

## LAUDO ARBITRAL

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR SIMA IQUITOS S.R.L. CONTRA EL GOBIERNO REGIONAL DE LORETO, EN MAYORÍA POR EL DOCTOR CARLOS RUSKA MAGUÑA, PRESIDENTE Y EL DOCTOR DAVID PEREZ SANCHEZ, ÁRBITRO; CON EL VOTO PARTICULAR DEL DOCTOR GUY FIGUEROA TACKOEN, ÁRBITRO.**

### RESOLUCIÓN N° 39

Lima, 15 de mayo del año 2014

#### VISTOS:

#### **I. LAS PARTES, EL CONTRATO Y LA EXISTENCIA DE CONVENIO ARBITRAL**

El día 23 de noviembre del año 2000, SIMA IQUITOS S.R.L.TDA (en adelante, DEMANDANTE) y el GOBIERNO REGIONAL DE LORETO (en adelante, GOBIERNO o DEMANDADO), suscribieron el Contrato de Obra para la Construcción del "Reservorio Elevado N° R-2-Punchana"(en adelante, CONTRATO)

Las controversias de ambas partes son sometidas a arbitraje, en virtud de la cláusula arbitral estándar contemplada en el artículo 35° del Decreto Supremo N° 039-98-PCM.

#### **II. INSTALACIÓN DEL ARBITRAJE**

El día 3 de junio de 2010 se realizó la audiencia de instalación del Tribunal Arbitral, conformado por los doctores Carlos Ruska Magaña, Presidente, el doctor Guy Figueroa Tackoen y el doctor David Perea Sánchez, ambos en calidad de árbitros, quienes declararon haber sido debidamente designados de acuerdo a ley y al convenio arbitral celebrado, ratificando su aceptación al cargo y señalando que no tenían ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes, obligándose a desempeñar con imparcialidad y probidad la labor encomendada.

Se deja constancia que ninguna de las partes impugnó o reclamó contra el contenido de la referida Acta de Instalación, por el contrario, fue suscrita en señal de conformidad.

#### **III. DEMANDA PRESENTADA POR LA DEMANDANTE**

Mediante escrito ingresado el día 24 de junio de 2010, la DEMANDANTE interpuso demanda arbitral contra el GOBIERNO, en la que pretende lo siguiente:

Expediente N° 0010-2012/MARCPERU/ADM/MSCV  
SIMA IQUITOS S.R.L.TDA – GOBIERNO REGIONAL DE LORETO  
Página 1 de 50

El soporte ideal para su arbitraje

Calle Ramón Ribeyro 672 Oficina 305, Miraflores Telf.: (511) 242-3130 / 241-0933  
www.MARCPERU.COM, CONTACTENOS@MARCPERU.COM

**Primera Pretensión.-** Se declare válida y exigible la liquidación remitida mediante carta JSI-2010-125 recibida por el GOBIERNO el 20 de enero de 2010 que arroja un saldo a favor de la DEMANDANTE de S/ 2'328,477.15 más los intereses devengados hasta la fecha efectiva de pago.

**Segunda Pretensión.-** En caso que la liquidación presentada por la DEMANDANTE no genere convicción al Tribunal Arbitral, se solicita que se determine cuál es el monto real que debe ser pagado a la DEMANDANTE por liquidación final del CONTRATO.

**Tercera Pretensión.-** En el caso que el Tribunal Arbitral considere que determinados metros o adicionales reclamados por la DEMANDANTE no han sido objeto de autorización expresa, se solicita que sean aceptados y pagados como indemnización por enriquecimiento sin causa al amparo de lo previsto por el Artículo 1954° del Código Civil, determinándose su monto real.

**Cuarta Pretensión.-** Se declare que la liquidación de obra elaborada por el GOBIERNO, aprobada mediante Resolución Gerencial Regional N° 027-2010-GRL/GRI, carece de valor y/o eficacia y no puede ser opuesta a la DEMANDANTE.

**Quinta Pretensión.-** Se ordene al GOBIERNO proceda a la devolución de las cartas fianzas emitidas por el Banco Continental por los adelantos de materiales concedidos que suman S/ 203,809.26.

**Sexta Pretensión.-** Se ordene el reembolso por el GOBIERNO de los costos y gastos que demande el presente proceso arbitral.

#### FUNDAMENTOS DE HECHO

- La DEMANDANTE firmó un Convenio Marco para la Ejecución de Obras de Saneamiento con el GOBIERNO, del cual derivó la firma de un Contrato Especifico para la Ejecución de la Obra: "Construcción del Reservorio Elevado R-2", ascendente en S/. 3'650,652.22.
- La obra consistió en la construcción de un Reservorio Elevado con capacidad de 2,000 m3, la instalación de tuberías de impulsión y aducción, instalación de equipamiento electromecánico (no incluye tableros de control) y un tanque hidroneumático.
- En el curso del contrato se generaron algunas vicisitudes en el mismo vinculadas con la demora en la aprobación de adicionales, actas que a pesar de haber sido aceptadas por las partes, fueron luego dejadas sin efecto de modo unilateral por el GOBIERNO, etc. Incluso, se promovió un proceso arbitral, teniendo como resultado la expedición del laudo arbitral.
- Luego de estas ocurrencias, mediante Resolución Gerencial Regional N° 076-2005-GRL/GRI de fecha 30 de mayo 2005, se conformó el Comité de Recepción de Obra.

- Mediante Carta N° 001-2005-GRL/GRI/SGO/COM.RECEP., del 13 de junio de 2005, el Comité de Recepción comunica a la DEMANDANTE, la fecha y hora en que se procederá a recepcionar la citada obra.
  - El 17 de junio de 2005, el Comité de Recepción de Obra, el Consultor de Supervisión y los representantes de la DEMANDANTE se reunieron y en ese acto, se formularon observaciones en cuanto a la ejecución de la obra, motivo por el cual la misma no fue recepcionada.
  - Después de otras complicaciones relacionadas con las observaciones del GOBIERNO, a través de la carta notarial Nro. 076-2006-GRL-P del 26 de junio del 2006, el GOBIERNO decide resolver el CONTRATO, manifestando que si bien se habían subsanado algunas observaciones, otras continuaban sin ser subsanadas. En forma posterior, emite la Resolución Ejecutiva Regional N° 923-2006-GRL-P del 17 de Julio del 2006 en la que, sin mencionar la carta anterior pero si los hechos, decide resolver totalmente, el CONTRATO, por incumplimiento de la subsanación de las observaciones formulada por el Comité de Recepción de Obra.
  - Mediante laudo arbitral de fecha 12 de marzo de 2008 se declaró injustificada la resolución del CONTRATO, dispuesta por el GOBIERNO mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 923-2006-GRL-P del 17 de julio del 2006.
- Asimismo, se declaró resuelto el CONTRATO sin responsabilidad para la DEMANDANTE y se estableció que la obra debía darse por recepcionada con fecha 17 de junio del 2005 y debía procederse conforme lo dispone el Artículo 119° del Decreto Supremo N° 039-98-PCM con la Liquidación del CONTRATO. Dicho laudo fue objeto de recurso de anulación, siendo éste desestimado por la Sala Comercial de modo tal que dicho laudo tiene la condición de estar consentido y produce los efectos de cosa juzgada.
- Mediante carta de fecha 20 de enero del 2010 la recurrente remite su liquidación de obra, la cual arroja un saldo a favor de S/ 2'328,477.15.
  - Mediante Carta N° 107-2010-GRL/GRI del 18 de febrero de 2010 se adjuntó la liquidación elaborada por el GOBIERNO que es aprobada mediante Resolución Gerencial Regional Nro. 027-2010-GRL/GRI.

Mediante Resolución N° 3, emitida el 22 de septiembre de 2010, el Tribunal Arbitral admitió a trámite el escrito de demanda arbitral, presentado el 24 de junio de 2010 y corrió traslado del mismo al GOBIERNO por el plazo de quince (15) días hábiles, para que la conteste y, de ser el caso, formule reconvencción

#### IV. CONTESTACIÓN DE DEMANDA PRESENTADA POR EL GOBIERNO

Con fecha 19 de octubre de 2010 y, mediante escrito "Absuelve demanda, formula reconvencción y formula excepción de caducidad" el GOBIERNO deduce la excepción de caducidad, formula reconvencción y contesta la demanda, según los argumentos que en apretado resumen se presentan a continuación:

#### 4.1 EXCEPCION DE CADUCIDAD

El GOBIERNO formuló excepción de caducidad contra las pretensiones contenidas en la demanda formulada por la DEMANDANTE, sobre la base de los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

- a) Al amparo del artículo 2003° y siguientes del Código Civil, se determina que la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente. Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto contrario. La caducidad puede ser declarada de oficio o a petición de parte. La caducidad se produce transcurrido el último día del plazo, aunque éste sea inhábil. En consecuencia existe la obligación de declarar la caducidad de las pretensiones planteadas aunque no hayan sido invocadas por las partes.
- b) La excepción de caducidad está centrada respecto a todas y cada una de las pretensiones formuladas por la demandante, así tenemos:
  - Mediante Resolución Gerencial Regional N° 027-2010-GRL/GRI., notificada con Carta N° 107-2010-GRL/GRI, de fecha 18 de febrero de 2010, se procedió a la liquidación de la obra por parte del GOBIERNO.
  - La DEMANDANTE no observó la liquidación dentro del plazo legal establecido en el artículo 119° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado actos que han quedado firmes.
  - De acuerdo con el Derecho Administrativo, inclusive con la doctrina del Derecho Procesal Civil, no pueden invocarse las mismas causas (incluso con identidad de sujetos) cuando estas han quedado firmes y consentidas por no haber sido recurridos en tiempo y forma establecidos en el Reglamento. En este orden de ideas, la pretensión relacionada con las solicitudes de ampliación de plazo, no pueden ser controvertidos por segunda vez, habiendo caducado el plazo para ejercer este derecho.

#### 4.2 RECONVENCIÓN

El GOBIERNO formula reconvencción, solicitando se declaren fundadas las siguientes pretensiones:

- El Tribunal Arbitral declare el consentimiento de la liquidación practicada por el GOBIERNO, la misma que está contenida en la Resolución Gerencial Regional N° 027-2010-GRL/GRI., notificada mediante Carta N° 107-2010-GRL/GRI, de fecha 18 de febrero de 2010, al no haber sido observada dentro del plazo legal establecido en el artículo 119° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
- En el caso de amparar la primera pretensión, se declare la nulidad y/o ineficacia de la liquidación presentada por la contratista, al contener estos vicios y derechos no pactados en el CONTRATO primigenio.



- Se disponga la aplicación de penalidad correspondiente al quedar consentida la liquidación presentada por el GOBIERNO.
- Se ordene al DEMANDANTE, el pago de los costos del presente proceso arbitral.

#### 4.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Respecto de la primera, segunda y cuarta pretensión:

- a) Todo acto administrativo que realiza la administración pública, incluso los que conllevan a la contratación con particulares, tiene que satisfacer los requisitos relativos al objeto, competencia, voluntad, forma y producirse con arreglo a las normas que regulan la ley de contrataciones y adquisiciones del Estado. La administración entonces cuando realiza actos defectuosos o nulos; estos actos no pueden formar parte del orden jurídico, porque se les repele por el hecho de estar marcados por alguna irregularidad en su nacimiento; son actos inválidos desde su creación o son actos nulos o inexistentes.

Los actos nulos, como en el presente caso, no pertenecen ni pueden tener vivencia en la administración pública, es decir no tienen razón para su existencia dentro del ordenamiento jurídico, no se apoya en la ley. No pueden ser perfeccionados, ya que su manifestación en el orden jurídico no tuvo nunca principio de viabilidad.

La exclusión o inexistencia de los elementos esenciales o el incumplimiento total o parcial de ellos, expresa o implícitamente exigidos por el ordenamiento jurídico constituye la formula legislativa común para definir los vicios del acto.

- b) La liquidación del GOBIERNO fue válidamente emitida, sustentada y calculada fue notificada a la contratista el 18 de febrero de 2010, y este dentro del plazo legal no cumplió con observarla, por consiguiente la liquidación se encuentra consentida de pleno derecho.
- c) No obstante lo antes expuesto, y considerando que la liquidación del GOBIERNO esta consentida, la Liquidación presentada por la DEMANDANTE contiene una serie de errores en cuyos cálculos se incluyen el IGV, ampliaciones de plazo no otorgadas, y factor para mayores gastos generales ascendiente a 40% (factor no contemplado en el CONTRATO), así como adicionales de obras que jamás fueron autorizadas por el GOBIERNO en cumplimiento de la normatividad de contrataciones y adquisiciones del estado, siendo lo más relevante que la su liquidación no sustenta adecuadamente los supuestos derecho que solicita.
- d) Con respecto a la elaboración y contenido de la liquidación de obra elaborada por la DEMANDANTE, esta señala que "...hemos aplicado un factor de 0.40 (ó 40%) respecto del gasto general que por fórmula nos correspondería, factor con el que estimamos tener cubiertos los gastos y las responsabilidades mantenidas durante este periodo...".

La aplicación sobre el costo directo de una tasa de 40% de Gastos Generales, constituye un acto unilateral del DEMANDANTE que carece de todo sustento.

El CONTRATO se suscribió considerando una tasa de 20% de Gastos Generales aplicable sobre el costo directo de la obra. Así lo ofertó la DEMANDANTE y así lo aceptó el GOBIERNO. No existe mayor sustento legal que pueda hacer modificar esta tasa.

- En la cláusula primera del CONTRATO, se indica claramente que el valor referencial de la obra es S/. 3'650,652.22 "...incluido el 20% de Gastos Generales..."
- En la cláusula segunda del CONTRATO se indica claramente que la oferta económica de la DEMANDANTE asciende a S/. 3'650,652.22 "...incluido el 20% de Gastos Generales..."
- En la cláusula quinta del CONTRATO, se indica textualmente que "...EL CTAR LORETO, financiará la ejecución de la obra descrita en la Cláusula Cuarta de acuerdo a su disponibilidad presupuestal, por el monto de S/. 3'650,652.22, incluido el 20% de Gastos Generales..."
- En el folio 017 del Expediente Técnico, donde a pie del presupuesto de obra se consigna como porcentaje de Gastos Generales un 20%, lo cual es ratificado en el folio 032 del Expediente Técnico donde en el detallado del mismo se indica que el total de Gastos Generales de la obra asciende a 20%.

Respecto a las ampliaciones de plazo agregadas a la liquidación de la contratista

- e) La DEMANDANTE indica que "...Para nuestro caso hemos establecido tres periodos ampliatorios de plazo...", de 70, 161 y 1035 días calendarios, sin que ninguna de dichas ampliaciones de plazo cuente con su debida aprobación de parte de la Entidad con arreglo a ley, ampliaciones de plazo por las cuales consigna en su liquidación los respectivos Mayores Gastos Generales más su Impuesto General a las Ventas.

En sucesivos laudos de fechas 11 de mayo de 2004 y 12 de marzo de 2008 no se determina que dichas supuestas ampliaciones de plazo le correspondan a la DEMANDANTE. La supuesta ampliación de plazo por 1035 días calendarios que según la DEMANDANTE corresponde a la "...demora en la recepción de la obra...". Al respecto, el Laudo Arbitral en mayoría de fecha 12 de marzo de 2008, dispone que "...la obra debe darse por recepcionada con fecha 17 de junio del 2005, y proceder conforme lo dispone el Artículo 119° del D.S. N° 039-98-PCM con la Liquidación del contrato...", no habiendo en consecuencia mayores plazos que ampliar luego del 17 de junio de 2005, fecha que coincide con el acto de formulación de observaciones por parte del GOBIERNO en el acto de recepción de obra que se llevó a cabo en su oportunidad.

Siendo así, queda claro que la fecha de recepción de la obra ha sido clara e indubitadamente establecida por el Tribunal Arbitral, no existiendo mayores argumentos que sustenten la posición de la DEMANDANTE.

- f) El GOBIERNO indica y sustenta que el CONTRATO se ejecutó bajo la modalidad de contratación a precios unitarios, por consiguiente lo que se ejecuta debe ser pagado.

Con respecto a los adicionales ejecutados por la DEMANDANTE, no existe una resolución que aprueba el adicional de obra, en la cual se precise la causal que genera dichos adicionales, pues tampoco se siguió el procedimiento establecido en la ley de contrataciones esto es que se debió de contar con opinión del proyectista y aprobación de la entidad mediante un acto resolutivo.

- g) Con fecha 17 de junio de 2005, ha quedado recepcionado definitivamente la obra materia del presente CONTRATO, ordenado por laudo arbitral de derecho de fecha 12 de marzo de 2008. Como indicó el GOBIERNO, con fecha 20 de enero de 2010 la DEMANDANTE presentó su liquidación de obra manifestando una inversión ascendente a S/. 5'926,205.75, con la existencia de un saldo a favor de S/. 2'328,477.15 Nuevos Soles.

Conforme ha expresado el GOBIERNO y de conformidad con el Informe N°156-2010-GRL/SGO/USR-015, de fecha 15 de febrero de 2010, al evaluarse la liquidación presentada esta toma conceptos que se encontraron contemplados en el CONTRATO y en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, como son presupuesto adicional de mayores gastos generales y el impuesto general a las ventas. En la secuencia del proceso de ejecución contractual no existe aprobación por parte del GOBIERNO de adicionales de obra así como no se han otorgado ampliaciones de plazo, salvo el contemplado en el acta de acuerdo de inicio de obra de fecha 12 de febrero de 2002, donde se acuerda incrementar en 70 días calendarios el plazo de ejecución de la obra, y se acepta la renuncia del DEMANDANTE al cobro de este concepto de intereses. Asimismo, la obra se ejecutó bajo el amparo de un convenio, por lo que es claro establecer que no se estableció el pago del IGV.

Respecto de la quinta pretensión:

- a) La liquidación realizada por el GOBIERNO, ha quedado consentida, al haber sido válidamente notificada y no haber sido observada dentro del plazo legal, por consiguiente no cabe la posibilidad de que el Tribunal Arbitral declare nula y/o ineficaz.
- b) La liquidación del GOBIERNO ha sido debidamente motivada y por ende debidamente sustentada, por consiguiente el sustento de invalidez no puede ser acogido por el Tribunal Arbitral.
- c) Respecto a la devolución de las cartas fianzas por adelanto de materiales, es importante precisar que debe mantenerse vigente y por ende no procede su devolución hasta que se cumpla con cancelar o amortizar los adelantos otorgados.



Respecto de la tercera pretensión:

- a) La DEMANDANTE tiene la vía de indemnización para que si considera que le corresponde el derecho de solicitarlo, al amparo del Artículo 1955° del Código Civil, siendo la acción a que se refiere el Artículo 1954° no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización.
- b) La demanda de indemnización por enriquecimiento indebido es residual y que las acciones específicas que el ordenamiento legal les franquea —la acción resarcitoria por lesión o la solicitud de aumento de precio— no fue ejercida oportunamente habiendo este caducado
- c) Conforme a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado el expediente de contratación con la liquidación consentida ha quedado cerrado, y por ende no cabe formular demanda arbitral sobre un tema ya consentido y con la calidad de cosa decidida.

Mediante Resolución N° 5 emitida el 29 de octubre de 2010, el Tribunal Arbitral tuvo por deducida la excepción de caducidad, por lo que se corrió traslado de la misma a la DEMANDANTE, por el plazo de quince (15) días hábiles para que exprese lo conveniente a su derecho.

Asimismo, se tuvo por presentada la contestación de la demanda, y por formulada la reconvencción del GOBIERNO, corriendo traslado de ésta al DEMANDANTE por el plazo de quince (15) días hábiles.

**V. ABSOLUCIÓN DE RECONVENCIÓN**

Mediante escrito de fecha 15 de noviembre de 2010, la DEMANDANTE absolvió el traslado de la reconvencción formulada por el GOBIERNO, en los términos que a continuación se exponen:

- Según indica el GOBIERNO, debe declararse el consentimiento de su liquidación por no haber sido observada dentro del plazo legal establecido en el artículo 119° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 039-98-PCM.
- Asimismo, señala que en caso se ampare esta pretensión, se declare la nulidad y/o ineficacia de la liquidación de la DEMANDANTE al contener ésta vicios y/o derechos no pactados en el CONTRATO primigenio.
- Conforme indica la DEMANDANTE, no se ha producido el consentimiento de la liquidación del GOBIERNO porque sí fue observada por la primera de ellas según consta en su carta del 25 de febrero del 2010 con código JSI-2010-314.
- Conforme aparece en dicha carta del 25 de febrero de 2010, la DEMANDANTE manifestó su disconformidad con lo dispuesto en la Resolución Gerencial Regional N° 027-2010-GRL/GRI del 16 de febrero del 2010 que aprueba la liquidación del GOBIERNO notificada con carta 107-2012-GRL/GRI del 18 de febrero del 2010.



- De acuerdo con dicha norma, ese acto requiere necesariamente de una forma escrita que permita tener constancia de su existencia y que sirva de prueba. La norma señala que cualquiera de la partes "debe pronunciarse respecto de la liquidación efectuada"; por lo que es suficiente que esas observaciones de efectúen por escrito, siendo una forma válida e idónea y surtiendo todos sus efectos.

## VI. ABSOLUCIÓN DE EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

Mediante escrito de fecha 15 de noviembre de 2010, la DEMANDANTE absolvió el traslado de la excepción de caducidad deducida por el GOBIERNO, en los términos que a continuación se exponen:

- Según lo prescrito por el Artículo 2004° del Código Civil los plazos de caducidad son fijados por la ley, sin admitir pacto en contrario.
- El GOBIERNO, al momento de sustentar la excepción de caducidad, indica que las pretensiones de la DEMANDANTE han caducado porque no se observó la liquidación que practicó y notificó el 18 de febrero del 2010.
- Las pretensiones de la DEMANDANTE no han caducado toda vez que se han interpuesto dentro del plazo previsto en el Decreto Supremo N° 039-98-PCM, esto es, una vez surgida la discrepancia según lo establece el artículo 256° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Así consta en la carta de la DEMANDANTE, de fecha 25 de febrero del 2010 con código JSI-2010-314, en la que se manifiesta la disconformidad con lo dispuesto en la Resolución Gerencial Regional N° 027-2010-GRL/GRI del 16 de febrero del 2010 que aprueba la liquidación del GOBIERNO.

## VII. ACTUACIONES ARBITRALES

### 7.1 Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos

1. El día 2 de diciembre de 2010 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, con la asistencia de los representantes de la DEMANDANTE y GOBIERNO.
2. De otro lado, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio, se fijaron los siguientes puntos controvertidos:

### DE LAS PRETENSIONES DLA DEMANDANTE

**Primer Punto Controvertido:** Si es procedente o no que el Tribunal Arbitral declare válida y exigible la Liquidación del CONTRATO remitida por ella, a través de carta JSI-2010-125 y notificada al GOREL el 20 de enero de 2010, la misma que arroja un saldo a favor de la DEMANDANTE ascendente a S/ 2'328,477.15, más los intereses devengados hasta la fecha efectiva del pago.

**Segundo Punto Controvertido:** En caso se desestime el Primer Punto Controvertido que el Tribunal Arbitral determine la Liquidación del CONTRATO.

**Tercer Punto Controvertido:** En caso el Tribunal Arbitral considere que determinados metros o adicionales reclamados por la DEMANDANTE no han sido objeto de autorización expresa, la parte solicita que éstos sean aceptados y pagados como indemnización por enriquecimiento, debiéndose determinar el monto real de los mismos.

**Cuarto Punto Controvertido:** Si es procedente o no que el Tribunal Arbitral ordene al GOBIERNO a devolver a la DEMANDANTE las cartas fianzas emitidas por el Banco Continental por los adelantos de materiales concedidos, las cuales ascienden a S/ 203,809.26 (Doscientos Tres Ochocientos Nueve y 26/100 Nuevos Soles)

#### **DE LA RECONVENCION DEL GOBIERNO**

**Quinto Punto Controvertido:** Si es procedente o no que el Tribunal Arbitral declare consentida la Liquidación del Contrato elaborada por el GOREL, contenida en la Resolución Gerencial Regional N° 027-2010-GRL/GRI y notificada a la DEMANDANTE mediante Carta N° 107-2010-GRL/GRI, de fecha 18 de febrero de 2010, al no haber sido observada dentro del plazo legal establecido.

**Sexto Punto Controvertido:** En caso se ampare el Primer Punto Controvertido que el Tribunal Arbitral, declare la nulidad y/o ineficacia de la liquidación presentada por la DEMANDANTE, porque aquella contendría vicios y derechos no pactados en el contrato.

**Séptimo Punto Controvertido:** En caso se ampare el Primer Punto Controvertido que el Tribunal Arbitral disponga la aplicación de penalidad correspondiente a la DEMANDANTE, por haber quedado consentida la liquidación presentada por el GOREL. Además, el Tribunal Arbitral deberá pronunciarse en el laudo acerca de los costos y su posible condena.

3. Acto seguido, se procedió a admitir los siguientes medios probatorios:

#### **De la DEMANDANTE**

Se admiten las pruebas documentales de la demanda que se detallan en el siguiente cuadro:

ESCRITO	FECHA	MEDIOS PROBATORIOS
N° 1 "Demanda arbitral"	24.06.2010	Ofrecidos en el rubro "MEDIOS PROBATORIOS", numerales 1 al 19

Respecto al numeral 20, referido a la exhibición del íntegro del expediente, se le otorga al GOBIERNO un plazo de diez (10) días hábiles para que haga llegar copias suficientes a este Despacho.

Expediente N° 0010/2012/MARCPERU/ADM/MSCV  
SIMA IQUITOS S.R.L. DA - GOBIERNO REGIONAL DE LORETO  
Página 10 de 30

El soporte ideal para su arbitraje

Calle Ramón Ribeyro 672 Oficina 305, Miraflores Telf.: (51) 242-3130 / 241-0933  
www.marcp Peru.com, contactenos@marcp Peru.com

Sobre los medios de prueba ofrecidos por la DEMANDANTE en su escrito de contestación de reconvencción del 15 de noviembre de 2010, se deja constancia que los mismos han sido requeridos nuevamente en la Resolución N° 8 de la fecha. En caso la parte no cumpliera con presentarlos, los mismos se tendrán por no ofrecidos.

### Del GOBIERNO

Se admiten las pruebas documentales que se detallan en el siguiente cuadro:

ESCRITO	FECHA	MEDIOS PROBATORIOS
N° 1 "1.- Absuelve demanda, 2.- Formula reconvencción y 3.- Formula Excepción de caducidad"	19.10.2010	Ofrecidos en el rubro "V. MEDIOS PROBATORIOS DE LA CONTESTACION.-", numerales 1 al 16

Sobre los medios de prueba ofrecidos por el GOREL en su escrito de reconvencción del 19 de octubre de 2010, se deja constancia que éstos son los mismos a los ofrecidos en su escrito de contestación de demanda, conforme es de verse en la página quince del mencionado documento.

### 7.2 De las audiencias realizadas, conclusión de la etapa de pruebas y presentación de alegatos

- Con fecha 13 de abril de 2011, se llevó a cabo la Audiencia Especial Sobre Excepción de Caducidad y Sustentación de Hechos y Aspectos Técnicos.
- Con fecha 20 de diciembre de 2012, se llevó a cabo la Audiencia Especial de Sustentación de Pericia a cargo del Ingeniero Miguel Salinas Seminario.
- Mediante Resolución N° 35 de fecha 26 de julio de 2013, al no haber medio probatorio pendiente de actuación, el Tribunal Arbitral dio por concluida la etapa probatoria y otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles, para que presenten sus alegatos escritos.
- La DEMANDANTE y el GOBIERNO con fecha 8 y 14 de agosto de 2013, respectivamente, presentaron sus alegatos finales. Estos documentos fueron tramitados con Resolución N° 36 del 5 de noviembre de 2013, el Árbitro Único estableció que el expediente se encontraba listo para laudar y fijó en treinta (30) días hábiles el plazo para expedir el laudo, reservando el derecho de ampliar dicho plazo en caso lo considere necesario.
- Con fecha 28 de noviembre de 2013 se realizó una Audiencia de Informes Orales.
- Mediante Resolución N° 37 del 4 de febrero de 2014 se estableció en treinta (30) días el plazo para emitir el laudo. El cual fue ampliado posteriormente, en treinta (30) días adicionales. El colegiado precisó que la nueva fecha para laudar sería el 15 de mayo de 2014.

- En consecuencia, el Tribunal Arbitral procede a dictar el laudo arbitral dentro del plazo dispuesto.

## CONSIDERANDO:

### I. CUESTIONES PRELIMINARES

1. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que el Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes; (ii) que en momento alguno se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; (iii) que la DEMANDANTE presentó su escrito de demanda dentro del plazo dispuesto; (iv) que el GOBIERNO fue debidamente emplazada con la demanda, contestó ésta y ejerció plenamente su derecho de defensa; (v) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos; y, (vi) que, el Tribunal Arbitral está procediendo a laudar dentro del plazo que corresponde a las reglas de este proceso.
2. Es pertinente considerar que la norma aplicable para el caso de autos es la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley N° 26850 (en adelante, LEY) y el Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 039-98-PCM (en adelante, REGLAMENTO).
3. De otro lado, el Tribunal Arbitral deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta para su decisión.

### II. ANTECEDENTES

4. Con Resolución Ejecutiva Regional N° 1751-2000-CTAR-LP, de fecha 23 de noviembre de 2000, se aprobó y autorizó la suscripción del Contrato de Ejecución de Obra (en adelante, CONTRATO) entre el Consejo Transitorio de administración Regional de Loreto -CTAR Loreto y el Servicio Industrial de la Marina de Iquitos -SIMA para la ejecución de la obra; construcción del reservorio elevado R-2 punchana ubicado en el distrito de Punchana, Provincia de Maynas, departamento de Loreto, con un presupuesto ascendente a la suma de S/. 3'650,652.22 (Tres Millones Seiscientos Cincuenta Mil Seiscientos Cincuenta y Dos y 22/100) Nuevos Soles, incluido el 20% de Gastos Generales. A precios unitarios del mes de mayo de 2000.
5. Con fecha 12 de septiembre de 2003 se emite el laudo arbitral en el arbitraje seguido por el DEMANDANTE contra el GOBIERNO ante el Tribunal Arbitral conformado por los doctores Alejandro Álvarez Pedroza, Presidente; Ramiro Rivera Reyes y Óscar Flores Garcés, ambos árbitros, sobre reformulación del Proyecto Construcción del Reservorio Elevado R-2 Punchana, reconocimiento de gastos por adicional, aprobación de partidas, presupuesto reestructurado, gastos generales, entre otros conceptos.



6. En el referido laudo, los árbitros resolvieron declarar infundadas las pretensiones planteadas por el DEMANDANTE.
7. Mediante Resolución Gerencial N° 076-2005-GRL/GRI, de fecha 30 de mayo de 2005 se designa el Comité de Recepción de la Obra mencionada.
8. Con fecha 17 de junio de 2005 se suscribió el Acta de Observaciones, donde el Comité de Recepción manifiesta que no fue posible realizar la recepción, debido a las observaciones encontradas.
9. Mediante carta notarial N° 047-2006-GRL-P, de fecha 3 de mayo de 2006, el GOBIERNO manifiesta al DEMANDANTE su preocupación por el retraso en la subsanación de las observaciones planteadas en el Acta de Observaciones de fecha 17 de junio de 2005, indicándose que el plazo otorgado para que cumpla con levantar las observaciones ha venido en demasía, lo que daría lugar a que la Entidad resuelva el contrato por incumplimiento, manifestándole también que con la finalidad de garantizar el término de la obra, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 83 del REGLAMENTO; le concede un plazo improrrogable de 15 días.
10. Con Carta Notarial N° 076-2006-GRL-P de fecha 26 de junio de 2006, el GOBIERNO le comunica a la DEMANDANTE que, en aplicación del artículo 118° del REGLAMENTO, aprobado mediante Decreto Supremo N° 039-98-PCM, ha decidido resolver totalmente el CONTRATO.
11. Con Resolución Ejecutiva Regional N° 923-2006-GRL-P, de fecha 17 de julio de 2006, (artículo 1°) se decide resolver totalmente el CONTRATO suscrito entre el ex Consejo Transitorio de Administración Regional de Loreto y el Servicio Industrial de la Marina Iquitos SRL, para la ejecución de la Obra: "Construcción Del Reservorio Elevado R-2 Punchana", por incumplimiento de la subsanación de las observaciones formulada por el Comité de Recepción de Obra.
12. Con Carta Notarial JSI/SE-2006-768, de fecha 26 de julio de 2006, el DEMANDANTE comunica al GOBIERNO su disconformidad con los fundamentos de la Resolución del Contrato por incumplimiento, por lo que plantea su decisión de someter a arbitraje el tema.
13. Mediante Laudo Arbitral de Derecho en el Arbitraje seguido por el DEMANDANTE contra el GOBIERNO, sobre Resolución de Contrato y otros, ante el Tribunal Arbitral integrado por los doctores Aurelio Moncada Jiménez, Guy Figueroa Tackoen y Ramiro Rivero Reyes, se resuelve en Mayoría en el siguiente sentido:

*"Primero Declara fundada la primera pretensión planteada por el SIMA IQUITOS SRLTDA en consecuencia se declara injustificada la Resolución del Contrato de Ejecución de la Obra" Construcción del Reservorio Elevado R-2 Punchana, dispuesta por el GOREL. Mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 923-2006-GRL-P de fecha 17 de julio del 2006, debiéndose en tal sentido DECLARAR resuelto el Contrato sin responsabilidad para el contratista; consecuentemente la obra debe darse por recepcionada con fecha 17 de junio del 2005, y proceder conforme lo dispone el*

*Artículo 119° del D.S. N° 039-98 PCM con la liquidación del contrato, para la cual el Contratista queda obligado a presentarla en el plazo y forma que dispone el mencionado Artículo, contando a partir del día siguiente a que el mencionado laudo quede consentido".*

14. En cumplimiento al Laudo Arbitral de Derecho de fecha 12 de marzo de 2008 y resuelta la demanda interpuesta solicitando la Nulidad del Laudo, la DEMANDANTE mediante carta JSI-2010-125 remitida por vía Notarial, recibida por el GOBIERNO el 20 de enero de 2010 cumple con presentar su liquidación final referida a la obra, la cual arroja un saldo a su favor de S/. 2'328,477.15 (Dos Millones Trescientos veintiocho mil cuatrocientos setenta y siete con 15/100) Nuevos Soles, incluido el Impuesto General a las Ventas.
15. Con carta 107-2010-GRL/GRI del 18 de febrero de 2010, el GOBIERNO notifica la Liquidación de la obra aprobada con Resolución Gerencial Regional N° 027-2010-GRL/GRI del 16 de febrero de 2010.

### III. EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

15. El GOBIERNO ha deducido la excepción de caducidad contra las pretensiones formuladas por la DEMANDANTE, indicando que ésta no observó la liquidación contenida en la Resolución Gerencial Regional N° 027-2010-GRL/GRI del 16 de febrero de 2010, dentro del plazo posterior de 15 días calendario de notificada - 18 de febrero de 2010-.
16. Sobre este tema, el procedimiento establecido para la liquidación se encuentra consagrado en el artículo 119 del REGLAMENTO de la siguiente forma:
  - a- En primer término, el Contratista debe elaborar la Liquidación del Contrato, dentro del plazo de treinta (30) días o 1/10 del plazo de ejecución de la obra, el que resulte más corto, contados desde el día siguiente de la recepción de la misma.
  - b- Seguidamente, la Entidad cuenta con igual plazo para pronunciarse sobre la liquidación presentada por el Contratista. Al respecto, si la Entidad no estuviera conforme con la liquidación practicará otra teniendo diez (10) días contados desde el vencimiento del plazo que tenía para pronunciarse.
  - c- Si la Entidad practicase la nueva liquidación, el Contratista cuenta con un plazo de quince (15) días para observarla, porque de lo contrario ésta quedará consentida.
  - d- De igual forma, una vez agotado este procedimiento por ambas partes, cualquiera de ellas se encontraba facultada para presentar su solicitud de conciliación y/o arbitraje para resolver la controversia surgida entre ellas respecto de la liquidación del Contrato de conformidad con lo señalado por el artículo 119 del Reglamento.
17. En el caso de autos, se aprecia que la liquidación del DEMANDANTE fue presentada al GOBIERNO con la carta del 20 de enero de 2010. Por su parte, la liquidación del GOBIERNO fue aprobada mediante Resolución Gerencial Regional N° 027-2010-GRL/GRI del 16 de febrero de 2010 y notificada al DEMANDANTE con carta 107-2010-

GRL/GRI del 18 de febrero de 2010, es decir, dentro de los treinta (30) días posteriores a la presentación de la liquidación que elaboró la DEMANDANTE.

18. Con carta de fecha 26 de febrero de 2010, la DEMANDANTE expresó su disconformidad con la liquidación elaborada por el GOBIERNO solicitando de esta manera el inicio de un proceso arbitral. A criterio de esta parte, la liquidación válida, era aquella que determinaba un saldo a su favor de S/. 2'328,477.15 (Dos millones trescientos veintiocho mil cuatrocientos setenta y siete y 15/100) Nuevos Soles.
19. Es de opinión del Tribunal Arbitral que el DEMANDANTE expresó su rechazo a la liquidación elaborada por el GOBIERNO mediante la carta del 26 de febrero de 2010, en efecto, es mediante este documento que no existe duda alguna de la falta de aceptación de la liquidación de su contraria, más aún cuando se solicitó el inicio de un arbitraje, como se aprecia en los siguientes términos:

Por medio de la presente y habiendo recibido la Resolución Gerencial Regional Nro. 027-2010-GRL/GRI del 16 Febrero 2010, procedemos a manifestar nuestra disconformidad con ella, puesto que nuestra liquidación remitida mediante carta JSI-2010-125, recibida por Uds. el 20 de Enero del 2010, arroja un saldo a nuestro favor de S/.2'328,477.15 y la que Uds. han aprobado tiene un saldo resultante de S/.23,024.48 en contra del Contratista, lo que no resiste análisis a la luz de los documentos que sustentan nuestra liquidación.

Por lo tanto, rechazamos la Liquidación efectuada por Uds. y ante esta controversia, conforme a lo dispuesto por el Reglamento de la Ley 26850, solicitamos formalmente el inicio del procedimiento arbitral.

20. Así las cosas, este colegiado no comparte la idea expuesta por el GOBIERNO en el sentido que se requiere de un análisis detallado o pormenorizado de cada uno de los rubros comprendidos en la liquidación del GOBIERNO para que se manifieste la oposición a la liquidación, no sólo porque el DEMANDANTE manifestó claramente su voluntad de objeción a la liquidación del GOBIERNO, sino también por el hecho que ello se tornaba innecesario, habida cuenta que la DEMANDANTE defiende la validez de su propia liquidación.
21. Este Tribunal entiende que la disconformidad formulada en los términos que aparecen en la carta del DEMANDANTE es suficiente para cumplir con la norma, pues las observaciones pueden ser pormenorizadas, complejas, sencillas y/o exiguas y, finalmente, esas condiciones, con sus virtudes o insuficiencias, no le quitan el efecto de que la observación efectuada oportunamente le priva a la liquidación de la contraparte el carácter de consentida que pudiese alcanzar por efecto de lo que dispone la ley.
22. En ese orden de ideas, la liquidación elaborada por el GOBIERNO no ha quedado consentida debido a la oposición del DEMANDANTE y, por otro lado, la oportunidad en que se inicia el arbitraje tampoco podía ser cuestionada para los fines de que se ampare una excepción de caducidad.



23. El contrato culmina, en el caso de ejecución y consultoría de obras con la liquidación, según lo establece el artículo 43 de la LEY, liquidación que obviamente debe estar consentida o amparada por la decisión de un Tribunal arbitral, lo que no ha sucedido en el presente caso, ya que la liquidación del GOBIERNO estaba objetada por el DEMANDANTE.
24. Por tanto, se declara infundada la excepción de caducidad deducida por el GOBIERNO.

#### IV. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES

25. Con fecha 2 de diciembre de 2010 se llevó adelante la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, oportunidad en la que el Tribunal Arbitral fijó los puntos controvertidos a resolver, en los siguientes términos:

##### DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDANTE

**Primer Punto Controvertido:** Si es procedente o no que el Tribunal Arbitral declare válida y exigible la Liquidación del Contrato remitida por ella, a través de carta JSI-2010-125 y notificada al GOREL el 20 de enero de 2010, la misma que arroja un saldo a favor de la DEMANDANTE ascendente a S/ 2'328,477.15 (Dos Millones Trescientos Veintiocho Mil Cuatrocientos Setenta y Siete y 15/100 Nuevos Soles), más los intereses devengados hasta la fecha efectiva del pago.

**Segundo Punto Controvertido:** En caso se desestime el Primer Punto Controvertido que el Tribunal Arbitral determine la Liquidación del Contrato.

**Tercer Punto Controvertido:** En caso el Tribunal Arbitral considere que determinados metros o adicionales reclamados por la DEMANDANTE no han sido objeto de autorización expresa, la parte solicita que éstos sean aceptados y pagados como indemnización por enriquecimiento, debiéndose determinar el monto real de los mismos.

**Cuarto Punto Controvertido:** Si es procedente o no que el Tribunal Arbitral ordene al GOREL a devolver a la DEMANDANTE las cartas fianzas emitidas por el Banco Continental por los adelantos de materiales concedidos, las cuales ascienden a S/ 203,809.26 (Doscientos Tres Ochocientos Nueve y 26/100 Nuevos Soles)

##### DE LAS PRETENSIONES DEL GOBIERNO

**Primer Punto Controvertido:** Si es procedente o no que el Tribunal Arbitral declare consentida la Liquidación del Contrato elaborada por el GOREL, contenida en la Resolución Gerencial Regional N° 027-2010-GRL/GRI y notificada a la DEMANDANTE mediante Carta N° 107-2010-GRL/GRI, de fecha 18 de febrero de 2010, al no haber sido observada dentro del plazo legal establecido.



**Segundo Punto Controvertido:** En caso se ampare el Primer Punto Controvertido que el Tribunal Arbitral, declare la nulidad y/o ineficacia de la liquidación presentada por la DEMANDANTE, porque aquella contendría vicios y derechos no pactados en el contrato.

**Tercer Punto Controvertido:** En caso se ampare el Primer Punto Controvertido que el Tribunal Arbitral disponga la aplicación de penalidad correspondiente a la DEMANDANTE, por haber quedado consentida la liquidación presentada por el GOREL.

26. En atención a que los tres primeros puntos controvertidos de la demanda y por su parte, los dos primeros de la reconvención, versan sobre la liquidación elaborada por cada una de las partes y la validez de cada una de ellas o, en su caso, la determinación de una nueva liquidación que refleje los montos que se desprenden de la ejecución del CONTRATO, es que éstos serán analizados de manera conjunta.
27. De manera previa, ha de precisarse en relación al primer y segundo puntos controvertidos de la reconvención que el Tribunal Arbitral, al momento de resolver la excepción de caducidad formulada por el GOBIERNO ha advertido que la liquidación de esta parte no ha quedado consentida, por lo que debe declararse infundada, la primera y segunda pretensiones del GOBIERNO.
28. Ahora bien, con fecha 13 de abril de 2011 se llevó a cabo una Audiencia Especial sobre excepción de caducidad y sustentación de hechos y aspectos técnicos, oportunidad en la que el colegiado dispuso la realización de una pericia de oficio. Así, con Resolución N° 15 del 23 de junio de 2014 se fijaron los alcances y contenido de la pericia, conforme se detalla a continuación:
  - a. Determinar el monto de la Liquidación Final de obra del contrato, considerando las Liquidaciones efectuadas por la DEMANDANTE y el GOREL.
  - b. Determinar la existencia de mayores metrados según información de planillas de cierre de metrados.
  - c. Determinar la procedencia o no de las partidas adicionales que alega la DEMANDANTE, relacionadas al cambio de ubicación del reservorio.
  - d. Determinar si corresponde o no confirmar las partidas del contrato principal, deductivos y otros, que alega la DEMANDANTE.
  - e. Determinar la existencia o no de penalidades aplicables a la DEMANDANTE
  - f. Determinar la existencia o no de ampliaciones de plazo que no fueron aprobadas por el GOREL. De existir estas ampliaciones de plazo determinar los mayores gastos generales. En su caso se deberá tener en cuenta el Laudo Arbitral emitido el 12 de marzo del 2008.
  - g. Determinar los gastos generales de la obra fijos y variables.

- h. Determinar el monto de los intereses calculados y los que se generen hasta la fecha efectiva de pago.
- i. Determinar, de existir, el cálculo de la diferencia de gastos generales fijos por presupuesto deductivos del Presupuesto principal.
29. En la misma resolución se estableció que el profesional encargado para la realización de la pericia sería el ingeniero Miguel Salinas Seminario (en adelante, PERITO).
30. Con fecha 24 de enero de 2012, el PERITO cumple con presentar el informe solicitado. Este documento fue puesto a conocimiento de las partes. El DEMANDANTE y el GOBIERNO absolvieron el traslado de la pericia ejecutada.
31. El DEMANDANTE observó el informe de liquidación y con escrito de fecha 1 de junio de 2012, reformuló el monto de su liquidación, determinando un saldo a su favor de S/. 1'651,309.14 (Un millón seiscientos cincuenta y un mil trescientos nueve y 14/100) Nuevos Soles. De otro lado, el GOBIERNO manifestó la conformidad con los términos de la pericia.
32. Así las cosas, corresponde examinar cada uno de los conceptos contemplados en la pericia a fin de determinar el monto que corresponda.
33. Atendiendo a la liquidación final del contrato que ha reformulado la DEMANDANTE con su escrito de fecha 1º de junio de 2012, se verifica que existe coincidencia con el Peritaje en aspectos como los siguientes:
- Valorizaciones Contractuales pagadas: S/. 3'357,233.67
  - Adelanto otorgado: 1'460,260.89
  - Adelanto amortizado: 1'256,451.76
34. Por otro lado, se advierte que el PERITO incorpora un penalidad de S/. 182'532.61 (Ciento ochenta y dos mil quinientos treinta y dos y 61/100) Nuevos Soles a cargo de la DEMANDANTE y no reconoce los demás conceptos reclamados por ésta, llegando a la conclusión que existe un saldo en contra del Contralista de S/. 318, 801.09 (Trescientos dieciocho mil ochocientos un y 09/100) Nuevos Soles.
35. El PERITO explica el monto determinado a partir de la presentación del siguiente cuadro, cuyos conceptos serán analizados por este colegiado:

#### RESUMEN LIQUIDACIÓN FINAL SEGÚN PERITAJE

CONCEPTO	MONTO RECALCULADO S/.	MONTO PAGADO S/.	SALDO S/.
1-VALORIZACIONES CONTRACTUALES	3 357 233.67	3 357 233.67	0

2-REAJUSTES CONTRACTUALES	68 785.08	0	68 785.08
3-ADELANTO OTORGADO AMORTIZADO		1 460 260.89 1 256 451.76	-203 809.13
4-DEDUCCIÓN DE REAJUSTE POR ADELANTO	-1 244.43	0	-1 244.43
COSTO TOTAL			-136,268.48
PENALIDAD			-182,532.61
SALDO			S/. -318,801.09

**Trabajos ejecutados por el DEMANDANTE: modificación de zapatas hincado de pilotes y modificación de la estructura del fuste de la cuba**

36. En el contrato celebrado entre las partes se contempló que el reservorio debería ser instalado en la intersección de la calle Huáscar frente al pasaje Guepi, pero aquél fue desplazado a la esquina de las calles Huáscar y Las Castañas, a una distancia aproximada de 212m.
37. Al respecto, el PERITO al absolver la pregunta tercera del pliego pericial menciona:

**"Tercera Pregunta:** Determinar o no la procedencia de las partidas adicionales que alega la Demandante relacionadas al cambio de ubicación del reservorio.  
(...)

**"Comentarios del Perito**

De lo último señalado se verifica:

Los trabajos de denominados adicionales pro Reubicación del Reservorio R-2 fueron realmente ejecutados por el SIMA IQUITOS.

Tales trabajos por Reubicación del Reservorio R-2 consistieron en modificaciones estructurales y líneas de impulsión:

En la losa cimentación se consideró un radio exterior de 10.1125 mts. y un radio interior de 2.8875 mts, considerándose la losa con las mismas dimensiones de altura que el proyecto, en el rediseño ya nos consideró la losa interior de un espesor de 0.80 cm por el largo de 2.8875 mts; corriéndose el fierro así como la parte media de la losa de cimentación para el amarre de la estructura de la cabeza de los pilotes; el espesor del fuste variará a 0.325 cm en 2.75 m de altura (desde su nacimiento en la zapata hasta la altura del terreno natural; se varió diámetro de fierro de 1/2 "reforzamiento de 3 vigas de fondo de losa de cuba/viga circular de término de fuste, viga de arranque de fuste y la viga circular de nacimiento de la chimenea de la cuba; mayores longitudes de tuberías de red de impulsión (212 ml), red de aducción (212ml) y red de rebose (-54ml).

Los denominados trabajos adicionales por Reubicación del Reservorio R-2 fueron verificados en su ejecución por el Supervisor de la Obra (Consortio Juan Marcos Flores & Ulises Irigoin, Asiento N° 182).

En el ACTA DE NEGOCIACIÓN ASISTIDA POR MUTUO ACUERDO PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA EJECUCIÓN DE LA OBRA "CONSTRUCCIÓN RESERVORIO ELEVADO R-2 PUNCHAN" del 24.10.2002 suscrita entre representantes del CTAR LORETO, SIMA IQUITOS Y CONSORCIO SUPERVISOR, se consignó entre otros;

"1. EL CTAR LORETO da conformidad a los trabajos ejecutados y referidos a las modificaciones del proyecto como son:

Modificación del diseño de las zapatas

Hincado de pilotes metálicos y tubulares

Modificación de la estructura del fuste de la cuba, trabajos que han resultados impostergables. Urgentes y necesarios llevarlos a cabo para la ejecución de las obras contractuales.

Quedando establecido que existe una parte no ejecutada consistente en mayor longitud de la línea de aducción e impulsión, así como la reducción de la línea de rebose o limpieza cuyos costos se encuentran comprendidos en el presupuesto reformulado aprobado conforme a la presente Acta.

2. Que conforme la cuantificación de la contratista en consideración a los mayores metrados ejecutados y por ejecutar, y al deductivo resultante de la comparación de los nuevos metrados con los del presupuestos de la obra. Los trabajos llevados a cabo tienen un presupuesto ascendente a la suma de Quinientos nueve mil seiscientos treinta y uno y 60/100 Nuevos Soles (S/. 509, 631.60) sin IGV que representa una incidencia contractual del 13.96%

3. EL CTAR LORETO teniendo en consideración los puntos 1) y 2) del presente acuerdo mutuo asume el compromiso de pago del monto que represente el presupuesto correspondiente ascendente a la suma de Quinientos nueve mil seiscientos treinta y uno y 60/100 Nuevos Soles (S/. 509,631.60) por los trabajos ejecutados y que están referidos a modificación de zapatas hincado de pilotes y modificación de la estructura del fuste de la cuba, los mismos que se encuentran ejecutados al 100% y de las partidas por ejecutar".

#### Comentario del Perito

De lo señalado en el Punto 3 del Acta antes mencionada se verifica que el CTAR LORETO determinó que era procedente reconocer al SIMA IQUITOS la cantidad de S/. 509,631.60 por los trabajos ejecutados referidos a edificación de zapatas, hincado de pilotes y modificación de la estructura de fuste de la cuba.

38. Como manifiesta el Perito en otra parte de su dictamen, la Supervisión de obra certificó que efectivamente la reformulación del proyecto implicó nuevos estudios básicos de topografía y geotecnia y redefinición de los cálculos estructurales del reservorio, lo que derivó en la modificación del presupuesto con nuevas partidas del reservorio, modificación de partidas; nuevos metrados y remetrados y especificaciones técnicas, determinando como procedente el reconocimiento de un monto adicional (Addenda) de S/. 509,631.60 (Quinientos nueve mil seiscientos treinta y un mil y 60/100) Nuevos Soles.



39. Ahora, es cierto también que con Resolución Gerencial Regional N° 170-2002-CTAR LORETO/ 12 del 19 de abril de 2002 el CTAR Loreto resolvió que para el caso de la petición formulada por el DEMANDANTE, mediante Carta N° 050-2001-MAIR-SUP-R-2, los trabajos adicionales se han ejecutado sin la observancia de lo prescrito por la Ley y su Reglamento, por lo que su solicitud resultaba improcedente.
40. A ello se agrega en la pericia, que el reconocimiento del Presupuesto Adicional N° 01 por la suma de S/. 509,631.30 (Quinientos nueve mil seiscientos treinta y un mil y 60/100) fue declarado infundado en el laudo arbitral de fecha 11 de mayo de 2004 dictado por el Tribunal Arbitral que resolvió las controversias entre el DEMANDANTE y el GOBIERNO, que tenían que ver con la aprobación de presupuestos adicionales, partidas deductivas, entre otros. A mayor abundamiento, las pretensiones formuladas por el DEMANDANTE en dicho arbitraje, fueron las siguientes:
- 1.1 Que el Tribunal Arbitral ordene al Gobierno Regional de Loreto dar conformidad a la reformulación del Proyecto Construcción del Reservorio Elevado R-2 Punchana, debido a la reubicación que tuvo que efectuarse por fuerza mayor.
  - 1.2 Que, se apruebe el nuevo presupuesto reformulado por la suma de S/.1'828,672.98;
  - 1.3 Que, el Gobierno Regional de Loreto reconozca a favor de SIMA IQUITOS el pago de la suma de S/. 509,631.60 mas I.G.V., por concepto de Adicional N° 1. Los trabajos contenido en dicho Adicional están referidos a la modificación de zapatas, hincado de pilotes y modificación de la estructura del fuste de la cuba, los mismos que se encuentran ejecutados al 100%, como consecuencia de la Reubicación del Reservorio R-2-
  - 1.4 Que, se den por aprobadas las partidas deductivas ascendentes a S/.1'319,041.37;
  - 1.5 Que, se apruebe el presupuesto reestructurado Base por la suma de S/.4'194,457.78; que supera en un 13.96% al presupuesto base original.
  - 1.6 Que, se apruebe el expediente del acondicionamiento electrónico del R-2 para la puesta en servicio de las electro bombas, por el monto de S/.439,988.24, elevado al Gobierno Regional con fecha 05 de noviembre del 2002;
  - 1.7 Que, se reconozcan a favor de SIMA IQUITOS por concepto de gastos generales la suma de S/.138,109.96 derivados de las Ampliaciones de plazo N° 01 por dos (2) días. Ampliación de Plazo N° 2 por 113 días y Ampliación N° 3 por 130 días.
  - 1.8 Que, se reconozcan a SIMA IQUITOS el pago de S/.552, 310.63 por concepto de reajuste de las valorizaciones (actualización de precios a la fecha de su valorización);
  - 1.9 Que, se pague a SIMA IQUITOS la suma de S/.64,341.40 por concepto de Reintegro del costo de la mano de obra, decretado por el Gobierno Central.
  - 1.10 Como pretensión subordinada, en el caso de que la anteriormente descrita en el punto 1.3 no sea amparada, solicitamos que el Tribunal disponga el reconocimiento y pago de S/.509,631.60 más I.G.V. por concepto de enriquecimiento indebido, por los trabajos del Adicional que hemos realizado, a pedido expreso de la Entidad, con ocasión del contrato celebrado con el Gobierno Regional de Loreto que tuvieron como finalidad de cumplir con el objeto del mismo. (El resaltado y subrayado es de los árbitros)

41. En dicha oportunidad (laudo de fecha 11 de mayo de 2014, el colegiado se pronunció sobre lo solicitado por la DEMANDANTE resolviendo:

"Con los fundamentos de hecho expuestos y de derecho previstos en la Ley N° 26850 de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, artículos 4°, 12°, 25° y 43° y su Reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo N° 039-98-PCM aplicables en forma prevalente, artículos 9°, 28°, 105°, 106°, 107°, 115°, así como las Directivas Presupuestales para la Programación y Formulación de los Presupuestos Institucionales, éste Tribunal Arbitral, **LAUDA DE DERECHO: DECLARANDO INFUNDADA** la demanda en los puntos controvertidos propuestos por SIMA IQUITOS, e **INFUNDADO** el punto controvertido relacionado a los daños y perjuicios reclamado por el Gobierno Regional de Loreto; **DISPONER:** Que las partes efectúen las acciones administrativas relacionadas con la ejecución presupuestaria respectiva; (...)"

42. Siendo esto así, el Tribunal Arbitral presidido por el doctor Alejandro Álvarez Pedroza ya ha emitido pronunciamiento sobre los adicionales y metrados solicitados por el DEMANDANTE declarando infundadas las pretensiones. Por tanto, este colegiado no tiene facultades para apartarse de la parte resolutive de un laudo cuya decisión se encuentra válida y vigente, no pudiendo cuestionar las decisiones adoptadas en la resolución de los árbitros.
43. Sobre el particular, ha de recordar que uno de los efectos del laudo es que ostenta la calidad de cosa juzgada. Así, Manuel Diego Aramburú Izaga<sup>1</sup> sostiene:

"(...) Este efecto de cosa juzgada es inherente a las sentencias y conforme a ley a los laudos. Por ello, emitido el laudo arbitral, los asuntos que fueron resueltos por dicho laudo, no podrán ser revisados o ser objeto de nuevo juicio o arbitraje. Es decir, el efecto de la cosa juzgada impide que se someta a un nuevo proceso arbitral o judicial un mismo conflicto, de modo tal que se pueda emitir un segundo o posterior pronunciamiento sobre lo mismo. Asimismo, al tener el laudo arbitral efectos de cosa juzgada, impide que se pueda atacar el fondo del laudo, para modificar el resultado del arbitraje, lo que determina pues, que la resolución sea firme."

44. En atención a lo expuesto, queda claro que este extremo de la controversia no puede ser analizado nuevamente.

#### Partidas del contrato principal, deductivos y otros

45. El PERITO refiere que no hay sustento ni memoria descriptiva de detalle, ni planillas de metrados existiendo dos (2) presupuestos deductivos en la liquidación cuyos montos totales no se corresponden, por lo que no son técnicamente válidos. Al no haber un sustento adecuado de lo reclamado, el colegiado comparte la opinión del PERITO

<sup>1</sup> Soto Coaguila, Carlos Alberto y Bullard González, Alfredo. Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Tomo I, Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, p. 671-672

### Gastos generales reclamados por el DEMANDANTE

46. La DEMANDANTE formula este reclamo afirmando que el GOBIERNO ha incurrido en una demora en la recepción de la obra equivalente a mil treinta y cinco (1035) días por Gastos Generales, considerando además que de acuerdo al laudo arbitral de fecha 12 de marzo de 2008, la obra debió ser recibida el 17 de junio de 2005.

47. Sobre este extremo, el PERITO precisó:

**"Comentario del Perito:** EL SIMA IQUITOS considera (aproximadamente) que los 1035 días como el lapso de tiempo entre la fecha del laudo arbitral (12.03.2008) y la fecha en que el laudo señala que debió ser recepcionada la obra (17.06.2005) y que por este lapso le corresponden Mayores Gastos Generales.

Sin embargo de la lectura del artículo 118°.- Recepción de Obra del D.S. N° 039-98-PCM se verifica que este no hace mención alguna a un derecho del Contratista a una ampliación de Plazo por la demora de la Entidad en recepcionar la obra ni el derecho del Contratista a mayores gastos generales por tal demora.

Por lo tanto el Perito opina que, que si bien técnicamente el SIMA IQUITOS incurrió en gastos generales durante el tiempo que estuvo a su cargo la obra como gastos de guardianía, administración y otros que pueden haber incurrido (documentación que no obra en la revisada) más allá de eso el artículo 118° no establece que corresponden los mayores gastos generales reclamados por SIMA IQUITOS por la demora de la recepción de la obra."

48. En efecto de la lectura del referido artículo 118°<sup>2</sup> no se contempla la posibilidad de ampliación de plazo por la demora en la recepción de obra y por ende, tampoco la

#### **Artículo 118.- Recepción de Obra**

El Contratista mediante comunicación escrita solicitará a la Entidad la recepción de la obra, indicándole la fecha de culminación.

En un plazo máximo de cinco (5) días calendario de recibida la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, la Entidad procederá a designar un Comité de Recepción, el cual estará integrado por lo menos por un representante de la Entidad, necesariamente ingeniero o arquitecto y por el inspector o supervisor.

El Comité de Recepción junto con el Contratista, procederá a verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas y efectuará las pruebas que sean necesarias para comprobar el funcionamiento de las instalaciones y equipos en un plazo no mayor de veinte (20) días calendario de realizada su designación.

Culminada la verificación se levantará un acta que será suscrita por los miembros del Comité de Recepción, el inspector o supervisor, el Contratista o el ingeniero residente. En el acta se incluirán las observaciones, si las hubiera. De no existir observaciones, se procederá a la recepción de la obra, teniéndose por concluida en la fecha indicada por el Contratista.

De existir observaciones, éstas se consignarán en un acta y no se recibirá la obra. El Contratista dispondrá de un décimo del plazo de ejecución del contrato para subsanarlas, el cual se computará desde el día siguiente de la suscripción del acta. Este plazo no dará derecho al pago de ningún concepto a favor del Contratista, ni del Supervisor en los casos que lo hubiera, ni a la aplicación de penalidad alguna.

Subsanadas las observaciones, el Contratista solicitará la recepción de la obra en el Cuaderno de Obra. La comprobación que realizará el Comité de Recepción se limitará a verificar la subsanación de las observaciones formuladas en el acta, no pudiéndose formular nuevas observaciones.

En caso que el Contratista o su ingeniero residente no estuviere conforme con las observaciones, anotará su discrepancia en el acta; el Comité de Recepción elevará a la máxima autoridad administrativa de la Entidad, todo lo actuado con un informe sustentado de sus observaciones en un plazo máximo de cinco (5) días



procedencia de gastos generales derivados de ello, de manera que no resulta procedente lo solicitado por la DEMANDANTE en este extremo.

49. De manera adicional, el DEMANDANTE solicitó gastos generales por las ampliaciones de plazo que se han dado durante la ejecución del CONTRATO, ante lo cual el PERITO dejó en claro que de acuerdo a la documentación remitida no había sustento sobre el pedido del DEMANDANTE.
50. Sobre el particular ha de constatarse que no obran solicitudes de ampliaciones de plazo solicitadas por esta parte, como regula el procedimiento establecido en el artículo 112° del REGLAMENTO, de manera que no puede declararse procedente un pedido de gastos generales por dicho concepto.

#### **Penalidad aplicable por el GOBIERNO**

51. El GOBIERNO considera en su liquidación que procede el pago de una penalidad equivalente a S/. 182,532.61 (Ciento ochenta y dos mil quinientos treinta y dos y 61/100) Nuevos Soles, debido a que habiéndose iniciado la obra el 9 de julio de 2001, la misma debió concluir el 6 de marzo de 2002, advirtiéndose atraso, puesto que existían valorizaciones hasta el mes de diciembre de 2003, lo que le hace concluir que la obra concluyó con atraso. En ese sentido, sostiene que debe aplicarse el artículo 82 del Decreto Supremo 039-98. PCM sobre penalidades.
52. Sobre este aspecto, el PERITO ha señalado lo siguiente en su informe:

#### **"Comentario del Perito**

*Por lo expuesto no ha sido posible para el Perito establecer con certeza cuál es la fecha de TERMINO DE OBRA para efectos de determinar los días de atraso en que incurre SIMA IQUITOS en concluir la obra a su cargo, presumiendo que esta concluyó en diciembre del 2003 fecha de última Valorización de Avance de Obra (N° 21).*

*En este supuesto, siendo la fecha de FIN DE PLAZO en el 26.01.2000, el contratista SIMA IQUITOS excedió los plazos de la penalidad incurriendo en la penalidad máxima que establece el D.S. N° 039-98- PCM."*

53. La DEMANDANTE formuló sus respectivas observaciones en cuanto a este extremo del informe pericial, en los siguientes términos:

*calendario. La Entidad deberá pronunciarse sobre dichas observaciones en idéntico plazo. De persistir la discrepancia, ella se someterá a arbitraje conforme a las reglas establecidas en la Ley y el presente Reglamento. Si se comprueba que vencido el plazo de subsanación de observaciones, el Contratista no las hubiere iniciado, la Entidad tomará el control de la obra, se resolverá el contrato y adoptará las medidas necesarias para su conclusión. Asimismo, la Entidad comunicará de tal hecho al Tribunal, para que éste proceda a sancionar con inhabilitación al Contratista.*

*Todo retraso en la subsanación de las observaciones que exceda del plazo otorgado, se considerará como demora para efectos de las penalidades que correspondan y podrá dar lugar a que la Entidad resuelva por incumplimiento. Las penalidades a que se refiere el presente artículo podrán ser aplicadas hasta el tope señalado en la Ley, el Reglamento o el contrato según corresponda.*

*Está permitida la recepción parcial de secciones terminadas de las obras, cuando ello se hubiera previsto en el contrato o las partes expresamente lo convengan.*



**Quinta Pregunta:** Determinar la existencia o no de penalidades aplicables a la Demandante.

La pericia solamente ha mencionado que, como la Fecha de inicio de la obra fue el 09.jul.2001, fecha en que se designó y entró en funciones el Supervisor de la Obra, el plazo de ejecución debió concluir el 06.mar.2002. En ese contexto, como existieron valorizaciones hasta el mes de diciembre del 2003, se evidencia que la obra concluyó con atraso y por ello, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 82 del DS N° 039-98 PCM, corresponde la aplicación de penalidades.

Pero, el perito ha olvidado mencionar que precisamente este artículo del reglamento, ha previsto que la penalidad se genera automáticamente por cada día de atraso injustificado en la entrega de las prestaciones. Por tanto, para mencionar que es aplicable la penalidad pro atraso, lo primero que se ha debido determinar es si el Contratista INJUSTIFICADAMENTE NO TERMINABA LA OBRA. Y si se hubiera revisado esta excepción prevista en el Reglamento, habría encontrado que el Contratista no podía terminar la obra.

Y en ese escenario, podemos afirmar que la obra no se podía terminar porque habían elementos importantes como tableros eléctricos de control que no le correspondían adquirir y suministrar al Contratista, sino a la Entidad; tal situación se ha expuesto en nuestra demanda y obra en los documentos proporcionados al perito.

54. Estos hechos demuestran que había una justificación para que el Contratista no pudiera terminar la obra, por ello no es aplicable penalidad alguna.
55. Sobre el particular, el artículo 82 de D.S. 039.98-P.M sobre penalidades indica:

"De conformidad con lo establecido en el inciso a) del Artículo 41° de la Ley, las penalidades mínimas que se consideraran incorporadas en todos los contratos a falta de estipulación expresa, serán las siguientes:

1. Penalidad por mora: se genera automáticamente por cada día calendario de retraso injustificado en la entrega de las prestaciones hasta alcanzar el diez por ciento (10%) del monto total del contrato de acuerdo con la siguiente escala:

Cuando el plazo contractual:

- a) Sea hasta de 6 meses inclusive, cincuenta y seis por diez mil (56 por 10,000) del monto total del contrato;
- b) Sea mayor a 6 meses y hasta 1 año inclusive, veintiocho por diez mil (28 por 10,000) del monto total del contrato;
- c) Sea mayor a 1 año y hasta 2 años inclusive, catorce por diez mil (14 por 10,000) del monto total del contrato; y,
- d) Sea mayor a 2 años, siete por diez mil (7 por 10,000) del monto total del contrato.

Cuando por la naturaleza de la prestación esta pueda ser cumplida por etapas, las bases, podrán establecer que las penalidades se refieren a partes, tramos, ítems o prestaciones parciales.

En caso se llegase a cumplir el monto máximo de la penalidad por mora, la Entidad podrá resolver el contrato por incumplimiento.

2. Penalidad por incumplimiento del contrato diez por ciento (10%) del monto total del contrato. Esta penalidad se genera si la Entidad se ve obligada a resolver el contrato por incumplimiento, diferente de la demora en el cumplimiento de la prestación".
56. Así las cosas, para determinar si se aplica este artículo es menester observar si el atraso que se imputa resultaba justificado o injustificado dependiendo de las circunstancias del caso en especial.
57. Es así que con Carta Notarial N° 047-2006-GRL-P, de fecha 3 de mayo del 2006, el Gobierno Regional de Loreto, ante el retraso en la subsanación de las observaciones y haberse excedido el plazo otorgado de acuerdo a ley, le concedió al SIMA IQUITOS un plazo improrrogable de 15 días a efectos de que cumpla en subsanar las observaciones formuladas por el comité de recepción.
58. Al considerar que con fecha 13 de junio del 2006, aún continuaban estas observaciones, decidió aplicar lo dispuesto en el artículo 118° del REGLAMENTO que en su décimo párrafo prescribe: "Todo retraso en la subsanación de las observaciones que excede del plazo otorgado, se considera como demora para efectos de las penalidades que correspondan y podrá dar lugar a que la Entidad resuelva el contrato por incumplimiento. Las penalidades a que se refiere el presente Artículo podrán ser aplicadas hasta el tope señalado en la Ley, el presente Reglamento o el Contrato, según corresponda".
59. En esa orientación la Entidad decidió resolver totalmente el contrato suscrito entre las partes.
60. Este asunto fue sometido a decisión del Tribunal Arbitral conformado por los doctores los doctores Aurelio Moncada Jiménez, Guy Figueroa Tackoen y Ramiro Rivero Reyes, quienes emitieron el Laudo Arbitral de fecha 12 de marzo de 2008 en el que se amparó la primera pretensión planteada de SIMA IQUITOS, declarándose injustificada la Resolución de Contrato de Ejecución de la Obra.
61. Entre los considerandos del citado laudo que son pertinentes para resolver este punto se encuentran:

**"DECIMO OCTAVO:** Que apreciando dicho dictamen de modo crítico, el Colegiado acoge las consideraciones de la Pericia, recalcando que respecto a las observaciones vinculadas con la falta de terminación de conexiones en el Tablero de Distribución (Observación N° 1), no puede obligarse al Contratista a realizar tareas cuando no existe fluido eléctrico por no estar instalado el medidor y al no existir la acometida del concesionario de energía eléctrica y tratándose, además,

de una situación de escasa importancia como lo señala el perito en su informe complementario.

(...)

**VIGESIMOTERCERO:** Que respecto a la falta de medidor de energía (Observación N° 6) el Perito ha demostrado la inexistencia de la obligación del SIMA IQUITOS SRLTDA como contratista para gestionar ante la empresa concesionaria del servicio de energía eléctrica la instalación del medidor, por lo que se concluye que esta no es una observación que corresponda levantar al contratista, habida cuenta que el artículo 50 de la Ley 26850 precisa que los contratistas están obligados a cumplir cabalmente con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada que han aportado adicionalmente en el curso del proceso de selección o en la formalización del contrato. Consecuentemente, no se le puede exigir aquello que no fue materia de su declaración de voluntad".

62. Contrastando lo expuesto anteriormente con lo que el Perito ha señalado sobre este punto, se verifica que en el Informe Pericial se mencionan presunciones sobre la fecha de término de la obra y, en este caso, es necesario tomar en cuenta lo manifestado anteriormente que evidencia una serie de dificultades entre las partes que se han prolongado, incluso, hasta la recepción de la obra y que originaron que ésta recién se pretendiera llevar a cabo en el año 2005 y que, en ese entonces, se formularan observaciones que dieron lugar a la resolución del contrato de obra para que, finalmente, un Tribunal Arbitral, a través del laudo de fecha 12 de marzo del 2008 declaró inválida, determinando que la fecha de recepción tenía que ser el 17 de junio del 2005.
63. Por estas razones este Colegiado considera que la penalidad no debe aplicarse, debido a que no se trata de un supuesto de atraso injustificado.
64. Tomando en cuenta todo lo expresado, el Cuadro que recoge la liquidación del CONTRATO es el siguiente:

CONCEPTO	MONTO RECALCULADO S/.	MONTO PAGADO S/.	SALDO S/.
1-VALORIZACIONES CONTRACTUALES	3 357 233.67	3 357 233.67	0
2-REAJUSTES CONTRACTUALES	68 785.08	0	68 785.08
3-ADELANTO OTORGADO AMORTIZADO		1 460 260.89 1 256 451.76	-203 809.13
4-DEDUCCIÓN DE REAJUSTE POR ADELANTO	-1 244.43	0	-1 244.43

COSTO TOTAL			-136,268.48
SALDO			S/. -136,268.48

65. Habiendo concluido con el análisis del primero, segundo y tercer punto controvertido de la demanda, así como los puntos controvertidos del escrito de reconvencción, corresponde emitir pronunciamiento sobre el cuarto punto controvertido de las pretensiones del DEMANDANTE relacionado a determinar si resulta procedente o no que el Tribunal Arbitral ordene al GOBIERNO devolver a la DEMANDANTE las cartas fianzas emitidas por el Banco Continental por los adelantos de materiales concedidos, las cuales ascienden a S/. 203, 809.26 (Doscientos tres mil ochocientos nueve y 26/100 Nuevos Soles).
66. Está debidamente probado que el DEMANDANTE le ha entregado a la Entidad dos cartas Fianzas que ha emitido el Banco Continental, que son las siguientes: Carta Fianza N° 0011-0305-9800021974-05 por S/. S/. 93,659.08 y la Carta Fianza N° 0011-0305-9800021982-08 por S/. 110,068.19, las mismas que garantizan los adelantos de materiales otorgados.
67. No obstante, considerando el resultado determinado en la liquidación, el GOBIERNO procederá con la devolución de las cartas fianza cuando el DEMANDANTE haya acreditado el pago pendiente a favor de su contraria.
68. Así las cosas, debe declararse improcedente la pretensión del DEMANDANTE.

#### V. COSTAS Y COSTOS DEL ARBITRAJE

69. En cuanto a costas y costos se refiere, los artículos 69, 70 y 73 de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, disponen que los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre los costos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio, y que si el convenio no contiene pacto alguno, los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo.
70. Los costos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones del Tribunal Arbitral y de los abogados de las partes; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral. Además, el artículo 73° en su inciso primero establece que en el laudo los árbitros se pronunciarán por su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo. Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones.
71. En este sentido, los árbitros han apreciado durante la prosecución del proceso que ambas partes han actuado, finalmente, basadas en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultan atendibles, y que por ello, han litigado honestamente y convencidas de sus posiciones ante la controversia.



72. Por consiguiente, considera que no corresponde condenar a ninguna de ellas al pago exclusivo de los gastos del proceso arbitral, es decir, cada parte debe asumir el 50% de todas las costas y costos del presente proceso.

Por lo que el Tribunal Arbitral en mayoría,

**LAUDA:**

**PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA** la excepción de caducidad deducida por el GOBIERNO, por las razones expuestas en la presente resolución.

**SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA** la primera pretensión formulada por el DEMANDANTE, en consecuencia, no corresponde declarar válida la liquidación elaborada por la DEMANDANTE y remitida al GOBIERNO mediante Carta JSI-2010-125.

**TERCERO: DECLARAR** que la Liquidación del CONTRATO se ajusta a los cálculos que se han detallado en los considerandos de este Laudo, verificándose un saldo a favor del GOBIERNO de S/. 136,268.48 Nuevos Soles.

**CUARTO: DECLARAR INFUNDADA** la tercera pretensión del DEMANDANTE, de manera que no corresponde considerar los metrados o adicionales reclamados por el DEMANDANTE.

**QUINTO: DECLARAR FUNDADA** en parte la cuarta pretensión del DEMANDANTE, por lo que la liquidación elaborada por el GOBIERNO no puede ser opuesta al DEMANDANTE, debiendo considerarse la liquidación determinada por este Tribunal Arbitral.

**SEXTO: DECLARAR IMPROCEDENTE** la quinta pretensión del DEMANDANTE, por lo que no corresponde que el GOBIERNO devuelva las cartas fianza por adelanto de materiales, sino hasta que el DEMANDANTE haya acreditado el pago de la liquidación determinada por el Tribunal Arbitral.

**SÉPTIMO: DECLARAR INFUNDADA** la primera pretensión del GOBIERNO, en consecuencia, la liquidación elaborada por esta parte no ha quedado consentida.

**OCTAVO: DECLARAR INFUNDADA** la segunda pretensión del GOBIERNO, sin embargo, debe considerarse la liquidación determinada por este Tribunal Arbitral.

**NOVENO: DECLARAR INFUNDADA** la tercera pretensión del GOBIERNO, en consecuencia, no corresponde la aplicación de una penalidad al DEMANDANTE.

**DECIMO: ORDENAR** que el DEMANDANTE y el GOBIERNO asuman las costas y costos del presente proceso en partes iguales, en atención a lo expuesto en el apartado VI del análisis.

**UNDECIMO:** Establecer los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral en los montos previamente cancelados.

**DUODECIMO: REMITIR** al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, copia del presente laudo arbitral.

Notifíquese a las partes.



**DAVID PEREA SANCHEZ**  
ÁRBITRO



**CARLOS RUSKA MAGUINA**  
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL



**MIGUEL SANTA CRUZ VITAL**  
SECRETARIO ARBITRAL

**VOTO SINGULAR EMITIDO POR EL DR. GUY FIGUEROA TACKOEN EN EL PROCESO ARBITRAL SEGUIDO POR EL SERVICIO INDUSTRIAL DE LA MARINA DE IQUITOS CON EL GOBIERNO REGIONAL DE LORETO**

El presente voto singular se expide en discordia con la parte considerativa del Laudo emitido en mayoría por mis co-árbitros, según los siguientes argumentos

**VISTOS:**

**I-Designación de los integrantes del Tribunal Arbitral**

Al surgir las controversias entre las partes en relación con el Contrato, SIMA IQUITOS (en adelante, SIMA) designó como árbitro al Doctor Guy Figueroa Tackoen y, a su turno y dentro del plazo de ley, el GOBIERNO REGIONAL DE LORETO (en adelante, GOREL) designó al Doctor David Perea Sánchez como árbitro.

Ambos árbitros se pusieron de acuerdo respecto del nombramiento del tercer miembro y Presidente del Tribunal Arbitral, nombramiento que recayó en el Doctor Carlos Ruska Maguiña.

**II-Del proceso arbitral**

a-El Tribunal Arbitral se instaló el 3 de Junio del 2010, según consta en el Acta de la misma fecha en la que se aprueban las reglas del procedimiento aplicables. Se dispuso, además, que el arbitraje sería Nacional y de Derecho, otorgándose al SIMA el plazo de quince (15) días hábiles para que presente su demanda.

b- SIMA IQUITOS, con fecha 24 de junio del 2010, presentó su demanda, la cual fue admitida por resolución N° 3 del 22 de setiembre del 2010 corriéndose traslado a la demandada.

c-El GOREL contestó la demanda mediante el escrito de fecha 19 de Octubre del 2010. Asimismo, dedujo la excepción de caducidad y formuló reconvencción.

El Tribunal admitió dicha contestación así como la excepción de caducidad y por resolución N° 05 del 29 de octubre del 2010 otorgó a la demandante un plazo de quince (15) días hábiles para que absuelva la excepción y se pronuncie sobre la reconvencción.

d-La demandante, con escrito presentado el 15 de noviembre del 2010, absolvió el traslado de la excepción de caducidad y con escrito N° 5 contestó la reconvencción planteada.

f-El día 2 de diciembre del 2010 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, reservándose la facultad de resolver la excepción con el laudo arbitral.

Expediente N° 0010-2012/MARCPERU/ADM/MSCV  
SIMA IQUITOS S.R.L.TDA - GOBIERNO REGIONAL DE LORETO  
Página 1 de 22

El soporte ideal para su arbitraje

Calle Ramón Ribeyro 672 Oficina 305, Miraflores Telf.: (51) 242-3130 / 241-0933  
www.MARCPERU.COM, CONTACTENOS@MARCPERU.COM

El tribunal procedió a fijar los siguientes puntos controvertidos:

**Primer Punto controvertido:** Si es procedente o no que el Tribunal declare válida y exigible la liquidación del Contrato remitida por ella, a través de carta JSI-2010-125 y notificada a GOREL el 20 de enero de 2010, la misma que arroja un saldo a favor de la DEMANDANTE de S/. 2'328,477.15 (Dos millones trescientos veintiocho mil cuatrocientos setenta y siete y 15/100 Nuevos Soles) más los intereses devengados.

**Segundo Punto controvertido:** En caso se desestime el Primer Punto Controvertido que el Tribunal determine la Liquidación del Contrato.

**Tercer Punto controvertido:** En caso que el Tribunal Arbitral considere que determinados metros o adicionales reclamados por la DEMANDANTE no han sido objeto de autorización expresa, la parte solicita que sean aceptados y pagados como indemnización por enriquecimiento, debiendo determinar el monto real de los mismos.

**Cuarto Punto controvertido:** Si es procedente o no que el Tribunal Arbitral ordene al GOREL a devolver a la DEMANDANTE las cartas fianzas emitidas por el Banco Continental por los adelantos de materiales concedidos, las cuales ascienden a S/. 203,809.26 (Dochientos tres ochocientos nueve y 26/100 Nuevos Soles)

#### DE LAS PRETENSIONES DEL GOREL

**Primer Punto controvertido:** Si es procedente o no que el Tribunal Arbitral declare consentida la liquidación del Contrato elaborada por el GOREL contenida en la Resolución Gerencial Regional N° 027-2010-GRL/GRI y notificada a la DEMANDANTE mediante carta N° 107-2010 GRL/GRI de fecha 18 de febrero de 2010, al no haber sido observada dentro del plazo legal establecido.

**Segundo Punto controvertido:** En caso se ampare el **Primer Punto controvertido** que el Tribunal Arbitral declare la nulidad y/o ineficacia de la liquidación presentada por la DEMANDANTE porque aquella contendría vicios y derechos no pactados en el contrato.

**Tercer Punto controvertido:** En caso se ampare el Primer Punto Controvertido que el Tribunal arbitral disponga la aplicación de la penalidad correspondiente a la DEMANDANTE por haber quedado consentida la liquidación presentada por el GOREL.

En cuanto a las pruebas ofrecidas por las partes, el Tribunal admitió las pruebas de la demandante y de igual manera, admitió las pruebas ofrecidas en la contestación y reconvencción del Gobierno Regional de Loreto.

g-Con fecha 13 de abril del 2011 se realizó la audiencia especial para tratar la excepción de caducidad y los fundamentos de hecho y técnicos. En ese mismo acto se dispuso la realización de un Peritaje.

h-Con fecha 23 de junio del 2011 mediante Resolución N° 15 se nombra al Perito al Ingeniero Miguel Salinas Seminario y se reformula el contenido del peritaje, quedando definido de la siguiente manera.



PERICIA TECNICA

- a- Determinar el monto de la Liquidación Final de obra del contrato, considerando las liquidaciones efectuadas por la DEMANDANTE y el GOREL.
- b- Determinar la existencia de mayores según información de planillas de cierre de metrados.
- c- Determinar la procedencia o no de las partidas adicionales que alega la DEMANDANTE, relacionadas al cambio de ubicación del reservorio.
- d- Determinar si corresponde o no confirmar las partidas del contrato principal deductivas y otros, que alega la DEMANDANTE.
- e- Determinar la existencia o no de penalidades aplicables a la DEMANDANTE.
- f- Determinar la existencia o no de ampliaciones de plazo que no fueron aprobadas por el GOREL. De existir estas ampliaciones de plazo determinar los mayores gastos generales. En su caso se deberá tener en cuenta el Laudo Arbitral emitido el 12 de marzo del 2008.
- g- Determinar los gastos generales de la obra fijas y variables.
- h- Determinar el monto de los intereses calculados y los que se generan hasta la fecha efectiva de pago.
- i- Determinar, de existir, el cálculo de la diferencia de gastos generales fijos por presupuestos deductivos de Presupuestos principal.

i-El perito, con fecha 24 de enero del 2012 cumplió con emitir su dictamen pericial.

j-Mediante Resolución N° 23 del 14 de febrero del 2012 se corrió traslado del Informe Pericial.

k-La parte demandada absolvió el traslado del informe pericial con escrito de fecha 29 de febrero del 2012 sin formular observaciones.

l-Con fecha 1 de junio del 2012, el SIMA IQUITOS absolvió el traslado del Informe Pericial, observando su contenido.

ll-El 20 de diciembre del 2012 se llevó a cabo la audiencia de sustentación de Informe Pericial.

m-Mediante la Resolución N° 35 del 26 de julio del 2013 se otorgó a las partes un plazo de diez días hábiles con el fin de que presenten sus alegatos finales por escrito y soliciten el uso de la palabra si lo consideraban conveniente.

n-Con fecha 8 de agosto del 2013 la demandante presentó sus alegatos finales y solicitó el uso de la palabra. La parte demandada presentó su alegato escrito con fecha 14 de agosto del 2013.

ñ-Con Resolución N° 36 de fecha 5 de noviembre del 2013, se citó a las partes para la Audiencia de Informes Orales.

o-El día 28 de noviembre del 2013 se realizó la Audiencia de Informes Orales.

p-Según Resolución N° 37 del 13 de febrero del 2014 el Tribunal fijó el plazo para laudar en treinta días hábiles.

## CONSIDERANDOS

### 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 (ii) que, SIMA IQUITOS presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho al debido proceso; (iii) que, la Entidad demandada fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa, (iv) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medio probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos; y (v) que se procede a laudar dentro del plazo establecido.

El Tribunal deja establecido que hace uso de la facultad a la que hizo referida en la Audiencia del 3 de diciembre del 2010 y, por lo tanto, analizará los puntos controvertidos en el orden que considera más adecuado para resolver las controversias surgidas entre la partes.

### 2-CONTRATO-SU EJECUCIÓN-INCIDENTES-LIQUIDACIÓN

- 2.1 Con Resolución Ejecutiva Regional N° 1751-2000-CTAR-LP, de fecha 23 de noviembre del 2000, se aprobó y autorizó la suscripción de un Contrato de Ejecución de Obra entre el Consejo Transitorio de administración Regional de Loreto -CTAR Loreto y el Servicio Industrial de la Marina de Iquitos -SIMAI para la ejecución de la obra; construcción del reservorio elevado r-2 punchana ubicado en el distrito de Punchana, Provincias de Maynas Departamento de Loreto, con un presupuesto ascendente a la suma de tres Millones seiscientos cincuenta mil seiscientos cincuenta y dos y 22/100 Nuevos Soles (S/. 3'650,652.22), incluido el 20% de Gastos Generales. A precios unitarios del mes de Mayo del 2000.
- 2.2 Mediante Resolución Gerencial N° 076-2005-GRL/GRI, de fecha 30 de mayo del 2005 se designa el Comité de Recepción de la Obra mencionada.
- 2.3 Con fecha 17 de junio del 2005 se suscribió el Acta de Observaciones, donde el Comité de Recepción manifiesta que no fue posible realizar la recepción, debido a las observaciones encontradas.
- 2.4 Mediante carta notarial N° 047-2006-GRL-P, de fecha 03 de mayo del 2006, el Gobierno Regional de Loreto, manifiesta al Contratista su preocupación por el retraso en la subsanación de las observaciones planteadas en el Acta de Observaciones de fecha 17 de junio del 2005, indicándose que el plazo otorgado para que cumpla con levantar las observaciones ha venido en demasía, lo que daría lugar a que la Entidad resuelva el contrato por incumplimiento, manifestándole también que con la finalidad de garantizar el término de la obra, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 83 del D.S. N° 39-98 PCM; le concede un plazo improrrogable de 15 días.

- 2.5 Con Carta Notarial N° 076-2006-GRL-P de fecha 26 de junio de 2006, el Gobierno Regional de Loreto le comunica al SIMA IQUITOS que, en aplicación del artículo 118° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante D.S. N° 039-98-PCM, ha decidido RESOLVER TOTALMENTE EL CONTRATO para la ejecución de la obra: "CONSTRUCCIÓN DEL RESERVORIO ELEVADO R-2 PUNCHANA"
- 2.6 Con Resolución Ejecutiva Regional N° 923-2006-GRL-P, de fecha 17 de julio del 2006, en su artículo 1°.- Se Resuelve Totalmente el Contrato de Obra, suscrito entre el ex Consejo Transitorio de Administración Regional de Loreto y el Servicio Industrial de la Marina Iquitos SRL, para la ejecución de la Obra: "CONSTRUCCIÓN DEL RESERVORIO ELEVADO R-2 PUNCHANA", por incumplimiento de la subsanación de las observaciones formulada por el Comité de Recepción de Obra.
- 2.7 Con Carta Notarial JSI/SE-2006-768, de fecha 26 de julio del 2006, el SIMA IQUITOS SRL, comunica al Gobierno Regional de Loreto s disconformidad con los fundamentos de la Resolución del Contrato por incumplimiento, por lo que plantea su decisión de someter a arbitraje el tema.
- 2.8 Mediante Laudo Arbitral de Derecho en el Arbitraje seguido por el SIMA IQUITOS SRLTA contra Gobierno Regional de Loreto, sobre Resolución de Contrato y otros, ante el Tribunal Arbitral integrado por los Doctores Aurelio Moncada Jiménez, Guy Figueroa Tackoen y Ramiro Rivero Reyes, mediante Resolución N° 52 de fecha Lima 12 de marzo de 2008, se emite el mencionado documento, donde se Lauda en Mayoría en el siguiente sentido:
- "Primero** Declara fundada la primera pretensión planteada por el SIMA IQUITOS SRLTA en consecuencia se declara injustificada la Resolución del Contrato de Ejecución de la Obra" Construcción del Reservoirio Elevado R-2 Punchana, dispuesta por el GOREL. Mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 923-2006-GRL-P de fecha 17 de julio del 2006, debiéndose en tal sentido DECLARAR resuelto el Contrato sin responsabilidad para el contratista; consecuentemente la obra debe darse por recepcionada con fecha 17 de junio del 2005, y proceder conforme lo dispone el Artículo 119° del D.S. N° 039-98 PCM con la liquidación del contrato, para la cual el Contratista queda obligado a presentarla en el plazo y forma que dispone el mencionado Artículo, contando a partir del día siguiente a que el mencionado laudo quede consentido".
- 2.9 En cumplimiento al Laudo Arbitral de Derecho de fecha 12 de marzo del 2008 y resuelta la demanda interpuesta solicitado la Nulidad del Laudo, la firma contratista mediante carta JSI-2010-125 remitida por vía Notarial, recibida por el GOREL el 20 de enero del 2010 presentar su liquidación final referida a la obra, la cual arroja un saldo a su favor de Dos Millones Trescientos veintiocho mil cuatrocientos setenta y siete con 15/100 Nuevos Soles (S/. 2'328,477.15), incluido el Impuesto General a las Ventas.
- 2.10 Con carta 107-2010-GRL/GRI del 18 de febrero del 2010, la Entidad notifica la Liquidación de la obra aprobada con Resolución Gerencial Regional N° 027-2010-GRL/GRI del 16 de febrero del 2010.

### 3-LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD DEDUCIDA POR EL GOREL Y LAS PRETENSIONES DE SU RECONVENCIÓN

- 3.1 La Entidad ha deducido la excepción de caducidad contra las pretensiones formuladas por la demandante, indicando que ésta no observó la liquidación contenida en la Resolución Gerencial Regional N° 027-2010-GRL/GRI del 16 de febrero del 2010, dentro del plazo posterior de 15 días calendario de notificada, lo cual sucedió el 18 de febrero del 2010.
- 3.2 La excepción está, de alguna manera, vinculada con la reconvencción que ha interpuesto la Entidad, ya que se ha solicitado que se declare el consentimiento de su liquidación que consta en la Resolución Gerencial Regional N° 027-2010-GRL/GRI del 16 de febrero del 2010, por no haber sido observada dentro del plazo legal establecido en el artículo 119 del Reglamento aprobado por el D.S. 039-98-PCM.
- 3.3 Sobre este tema, el procedimiento establecido para la liquidación se encuentra consagrado en el artículo 119 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado de la siguiente forma:
- a- En primer término, el Contratista debe elaborar la Liquidación del Contrato, dentro del plazo de 30 días o 1/10 del plazo de ejecución de la obra, el que resulte más corto, contados desde el día siguiente de la recepción de la misma.
  - b- Seguidamente, la Entidad cuenta con igual plazo para pronunciarse sobre la liquidación presentada por el Contratista.
    - b.1 Si la Entidad no estuviera conforme con la liquidación practicará otra teniendo 10 días contados desde el vencimiento del plazo que tenía para pronunciarse.
    - c-Si la Entidad practicase la nueva liquidación, el Contratista cuenta con un plazo de 15 días para observarla, porque de lo contrario ésta quedará consentida.
  - c- De igual forma, una vez agotado este procedimiento por ambas partes, cualquiera de ellas se encontraba facultada para presentar su solicitud de conciliación y/o arbitraje para resolver la controversia surgida entre ellas respecto de la liquidación del Contrato de conformidad con lo señalado por el artículo 119 del Reglamento.
- 3.4 Tomado en cuenta ese marco, se aprecia que en el expediente arbitral aparece que la liquidación del SIMA IQUITOS fue presentada a la Entidad con la carta del 20 de enero del 2010.
- 3.5 La liquidación de la obra aprobada con Resolución Gerencial Regional N° 027-2010-GRL/GRI del 16 de febrero del 2010 fue notificada con carta 107-2010-GRL/GRI del 18 de febrero del 2010, es decir dentro de los 30 días posteriores a la presentación de la liquidación que elaboró la Contratista.



- 3.6 Con carta de fecha 25 de febrero del 2010, SIMA IQUITOS expresó que está disconforme con la Liquidación que consta en la Resolución Gerencial Regional N° 027-2010-GRL/GRI del 16 de febrero del 2010 y también somete a arbitraje la validez de la mencionada liquidación, indicando que más bien la que ella preparó resultaba la válida y exigible pues arrojaba un saldo a su favor de S/. 2'328,477.15 Nuevos Soles.

El SIMA IQUITOS, con la carta referida, ha presentado su observación a la liquidación de la Entidad (o, dicho en los términos de la Contratista, su disconformidad).

A criterio del Tribunal ello implica oponerse válidamente a la liquidación y también la ha efectuado dentro del plazo previsto en el citado artículo 119, es decir, dentro de los 15 días hábiles que señala ese artículo.

Por lo tanto, no ha quedado consentida la liquidación de la Entidad, siendo inaplicable para el presente caso el artículo 43 del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado en la parte que menciona la pertinencia de este plazo de caducidad.

En efecto, resulta evidente que el SIMA IQUITOS expresó su desacuerdo con la liquidación practicada por la Entidad, lo cual viene a constituir, a criterio de este Colegiado, una manifestación suficiente de voluntad (El artículo 141 del Código Civil versa sobre la manifestación de voluntad que puede ser expresa o tácita) para que la mencionada comunicación pueda considerarse como una observación válida.

Si bien es verdad que no se formula un análisis detallado o pormenorizado de cada uno de los rubros comprendidos en la liquidación de la Entidad, también es verdad que ese pronunciamiento resultaría innecesario, habida cuenta que la Contratista defiende la validez de su propia liquidación, oponiéndose a la que realizó la Entidad.

La formulación de observaciones por parte del Contratista respecto de la liquidación practicada por la Entidad, constituye una carga que ha sido impuesta por el artículo 119 del Reglamento con el fin de hacer explícita la controversia entre las partes respecto de la liquidación del Contrato de obra, la cual deberá ser dilucidada en un proceso arbitral.

En ese orden de ideas, debe considerarse que la condición se cumple siempre y cuando la comunicación que hubiese cursado el Contratista expresara de modo indubitable y claro su desacuerdo con la liquidación de la otra parte, lo que en el presente caso ha quedado verificado.

Este Tribunal entiende que la disconformidad formulada en los términos que aparecen en la carta del SIMA IQUITOS es suficiente para cumplir con la norma, pues las observaciones pueden ser pormenorizadas, complejas, sencillas y/o exiguas y, finalmente, esas condiciones, con sus virtudes o insuficiencias, no le quitan el efecto de que la observación efectuada oportunamente le priva a la liquidación de la contraparte el carácter de consentida que pudiese alcanzar por efecto de lo que dispone la ley.

En el caso, la liquidación practicada por la Entidad no está consentida debido a la carta del SIMA IQUITOS antes enunciada y, por otro lado, la oportunidad en que se inicia el

arbitraje tampoco podía ser cuestionada para los fines de que se ampare una excepción de caducidad.

El contrato culmina, en el caso de ejecución y consultoría de obras con la liquidación, según lo establece el artículo 43 de la acotada Ley, liquidación que obviamente debe estar consentida o amparada por la decisión de un Tribunal arbitral, lo que no ha sucedido en el presente caso, ya que la liquidación de la Entidad estaba objetada por la Contratista.

En ese contexto, no ha caducado la acción, por cuanto el arbitraje promovido por la Contratista se ha iniciado una vez surgida la controversia, razón por la cual no cabe pronunciarse a favor de una excepción de caducidad, pues el supuesto de hecho no corresponde a dicha figura procesal.

En efecto, la excepción de caducidad es deducida cuando el derecho de acción, en este caso, el arbitraje, es iniciado fuera del plazo establecido por una norma, no obstante en el caso bajo examen, consta que se solicitó el arbitraje una vez surgida la controversia.

Por lo tanto, se declara infundada la excepción de caducidad y de igual manera, la otra conclusión inevitable es que la reconvencción del GOREL orientada a que se declare consentida la liquidación del Contrato elaborada por la Entidad contenida en la Resolución Gerencial Regional N° 027-2010-GRL/GRI y notificada a la DEMANDANTE mediante carta N° 107-2010 GRL/GRI de fecha 18 de febrero de 2010, deviene en infundada.

#### **4-LA DECISIÓN SOBRE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS VINCULADOS CON LA RECONVENCIÓN**

Seguidamente, el Tribunal procede a examinar los otros puntos controvertidos vinculados con la reconvencción del GOREL, tales como:

##### **Segundo Punto controvertido**

*En caso se ampare el Primer Punto controvertido que el Tribunal Arbitral declare la nulidad y/o ineficacia de la liquidación presentada por la DEMANDANTE porque aquella contendría vicios y derechos no pactados en el contrato.*

##### **Tercer Punto controvertido**

*En caso se ampare el Primer Punto Controvertido que el Tribunal arbitral disponga la aplicación de la penalidad correspondiente a la DEMANDANTE por haber quedado consentida la liquidación presentada por el GOREL.*

Consecuente con lo indicado en los párrafos anteriores y considerando que las otras pretensiones de la Entidad transcritas tienen carácter accesorio, tal como lo revela la propia redacción empleada por el GOREL que evidencia la forma cómo se han planteado, el Tribunal Arbitral no puede ampararlas, siendo, por lo tanto, improcedentes.

si se realiza una interpretación contrario sensu de lo dispuesto por el artículo 87 del Código Procesal Civil ("... y es accesoria cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás.")

En ese sentido, el Tribunal señala que no corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia de la liquidación presentada por la DEMANDANTE, ya que se ha determinado previamente que la liquidación de la Entidad no tiene la calidad de consentida.

Igualmente, no corresponde aplicar la penalidad correspondiente a la DEMANDANTE tal como lo ha solicitado expresamente el GOREL por cuanto no ha quedado consentida la liquidación elaborada por dicha Entidad.

## 5-LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDANTE

El Tribunal considera que es posible resolver de manera conjunta estos puntos controvertidos, por cuanto están relacionados entre sí.

### Primer Punto controvertido

Si es procedente o no que el Tribunal declare válida y exigible la liquidación del Contrato remitida por ella, a través de carta JSI-2010-125 y notificada a GOREL el 20 de enero de 2010, la misma que arroja un saldo a favor de la DEMANDANTE de S/. 2'328,477.15 (Dos millones trescientos veintiocho mil cuatrocientos setenta y siete y 15/100 Nuevos Soles) más los intereses devengados.

### Segundo Punto controvertido

En caso se desestime el Primer Punto Controvertido que el Tribunal determine la Liquidación del Contrato.

### Tercer Punto controvertido

En caso que el Tribunal Arbitral considere que determinados metrados o adicionales reclamados por la DEMANDANTE no han sido objeto de autorización expresa, la parte solicita que sean aceptados y pagados como indemnización por enriquecimiento, debiendo determinar el monto real de los mismos.

Sobre este tema, es de considerar que mientras que SIMA IQUITOS elaboró una liquidación del contrato remitiéndola a la Entidad con fecha 20 de enero 2010, fijando un saldo a su favor de S/. 2'328,477.15 Nuevos Soles más los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, el Gobierno Regional de Loreto, elaboró su propia liquidación con un resultado según el cual, como consta en la Resolución Gerencial N° 027-2010-GRL se verifica un saldo en contra del Contratista de S/. 23,024.48.

En el Expediente Arbitral se ha practicado la Pericia que consta en el informe de fecha 24 de enero del 2012 elaborado por el Ingeniero Miguel Salinas Seminario, informe en el que se consigna que el saldo en contra del Contratista sería de S/. 318,801.09.

Tanto el SIMA IQUITOS como el Gobierno Regional de Loreto absolvieron el traslado de la pericia ejecutada, advirtiéndose que la primera de las nombradas observa el dictamen pericial con su escrito de fecha 1 de junio del 2012, reformulando el monto de su liquidación, de tal manera que según ese escrito, el saldo a su favor sería de S/. 1'651,309.14 Nuevos Soles y no de S/: 2'328,477.15 Nuevos Soles como inicialmente se estableció en su liquidación de contrato.

La entidad manifestó la conformidad con los términos de la pericia.

En ese orden de cosas, es menester examinar con detalle y profundidad los conceptos que deben incluirse en la liquidación de este contrato.

5.1 examinando la liquidación final del contrato que ha reformulado la demandante con su escrito de fecha 1 de junio del 2012, se verifica que existe coincidencia con el Peritaje en aspectos como los siguientes:

- Valorizaciones Contractuales pagadas: S/. 3'357,233.67
- Adelanto otorgado: 1'460,260.89
- Adelanto amortizado: 1'256,451.76

5.2 Por otro lado, se advierte que el Perito incorpora un penalidad de S/. 182'532.61 a cargo de la Demandante y no reconoce los demás conceptos reclamados por ésta, llegando el Perito a la conclusión de que existe un saldo en contra del Contratista de S/. 318,801.09.

5.3 El Cuadro que elaboró el Perito es el siguiente:

#### RESUMEN LIQUIDACIÓN FINAL SEGÚN PERITAJE

CONCEPTO	MONTO RECALCULADO S/.	MONTO PAGADO S/.	SALDO S/.
1-VALORIZACIONES CONTRACTUALES	3 357 233.67	3 357 233.67	0
2-REAJUSTES CONTRACTUALES	68 785.08	0	68 785.08
3-ADELANTO OTORGADO AMORTIZADO		1 460 260.89 1 256 451.76	-203 809.13
4-DEDUCCIÓN DE REAJUSTE POR ADELANTO	-1 244.43	0	-1 244.43
COSTO TOTAL			-136,268.48
PENALIDAD			-182,532.61
SALDO			S/. -318,801.09

5.4 De los gasto generales reclamados por la Demandante



La Demandante formula este reclamo porque básicamente sostiene que la Entidad ha incurrido en la demora en la recepción de la obra, indicando que se trata de 1035 días por Gastos Generales debido a que, según sostiene se suscitó una demora para recibir la obra, la cual a tenor de lo establecido en el Laudo Arbitral de fecha 12 de marzo del 2008, debió recepcionarse el 17 de junio del 2005.

En el mencionado Laudo se expresó en el Considerando **TRIGÉSIMO PRIMERO**: Que se ha comprobado que las observaciones sometidas a arbitraje, o fueron levantadas por el Contratista, o no correspondían ser ejecutadas en el marco del contrato o correspondían a deficiencias el Expediente Técnico; por lo que la Resolución del Contrato planteada por EL GOREL, resulta ineficaz, por cuanto el supuesto incumplimiento del Contratista en la subsanación de observaciones, no existió. En consecuencia la obra debe darse por recepcionada con fecha 17 de junio del 2005, fecha en que el Comité de Recepción formuló las observaciones que se han conocido en el presente proceso: razón por la cual el Tribunal Arbitral considera FUNDADA esta pretensión de SIMA IQUITOS SRLTDA.  
(...)

**Primero** Declara fundada la primera pretensión planteada por el SIMA IQUITOS SRLTDA En consecuencia se declara injustificada la Resolución del Contrato de Ejecución de la Obra "Construcción del Reservorio Elevado R-2 Punchana, dispuesta por el Gorel. Mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 923-2006-GRL-P de fecha 17 de julio del 2006, debiéndose en tal sentido DECLARAR resuelto el Contrato sin responsabilidad para el contratista; consecuentemente la obra debe darse por recepcionada con fecha 17 de junio del 2005, y proceder conforme lo dispone el artículo 119° del D.S. N° 039-98 PCM con la liquidación del contrato, para la cual el Contratista queda obligado a presentarla en el plazo y forma que dispone el mencionado Artículo, contando a partir del día siguiente a que el mencionado laudo quede consentido;

Entonces, en el Laudo Arbitral del 12 de marzo del 2008 se admite que esta situación de demora se produjo y que la misma resultaba imputable al GOREL.

El Perito manifestó en su informe pericial que el D.S 012-2001-PCM incluye ese supuesto de demora en la recepción de obra, por causa imputable a la Entidad y que esa situación genera una ampliación del plazo automática para el Contratista con sus gastos generales. Pero, agrega el Perito, que el D.S. 039/98-PCM aplicable al contrato, no prevé esa situación.

En efecto, manifestó:

**"Comentario del Perito:** EL SIMA IQUITOS considera (aproximadamente) que los 1035 días como el lapso de tiempo entre la fecha del laudo arbitral (12.03.2008) y la fecha en que el laudo señala que debió ser recepcionada la obra (17.06.2005) y que por este lapso le corresponden Mayores Gastos Generales.

Sin embargo de la lectura del artículo 118°.- Recepción de Obra del D.S. N° 039-98-PCM se verifica que este no hace mención alguna a un derecho del Contratista a una ampliación de Plazo por la demora de la Entidad en recepcionar la obra ni el derecho del Contratista a mayores gastos generales por tal demora.

Por lo tanto el Perito opina que, que si bien técnicamente el SIMA IQUITOS incurrió en gastos generales durante el tiempo que estuvo a su cargo la obra como gastos de guardiana, administración y otros que pueden haber incurrido (documentación que no obra en la revisada) más allá de eso el artículo 118° no establece que corresponden los mayores gastos generales reclamados por SIMA IQUITOS por la demora de la recepción de la obra."

El Tribunal considera que al darse un hecho de esa naturaleza cuando estaba vigente el Reglamento aludido, era pertinente que se resolviera la controversia conforme lo dispone el artículo 42 de la ley 23506, esto es, el pago de gastos generales en todo supuesto de ampliación de plazo.

En forma posterior al D.S. 039-98/PCM, el legislador quiso ser más preciso y consignó en los nuevos Reglamentos de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado que el supuesto de demora en la recepción de obra, por causa imputable a la Entidad, genera una ampliación del plazo automática para el Contratista con sus gastos generales. Sin embargo, eso no puede significar que antes, cuando estaba vigente ese D.S. no resultaba procedente o no se justificaba un pago de gastos generales y/o que el Contratista no tenía derecho a reclamarlo.

Lo cierto y concreto es que una situación en la que se verifica demora de la Entidad para recepcionar un obra, genera un perjuicio para el Contratista y resulta injusta tanto ahora como antes y, en cualquier circunstancia, de debía aplicar el artículo 42 de la Ley 23506 o, en todo caso, el artículo 1954 del Código Civil.

Tomando en cuenta lo consignado en el laudo arbitral si la obra debió recepcionarse el 17 de junio del 2005 existe un período en el que la obra se ha mantenido en custodia de la demandante.

En ese sentido, si se considera como punto de partida el 17 de junio del 2005 (fecha en la que debió ser recepcionada la obra acatando lo que se resolvió en el laudo arbitral del 12 de marzo del 2008) y como punto final esa última fecha: 12 de marzo del 2008, se obtienen los 1035 días considerados en la liquidación del SIMA IQUITOS.

Entonces, multiplicados esos 1035 días por el valor del gasto general diario, y aplicando a ese monto un factor del 0.40, obtenemos la cantidad de S/. 866,295 Nuevos Soles, que es la que corresponde ser pagada por concepto de gastos generales.

Es de puntualizar que ese factor de 0.40 es un valor de castigo asumido por la demandante, mismo que difiere del valor establecido por las partes en el Contrato celebrado entre ellas, ya que el porcentaje total que corresponde por gastos generales es del 20%, habiendo fijado el propio SIMA IQUITOS, en este caso, un monto menor como lo describe, en su escrito de demanda (página 8), valor que es aprobado por el Tribunal, por cuanto no puede resolver ultra petita.

#### 5.5 El reclamo del SIMA IQUITOS equivale a S/. 509,631.60 por los trabajos ejecutados y que están referidos a modificación de zapatas hincado de pilotes y modificación de la estructura del fuste de la cuba

En el contrato celebrado entre las partes se contempló que el reservorio debería ser instalado en la intersección de la calle Huáscar frente al pasaje Guepi, pero aquél fue desplazado a la esquina de las calles Huáscar y Las Castañas, a una distancia aproximada de 212m.

Al respecto, en la pericia practicada por el Ing. Seminario aparece lo siguiente cuando absuelve la pregunta tercera del pliego pericial:

**"Tercera Pregunta:** Determinar o no la procedencia de las partidas adicionales que alega la Demandante relacionadas al cambio de ubicación del reservorio.  
(...)

**"Comentarios del Perito**

De lo último señalado se verifica:

Los trabajos de denominados adicionales pro Reubicación del Reservorio R-2 fueron realmente ejecutados por el SIMA IQUITOS.

Tales trabajos por Reubicación del Reservorio R-2 consistieron en modificaciones estructurales y líneas de impulsión:

En la losa cimentación se consideró un radio exterior de 10.1125 mts. y un radio interior de 28875 mts, considerándose la losa con las mismas dimensiones de altura que e proyecto, en el rediseño ya nos consideró la losa interior de un espesor de 0.80 cm por el largo de 2.8875 mts; corriéndose el fierro así como la parte media de la losa de cimentación para el amarre de la estructura de la cabeza de los pilotes; el espesor del fuste variará a 0.325 cm en 2.75 m de altura (desde su nacimiento en la zapata hasta la altura del terreno natural; se varió diámetro de fierro de  $\frac{1}{2}$  "reforzamiento de 3 vigas de fondo de losa de cuba/viga circular de término de fuste, viga de arranque de fuste y la viga circular de nacimiento de la chimenea de la cuba; mayores longitudes de tuberías de red de impulsión (212 ml), red de aducción (212ml) y red de rebose (-54ml).

Los denominados trabajos adicionales por Reubicación del Reservorio R-2 fueron verificados en su ejecución por el Supervisor de la Obra (Consorcio Juan Marcos Flores & Ulises Irigoin, Asiento N° 182).

En el ACTA DE NEGOCIACIÓN ASISTIDA POR MUTUO ACUERDO PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA EJECUCIÓN DE LA OBRA "CONSTRUCCIÓN RESERVORIO ELEVADO R-2 PUNCHAN" del 24.10.2002 suscrita entre representantes del CTAR LORETO, SIMA IQUITOS Y CONSORCIO SUPERVISOR, se consignó entre otros:

"1. EL CTAR LORETO da conformidad a los trabajos ejecutados y referidos a las modificaciones del proyecto como son:

Modificación del diseño de las zapatas

Hincado de pilotes metálicos y tubulares

Modificación de la estructura del fuste de la cuba, trabajos que han resultados imposterables. Urgentes y necesarios llevarlos a cabo para la ejecución de las obras contractuales.

Quedando establecido que existe una parte no ejecutada consistente en mayor longitud de la línea de aducción e impulsión, así como la reducción de la línea de rebose o limpieza cuyos costos se encuentran comprendidos en el presupuesto reformulado aprobado conforme a la presente Acta.



2. Que conforme la cuantificación de la contratista en consideración a los mayores metrados ejecutados y por ejecutar, y al deductivo resultante de la comparación de los nuevos metrados con los del presupuestos de la obra. Los trabajos llevados a cabo tienen un presupuesto ascendente a la suma de Quinientos nueve mil seiscientos treinta y uno y 60/100 Nuevos Soles (S/. 509, 631.60) sin IGV que representa una incidencia contractual del 13.96%

3. EL CTAR LORETO teniendo en consideración los puntos 1) y 2) del presente acuerdo mutuo asume el compromiso de pago del monto que represente el presupuesto correspondiente ascendente a la suma de Quinientos nueve mil seiscientos treinta y uno y 60/100 Nuevos Soles (S/. 509,631.60) por los trabajos ejecutados y que están referidos a modificación de zapatas hincado de pilotes y modificación de la estructura del fuste de la cuba, los mismos que se encuentran ejecutados al 100% y de las partidas por ejecutar".

### Comentario del Perito

De lo señalado en el Punto 3 del Acta antes mencionada se verifica que el CTAR LORETO determinó que era procedente reconocer al SIMA IQUITOS la cantidad de S/. 509,631.60 por los trabajos ejecutados referidos a edificación de zapatas, hincado de pilotes y modificación de la estructura de fuste de la cuba.

Como manifiesta el Perito en otra parte de su dictamen, la Supervisión de obra certificó que efectivamente la reformulación del proyecto implicó nuevos estudios básicos de topografía y geotecnia y redefinición de los cálculos estructurales del reservorio, lo que derivó en la modificación del presupuesto con nuevas partidas del reservorio, modificación de partidas; nuevos metrados y remetrados y especificaciones técnicas, determinando como procedente el reconocimiento de un monto adicional (Addenda) de S/. 509,631.60.

Ahora, es cierto también que con Resolución Gerencial Regional N° 170-2002-CTAR LORETO/ 12 del 19 de abril del 2002 el CTAR Loreto resuelve que para el caso de la petición formulada por el SIMA IQUITOS con la Carta N° 050-2001-MAIR-SUP-R-2, los trabajos adicionales se han ejecutado sin la observancia de lo prescrito por la Ley y su Reglamento, por lo que deviene en improcedente la solicitud de la demandante.

El CTAR LORETO dejó sin efecto su propia decisión, soslayando que fue ella misma la que dispuso que la obra adicional se ejecutara, lo que demuestra que actuó en contra de sus actos iniciales, lo que no es amparable en el derecho.

Alejandro Borda en su obra La teoría de los actos propios (AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1998), hace un análisis de esta Teoría señalando que consiste un regla de derecho, derivada del principio general de la buena fe, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria respecto del propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto. Significa que debe exigirse a las partes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conducta perjudiciales, desestimado toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que -merced a tales actos anteriores- se ha suscitado en otro sujeto. Esto se sustenta en el hecho de que no sólo la buena fe sino también la seguridad jurídica se resentirían gravemente si pudiera lograr tutela judicial la conducta de quien, de alguna manera, traba una relación jurídica con otro y luego procura cancelar parcialmente sus consecuencias para aumentar su provecho.



Sostiene Luis Díez-Picazo y Ponce de León en su obra La doctrina de los propios actos, Editorial Bosch. (1963), que el fundamento de la sanción aplicada a la conducta contradictoria se encuentra en la necesidad de guardar una conducta coherente. Enseña este autor que cuando una persona ha suscitado en otra, con su conducta, una confianza fundada -conforme a la buena fe- en una determinada conducta futura (manteniendo un sentido objetivo deducido de la conducta anterior) no debe defraudar la confianza suscitada y resulta inadmisibile toda actuación incompatible con ella. Esto es, la confianza no se deposita en una apariencia jurídica (como lo sostiene Puig Brutau) sino en la obligación de comportarse coherentemente.

Por otro lado, se observa que en el dictamen pericial se afirma que el Presupuesto Adicional N° 01 por la suma de S/. 509,631.30 fue declarado improcedente por el laudo arbitral de fecha 11 de mayo del 2004 dictado por el Tribunal Arbitral que resolvió las controversias entre el GOREL y el SIMA IQUITOS y que tenían que ver con la aprobación de presupuestos adicionales, partidas deductivas, entre otros.

Las considerandos y la parte resolutive de un laudo, como de cualquier otra resolución, deben leerse de modo integrado y en ese sentido se aprecia que el Tercer párrafo de la página 38 del Laudo Arbitral referido se indica:

*"Está acreditada que la obra se inició y ejecutó, sin contar con un expediente técnico, documento necesario para la ejecución de una obra, y dentro de este contexto no es posible que de derecho se disponga la regularización de esta omisión".*

Ese mismo laudo arbitral, en el último párrafo de su página 38, cuando analiza el punto controvertido sobre aprobar los mayores metrados por la suma de S/. 1'828,672.98, menciona:

*"Respecto de este punto debe declararse infundado en tanto que no es el estado para reformular o aprobar nuevos presupuestos de obra; en su caso podrá sujetarse al procedimiento que sigue luego de la recepción de la obra que podrá ejecutar el Gobierno Regional de Loreto en función de las Especificaciones técnicas de la misma, determinando en ella qué mayores metrados se ejecutaron..."*

En el quinto párrafo de la página 39:

*"(4) Se den por aprobadas las partidas deductivas ascendentes a S/. 1'319,041.37. Este es otro aspecto que podrá definirse luego de la recepción y la determinación de los mayores metrados ejecutados en su caso; toda vez que no existen adicionales, sino solo mayores metrados ejecutados a juicio del tribunal."*

Se advierte, por lo tanto, que se Tribunal Arbitral presidido por el Dr. Alejandro Álvarez Pedroza hace un distinción entre lo que son las obras adicionales y lo que son solo mayores metrados. Precisa que la medición final y la determinación de los mayores y menores metrados ejecutados se hará luego de la recepción de la obra. Para ese Tribunal, en el caso de las obras adicionales, si se requirir un expediente adicional previo.

Siendo esto así, dicho Tribunal Arbitral no ha emitido una decisión que cierre las puertas de la pretensión de fondo del SIMA IQUITOS, por lo cual resulta procedente que esta empresa haya considerado y reclamado en la liquidación final los mayores metrados en cuestión.

ya que lo cierto es que los mismos de ejecutaron y que fueron verificados en cuanto a su ejecución por el Consorcio Ingenieros Juan Marcos Flores & Ulises Irigoin Cabrera.

Es de tener en cuenta que el contrato de obra es aquél por el cual una persona se obliga a realizar por otra un trabajo determinado, mediante una cantidad calculada según la importancia del trabajo.

El Código Civil lo define en el artículo 1771: Por el contrato de obra el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución.

#### **El Artículo 1781 trata de la Obra por pieza o medida.**

"El que se obliga a hacer una obra por pieza o medida tiene derecho a la verificación por partes y, en tal caso, a que se le pague en proporción a la obra realizada.

El pago hace presumir la aceptación de la parte de la obra realizada.

No produce a este efecto el desembolso de simples cantidades a cuenta ni el pago de valorizaciones por avance de obra convenida."

En el Contrato de obra según presupuesto, el precio puede fijarse por un presupuesto, lo que lo hace susceptible de variar, sobre todo, de aumentar, por la adhesión de nuevos detalles y de trabajos suplementarios. Puede decirse que también en este caso hay un precio fijo, pero artículo por artículo, y no globalmente: cada detalle de trabajo tiene su precio particular. El precio total que deberá pagarse dependerá de los trabajos realmente ejecutados y sólo podrá conocerse después de su ejecución; se fija con posterioridad.

En ese orden de ideas y teniendo en cuenta que el contrato materia de la controversia se celebró bajo el sistema de contratación de la obra a precios unitarios y teniendo en consideración lo dispuesto por el artículo 1781 del Código Civil, corresponde que se considere como parte integrante de la liquidación esa cantidad de S/. 509,631.60 Nuevos Soles.

#### **5.6 Penalidad aplicable por el GOREL**

El GOREL considera en su liquidación que procede el pago de una penalidad equivalente a S/. 182,532.61 debido a que, habiéndose iniciado la obra el 9 de julio de 2001, la misma debió concluir el 6 de marzo del 2002, advirtiéndose atraso, puesto que existían valorizaciones hasta el mes de diciembre del 2003, lo que le hace concluir que la obra concluyó con atraso. En ese sentido, sostiene que debe aplicarse el artículo 82 del D.S. 039-98. P.C.M. sobre penalidades.

Sobre este aspecto de la penalidad, el Perito ha señalado lo siguiente en su informe:

#### **"Comentario del Perito**

Por lo expuesto no ha sido posible para el Perito establecer con certeza cuál es la fecha de TERMINO DE OBRA para efectos de determinar los días de atraso en que incurre SIMA IQUITOS en concluir la obra a su cargo, presumiendo que esta concluyo en diciembre del 2003 fecha de Última Valorización de Avance de Obra (N° 21).

En este supuesto, siendo la fecha de FIN DE PLAZO en el 26.01.2000, el contratista SIMA IQUITOS excedió los plazos de la penalidad incurriendo en la penalidad máxima que establece el D.S. N° 039-98- PCM."

La demandante formuló sus respectivas observaciones en cuanto a este extremo del informe pericial, en los siguientes términos:

**"Quinta Pregunta:** Determinar la existencia o no de penalidades aplicables a la Demandante.

La pericia solamente ha mencionado que, como la Fecha de inicio de la obra fue el 09.jul.2001, fecha en que se designó y entró en funciones el Supervisor de la Obra, el plazo de ejecución debió concluir el 06.mar.2002. En ese contexto, como existieron valorizaciones hasta el mes de diciembre del 2003, se evidencia que la obra concluyó con atraso y por ello, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 82 del DSN° 039-98 PCM, corresponde la aplicación de penalidades.

Pero, el perito ha olvidado mencionar que precisamente este artículo del reglamento, ha previsto que la penalidad se genera automáticamente por cada día de atraso injustificado en la entrega de las prestaciones. Por tanto, para mencionar que es aplicable la penalidad pro atraso, lo primero que se ha debido determinar es si el Contratista INJUSTIFICADAMENTE NO TERMINABA LA OBRA. Y si se hubiera revisado esta excepción prevista en el Reglamento, habría encontrado que el Contratista no podía terminar la obra.

Y en ese escenario, podemos afirmar que la obra no se podía terminar porque habían elementos importantes como tableros eléctricos de control que no le correspondían adquirir y suministrar al Contratista, sino a la Entidad; tal situación se ha expuesto en nuestra demanda y obra en los documentos proporcionados al perito.

Estos hechos demuestran que había una justificación para que el Contratista no pudiera terminar la obra, por ello no es aplicable penalidad alguna.

El artículo 82 de D.S. 039.98-P.M sobre penalidades indica:

"De conformidad con lo establecido en el inciso a) del Artículo 41° de la Ley, las penalidades mínimas que se consideraran incorporadas en todos los contratos a falta de estipulación expresa, serán las siguientes:

1. Penalidad por mora: se genera automáticamente por cada día calendario de retraso injustificado en la entrega de las prestaciones hasta alcanzar el diez por ciento (10%) del monto total del contrato de acuerdo con la siguiente escala:

Cuando el plazo contractual:

- a) Sea hasta de 6 meses inclusive, cincuenta y seis por diez mil (56 por 10,000) del monto total del contrato;
- b) Sea mayor a 6 meses y hasta 1 año inclusive, veintiocho por diez mil (28 por 10,000) del monto total del contrato;
- c) Sea mayor a 1 año y hasta 2 años inclusive, catorce por diez mil (14 por 10,000) del monto total del contrato; y,
- d) Sea mayor a 2 años, siete por diez mil (7 por 10,000) del monto total del contrato.



Cuando por la naturaleza de la prestación esta pueda ser cumplida por etapas, las bases, podrán establecer que las penalidades se refieren a partes, tramos, ítems o prestaciones parciales.

En caso se llegase a cumplir el monto máximo de la penalidad por mora, la Entidad podrá resolver el contrato por incumplimiento.

2. Penalidad por incumplimiento del contrato diez por ciento (10%) del monto total del contrato. Esta penalidad se genera si la Entidad se ve obligada a resolver el contrato por incumplimiento, diferente de la demora en el cumplimiento de la prestación".

Entonces para determinar si se aplica este artículo es menester observar si el atraso que se imputa resultaba justificado o injustificado dependiendo de las circunstancias del caso en especial.

Es así que con Carta Notarial N° 047-2006-GRL-P, de fecha 03 de mayo del 2006, el Gobierno Regional de Loreto, ante el retraso en la subsanación de las observaciones y haberse excedido el plazo otorgado de acuerdo a ley, le concedió al SIMA IQUITOS un plazo improrrogable de 15 días a efectos de que cumpla en subsanar las observaciones formuladas por el comité de recepción.

Al considerar que con fecha 13 de junio del 2006, aún continuaban estas observaciones, decidió aplicar lo dispuesto en el Art. 118° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 039-98-PCM, que en su décimo párrafo prescribe: "Todo retraso en la subsanación de las observaciones que excede del plazo otorgado, se considera como demora para efectos de las penalidades que correspondan y podrá dar lugar a que la Entidad resuelva el contrato por incumplimiento. Las penalidades a que se refiere el presente Artículo podrán ser aplicadas hasta el tope señalado en la Ley, el presente Reglamento o el Contrato, según corresponda".

En esa orientación la Entidad decidió resolver totalmente el contrato suscrito entre las partes.

Este asunto fue sometido a decisión de un Tribunal Arbitral y se emitió el Laudo Arbitral de fecha 12 de marzo del 2008 en el que se amparó la primera pretensión planteada de SIMA IQUITOS, declarándose injustificada la Resolución de Contrato de Ejecución de la Obra.

Entre los considerandos que son pertinentes para resolver este punto se encuentran:

**"DECIMO OCTAVO:** Que apreciando dicho dictamen de modo crítico, el Colegiado acoge las consideraciones de la Pericia, recalcando que respecto a las observaciones vinculadas con la falta de terminación de conexiones en el Tablero de Distribución (Observación N° 1), no puede obligarse al Contratista a realizar tareas cuando no existe fluido eléctrico por no estar instalado el medidor y al no existir la acometida del concesionario de energía eléctrica y tratándose, además, de una situación de escasa importancia como lo señala el perito en su informe complementario.

(...)



**VIGESIMOTERCERO:** Que respecto a la falta de medidor de energía (Observación N° 6) el Perito ha demostrado la inexistencia de la obligación del SIMA IQUITOS SRLTDA como contratista para gestionar ante la empresa concesionaria del servicio de energía eléctrica la instalación del medidor, por lo que se concluye que esta no es una observación que corresponda levantar al contratista, habida cuenta que el artículo 50 de la Ley 26850 precisa que los contratistas están obligados a cumplir cabalmente con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada que han aportado adicionalmente en el curso del proceso de selección o en la formalización del contrato. Consecuentemente, no se le puede exigir aquello que no fue materia de su declaración de voluntad".

Contrastando lo expuesto anteriormente con lo que el Perito ha señalado sobre este punto, se verifica que en el Informe Pericial se han elaborado presunciones sobre la fecha de término de la obra y, en este caso, es necesario tomar en cuenta lo manifestado anteriormente que evidencia una serie de dificultades entre las partes que se han prolongado, incluso, hasta la recepción de la obra y que originaron que ésta recién se pretendiera llevar a cabo en el año 2005 y que, en ese entonces, se formularan observaciones que dieron lugar a la resolución del contrato de obra para que, finalmente, un Tribunal Arbitral, a través del laudo de fecha 12 de marzo del 2008 declaró inválida, determinando que la fecha de recepción tenía que ser el 17 de junio del 2005.

Por estas razones este Colegiado considera que la penalidad no debe aplicarse.

- 5.7 El Tribunal decide amparar entonces las observaciones que ha efectuado el SIMA IQUITOS cuando se refiere a los gastos generales derivados de la demora en la que incurrió la Entidad en la recepción de la obra y a los mayores metrados por la reubicación del Reservorio.

En el resto de conceptos que el SIMA IQUITOS reclama en su liquidación, el Tribunal se encuentra conforme con lo que el perito ha señalado en su Informe Pericial, por lo que no procede su reconocimiento.

- 5.8 Tomando en cuenta todo lo expresado, el Cuadro que recoge la liquidación del Contrato es el siguiente:

CONCEPTO	MONTO RECALCULADO S/.	MONTO PAGADO S/.	SALDO S/.
1-VALORIZACIONES CONTRACTUALES	3, 357, 233.67	3, 357, 233.67	0
2-REAJUSTES CONTRACTUALES	68 785.08	0	68 785.08
3-ADELANTO OTORGADO AMORTIZADO		1 460 260.89 1 256 451.76	-203 809.13

4-DEDUCCIÓN DE REAJUSTE POR ADELANTO	-1 244.43	0	-1 244.43
Mayores metrados	509, 631.60		509, 631.60
Gastos Generales	866, 295.00		866, 295.00
<b>SALDO</b>			<b>S/. 1' 239, 658.20</b>

A esa cantidad resultante se deberán añadir los intereses legales devengados.

- 5.9 Finalmente, considerando lo que se está resolviendo sobre la liquidación del contrato carece de objeto pronunciarse sobre el Tercer Punto controvertido, por ser una pretensión de carácter subordinada: "En caso que el Tribunal Arbitral considere que determinados metrados o adicionales reclamados por la DEMANDANTE no han sido objeto de autorización expresa, la parte solicita que sean aceptados y pagados como indemnización por enriquecimiento, debiendo determinar el monto real de los insumos".

**Cuarto Punto controvertido; si es procedente o no que el Tribunal Arbitral orden al GOREL a devolver a la DEMANDANTE las cartas fianzas emitidas por el Banco Continental por los adelantos de materiales concedidos, las cuales ascienden a S/. 203, 809.26 (Doscientos tres ochocientos nueve y 26/100 Nuevos Soles).**

Está debidamente probado que Sima Iquitos le ha entregado a la Entidad dos cartas Fianzas que ha emitido el Banco Continental, que son las siguientes: La N° 0011-0305-9800021974 por S/. S/. 93,659.08 y la N° 0011-0305-9800021982-08 por S/. 110,068.19.

Teniendo en cuenta lo que el Tribunal Arbitral está resolviendo sobre el monto resultante de la liquidación del Contrato y sobre a quién le favorece, entonces estas cartas fianzas que responderían por los adelantos para adquisición de materiales tienen que ser devueltos al SIMA IQUITOS, habida cuenta que se verifica un saldo a su favor conforme a lo señalado en los considerados anteriores.

En efecto, el Tribunal ha declarado que el monto real por concepto de liquidación de Contrato que debe ser pagado por la Entidad a favor del Contratista es de S/. 1'239,658.20 Nuevos Soles más intereses que correspondan hasta que se haga efectivo el pago reclamado.

Por lo tanto, el Tribunal declara fundada esta pretensión del SIMA IQUITOS y se ordena la devolución de las cartas fianzas mencionadas.

### 5-Sobre los costos del presente arbitraje

Que, en cuanto a costas y costos se refiere, los artículos 69, 70 y 73 de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, disponen que los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre los costos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio, y

que si el convenio no contiene pacto alguno, los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo.

Que los costos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones del Tribunal Arbitral y de los abogados de las partes; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral. Además el artículo 73° en su inciso primero establece que el laudo los árbitros se pronunciarán por su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo. Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones.

Que, en este sentido, el Tribunal Arbitral ha apreciado durante la prosecución del proceso que ambas partes han actuado, finalmente, basadas en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultaban atendibles, y que por ello, han litigado honestamente y convencidas de sus posiciones ante la controversia. Por consiguiente, considera que no corresponde condenar a ninguna de ellas al pago exclusivo de los gastos del proceso arbitral, es decir, cada parte debe asumir el 50 % de todas las costas y costos del presente proceso.

#### LAUDO:

**PRIMERO:** El Tribunal Arbitral declara Infundada la excepción de caducidad deducida por el Gobierno Regional de Loreto.

**SEGUNDO:** El Tribunal Arbitral decide que no es procedente declarar válida y exigible la liquidación del Contrato remitida por la DEMANDANTE, a través de carta JSI-2010-125 y notificada a GOREL el 20 de enero de 2010, la misma que arroja un saldo a favor de la DEMANDANTE de S/. 2'328,477.15 (Dos millones trescientos veintiocho mil cuatrocientos setenta y siete y 15/100 Nuevos Soles).

**TERCERO:** El Tribunal Arbitral determina que la Liquidación del Contrato se ajusta a los cálculos que se han detallado en los considerandos de este Laudo, verificándose un saldo a favor del Contratista de S/. 1'239,658.20 Nuevos Soles más intereses que correspondan hasta que se haga efectivo el pago reclamado.

**CUARTO:** El Tribunal Arbitral declara que carece de objeto pronunciarse sobre la tercera pretensión del SIMA IQUITOS, tomando en cuenta lo decidido anteriormente.

**QUINTO:** El Tribunal Arbitral declara que es procedente ordenar al GOREL que devuelva a la DEMANDANTE las cartas fianzas emitidas por el Banco Continental por los adelantos de materiales concedidos, las cuales ascienden a S/. 203,809.26 (Doscientos tres ochocientos nueve y 26/100 Nuevos Soles)

**SEXTO:** El Tribunal Arbitral declara que no es procedente que se declare consentida la liquidación del Contrato elaborada por el GOREL contenida en la Resolución Gerencial Regional N° 027-2010-GRL/GRI y notificada a la Demandante mediante carta N° 107-2010-GRL/GRI de fecha 18 de febrero de 2010.

**SÉTIMO:** Tribunal Arbitral declara que no procede que se declare la nulidad y/o ineficacia de la liquidación presentada por la DEMANDANTE.

**OCTAVO:** El Tribunal Arbitral declara que no corresponde aplicar la penalidad correspondiente a la Demandante tal como lo ha solicitado el GOREL.

**NOVENO:** Disponer que las partes cubran sus propios gastos y los gastos comunes, honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral, es decir costas y costos, en partes iguales.

Notifíquese a las partes.



**GUY FIGUEROA TACKOEN**  
Árbitro



**MIGUEL ANGEL SANTA CRUZ VITAL**  
Secretaría Arbitral