió emitir un pronunciamiento al respecto.

Sin perjuicio de lo anteriormente indicado, cabe señalar en relación a las penalidades, que el análisis que viene formulando este Colegiado se circunscribe a analizar si los conceptos incluidos en la liquidación final de obra practicada por el Contratista revisten la legalidad requerida para encontrarse válidamente amparados, no siendo materia de debate en este proceso arbitral si el concepto discutido por la Entidad debió o no ser incorporado a la liquidación de obra practicada por el Contratista, máxime si como puede verse de autos, el asunto en controversia estuvo orientado a determinar si existió o no consentimiento de dicha liquidación, dejándose en todo caso a salvo el derecho de la parte interesada para que lo haga valer en la instancia correspondiente.

Ahora bien, con relación a los gastos arbitrales indicados en la liquidación de contrato de obra, el Tribunal Arbitral advierte que los medios probatorios que se ofrecieron para sustentar lo dicho resultan insuficientes, toda vez que lo único que existe como sustento de dichos gastos es un cuadro adjuntado como anexo. Además, debemos precisar que el laudo arbitral de fecha 19 de marzo de 2012 (este documento fue ofrecido el 18 de marzo de 2013 por PROVIAS DESCENTRALIZADO) emitido en relación a una controversia suscitada entre las mismas partes, dispuso en su cuarto punto resolutivo lo siguiente:

CUARTO: Respecto de las costas y costos del proceso que se han generado en el presente proceso arbitral, se resuelve que éstos serán asumidos por las partes en partes iguales.

En atención a lo resuelto por el anterior Tribunal Arbitral, este colegiado considera que el importe de S/. 15,000.00 Nuevos Soles, contenido en la liquidación de obra como gastos arbitrales, no deberá ser reconocido, debido a que el contenido del laudo que obra en autos, se estableció que ambas partes deberían asumir dichos gastos; más aún que en el mencionado proceso arbitral, no se dispuso la condena de costas y costos equivalentes al 100% a una de las partes, sino por el contrario, se ordenó que cada una de ellas debió asumirse en partes iguales.

Admitir dicho concepto de la liquidación del contrato de obra, podría significar la variación del contenido de lo resuelto por otro Tribunal Arbitral ya que de esta manera, se estaría contraviniendo la decisión de un órgano decisario, el cual según el Tribunal Constitucional cuenta con jurisdicción⁸.

En todo caso, en el supuesto de que exista un importe adeudado producto de la asunción de los gastos arbitrales en el proceso arbitral anterior, la

⁸ Expediente 06167-2005-PHC/TC.

parte demandante podrá hacer valer sus derechos en la vía legal correspondiente, por cuanto dicho laudo arbitral tiene mérito ejecutivo. Por lo tanto, los gastos arbitrales no debieron estar contemplados en la liquidación de obra.

El tercer concepto que deberá analizarse de la liquidación corresponde a los mayores gastos generales. Según la doctrina, estos pueden definirse como aquellos que dada su naturaleza siguen existiendo o permanecen a lo largo de todo el plazo de la obra. A manera de ejemplo, los gastos generales variables son los siguientes: costos de luz, teléfono y gabelas, papelería y útiles de escritorio, gastos de traslado de personal, gastos de operación, etc.

Ahora bien, para el reconocimiento de los gastos generales se debe tener en cuenta que éste deberá estar supeditado a la existencia y reconocimiento de una ampliación de plazo, siendo que cada concepto que califique como gastos generales deberá estar debidamente acreditado.

En el caso materia de análisis, tenemos que a través de una norma, a la cual las partes se han sometido (cláusula undécima del Contrato) se ha suprimido la posibilidad de que la ampliación de plazo conlleve al reconocimiento del pago de los gastos generales.

11.9 Las ampliaciones de plazo no darán lugar al reconocimiento y pago de mayores gastos generales, según lo estipulado en los Contratos de Préstamo.

Por lo tanto, dada la fuerza vinculante del contrato, la cual ha sido desarrollada en los considerandos anteriores (página 23 y 24 del laudo), los términos contractuales pactados en el Contrato de Obra no solo deben ser observados y acatados por ambas partes del presente proceso arbitral sino que además, el Tribunal Arbitral deberá tenerlos en cuenta al momento de

emitir el respectivo laudo. Así tenemos que, en vista de que existe un pacto expreso entre las partes que no ha previsto el reconocimiento de mayores gastos generales, este colegiado no puede reconocer ni ordenar el pago de dicho concepto que fue señalado en la liquidación de obra.

Sin perjuicio de ello, debe precisarse que sobre la cláusula incluida en el contrato, por la cual no se debería reconocer los gastos generales por ampliaciones de plazo, existe una serie de cuestionamientos en la mayoría de la doctrina y pronunciamientos arbitrales por cuanto se considera que la misma es una disposición ilegal; sin embargo, tal ilegalidad no ha sido materia del presente arbitraje, por lo que toda discusión respecto de su aplicación o inaplicación, eficacia o ineficacia deberá ser ventilada en otro proceso arbitral.

Con relación al cuarto aspecto controvertido de la liquidación de obra (indemnización), el Tribunal Arbitral aprecia que, dada la naturaleza de dicho concepto, éste debió tener como fundamento un documento en el cual la propia Entidad haya reconocido dicha monto indemnizatorio ó por el contrario, este concepto pudo probarse con un laudo arbitral en el cual se impute responsabilidad contractual a Proviás Descentralizado y se determine el *quantum* indemnizatorio. Es decir, efectuar de manera discrecional una proyección de la valorización de un daño que no ha sido reconocido por la contraparte u ordenado por un Tribunal Arbitral, resulta totalmente desproporcionado

En efecto, a lo largo del proceso, el Demandante no ha logrado demostrar fehacientemente con la documentación pertinente que el importe indemnizatorio señalado en la liquidación de contrato de obra tenga como respaldo el reconocimiento por parte de la Entidad ó que dicho concepto fue reconocido por un Tribunal Arbitral. Por el contrario, de lo observado en el laudo arbitral de fecha 19 de marzo de 2012, lo único que se observa de lo resuelto en dicho laudo es que se declaró inválida una resolución de contrato practicada por el Contratista.

Por tanto, luego del análisis anterior sobre la Liquidación del Contrato de Ejecución de Obra presentada por Consorcio Vial del Sur I, este Tribunal Arbitral es de la opinión que Proviás Descentralizado sólo deberá pagar a favor del Consorcio Vial del Sur I, la suma de S/. 242,700.22 (Doscientos Cuarenta y Dos Mil Setecientos con 22/100 Nuevos Soles). Es decir, al importe arrojado en la Liquidación de Obra presentada por el Contratista la cual ascendía a 617,617.32 (Seiscientos Diecisiete Mil Seiscientos Diecisiete con 32/100 Nuevos Soles) se le ha descontado los conceptos antes analizados.

Ahora bien, en relación al reconocimiento de intereses, el artículo 49º de la LCAE (norma aplicable para este proceso), establece expresamente lo siguiente:

"Artículo 49.- Reconocimiento de intereses.-

Artículo 49.- Reconocimiento de intereses.-

En caso de incumplimiento del pago por parte de la Entidad, salvo que el atraso se deba a caso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá el pago de intereses conforme a lo establecido por el Código Civil.

Igual derecho corresponde a la Entidad en el caso que ésta sea la acreedora." (el subrayado es nuestro)

Asimismo, dado que el interés correspondiente responde a un interés moratorio, corresponde determinar a partir de cuándo debe ser efectiva la misma. Al respecto, el artículo 1334º del Código Civil, dispone lo siguiente:

"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 (...)"

Igualmente, la Octava Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1071, señala que:

"Para efectos de lo dispuesto en los artículos 1334º y 1428º 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."

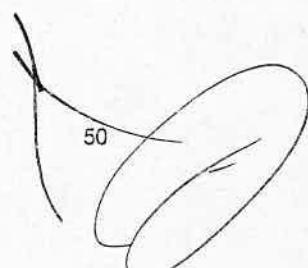
De lo expuesto por dicho articulado, se desprende que los intereses moratorios para cuyo cálculo se aplicará la tasa de interés legal, se deberá computar a partir de la fecha de comunicada a la Entidad la solicitud de inicio del presente arbitraje.

Por las consideraciones expuestas, el Tribunal Arbitral, considera que corresponde declarar FUNDADA EN PARTE estas pretensiones, ordenando que Provías Descentralizado pague a favor del Consorcio Vial del Sur I la suma de S/. 242,700.22 (Doscientos Cuarenta y Dos Mil Setecientos con 22/100 Nuevos Soles) por concepto de saldo a favor producto de la Liquidación Final de Obra realizada por el Consorcio Vial del Sur I, así como deberá computarse el pago de intereses legales a favor del CONTRATISTA desde la fecha en que se notificó la solicitud de inicio del presente arbitraje en base al monto adeudado.

2.2. CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

En caso el punto 1) precedente sea declarado fundado, determinar si corresponde o no, declarar la ineficacia de la Resolución Directoral N° 561-2012-MTC/21 emitida por Provías Descentralizado.

Posición del Demandante:



50

Dr. Weyden García Rojas (Presidente)
Dr. Juan Huamán Chavez
Dra. Diana Coci Otoya

- Que, mediante Oficio Nº 2037-2012-MTC y Oficio Nº 2042-2012-MTC/21 ambos notificados el 11 de julio de 2012 a la dirección Víctor Aguirre Nº 358, Chorrillos, Proviás Descentralizado adjunta la Resolución Directoral Nº 561-2012-MTC/21 que aprueba la Liquidación Final del Contrato Nº 351-2008-MTC/21 que fuera practicada por dicha entidad.
- Que, es el caso que mediante Carta Nº 001-2012 remitida el 28 de mayo de 2012 el Contratista presentó su Liquidación de Obra Nº 351-2008-MTC/21 y, a su vez, comunicó su nuevo domicilio legal ubicado en Antigua Panamericana Km. 26.5, distrito de Lurín.
- Que, por ello, al haber presentado su Liquidación de Obra el 28 de mayo de 2012, el plazo de 30 días que tenía la Entidad para observarla o presentar su propia liquidación, según el procedimiento regulado en el artículo 269º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado venció el 27 de junio de 2012; sin embargo, hasta dicha fecha la Entidad no cumplió con notificar ninguna Liquidación ni observación, lo que generó como consecuencia legal que la Liquidación del Contrato de Obra Nº 351-2008-MTC/21 presentada por el Consorcio ha quedado consentida. Por tanto, la Resolución Directoral Nº 561-2012-MTC/21 que contiene la Liquidación del Contrato de Obra Nº 351-2008-MTC/21, practicada por Proviás Descentralizado, no surte efecto legal alguno por ser extemporánea y no haber sido notificada al domicilio legal del Consorcio.
- Que, aunado a ello, por los argumentos expuestos respecto de los anteriores puntos controvertidos y al haber quedado consentida la liquidación del Contrato de Obra Nº 351-2008-MTC/21 presentada por Consorcio Vial del Sur I, debe ser declarada la ineficacia de la Resolución Directoral Nº 561-2012-MTC/21 emitida por Proviás Descentralizado, toda vez que resulta jurídicamente imposible que sobre una misma materia existan dos pronunciamientos distintos y contradictorios entre sí, debiendo prevalecer aquel que legalmente ha sido acogido por el

ordenamiento jurídico, esto es, en el presente caso el consentimiento de la liquidación del Contrato de Obra N° 351-2008-MTC/21 presentado por Consorcio Vial del Sur I.

Posición de la Demandada:

- Que, como se ha señalado en sus fundamentos contra los anteriores puntos controvertidos, la Resolución Directoral N° 561-2012-MTC/21 fue notificada dentro del plazo establecido a las direcciones consignadas en el contrato y la variación del domicilio, cumpliéndose con todo el procedimiento estipulado en el Contrato de Obra N° 351-2012-MTC/21, Cláusula Vigésima Quinta: Liquidación del Contrato.
- Que, en tanto, no contiene ningún vicio que pueda acarrear la nulidad la mencionada resolución, máxime si esta ha cumplido con todos los requisitos establecidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444, a saber:

"Artículo 3.-

Requisitos de validez de los actos administrativos:

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.

Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

Dr. Weyden García Rojas (Presidente)
Dr. Juan Huamán Chávez
Dra. Diana Coci Otoya

Finalidad Pública.- Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitársele a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.

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

Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.”

- Que, por consiguiente, no corresponde declarar la nulidad de la Resolución Directoral N° 561-2012-MTC/21, debiendo ser desestimada la presente controversia por el Colegiado.

Posición del Tribunal Arbitral:

Al haber este Tribunal Arbitral amparado en parte el segundo punto controvertido del presente proceso, corresponde ahora determinar si corresponde o no, declarar la ineeficacia de la Resolución Directoral N° 561-2012-MTC/21.

Dado ello, se debe señalar lo establecido en el Artículo 3º de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444, a saber:

"Artículo 3.-

Requisitos de validez de los actos administrativos:

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la

autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.

Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.

Finalidad Pública.- Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitársele a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.

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

Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación."

De ello, se colige que cualquier acto administrativo que no cumpla con alguno de estos requisitos se afectará con la invalidez o ineficacia del acto administrativo en cuestión, de acuerdo a la magnitud de la omisión advertida.

Para ello, este Tribunal Arbitral debe precisar que existen dos tipos de ineficacia, la primera de ellas es la conocida como ineficacia estructural, la segunda es la conocida como ineficacia funcional; al efecto, la doctrina señala que "Las causas de ineficacia del acto jurídico por invalidez (ineficacia estructural) son la nulidad y la anulabilidad; y las causas de

ineficacia por falta de requisito de eficacia (ineficacia funcional) son, la rescisión, resolución revocación, retractación, la pendencia de la condición o plazo suspensivos, la caducidad.”⁹

El profesor Aníbal Torres Vásquez respecto de la ineficacia funcional refiere que “el acto no obstante ser válido no produce efectos válidos que le son propios por una causal extraña a su estructura, como puede ser la falta de verificación de la condición suspensiva o verificación de la resolutoria.”¹⁰, mientras que “La ineficacia estructural no produce efectos algunos porque al momento de su concertación falta un elemento referido a su estructura o existe algún vicio.”¹¹

En el caso que nos ocupa analizar, estaríamos ante un supuesto de ineficacia funcional, toda vez que la Resolución N° 561-2012-MTC/21 si bien cumple con todos los requisitos establecidos por la Ley N° 27444, devendría en ineficaz al no producir sus efectos debido a la no notificación de la misma, como es de verse del análisis realizado en el primer punto controvertido.

Por ello, este Colegiado estima pertinente declarar FUNDADO el cuarto punto controvertido, máxime si se ha declarado en el primer punto controvertido, el consentimiento de la liquidación del Contrato de Obra N° 351-2008-MTC/21 presentado por Consorcio Vial del Sur I, lo que implicaría lógicamente que la liquidación presentada por Proviás Descentralizado no podría surtir eficacia.

2.3. QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, ordenar la devolución de la Carta Fianza de fiel cumplimiento y adelanto emitida por SECREX.

⁹ DIEZ PICAZO, Luis. Eficacia e ineficacia del negocio jurídico. Madrid. Editorial Revista de Derecho privado Pag.284.

¹⁰ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Acto jurídico. 2000-Tercera edición. Lima-Perú. Pág. 748.

¹¹ BETTI, Emilio. Teoría general del negocio jurídico. Traducción de Martín PEREZ. Madrid. Editorial Revista de Derecho privado. Pág. 140.

Posición del Demandante:

- Que, al haberse acreditado que el 27 de Junio de 2012 se produjo el consentimiento de su liquidación presentada con Carta N° 001-2012 corresponde al Tribunal Arbitral que Proviñas Descentralizado les devuelva la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento y Adelanto emitida por SECREX y se reconozca a su favor el pago por renovación de dichas garantías que indebidamente han venido realizando desde producido el consentimiento hasta la fecha en que efectivamente la demandada cumpla con hacer su devolución.

Posición de la Demandada:

- Que, al respecto, conforme al Contrato celebrado entre Consorcio Vial del Sur I y Proviñas Descentralizado, se estableció como requisito para la ejecución de la obra presentar la garantía de Fiel cumplimiento. Así, en la cláusula 13.1.1 se estableció lo siguiente:

"13.1.1 Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato: [...] La vigencia de la Carta Fianza, será por el plazo de la ejecución de la obra, y hasta 30 días calendario después de consentida la Liquidación del Contrato, en estricta concordancia con las Bases de la Licitación, debiendo ser entregada o ejecutada según las circunstancias antes anotadas."

- Que, por lo tanto, existe la obligación por parte del Contratista de mantener vigente la referida garantía hasta el momento del consentimiento de la Liquidación, situación que no se ha cumplido debido a que es en el presente proceso arbitral se discute la misma.
- Que, por consiguiente, no resulta lógica la pretensión del Contratista, careciendo de todo sustento legal y técnico y contraviniendo al propio

contrato celebrado por las partes, por lo que esta pretensión debe ser declarada infundada.

Posición del Tribunal Arbitral:

Respecto a este punto controvertido, resulta pertinente citar el artículo 215º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado:

"Artículo 215.- Garantía de Fiel Cumplimiento

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

El contrato de fianza en nuestro sistema jurídico, tiene como principal propósito garantizar el cumplimiento de una obligación ajena, es decir, que un tercero se comprometa a responder por la obligación del garantizado en caso éste no cumpla.

Para el caso particular de las fianzas generadas a través de una Carta Fianza, se tiene que por éstas, el tercero –en este caso SECREX- se obliga a responder económicamente por el incumplimiento de determinadas obligaciones del garantizado.

Así, la legislación civil ha regulado el contrato de fianza, señalando en el artículo 1868º del Código Civil textualmente que:

"Artículo 1868º.- Definición

Por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, si esta no es cumplida por el deudor.

La fianza puede constituirse no solo en favor del deudor sino de otro fiador." (Énfasis agregado)

Asimismo, como señala la doctrina, el Contrato de Fianza:

"es una convención expresa de garantía personal en virtud de la cual un tercero, ajeno al negocio principal garantizado, se compromete a responder, subsidiaria o solidariamente, del cumplimiento ante el acreedor, en lugar del deudor, que es el obligado principal, para el caso en que éste no cumpla. El contrato de fianza es básicamente gratuito y consensual, pues se perfecciona por la simple manifestación de voluntad del fiador aceptada por el acreedor, ya lo quiera y lo conozca el deudor, o incluso aunque lo ignore."¹² (Énfasis agregado)

Como señala Castillo:

"La fianza, en general, es un contrato por el cual un tercero toma sobre sí la obligación ajena, para el caso de que no la cumpla el que la contrajo. La fianza es un contrato. En la práctica, se formaliza con la sola firma del fiador y no contiene la firma del acreedor. Por ello, alguna doctrina sostiene que la fianza es un acto unilateral, por cuanto el fiador queda obligado, aun antes de la aceptación por el acreedor. Tal postura es inadmisible en nuestro derecho comercial, que lo categoriza como contrato. La fianza es un contrato accesorio. No puede existir sin un contrato principal, cuyas obligaciones

¹² SALVAT, RAYMUNDO M.; Tratado de Derecho Civil Argentino. Buenos Aires: La Ley, S.A; 1946.

garantiza. La fianza puede ser comercial o civil.”¹³ (Énfasis agregado)

Conforme a lo dicho al inicio del análisis del presente punto controvertido y siguiendo entonces la regulación normativa, así como las prescripciones doctrinarias citadas, resulta que el propósito de un acreedor, en este caso la Entidad, de lograr la obtención de una carta fianza a su favor que respalde a su deudor, en este caso el Contratista, sería garantizar las obligaciones contractuales de este último en caso de incumplimiento de tales obligaciones.

Asimismo, es pertinente señalar lo establecido en el Artículo 270º del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado:

“Artículo 270.- Efectos de la liquidación

*Luego de haber quedado aprobada o consentida la liquidación
culmina definitivamente el contrato y se cierra el expediente
respectivo.*

Toda reclamación o controversia derivada del contrato, inclusive por defectos o vicios ocultos, se resolverá mediante conciliación y/o arbitraje en los plazos previstos para cada caso.” (El subrayado es nuestro)

Aunado a ello, la cláusula Vigésima Sexta del Contrato estipula al respecto:

“VIGÉSIMA SEXTA: DEVOLUCIÓN DE GARANTIAS

26.1.1. Que la Liquidación Final del Contrato de Obra quede consentida.

¹³ CASTILLO, JORGE LUIS. *Curso de Derecho Comercial*. EDITORIAL JURISTAS-MADRID. PÁG. 231 Tomo II, Contratos varios.

26.1.2. Que haya entregado la Memoria Descriptiva valorizada, el certificado de no adeudos a ESSALUD, de no tener reclamos por falta de pagos al personal en el Ministerio de Trabajo y los Planos de Post Construcción. (...)" (El subrayado es nuestro)

Resulta entonces pertinente precisar que de autos se advierte que el objeto del contrato celebrado entre las partes, a la fecha se encuentra totalmente concluido, por lo que el propósito de mantener una carta fianza (nueva o renovación) que garantice el fiel cumplimiento de las obligaciones del Contratista vería distorsionada su naturaleza, toda vez que no encontraría obligación que garantizar.

Como se puede observar, la garantía de fiel cumplimiento (carta fianza) tiene por finalidad que el Contratista asegure de alguna manera el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, con lo cual la Entidad tendrá un mecanismo para que pueda ejercer su derecho de ejecución ante un eventual incumplimiento.

Ahora bien, en el presente caso se advierte que el Contratista cumplió con ejecutar la obra por la cual se le contrató, habiendo incluso quedado consentida la liquidación del contrato de obra, por lo que no existen razones para que la carta fianza se siga renovando por un periodo adicional. En este orden de ideas, resulta razonable que la Entidad proceda a efectuar la devolución de la misma al Contratista al haberse extinguido la finalidad que perseguía la referida garantía.

2.4. SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de costos, costas y gastos arbitrales que genere el presente proceso arbitral.

Posición del Demandante:

- Que, la presente controversia surge por el incumplimiento por parte de Proviás Descentralizado de los plazos legales dispuestos expresamente en el artículo 269º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM e incumplimientos de las obligaciones contractuales asumidas en el Contrato de Obra N° 351-2008-MTC/21, por lo que solicita al Tribunal Arbitral que ordene a Proviás Descentralizado asumir la totalidad de los costos, costas y gastos del presente proceso Arbitral.

Posición de la Demandada:

- Que, respecto a la presente controversia, no debe corresponder se condene a la Entidad al pago total de los gastos arbitrales, ya que como se ha fundamentado, existen suficientes argumentos que demuestran la falta de sustento de la demanda.
- Que, asimismo, conforme a las atribuciones otorgadas al Tribunal Arbitral en la Ley de Arbitraje, refiriéndonos específicamente al Artículo 73º, corresponde a su discreción determinar la distribución de los costos y costas del presente arbitraje.

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 de la revisión del convenio arbitral celebrado entre las partes, se advierte que las partes no convinieron nada en relación a los costos del arbitraje, por lo que corresponde que la distribución de los mismos sea determinada por el Tribunal Arbitral de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

Considerando el resultado del arbitraje, desde el punto de vista del Tribunal Arbitral, 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 que han demostrado mediante sus declaraciones contenidas en los diversos actuados que obran en el expediente arbitral; y a la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, corresponde disponer que cada una de las partes asuma los costos del presente arbitraje en partes iguales; 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.

En relación a ello, cabe precisar que producto de las pretensiones planteadas por el Consorcio Vial del Sur I, se fijó como honorarios arbitrales netos para cada Árbitro, la suma de S/. 9,000.00 nuevos soles, y como honorarios netos del Secretario Ad hoc, la suma de S/. 5,000.00 nuevos soles. Ello implica que los gastos arbitrales totales del arbitraje hicieron un total de S/. 32,000.00 nuevos soles.

Al efecto, cabe señalar que la parte correspondiente a los honorarios del Tribunal y del Secretario Arbitral que se encontraba a cargo de Proviás Descentralizado, fue cubierta en su totalidad por el demandante, es decir que el Consorcio Vial del Sur I, canceló la totalidad de los honorarios del Tribunal y del Secretario Arbitral.

En tal sentido, estando a la decisión de este Tribunal Arbitral de que Consorcio Vial del Sur I y Provías Descentralizado asuman en partes iguales el pago de los gastos arbitrales del presente arbitraje, tenemos que Provías Descentralizado deberá pagar a favor del Consorcio Vial del Sur I, la suma de S/. 16,000.00 nuevos soles, que es el monto que el demandante canceló por concepto de gastos arbitrales del proceso, adicionalmente a los que le correspondía asumir en virtud de los numerales 40) y 41) del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, monto cuyo pago se encontraba a cargo de Provías Descentralizado.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Estando a las consideraciones expuestas, dentro del plazo correspondiente, el Tribunal Arbitral en Derecho, **RESUELVE:**

PRIMERO.- DECLÁRESE FUNDADO el primer punto controvertido; en consecuencia, **se DECLARA CONSENTIDA** la Liquidación del Contrato de Obra Nº 351-2008-MTC/21 presentada por Consorcio Vial del Sur I mediante Carta Nº 001-2012 entregada notarialmente a Provías Descentralizado el 28 de mayo del 2012.

SEGUNDO.- DECLÁRESE FUNDADO EN PARTE el segundo punto controvertido; en consecuencia, **se ORDENA** que Provías Descentralizado pague a Consorcio Vial del Sur I la suma de S/. 242,700.22 (Doscientos Cuarenta y Dos Mil Setecientos con 22/100 Nuevos Soles) por concepto de saldo a favor producto de la Liquidación Final de Obra realizada por el Consorcio Vial del Sur I.

TERCERO.- DECLÁRESE FUNDADO el tercer punto controvertido; en consecuencia, **se ORDENA** que Provías Descentralizado pague a Consorcio Vial del Sur I los intereses legales devengados sobre la base del monto indicado en el párrafo anterior.

Dr. Weyden García Rojas (Presidente)
Dr. Juan Huamani Chavez
Dra. Diana Coci Otoya

CUARTO.- DECLÁRESE FUNDADO el cuarto punto controvertido; en consecuencia, **DÉJESE SIN EFECTO** la Resolución Directoral N° 561-2012-MTC/21 emitida por Provías Descentralizado.

QUINTO.- DECLÁRESE FUNDADO el quinto punto controvertido; en consecuencia, **se ORDENA** a Provías Descentralizado que proceda a efectuar la devolución de la carta fianza de fiel cumplimiento y adelanto emitida por SECREX a Consorcio Vial del Sur I al haberse extinguido la finalidad que perseguía la referida garantía.

SEXTO.- DISPÓNGASE que tanto Consorcio Vial del Sur I como Provías Descentralizado, asuman en partes iguales, los gastos arbitrales, las costas y costos generados por la tramitación del presente proceso arbitral.

SÉPTIMO.- ORDÉNESE a Provías Descentralizado pagar -en vía de devolución- a favor del Consorcio Vial del Sur I, la suma de S/. 16,000.00 nuevos soles, que es el monto que el demandante canceló por concepto de gastos arbitrales del proceso, adicionalmente a los que le correspondía asumir en virtud de las reglas 40) y 41) del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, monto cuyo pago se encontraba a cargo originariamente de Provías Descentralizado.

OCTAVO.- REMÍTASE un ejemplar del presente laudo arbitral a la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE.

Notifíquese a las partes.

WEYDEN GARCIA ROJAS
Presidente del Tribunal Arbitral

Dr. Weyden García Rojas (Presidente)
Dr. Juan Huamani Chavez
Dra. Diana Coci Otoya

JUAN HUAMANI CHAVEZ

Arbitro


DIANA COCI OTOYA

Arbitro

JOHAM STEVE CAMARGO ACOSTA

Secretario Arbitral Ad Hoc