

EXPEDIENTE N° I 490-2012

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

**ARBITRAJE SEGUIDO POR
CONSORCIO COSAPI TRANSLEI CONTRA GOBIERNO REGIONAL DE
CAJAMARCA**

**TRIBUNAL ARBITRAL PRESIDIDO POR EL ABOGADO ROLANDO
EYZAGUIRRE MACCAN E INTEGRADO POR EL ABOGADO FERNANDO
CANTUARIAS SALAVERRY Y EL ABOGADO PAOLO DEL AGUILA RUÍZ DE
SOMOCURCIO**

RESOLUCIÓN N° 34
Lima, 24 de octubre del 2014

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

CONSORCIO COSAPI TRANSLEI, en adelante CONSORCIO, DEMANDANTE O CONTRATISTA, celebró el 05 de abril de 2006 con el GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA, en lo sucesivo ENTIDAD, DEMANDADO O GOBIERNO REGIONAL, el “Contrato para la Ejecución de la Obra: Mejoramiento a nivel de asfaltado de la carretera Cajamarca-Celendín-Balzas. Tramo Baños del Inca-La Encañada (Km.26+000). N° 04-2006 GR.CAJ”, en lo sucesivo el CONTRATO.

En la ejecución del referido contrato surgieron controversias entre las partes que se han sometido al presente arbitraje relativo a la liquidación del mismo.

Handwritten signatures of the parties involved in the arbitration, including the Consorcio COSAPI TRANSLEI, the Government of Cajamarca, and the Arbitral Tribunal members.

II. EL PROCESO ARBITRAL

II.1 INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y PROCEDIMIENTO ARBITRAL APLICABLE

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

Surgida la controversia entre las partes, CONSORCIO designó como árbitro al abogado Paolo del Águila Ruíz de Somocurcio. A su turno y dentro del plazo de ley, la ENTIDAD designó al abogado Fernando Cantuarias Salaverry como su árbitro.

Ambos árbitros se pusieron de acuerdo respecto del nombramiento del tercer miembro y Presidente del Tribunal Arbitral, nombramiento que recayó en el abogado Rolando Eyzaguirre Maccan.

Con fecha 25 de enero de 2013 se instaló el Tribunal Arbitral con presencia de las partes. En este acto se señalaron las reglas del proceso y se fijaron los anticipos de los árbitros y de la secretaría arbitral.

El Convenio Arbitral y la Competencia del Tribunal Arbitral

En la Cláusula Décimo Tercera del CONTRATO se dispuso, en la subcláusula 13.1 que cualquier controversia que surja desde la celebración del Contrato, se resolverá mediante los procedimientos de conciliación y/o arbitraje, con excepción de aquellas referidas en el artículo 23º de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley 27785 y demás que por su naturaleza sean excluidas por ley.

En la subcláusula 13.5 se estableció que los árbitros de común acuerdo fijarían las reglas bajo las cuales se realizará el arbitraje, pudiendo elegir las que correspondan a un Centro Arbitral, estableciendo las modificaciones que estimen pertinentes. En el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral se dispuso que, en aplicación del artículo 274º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, el presente arbitraje será AD HOC, NACIONAL y de DERECHO.

Procedimiento arbitral aplicable

Según lo establecido en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, el arbitraje se regirá de acuerdo a las reglas establecidas en dicha Acta; a lo dispuesto por el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante D.S. N° 083-2004-PCM, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM; y supletoriamente por el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje (en adelante el Decreto Legislativo).

En caso de insuficiencia de las reglas que anteceden o de vacíos normativos, el Tribunal Arbitral quedó facultado para resolver en forma definitiva del modo que considere apropiado.

II.2 CONSIDERACIONES PRELIMINARES

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

En lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en el presente proceso arbitral se ha actuado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43º de la Ley de Arbitraje, en el que se señala que:

"El Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios".

II.3 DEMANDA

Mediante escrito presentado el 26 de febrero de 2013, CONSORCIO interpuso su demanda, formulando las siguientes pretensiones:

PETITORIO

Que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad pagar a favor del Consorcio la suma de S/.191,001.21 (Ciento noventa y un mil uno y 21/100 Nuevos Soles), como consecuencia de la Liquidación Final del Contrato de Obra No. 04-2006-GR.CAJ, según se expone en la presente Demanda; más los intereses que correspondan hasta la fecha efectiva de pago.

Asimismo, solicitamos al Tribunal Arbitral ordene a la Entidad a realizar el pago de las costas y costos en que incurra el Consorcio como consecuencia del presente proceso arbitral.

II.4 OPOSICIÓN, EXCEPCIÓN, CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y RECONVENCIÓN

La ENTIDAD, con escrito presentado el 02 de abril de 2013, plantea oposición al arbitraje, formuló excepción de falta de legitimidad para obrar, contestó la demanda e interpuso reconvención.

Oposición

El GOBIERNO REGIONAL solicita que el Tribunal Arbitral determine el archivo del presente proceso debido a que la petición de arbitraje carece de valor legal y los actos administrativos relacionados con la liquidación no han sido cuestionados por el contratista.

Excepción de Falta de Legitimidad para Obrar

La ENTIDAD planteó una Excepción de Falta de Legitimidad para Obrar, puesto que para interponer la demanda arbitral se requiere contar con Poder Especial, siendo necesario que en el poder que se presenta consten las facultades especiales que le han sido otorgadas al apoderado del CONSORCIO, y en el poder adjuntado a la demanda, constan las facultades otorgadas al Sr. Fernando Valdez Torero, pero éstas corresponden a las otorgadas en relación al contrato denominado "Servicios de Gestión y Conservación vial por niveles de servicio de la carretera EMP. IN. CONOCOCHA-HUARAZ-CARAZ-MOLINOPAMPA Y EMP. 3N-CHIQUIAN-AQUI-EMP.3N", suscrito con PROVIAS, que no corresponde al celebrado entre las partes y que da origen a la presente controversia.

Contestación de la Demanda

GOBIERNO REGIONAL solicitó que sea declarada infundada, en todas las pretensiones demandadas, con la expresa condena de costos y costas.

Reconvención

Asimismo, mediante el mencionado escrito del 02 de abril del 2013, la ENTIDAD formuló reconvención en los siguientes términos:

PETITORIO

Primera Pretensión Principal:

Que, el Tribunal Arbitral determine la Liquidación del Contrato de Obra conforme a las Resoluciones N° 135 y 148-2012-GR.CAJ/GRI y la Carta S/N del Contratista de fecha 04/10/2012, debiendo incluir las obligaciones consignadas en los Laudos Arbitrales.

Segunda Pretensión Principal:

Que, el Tribunal Arbitral disponga que el Demandante indemnice a la Entidad la suma de S/. 2'904,962.07 Nuevos Soles, por concepto de Enriquecimiento Sin Causa, cuya suma debe ser adicionada a la Liquidación del Contrato.

Primera Pretensión Accesoria a la Segunda Pretensión Principal:

Que, en caso el Tribunal Arbitral no ampare la Segunda Pretensión Principal, que el Tribunal Arbitral declare que no corresponde el pago de mayores gastos generales por la Ampliación de Plazo N° 01 que asciende a la suma de S/. 1, 374,193.30 Nuevos Soles, y que fuera concedida mediante Laudo Arbitral, puesto que el período del 03/08/2006 al 19/10/2006 se encuentra comprendido en la ampliación de plazo N° 03 y los mayores gastos generales fueron objeto de renuncia.

Tercera Pretensión Principal:

Que, el Tribunal Arbitral declare que no corresponde pago de intereses legales por los gastos generales concedidos mediante Laudos Arbitrales y la devolución de los costos del Arbitraje que hubieran sido asumidos por el Demandante subrogando al Gobierno Regional de Cajamarca.

Cuarta Pretensión Principal:

Que, el Tribunal Arbitral declare que el Demandante asuma el íntegro de los costos arbitrales; lo cual incluye los gastos arbitrales, gastos de asesoramiento técnico-legal y otros que sean necesarios durante el arbitraje; cuya cuantía será determinada de manera oportuna; más el pago de intereses legales desde el 12/11/2012, fecha de inicio del arbitraje, hasta la fecha efectiva de pago.

II.5 CONTESTACIÓN DE LA OPOSICIÓN, DE LA EXCEPCIÓN, DE LA RECONVENCIÓN Y DEDUCE EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA

CONSORCIO, con escrito presentado el 26 de abril de 2013, se pronunció sobre la oposición al arbitraje y la excepción de falta de legitimidad para obrar, solicitando sean declaradas, respectivamente, infundadas e improcedentes.

A su vez, mediante escrito presentado el 09 de mayo de 2013, el DEMANDANTE contesta la reconvención solicitando se declaran improcedentes la primera, segunda y tercera pretensiones principales de la reconvención e infundada la cuarta.

Asimismo, con el escrito presentado el 09 de mayo de 2013, CONSORCIO formula Excepción de Cosa Juzgada, pues entiende que la controversia referida al otorgamiento de las ampliaciones de plazo 1, 5, 7, 9 y 10, así como el

correspondiente pago de sus gastos generales ya fueron resueltas, por lo que no es posible jurídicamente que se discuta en este arbitraje la procedencia del pago de tales gastos generales.

II.6 ARGUMENTACION ADICIONAL A LA DEMANDA Y CONTESTACIÓN DE LA RECONVENCIÓN QUE SE DEBE TENER EN CUENTA EN LO QUE CONVENGA AL DERECHO DE CONSORCIO

El Tribunal Arbitral deja constancia que al realizar el análisis del presente laudo está teniendo en cuenta, todos y cada uno de los escritos presentados por CONSORCIO a lo largo del presente proceso.

II.7 ARGUMENTACION ADICIONAL A LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y RECONVENCIÓN QUE SE DEBE TENER EN CUENTA EN LO QUE CONVENGA AL DERECHO DE LA ENTIDAD

El Tribunal Arbitral deja constancia que al realizar el análisis del presente laudo está teniendo en cuenta, todos y cada uno de los escritos presentados por la ENTIDAD a lo largo del presente proceso.

II.8 ACUMULACIÓN DE CONTROVERSIA Y DESESTIMIEMTO

Con escrito presentado el 09 de mayo de 2013, el DEMANDANTE solicitó la acumulación de la siguiente controversia:

Segunda Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral declare que la liquidación final practicada por la Entidad con fecha 19 de octubre de 2012, no ha quedado consentida ni ha sido aceptada por el Consorcio, al haberse objetado mediante Carta s/n del 4 de octubre de 2012, de acuerdo al artículo 269º del RLCE

Mediante Resolución N° 06 de fecha 17 de mayo de 2013, el Tribunal declaró procedente la solicitud de acumulación de controversia presentada por el CONSORCIO. Contra dicha Resolución, la Entidad interpuso reconsideración, que fue desestimada por el Tribunal por Resolución N° 07 de fecha 01 de julio de 2013.

Asimismo, a través de escrito presentado el 23 de diciembre de 2013, CONSORCIO se desistió de la primera pretensión principal de la demanda y solicitó la acumulación de las siguientes pretensiones:

Tercera Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral declare que el Gobierno Regional de Cajamarca no puede realizar unilateralmente un descuento del monto de S/. 494.265.15 al Consorcio, por concepto de "refacción de obras por vicios ocultos y/o defectos de construcción", y en consecuencia deje sin efecto el descuento realizado por dicho concepto en la liquidación.

Cuarta Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral establezca que el Consorcio no adeuda al Gobierno Regional de Cajamarca monto alguno como consecuencia de la liquidación final del Contrato.

Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal: Que en caso, el Tribunal Arbitral considere que el Consorcio adeuda monto alguno a la Entidad como resultado de la liquidación final del Contrato, ordene que dicho monto se compense con los gastos generales derivados de los laudos, cuyo pago se está tramitando en los procesos de ejecución.

Quinta Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral ordene al Gobierno Regional de Cajamarca la devolución de la carta fianza que fue otorgada por el Consorcio, por concepto de garantía de fiel cumplimiento.

Mediante Resolución N° 26 de fecha 8 de enero de 2014, el Tribunal declaró procedente la solicitud de modificación de la demanda presentada por CONSORCIO y se le tuvo por desistido de la primera pretensión principal de su demanda. Igualmente, con dicha resolución se declaró procedente la solicitud de acumulación de pretensiones presentada.

Con escrito presentado el 13 de febrero de 2014, la Entidad contestó la acumulación de pretensiones, solicitando se declaren infundadas éstas.

II.9 DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

En la audiencia realizada el 20 de agosto de 2013, se estableció que la oposición al arbitraje propuesta por el GOBIERNO REGIONAL y las excepciones de cosa juzgada propuestas por el CONSORCIO, serán resueltas con el laudo. Para el caso de la excepción de falta de legitimidad para obrar propuesta por la ENTIDAD, se acordó que ésta sería resuelta en el plazo de 15 días hábiles.

Si bien en la mencionada audiencia se fijaron originalmente los puntos controvertidos, habida cuenta las acumulaciones y el desistimiento solicitado por el CONSORCIO mediante su escrito del 23 de diciembre de 2013, conforme a la Resolución N° 28 de fecha 17 de marzo de 2014, el Tribunal estableció los siguientes puntos controvertidos:

•En caso que el Tribunal Arbitral declare infundada la oposición al arbitraje y la excepción de falta de legitimidad para obrar propuestas por el GOBIERNO REGIONAL, se pronunciará sobre lo siguiente:

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que la liquidación practicada por la Entidad, con fecha 19 de octubre de 2012, no ha quedado consentida ni ha sido aceptada por el Consorcio al haberse objetado mediante carta s/n del 4 de octubre de 2012, de acuerdo al artículo 269º del RLCE.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que el Gobierno Regional de Cajamarca no puede realizar unilateralmente un descuento del monto de S/. 494,265.15 al Consorcio, por concepto de "refacción de obras por vicios ocultos y/o defectos de construcción", y en consecuencia deje sin efecto el descuento realizado por dicho concepto en la liquidación.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral establezca que el Consorcio no adeuda al Gobierno Regional de Cajamarca monto alguno como consecuencia de la liquidación final del Contrato.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no que en caso que el Tribunal Arbitral considere que el Consorcio adeuda monto alguno a la Entidad como resultado de la liquidación final del Contrato, ordene que dicho monto se compense con los gastos generales derivados de los laudos, cuyo pago se está tramitando en los procesos de ejecución.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al Gobierno Regional de Cajamarca la devolución de la carta fianza que fue otorgada por el Consorcio, por concepto de garantía de fiel cumplimiento.

• En caso que el Tribunal Arbitral declare infundada la excepción de cosa juzgada deducida por el CONSORCIO, se pronunciará sobre lo siguiente:

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO: PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL DE LA RECONVENCION: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral establezca la liquidación del contrato conforme a las Resoluciones N° 135 y 148-2012-GR.CA/GRI y la carta S/N del contratista de fecha 04.10.2012, debiendo incluir las obligaciones consignadas en el laudo.

SETIMO PUNTO CONTROVERTIDO: SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL DE LA RECONVENCION: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral disponga que el demandante indemnice a la entidad con la suma de S/. 2'904,962.07 Nuevos Soles por concepto de enriquecimiento sin causa, cuya suma debe ser adicionada a la liquidación del contrato.

OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO: PRIMERA PRETENSION ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL DE LA RECONVENCION: Determinar en caso que el Tribunal Arbitral no ampare la segunda pretension principal si corresponde que se declare que no corresponde el pago de mayores gastos generales por la ampliación del plazo N° 01 que asciende a la suma de S/. 1'374,193.30 Nuevos Soles y que fuera concedida mediante laudo arbitral, puesto que el periodo del 03.08.2006 al 19.10.2006 se encuentra comprendido en la ampliación de plazo N° 03 y los mayores gastos generales fueron objeto de renuncia.

NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO: TERCERA PRETENSION PRINCIPAL DE LA RECONVENCION: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral establezca que no corresponde el pago de intereses legales por los gastos generales concedidos mediante laudos arbitrales y la devolución de los costos del arbitraje que hubieran sido asumidos por el demandante subrogando al Gobierno Regional de Cajamarca.

DECIMO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde establecer la condena de costos y costas del proceso y en su caso a quien corresponde el pago de los mismos.

Mediante Resolución N° 14 de fecha 10 de septiembre de 2014, el Tribunal Arbitral declaró infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar propuesto por la ENTIDAD.

II.10 MEDIOS PROBATORIOS

En la audiencia realizada el 20 de agosto de 2013, el Tribunal Arbitral procedió a admitir las siguientes pruebas:

Pruebas presentadas por parte de CONSORCIO:

- Se admiten los documentos ofrecidos como medios probatorios en su escrito de demanda, presentados como anexos 1-B al 1-G.
- Asimismo, se admiten los documentos presentados en su escrito de contestación de la reconvención presentados como anexos 4-A a 4-F.

Pruebas presentadas por parte de la ENTIDAD:

- Se admiten los medios probatorios ofrecidos en su escrito de oposición al arbitraje, excepción de falta de legitimidad para obrar, contestación de demanda y reconvención, presentados como anexos 1-B al 1-M.

Mediante Resolución N° 15, se declaró infundada la tacha contra el informe técnico N° 016.MMS-2013 y mediante Resolución N° 16, fue admitido como medio probatorio.

En relación a los medios probatorios ofrecidos por las partes y sobre la base del principio de la amplitud de la prueba que se aplica en todo procedimiento arbitral, este Tribunal Arbitral deja constancia que no se ha generado nulidad alguna en el presente proceso arbitral, que se han actuado todos los medios probatorios presentados, incluidos los presentados con posterioridad a la realización de la Audiencia de fecha 20 de agosto de 2013 donde las partes establecieron los puntos controvertidos, los que han sido evaluados en su integridad por este Tribunal Arbitral.

II.11 AUDIENCIAS DE ILUSTRACIÓN

Previamente al inicio de la audiencia realizada el 20 de agosto de 2013, se otorgó el uso de la palabra a cada parte a efectos que manifestaran lo conveniente a su derecho en relación a la oposición al arbitraje y la excepción de falta de legitimidad para obrar formuladas por la ENTIDAD, así como, sobre la excepción de cosa juzgada deducida por el CONSORCIO.

Con fecha 09 de octubre de 2013 se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración de Hechos, donde las partes presentaron su caso sustentando su posición respecto de las materias de pronunciamiento en el presente arbitraje, así como describieron los medios probatorios ofrecidos, y absolvieron las preguntas formuladas por los árbitros y de los abogados de las partes.

II.12 ALEGATOS

Mediante escrito presentado con fecha 26 de marzo de 2014, el CONSORCIO presentó sus alegatos y solicitó que se le conceda el uso de la palabra.

Con fecha 27 de marzo de 2014, GOBIERNO REGIONAL cumplió con presentar sus alegatos por escrito y también solicitó que se señale fecha para la realización de audiencia de informes orales.

La Audiencia de Informes Orales se llevó a cabo el 01 de agosto de 2014, concurriendo ambas partes.

II.13 PLAZO PARA LAUDAR

A través de la Resolución N° 31, se informó a las partes que el laudo sería emitido en el plazo de 45 días útiles.

Mediante Resolución N° 33, se amplió el plazo para la emisión del laudo por 30 días hábiles adicionales, los que empezaron a contarse desde el día siguiente hábil del vencimiento del plazo original, por lo que el mismo vencerá el 4 de noviembre de 2014.

II.14 COSTOS DEL ARBITRAJE

En el acta de instalación se estableció como honorarios de los árbitros la suma neta de S/. 7,000.00 nuevos soles y del Secretario la suma neta de S/ 3,500.00 nuevos soles, lo que hace un total de S/. 24,500.00 nuevos soles netos.

El contratista ha asumido el pago de la totalidad de los honorarios establecidos.

III. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

A continuación corresponde emitir el pronunciamiento del Tribunal Arbitral respecto a las pretensiones formuladas en el presente proceso arbitral, evaluando cada uno de los Puntos Controvertidos fijados conforme a la Resolución N° 28 de fecha 17 de marzo de 2014.

DECLARACIÓN PREVIA

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes y con la Ley de la materia, al que las partes se sometieron de manera incondicional; (ii) que en momento alguno se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral, ni las partes presentaron recusación contra los árbitros; (iii) que CONSORCIO presentó su demanda y ejerció plenamente su derecho de acción; (iv) que la ENTIDAD fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa, así como de acción al formular reconvención; (v) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente; y, (vi) que, este Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos legales y acordados con las partes durante el proceso arbitral.

En consecuencia, habiéndose cumplido con los presupuestos procesales y no existiendo vicio alguno al respecto que afecte la validez del proceso, el cual se ha desarrollado cumpliendo todas sus etapas, el Tribunal emite el Laudo correspondiente conforme a los siguientes términos.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

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

En lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en el presente proceso arbitral se ha actuado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43º de la Ley de Arbitraje, en el que se señala que:

"El Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios".

Consecuentemente, corresponde que el Colegiado emitirá su pronunciamiento analizando de manera conjunta las pretensiones y materias de pronunciamiento.

DEFENSAS PREVIAS DE LAS PARTES

OPOSICIÓN AL ARBITRAJE

POSICIÓN DEL GOBIERNO REGIONAL

La ENTIDAD solicita el archivo del proceso, debido a que considera que la petición de arbitraje carece de valor legal y los actos administrativos relacionados con la liquidación no han sido cuestionados por el CONTRATISTA.

Sostiene que la petición de arbitraje no cumple con algunos de los requisitos establecidos en el Artículo 276º del Reglamento, como son que contenga indicación del Convenio Arbitral, designación del árbitro, sucinta referencia a la controversia y la cuantía de la controversia. Detalla que la solicitud contenida en la Carta S/N del 12 de noviembre de 2012, no indica la controversia a resolver, ni

menos las pretensiones que serían sometidas a la competencia del Tribunal Arbitral; así como también, no ha señalado la cuantía de la controversia; por lo que, queda demostrado que la petición del demandante al no cumplir con los requisitos exigidos, deviene en improcedente y como tal, carece de valor legal.

Agrega que, en la demanda arbitral no existe ninguna pretensión que cuestione los actos administrativos emitidos por el Gobierno Regional de Cajamarca y que estén relacionados con la liquidación del CONTRATO, como son: la Resolución N° 135-2012-GR.CAJ/GRI y la Resolución N° 148-2012-GR.CAJ/GRI, que son válidas y eficaces en todos sus extremos. Por esa situación, para el GOBIERNO REGIONAL al no existir cuestionamiento, el Tribunal no puede pronunciarse sobre el fondo de la liquidación, tal como pretende el DEMANDANTE, puesto que en caso ello ocurra, para la ENTIDAD se estaría ante un imposible jurídico, ya que de una parte existirían actos administrativos válidos y eficaces y de otra parte existiría un laudo que se pronuncia sobre el fondo de la liquidación.

POSICIÓN DEL CONSORCIO

Precisa que las solicitudes de arbitraje deben efectuarse por escrito y contener la indicación y/o referencia al convenio arbitral, la designación del árbitro de parte (de corresponder), y una breve descripción de la controversia y su cuantía.

Alega que en su petición arbitral (i) explicó en qué consiste la controversia y además expuso sucintamente los antecedentes de ésta, (ii) identificó e incluso citó textualmente la cláusula arbitral, la misma que se encuentra contenida en el contrato que se adjuntó como anexo, y (iii) designó como su árbitro de parte al Dr. Paolo del Aguila.

Aclara que si bien es cierto, no se incluyó dentro de la petición arbitral un acápite en el que se indicó expresamente la cuantía de la controversia, ésta fue precisada mediante escrito s/n presentado por el CONSORCIO a la Dirección de Arbitraje del OSCE el 02 de enero de 2013.

Considera que su petición arbitral sí cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 276º del RLCE, al indicar la materia controvertida, la cláusula arbitral y al haber incluido la designación del árbitro de parte. Además, se precisó posteriormente a cuánto ascendía la materia controvertida en este arbitraje.

Repara que el artículo 276º del RLCE no sancionó con nulidad la inobservancia de cualquiera de los requisitos allí mencionados, ni la LCE ni el RLCE regulan los requisitos de validez o las causales que acarrearían la nulidad de las peticiones arbitrales. Asimismo, la Ley de Arbitraje tampoco ha regulado nada al respecto.

Advierte que la petición arbitral contiene la manifestación de voluntad del CONSORCIO de iniciar un arbitraje, en el cual se dirima la controversia derivada de la liquidación del CONTRATO. Es decir, tiene por finalidad crear una nueva

relación jurídica con la ENTIDAD, dentro de los plazos establecidos en la LCE y el RLCE.

Considera que su sola presentación, siempre que se esté frente a un convenio arbitral celebrado válidamente, despliega efectos jurídicos, pues a partir de allí se tiene por iniciado el arbitraje. En consecuencia, la petición arbitral constituye un acto jurídico. En ese sentido, y a efectos de analizar su validez, se debe tener en cuenta el artículo 140º del Código Civil, que define el acto jurídico e identifica sus elementos de validez. Éstos son cuatro: (i) agente capaz, (ii) objeto física y jurídicamente posible, (iii) fin lícito, y (iv) observancia de la forma prescrita, bajo sanción de nulidad.

Destaca que en relación con los tres primeros requisitos no se ha presentado ninguna objeción de parte de la Procuraduría, siendo que el cuestionamiento está referido al cuarto requisito, la observancia de la forma prescrita en el artículo 276 del RLCE.

Puntualiza que la forma de los actos jurídicos sólo constituye requisito de validez, cuando su inobservancia ha sido sancionada con nulidad. Es en esa línea que el artículo 144º del Código Civil refiere que: "*cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo medio de prueba de la existencia del acto*".

En consecuencia, para esta parte lo cierto es que el legislador no ha sancionado con nulidad alguna la inobservancia de la forma contenida en el artículo 276º de la RLCE. Por eso, concluye que el no haber indicado expresamente la cuantía de la controversia no acarrea la nulidad de su petición arbitral.

Añade que, la validez de la petición arbitral no solo queda acreditada por los fundamentos antes expuestos que parten de entender a la petición arbitral como un acto jurídico, sino que, incluso, en el supuesto que se la entendiera como un acto procesal (posición que CONSORCIO no comparte) ésta continuaría siendo válida, conforme el artículo 171º del Código Procesal Civil:

"Cuando la ley prescribe formalidad determinada sin sanción de nulidad para la realización de un acto procesal, éste será válido si habiéndose realizado de otro modo, ha cumplido su propósito".

Asimismo, CONSORCIO manifiesta que cuestionó los actos administrativos relacionados con la liquidación del Contrato.

Anota que ha objetado la liquidación de la obra dentro de los quince días que el RLCE establece para estos efectos, como consta en la carta notarial del 3 de octubre de 2012.

Además, repara en que, la Entidad aprobó la liquidación final de la obra el 18 de octubre de 2012, y al no estar conforme con dicha decisión, en estricta aplicación de lo dispuesto en los artículos 269º y 270º del RLCE, solicitó el inicio del arbitraje.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL

En esta materia en controversia, el Tribunal aprecia que la oposición se sustenta en dos argumentos, el primero referido a la validez y eficacia de la petición arbitral, y el segundo a la falta de pretensión en la demanda arbitral que cuestione los actos administrativos emitidos por el Gobierno Regional de Cajamarca y que estén relacionados con la liquidación del CONTRATO, como son: la Resolución N° 135-2012-GR.CAJ/GRI y la Resolución N° 148-2012-GR.CAJ/GRI.

Sobre el primer extremo, el Tribunal concuerda con la posición del DEMANDANTE en el sentido, que ni la Ley de Arbitraje ni la LCE establecen requisitos para la petición arbitral cuya inobservancia acarrería la ineficacia de ésta, para dar inicio a las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia.

En efecto, el artículo 276º del RLCE no sanciona con nulidad la omisión de los contenidos que hace referencia dicho artículo para la solicitud de arbitraje, ni dispone como sanción el término de las actuaciones en caso no se realice la subsanación de las eventuales omisiones.

Sin perjuicio de ello, en el presente caso el Colegiado ha verificado que la petición de arbitraje presentada por el CONSORCIO con carta de fecha 9 de noviembre de 2012, contiene una sucinta referencia a la materia controvertida, al convenio arbitral y a la designación del árbitro de parte. Igualmente, mediante escrito presentado el 02 de enero del 2013 a la Dirección de Arbitraje del OSCE, el CONSORCIO subsanó su solicitud de instalación haciendo mención a la cuantía de la controversia, de la siguiente manera:

"...habiendo sido notificados el 27 de diciembre de 2012 del Oficio 6510-2012-OSCE/DAA en el cual nos solicitan que indiquemos de manera expresa el monto de la controversia a que se refiere nuestra Solicitud de Instalación de Tribunal Arbitral presentada el 18.12.2012, manifestamos que el monto que legalmente aún se encuentra controvertido derivado de la liquidación final del Contrato N° 04-2006-GR.CAJ asciende (referencialmente) a S/.494,265.15, monto que la Entidad pretende imputarnos en la liquidación final por supuestos daños derivados de la refacción de supuestos vicios ocultos en la obra".

En ese sentido, si bien es cierto que la petición de arbitraje de fecha 09 de noviembre de 2012 omitió una referencia a la cuantía de la controversia, dicha omisión fue subsanada, por lo que, a juicio de este Colegiado, no cabe observar la eficacia de la solicitud arbitral como un medio válido de la parte DEMANDANTE de dar inicio al sometimiento de la controversia a arbitraje.

Afirmar lo contrario implicaría aceptar que requisitos previstos en el artículo 276º del RLCE son insubsanables, lo que contraviene el principio “favor arbitri” que consagra la Ley de Arbitraje, en virtud del cual se debe privilegiar la declaración de voluntad de una parte de hacer valer el acuerdo arbitral entre las partes para someter una controversia, por encima de cualquier requisito formal.

En cuanto al segundo extremo, el Colegiado no comparte la posición de la ENTIDAD, por cuanto en la Demanda se verifica que el CONSORCIO sí ha cuestionado los mencionados actos administrativos. Así, al explicar la controversia sobre la que versa el arbitraje, el DEMANDANTE expresa lo siguiente:

“La contratista señala que la controversia surge a raíz de que, la Entidad, con fecha 18 de octubre de 2012, mediante Resolución 148-2012-GR.CAJ/GRI, adjunta al Oficio No. 4252-2012-GR.CAJ/GRC-SG, aprobó la Liquidación Final de la obra “Rehabilitación y Mejoramiento Carretera Cajamarca-Celendín-Balsas-Tramos Baños del Inca-La Encalada (KM. 26 + 000)” y fijó como saldo a su favor la suma de S/. 484,448.64 (Cuatrocientos Ochenta y Cuatro Mil Cuatrocientos Cuarenta y Ocho con 64/100 Nuevos Soles).

La contratista se encuentra en desacuerdo con dicha Liquidación Final, por lo cual oportunamente efectuó las observaciones correspondientes, no siendo acogidas por ésta dichas observaciones.

Las controversias centrales que derivan de las diferencias entre las posiciones del Consorcio y la Entidad se centran en los siguientes puntos:

(i) Error de cálculo en los reajustes de las valorizaciones, que no han sido calculados de conformidad con el Decreto Supremo No. 011-79-VC, ya que previamente ha dicho cálculo se le había deducido las amortizaciones del adelanto directo. La contratista señala que es un tema esencialmente técnico y de cálculo, cuya determinación es básicamente pericial; por lo que consideran no tiene mayores problemas jurídicos.

(ii) La imposición unilateral por parte de la Entidad de un cobro contra el Consorcio derivado de supuestos “vicios ocultos” aparecidos en la carretera tiempo después de que esta fuera entregada. El Consorcio rechaza responsabilidad sobre tales supuestos “defectos”, y a su vez cuestiona la forma

unilateral como se pretende efectuar el cobro, controversia que a su entender sí presenta problemas jurídicos".

Como puede apreciarse la "causa petendi", esto es el fundamento del petitorio de la pretensión es la discrepancia del CONTRATISTA respecto de la Liquidación de Obra aprobada por la ENTIDAD mediante la Resolución 148-2012-GR.CAJ/GRI.

Para el Tribunal es incuestionable que el objeto de la controversia entre las partes es determinar los conceptos que conforman la Liquidación de la Obra, por ende la resolución de esta controversia mediante el presente Laudo, implica que el Tribunal emita un pronunciamiento que conlleva declarar qué conceptos deben formar parte de la Liquidación de Obra.

En ese sentido, deviene en incorrecta la interpretación de la ENTIDAD respecto a que no existiría en la demanda cuestionamiento a los actos administrativos emitidos por el GOBIERNO REGIONAL mediante los cuales se pronuncia sobre la Liquidación de la Obra. Ello porque no se puede leer una pretensión del petitorio sin su correlativa "causa petendi". Ésta está conformada por los motivos que originan el ejercicio de una acción, los cuales se califican en los supuestos de hecho previstos en el ordenamiento jurídico, cuyas consecuencias jurídicas son el fundamento del petitorio del proceso. Así, la "causa de pedir" es el título o fundamento de la pretensión procesal que se formula en la demanda y que constituye uno de los elementos básicos de la reclamación en sede arbitral que formula el DEMANDANTE.

En el presente caso, los supuestos de hecho son los previstos en el artículo 269° del RLCE, en virtud del cual, ante la existencia de una Liquidación de la Obra elaborada por la ENTIDAD que ha sido observada por el CONSORCIO dentro del plazo establecido en dicho artículo, queda habilitada la vía de someter la discrepancia respecto a la liquidación como controversia a arbitraje.

En un primer momento, al interponer su Demanda, el CONSORCIO formuló como primera pretensión que se ordene a la ENTIDAD pagar un saldo a su favor como consecuencia de la Liquidación Final del CONTRATO. Posteriormente, mediante escrito 3 de fecha 09 de mayo de 2013, al amparo de lo previsto en el artículo 287° del RLCE acumuló al proceso como controversia una segunda pretensión principal, para que se declare que la Liquidación Final practicada por la ENTIDAD no ha quedado consentida ni ha sido aceptada por el CONSORCIO, al haberse objetado mediante Carta s/n del 4 de octubre de 2012. Finalmente, con escrito 10 del 23 de diciembre de 2013, acumula una tercera, cuarta y quinta pretensión principal.

Todas esas pretensiones, tienen como "causa de pedir", la discrepancia entre las partes respecto a los conceptos que deben conformar la Liquidación Final de la Obra.

Consecuentemente, verificando que la petición arbitral resulta plenamente eficaz y comprobándose que con la demanda el CONSORCIO cuestiona los actos administrativos emitidos por la ENTIDAD y que estén relacionados con la Liquidación Final de la Obra, este Tribunal tiene la convicción racional que la oposición al arbitraje formulada por el GOBIERNO REGIONAL debe declararse INFUNDADA.

EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA

POSICIÓN DEL CONSORCIO

Mediante escrito de fecha 9 de mayo de 2013, al contestar la reconvención, el CONSORCIO interpone excepción de cosa juzgada sobre la primera pretensión principal, la segunda pretensión principal y su accesoria, así como sobre la tercera pretensión principal de la reconvención, por lo que solicita se declaren improcedentes.

El contratista precisa que no tiene objeción que se incluya dentro de la liquidación del Contrato las obligaciones consignadas en los Laudos Arbitrales que resolvieron las Ampliaciones de Plazo N° 01, 05, 09, 10 y 12. Sin embargo señala que la intención de la ENTIDAD, es que se discutan "nuevamente" en este arbitraje, como si fuera una segunda instancia, los gastos generales que se otorgaron válidamente mediante dos laudos arbitrales, ignorando de esta manera que los laudos ponen fin a una controversia, y que ya no es posible cuestionar el fondo del fallo al que un tribunal arbitral ha arribado.

Manifiesta que en la ejecución del CONTRATO, solicitó a la ENTIDAD el otorgamiento de la ampliación de plazo N° 1, por 77 días calendario debido a la indisponibilidad de las Canteras, la que fue denegada, por lo que se inició un arbitraje en el que solicitó dicho plazo más el pago de la suma de S/. 1'597,210.71, más IGV y los intereses legales correspondientes por concepto de gastos generales, la que fue resuelta por el Tribunal Arbitral conformado por los árbitros Jaime Gray Chicchón, Manuel Diego Aramburú Yzaga y Manuel Iván Alvarado Martínez, que declaró fundada la demanda en parte y se otorgó la suma de S/. 1,374.193.30 nuevos soles, como mayores gastos que no constituyen mayores gastos generales.

Asimismo, refiere que se suscitaron controversias en relación con las ampliaciones de plazo N° 5, 7, 10 Y 12, lo cual generó que iniciara un arbitraje en el que demandó el otorgamiento de 139 días calendario y el pago de la suma de S/,

2'893.794.58, más IGV y los intereses legales correspondientes. Esta controversia fue conocida y resuelta por el Tribunal Arbitral conformado por los árbitros Gonzalo García Calderón, Manuel Diego Aramburú Yzaga y Hernán Icochea Ricse, quienes mediante laudo del 20 de julio de 2009 declararon fundada en parte la demanda, ordenando el pago de S/. 854,980.14, más IGV y los intereses legales correspondientes.

Anota que los laudos mencionados, fueron objeto de recurso de anulación presentados por la ENTIDAD, los que fueron declarados infundados.

Puntualiza que las controversias relacionadas con las ampliaciones de plazo 1, 5, 9, 10 y 12 quedaron resueltas con la emisión de los laudos que ordenaron a la ENTIDAD otorgue al CONSORCIO una ampliación de plazo de 145 días calendario.

Resalta que la controversia referida al otorgamiento de las ampliaciones de plazo 1, 5, 9, 10 y 12, como el correspondiente pago de sus gastos generales, ya fueron resueltas, por lo que no es posible jurídicamente que se discuta en este arbitraje la procedencia del pago de tales gastos generales.

Explica que la cosa juzgada de los laudos supone una prohibición a los árbitros de reabrir arbitrajes culminados, con el propósito de revisar, calificar o modificar la decisión contenida en los laudos, por lo cual, este Tribunal Arbitral no debería conocer estas pretensiones puesto que ya han sido resueltas.

Para esta parte, ha quedado acreditado que existe una triple identidad entre las partes, el objeto y la causa de lo discutido en los arbitrajes ya concluidos y lo que se pretende discutir en esas pretensiones de la reconvenCIÓN, por lo que, la procedencia del pago de los gastos generales ya ha sido resuelta. Lo único pendiente es el pago de los mismos.

Considera que la verdadera intención de la Procuraduría es revisar lo ya resuelto y que este Tribunal Arbitral actúe como una segunda instancia, dejando sin efecto laudos que han adquirido la calidad de cosa juzgada, lo cual se encuentra prohibido constitucional y legalmente.

El CONTRATISTA señala que la ENTIDAD está cuestionando lo decidido en los laudos, por lo que interpone también respecto de la segunda pretensión principal y su accesoria excepción de cosa juzgada.

Aclara que solicitó en sus demandas arbitrales que los gastos generales se paguen con los intereses legales correspondientes, y que los laudos arbitrales se pronunciaron en este sentido, por lo que cualquier cuestionamiento posterior de la ENTIDAD al respecto supone cuestionar un laudo.

Refiere que la ENTIDAD ha señalado que los laudos serían inejecutables e inexigibles ya que no precisarían los importes que se deben pagar por concepto de intereses, y que ello determinaría que la controversia no haya quedado resuelta. Sobre este extremo, CONSORCIO indica que, dado que los laudos han quedado firmes, ha presentado sus demandas de ejecución de laudos arbitrales al Juzgado Especializado en lo Comercial de Lima, en virtud del artículo 59º de la Ley de Arbitraje. Por ello, entiende que, si la ENTIDAD considera que existen problemas para determinar el monto exacto que se debe pagar por concepto de intereses legales, pese a que los laudos lo indican, correspondería que se efectúe dicha consulta ante el Juzgado Especializado en lo Comercial de Lima.

POSICIÓN DE GOBIERNO REGIONAL

Para esta parte las argumentaciones del CONTRATISTA obedecen a una lectura errónea de las pretensiones de la ENTIDAD, pues en la reconvención no está sometiendo alguna controversia respecto a la aprobación de las ampliaciones de plazo N° 01, 05, 09, 10 y 12, sino que al pedir que se incluya en la liquidación del contrato las obligaciones consignadas en los Laudos Arbitrales, el GOBIERNO REGIONAL reconoce de manera expresa los alcances de los Laudos Arbitrales.

Expresa que la inclusión de los alcances de los Laudos Arbitrales fue decisión del CONSORCIO, conforme a su Carta mediante la cual éste manifestó su disconformidad con la liquidación del contrato formulada por la ENTIDAD.

Aclara que la controversia no implica un cuestionamiento de esos Laudos Arbitrales, sino al hecho que CONSORCIO incluyó en su observación a la liquidación conceptos no señalados en las partes decisorias de los Laudos Arbitrales, lo cual motivó la discrepancia de parte de la ENTIDAD, de manera que la controversia respecto a la cuantía de los Laudos se originó en las alegaciones del CONTRATISTA.

Repara que en la medida que los Laudos Arbitrales relacionados con las ampliaciones de plazo 1, 5, 9 ,10 y 12 contemplan aspectos no resueltos y que generan controversia, éstas sólo podrán ser resueltas en la jurisdicción arbitral.

Precisa que esos aspectos no resueltos son:

- Que el Laudo relacionado con la ampliación de plazo N° 01, en la parte decisoria otorgó la suma de S/.1'374,193.30, pero lo hizo en cuanto éstos mayores gastos generales no constituyan doble pago sobre otros generados por ampliaciones de plazo durante el período del 03 de agosto del 2006 al 19 de octubre del 2006, siendo que la ENTIDAD considera que existe superposición de ocurrencias de la ampliación de plazo N° 01 y 03. Asimismo, en dicho Laudo no se estableció en la parte decisoria ninguna precisión respecto al pago de intereses.

- Que el Laudo relacionado con las ampliaciones de plazo N° 05,09, 10 y 12, en la parte decisoria no se estableció la fecha a partir de la cual deberían pagarse los intereses correspondientes a los mayores gastos generales de las ampliaciones de plazo antes señaladas.

Destaca que las discrepancias de las partes sobre estos puntos no resueltos, está probada por los propios documentos ofrecidos por el CONSORCIO, como son la Carta de fecha 4 de octubre de 2012, mediante la cual éste observó la liquidación del contrato y solicitó el pago de intereses a partir de la interposición de la demanda arbitral y las demanda de ejecución de Laudos, en las que solicita el pago de intereses a partir de la emisión del Laudo.

Anota que en los Laudos Arbitrales relacionados con las ampliaciones de plazo 1, 5, 9 ,10 y 12 no se resolvió alguna pretensión de enriquecimiento sin causa, por lo que no existe ninguna prohibición para emitir pronunciamiento respecto de dicha pretensión de la reconvenCIÓN. Más aun teniendo en consideración que la cuantía de la indemnización corresponde al período que no ha sido objeto de ningún análisis en la jurisdicción arbitral.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL

El Tribunal comparte la posición del DEMANDANTE en el sentido que la cosa juzgada prohíbe iniciar un nuevo arbitraje para discutir lo que ya ha sido resuelto, de manera que lo ordenado en los dos Laudos Arbitrales mencionados queda inmodificable.

Sin perjuicio de ello, el Colegiado también observa que la Liquidación Final de la Obra tiene como finalidad determinar el costo total de ésta y establecer los saldos a favor o en contra de alguna de las partes, por lo que en aquélla deben considerarse todos los conceptos involucrados en la ejecución de la obra. En ese sentido, producto de la Liquidación se obtiene el estado de cuentas que determina las obligaciones de las partes, estableciéndose los saldos pendientes de pago a favor que resulten de ese proceso.

Como se explica en los pronunciamientos de OSCE que invoca el GOBIERNO REGIONAL, “*la liquidación final del contrato de obra puede definirse como un proceso de cálculo técnico, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene por finalidad determinar, principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico que puede ser a favor o en contra del contratista o de la Entidad. El acto de liquidación tiene como propósito, además, verificar la corrección de las prestaciones a cargo de la Entidad y del contratista, constituyendo un ajuste formal y final de cuentas, que establecerá, teniendo en consideración intereses, actualizaciones y gastos generales, el quantum final de*

las prestaciones dinerarias a que haya lugar a cargo de las partes del contrato". (OPINIÓN N° 063-2005/GTN de 04 de noviembre de 2005).

Como se ha señalado, este Colegiado aprecia que las partes tienen controversias respecto a los conceptos que debe contener la Liquidación Final de la Obra, siendo esto así, la resolución de esas controversias legalmente corresponde que se resuelva en la vía arbitral.

Por tanto, para el Tribunal resulta válido que se incluya en la Liquidación los conceptos que han sido reconocidos a favor del CONSORCIO en los indicados Laudos Arbitrales.

Ahora bien, para la ENTIDAD, conforme a su reconvención, la controversia se da, no porque ella objete incluir las obligaciones derivadas de tales Laudos Arbitrales en la Liquidación, sino respecto a los términos de la inclusión de los mandatos contenidos en ellos, atendiendo a la particular configuración de la parte decisoria de los mismos.

Así, entiende este Tribunal las pretensiones de la reconvención no pretenden que en sede arbitral se revise como segunda instancia la decisión de dichos Laudos inmodificables, sino que buscan que este Colegiado se pronuncie sobre lo que dichos Laudos ordenan cumplir, contenido que debe observarse en la Liquidación Final de la Obra, para determinar con precisión tanto el costo total de la obra, como los saldos a favor o en contra de alguna de las partes del CONTRATO.

Como tal, no es competencia de este Tribunal pronunciarse sobre la ejecución de tales Laudos Arbitrales, sino única y exclusivamente resolver la controversia, en el extremo de la reconvención, sobre lo que en esos Laudos se ordena cumplir a cargo de la ENTIDAD.

Particularmente en el caso de la segunda pretensión principal de la reconvención, referida a la indemnización por enriquecimiento sin causa, este Tribunal advierte que en los procesos arbitrales culminados no se conoció ni resolvió esa materia, por lo que no existe una decisión anterior de carácter definitiva que pueda vincularse con una cosa juzgada. En todo caso, resulta claro para el Colegiado que siendo el fundamento de esa pretensión materia no contractual, puesto que la fuente de esa obligación en caso de existir es de índole legal y no convencional, el CONSORCIO pudo haber formulado una excepción de incompetencia, pero no lo hizo, razón por la cual se entiende que las partes han prorrogado la competencia del acuerdo arbitral a este tipo de controversia que no tiene por fuente el CONTRATO.

En esa línea de pensamiento, para el Tribunal el conocimiento y pronunciamiento sobre la primera pretensión principal, la segunda pretensión principal y su accesoria, así como en cuanto a la tercera pretensión principal de la reconvención no vulnera la Cosa Juzgada, puesto que no existe identidad en el objeto ni en causas entre los procesos arbitrales ya Laudados y el presente proceso arbitral.

Consecuentemente, verificando que no se presenta un supuesto de vulneración de la cosa juzgada, este Tribunal tiene la convicción racional que las excepciones de cosa juzgada sobre la primera pretensión principal, la segunda pretensión principal y su accesoria, así como sobre la tercera pretensión principal de la reconvención, formuladas por el CONSORCIO deben declararse INFUNDADAS.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL DECLARE QUE LA LIQUIDACIÓN PRACTICADA POR LA ENTIDAD, CON FECHA 19 DE OCTUBRE DE 2012, NO HA QUEDADO CONSENTIDA NI HA SIDO ACEPTADA POR EL CONSORCIO AL HABERSE OBJETADO MEDIANTE CARTA S/N DEL 4 DE OCTUBRE DE 2012, DE ACUERDO AL ARTÍCULO 269º DEL RLCE.

POSICIÓN DEL CONSORCIO

Para el CONSORCIO queda claro que cuestionó la liquidación del Contrato elaborada por la ENTIDAD, tal como consta en la carta s/n de fecha 4 de octubre de 2012.

Asimismo, considera que el GOBIERNO REGIONAL en su escrito de contestación de demanda ha reconocido expresamente que no existe una liquidación de obra definitiva, ya que ambas partes efectuaron las objeciones correspondientes, dentro de los plazos regulados en el artículo 269º del RLCE.

Por tanto, para el DEMANDANTE no existe liquidación firme ni definitiva, precisamente por ello ha iniciado este arbitraje, en el que se determinará la liquidación final, por lo que solicita que el Tribunal declare expresamente que la liquidación que practicó la ENTIDAD no ha quedado consentida, al haber sido objetada por el Consorcio mediante carta del 4 de octubre de 2012.

POSICIÓN DEL GOBIERNO REGIONAL

Para la ENTIDAD la segunda pretensión principal de la demanda carece de razonabilidad y sólo constituye la negación a lo señalado en la oposición al arbitraje formulada por su parte. También, considera que ella carece de objeto, puesto que las alegaciones del CONSORCIO serán analizadas por el Tribunal en la oportunidad que resuelva respecto a la oposición, ello teniendo en cuenta que la misma ha sido fundamentada tergiversando los argumentos de la ENTIDAD, puesto que nunca se ha sostenido que la liquidación formulada por el GOBIERNO REGIONAL se encontraría consentida.

Advierte que el verdadero interés del DEMANDANTE es modificar su demanda para contrarrestar la oposición formulada por la ENTIDAD, por lo que se está desnaturalizando el objeto de la acumulación previsto en el Artículo 287º del RLCE y contraviniendo el numeral 3 del Artículo 39º de la Ley de Arbitraje, que establece que no corresponde permitir la modificación en cuanto esto le ocasione perjuicio a la otra parte, conforme sucede en el presente caso; en el que está probado que la modificación de la demanda permitiría que los argumentos de la oposición sean desestimados.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Como constató el Colegiado al resolver la oposición al arbitraje, en el presente caso, se han verificado los supuestos de hecho previstos en el artículo 269º del RLCE, en virtud del cual, ante la existencia de una Liquidación de la Obra elaborada por la ENTIDAD que ha sido observada por el CONSORCIO dentro del plazo establecido en dicho artículo, queda habilitada la vía de someter la discrepancia respecto a la liquidación como controversia a arbitraje.

Asimismo, la ENTIDAD en su escrito de contestación de demanda de acumulación de pretensiones presentado el 17 de junio de 2013, enfáticamente aclara que en ningún extremo de la contestación de la demanda, reconvención, excepciones y oposición, el GOBIERNO REGIONAL ha señalado que la liquidación del contrato formulada por éste se encontraría consentida.

Tal como ha sostenido este Tribunal, deviene en indudable que el objeto de la controversia entre las partes es determinar los conceptos que conforman la Liquidación de la Obra, por ende la resolución de esta controversia mediante el presente Laudo, implica que el Tribunal emita un pronunciamiento que conlleva declarar qué conceptos deben formar parte de la Liquidación de Obra.

Conforme al artículo 269º del RLCE, el consentimiento de la liquidación del contrato se verifica cuando presentada ésta por alguna de las partes no es observada por la otra dentro de los plazos previstos en dicho artículo.

En el presente caso, está probado en autos que la ENTIDAD aprobó la liquidación mediante Resolución N° 135-2012-GR.CAJ/GRI de fecha 12 de septiembre de 2012, que fue notificada al CONSORCIO en fecha 19 de septiembre de 2012 con Oficio N° 3973-2012-GR.CAJ/GRC-SG. Dicha liquidación elaborada por la ENTIDAD, fue observada por el CONTRATISTA con Carta S/N de fecha 04 de octubre de 2012, esto es dentro del plazo de 15 días siguientes de la notificación de la indicada liquidación.

Ante esa observación, la ENTIDAD procedió conforme al artículo 269º del RLCE a pronunciarse dentro de los 15 días de haber recibido las observaciones del CONSORCIO. Es así que, mediante Resolución N° 148-2012-GR.CAJ/GRI de fecha 18 de octubre de 2012, que fue notificada con el Oficio N° 4252-2012-GR.CAJ/GRC-SG en fecha 19 de octubre de 2012, la ENTIDAD cumplió con manifestar por escrito que no acogía las observaciones formuladas por el CONTRATISTA. De esa manera, al no quedar consentida la liquidación practicada por la ENTIDAD, como consecuencia de las observaciones del CONSORCIO, dicha parte solicitó el sometimiento de esa controversia a arbitraje dentro del plazo de 15 días hábiles siguientes.

En consecuencia, al comprobarse el cumplimiento del supuesto de hecho, del procedimiento, así como de los plazos previstos por el artículo 269º del RLCE, este Tribunal constata que la Liquidación practicada por la ENTIDAD, con fecha 19 de octubre de 2012, no ha quedado consentida ni ha sido aceptada por el CONSORCIO, motivo por el cual la segunda pretensión de la Demanda debe ser declarada FUNDADA.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL DECLARE QUE EL GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA NO PUEDE REALIZAR UNILATERALMENTE UN DESCUENTO DEL MONTO DE S/. 494,265.15 AL CONSORCIO, POR CONCEPTO DE "REFACCIÓN DE OBRAS POR VICIOS OCULTOS Y/O DEFECTOS DE CONSTRUCCIÓN", Y EN CONSECUENCIA DEJE SIN EFECTO EL DESCUENTO REALIZADO POR DICHO CONCEPTO EN LA LIQUIDACIÓN.

POSICIÓN DEL CONSORCIO

Refiere que con fecha 26 de julio de 2011, la ENTIDAD le remitió la Carta Notarial No. 073-2011-GR.CAJ/GGR, mediante la cual informó al CONSORCIO que habían constatado en la fecha mediante Informe No. 062-2011-GR.CAJ/GRI/SGSL-RMS-RPC-EPM, la existencia de deficiencias en los trabajos realizados por el CONSORCIO en la ejecución de la Obra que respondían a "deficiencias constructivas" y/o "vicios ocultos". Estas deficiencias habían sido identificadas por el GOBIERNO REGIONAL como (i) fisuras longitudinales en el

pavimento y cunetas de concreto a lo largo del tramo de la Obra, (ii) grietas de separación entre cuneta y concreto y terreno natural exterior; y, (iii) agrietamientos del pavimento asfáltico en varios puntos del tramo de la Obra. Mediante la mencionada carta, la ENTIDAD solicitó se subsanen dichos defectos constructivos en el plazo de 21 días calendario contados a partir de la recepción de la misma.

Añade que, en respuesta a dicha carta, y previa realización de la evaluación técnica objetiva correspondiente, CONSORCIO inspeccionó el estado de la Obra, por lo que remitió a la ENTIDAD la carta notarial de fecha 8 de septiembre de 2011, mediante la cual adjuntó el informe técnico que concluyó que no existía responsabilidad alguna por parte del CONTRATISTA respecto de las observaciones planteadas por la ENTIDAD.

Explica que luego de la inspección en la zona de la Obra se identificaron fisuras y agrietamientos que se originan por el uso inadecuado de los usuarios de la carretera, lo cual se ve agravado por las condiciones propias de la zona y la falta de un mantenimiento rutinario que permita detectar desperfectos y solucionarlos.

Para esta parte, de acuerdo con la explicación identificada en el párrafo precedente, resultaba evidente que no existían vicios ocultos atribuibles a la calidad de trabajo del CONSORCIO.

Por esa razón, mediante carta notarial de fecha 3 de octubre de 2012, el CONTRATISTA expresó su disconformidad con la liquidación de la obra practicada por la ENTIDAD en virtud que se había descontado ilegalmente la suma de S/. 482,265.15 por concepto de reparación de obras defectuosas y/o con vicios ocultos, a pesar de que el CONSORCIO ya había demostrado técnicamente que dichos defectos no eran de su responsabilidad.

Reitera que no ha incurrido en algún defecto de construcción o "vicio oculto", pues ha ejecutado sus prestaciones en estricta concordancia con el Expediente Técnico proporcionado por la ENTIDAD y bajo el estricto control de un Supervisor contratado para tal fin por la ENTIDAD, tal como consta en la Cláusula Séptima del CONTRATO.

Sostiene que los supuestos defectos o vicios de la obra, consistentes en "fisuras longitudinales entre el pavimento y las cunetas de concreto a lo largo de todo el tramo", "grietas de separación entre cuneta de concreto y terreno natural" y "agrietamiento en el pavimento asfáltico en varios tramos", recién habrían sido advertidas en Julio de 2011, es decir 4 años después de producida la entrega de la vía (sin observaciones) a la ENTIDAD.

Anota que, si bien la responsabilidad del CONTRATISTA por vicios ocultos se extiende por 7 años desde la recepción de la obra, realizó sus descargos mediante Carta Notarial del 8 de setiembre de 2011, demostrando que los problemas que se habían presentado en la vía, cuatro años después de su entrega, se debían a un uso inadecuado de los usuarios de la carretera, agravado por las condiciones

propias de la zona y la falta de mantenimiento rutinario, encaminado a detectar desperfectos o solucionarnos para evitar su agravamiento.

Advierte que la determinación de una eventual responsabilidad por los supuestos vicios ocultos aparecidos cuatro años después de la entrega de la obra, es una tarea técnica compleja. Esta tarea técnica debe ser efectuada fundamentalmente por especialistas que puedan determinar mediante las investigaciones necesarias (calicatas, excavaciones para la obtención de muestras, pruebas de laboratorio, etc.), las razones por las cuales aparecieron los agrietamientos y fisuras en el pavimento. El mero hecho que aparezca una fisura en el pavimento cuatro años después de la entrega de la obra, no significa necesaria y automáticamente que la razón sea un defecto o vicio de construcción.

Puntualiza que la ENTIDAD no podía haber efectuado una imputación unilateral como lo ha hecho, ni mucho menos efectuar una compensación con montos que no son líquidos ni exigibles, y que solo ella ha liquidado sin tener ninguna autoridad legal para hacerlo.

Considera que si la ENTIDAD quería realizar un cobro por supuestos vicios ocultos, tenía que haber iniciado un proceso arbitral contra el CONTRATISTA y haber obtenido un Laudo que estableciera la responsabilidad de éste y la liquidación del monto a compensar.

Entiende que el GOBIERNO REGIONAL ha aprovechado el hecho que la Liquidación Final de la Obra no pudo practicarse luego de tantos años (únicamente por causa suya) para tratar de introducir un monto indebido en contra del Contratista.

Resalta que la Liquidación Final de la Obra no pudo practicarse antes, primero por la injustificada negativa de la ENTIDAD a reconocer mayores gastos generales que tuvieron que ser liquidados por dos Tribunales Arbitrales en casos anteriores mediante la emisión de dos Laudos, los cuales luego fueron materia de recursos de anulación promovidos por el GOBIERNO REGIONAL, los que fueron declarados infundados; y para luego presentar acciones de amparo contra dichos Laudos, que fueron declaradas improcedentes.

Alega que corresponde a la ENTIDAD probar en un proceso arbitral que los agrietamientos y fisuras que han aparecido cuatro años después de la entrega de la Obra, se deben, como ella sostiene, a defectos o vicios de construcción, por lo que en la medida que la responsabilidad del CONTRATISTA por supuestos vicios ocultos no ha sido determinada en un proceso arbitral, en el cual la carga de la prueba sería del GOBIERNO REGIONAL, no es legalmente posible incluir de manera unilateral un monto "indemnizatorio" en la Liquidación Final de la Obra.

POSICIÓN DEL GOBIERNO REGIONAL

Señala que mediante Carta Notarial N° 073-2011-GR.CAJ/GGR notificada el 26 de julio de 2011, la ENTIDAD concedió al CONTRATISTA el plazo de veintiún (21) días para subsanar los defectos constructivos y/o vicios ocultos, bajo apercibimiento de iniciar las acciones legales. Estos defectos, estaban constituidos, por i) Fisuras longitudinales entre el pavimento y las cunetas, de 6 mm de espesor promedio y una profundidad de 5 Cm en promedio; las mismas que se presentan en una longitud de 2987 m, el mismo que representa el 12.58% de la longitud de la vía construida que asciende a la 23750 m, ii) Agrietamiento del pavimento en diferentes progresivas, cuya longitud acumulada asciende a 172.50 m y un espesor promedio de 4 mm, iii) Separación entre cuneta de concreto y terreno natural exterior, en una longitud de 9m y un espesor promedio de 5 Cm.

Destaca que los defectos advertidos se encuentran sustentados en el Informe N° 062-2011 GR.CAJ/GRI/SGSL-RMS-RPC-EPM y la cuantía de la reparación de defectos ha sido determinada mediante presupuesto detallado de las actividades a desarrollar, cuyos documentos integran la liquidación formulada por la ENTIDAD.

Indica que mediante Carta Notarial notificada a la ENTIDAD el 08 de setiembre de 2011, respecto a las fisuras y agrietamientos existentes en la obra, el DEMANDANTE ha señalado que no tiene responsabilidad, y que esto se ha producido por el uso inadecuado de la vía por parte de los usuarios de la carretera, agravado por las condiciones propias de la zona y a la falta de mantenimiento rutinario; apreciaciones que para GOBIERNO REGIONAL carecen de sustento y no deben ser tomadas en consideración.

Refiere que según el Informe N° 001/11, el DEMANDANTE señala que vehículos livianos, semipesados y pesados estarían utilizando la berma como calzada, argumento que no resiste el menor análisis técnico si se tiene en consideración que el índice medio diario de vehículos no es considerable, y que la vía no presenta ningún tipo de hacinamiento y más bien existen periodos prolongados de tiempo en los que no transita ningún vehículo; más aún se debe tener en consideración que la vía se encuentra señalizada y que lo argumentado por el DEMANDANTE no ha sido probado, ni sustentado técnicamente.

Respecto a las condiciones climáticas de la zona y el cambio brusco del gradiente térmico diario señalados por el DEMANDANTE, la ENTIDAD considera que ese argumento carece de sustento puesto que esta variable ha sido considerada en el diseño del pavimento y en función a ello se han determinado las especificaciones técnicas de los insumos a utilizar, como es la elección del grado de asfalto.

En relación a la falta de mantenimiento rutinario, GOBIERNO REGIONAL asume que debe tenerse en consideración, que durante el año 2007 PROVIAS NACIONAL ejecutó mantenimiento rutinario a través de administración directa, para lo cual convocó a diferentes procesos de selección como son: ADS N° 5-2007-MTC/20.UZCAJ, AMC N° 10-2007-MTC/20.UZCAJ, AMC N° 15-2007-

MTC/20.UZCAJ, AMC N° 21-2007-MTC/20.UZCAJ y AMC N° 24-2007-MTC/20.UZCAJ. Asimismo, PROVIAS NACIONAL convocó al proceso de selección CP N° 40-2007/MTC/20: "Servicios de mantenimiento por niveles de servicio de la Carretera Cajamarca – Celendín – Balsas - Dv Chachapoyas – Chachapoyas y Dv Chachapoyas – Pedro Ruiz"; cuya Buena Pro fue otorgada al CONSORCIO GESTION DE CARRETERAS y declarada consentida el 20 de diciembre de 2007, por un monto de S/. 64 960,054.09 Nuevos Soles, por un plazo de tres (03) años y los alcances señalados en los Términos de Referencia del CP N° 40-2007/MTC/20. Con todo ello, para esta parte queda demostrado que sí existió mantenimiento rutinario.

Adicionalmente, la ENTIDAD argumenta que se debe tener en consideración que PROVIAS NACIONAL ha convocado al proceso de selección CP N° 24-2011/MTC/20: "Contrato por niveles de servicio de la Carretera Cajamarca – Celendín – Balsas - Dv Chachapoyas – Chachapoyas y Dv Chachapoyas – Pedro Ruiz"; cuya Buena Pro fue otorgada a la Empresa INGENIEROS Y CONTRATISTAS GENERALES SA y declarada consentida el 26 de abril de 2012, por un monto de S/. 156, 245,079.44 Nuevos Soles; lo cual ratifica que la obra ejecutada por el DEMANDANTE siempre ha sido objeto de mantenimiento.

GOBIERNO REGIONAL entiende que CONSORCIO no ha negado los hechos relativos a los vicios ocultos y, más bien los ha corroborado conforme prueban la Carta Notarial S/N notificada el 08 de septiembre de 2011 e Informe N° 001/11 del propio DEMANDANTE; habiéndose limitado esa parte a señalar que lo aducido por la ENTIDAD no estaría probado.

Considera que el DEMANDANTE pretende liberarse de responsabilidad invocando que la Supervisión dio conformidad a los trabajos ejecutados. Sobre ese argumento, la ENTIDAD alega que los defectos constructivos y/o vicios ocultos es "un error, que puede ser intelectual cuando presentan en el proyecto, o material cuando se expresa a través de un defecto constructivo o de la errónea utilización de un material"; por lo que, para ella queda demostrado que los defectos constructivos y/o vicios ocultos necesariamente se presentan en forma posterior a la culminación de la obra y es imposible que sean advertidos en la etapa de ejecución por la Supervisión de Obra.

Añade que CONSORCIO también pretende liberarse de responsabilidad aduciendo que los defectos constructivos y/o vicios ocultos han sido advertidos luego de cuatro (04) años de recibida la obra sin observaciones con fecha 03 de julio de 2007. Para la ENTIDAD ello no constituye ningún argumento válido, puesto que conforme al Artículo 51° de la LCAE y la Cláusula Vigésimo Tercera del CONTRATO, la responsabilidad por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos es por siete (07) años. Por lo que, teniendo en consideración que el Acta de Recepción de Obra fue suscrita el 03 de julio de 2007, la responsabilidad del DEMANDANTE respecto a la obra se extiende hasta Julio del 2014 y como tal, al haber advertido los defectos constructivos y/o vicios ocultos mediante Carta

Notarial N° 073-2011-GR.CAJ/GGR notificada el 26 de julio de 2011, se determina que estos han sido advertidos en el periodo de garantía de la obra.

Asume que el DEMANDANTE sin sustento alguno señala que el pago de daños y perjuicios por refacción de defectos constructivos y/o vicios ocultos sólo sería exigible en cuanto hubiera sido dispuesto mediante Laudo Arbitral; lo cual para la ENTIDAD es contrario a las normas de contratación pública, más aún si los hechos por sí solos son categóricos. No obstante ello, se debe tener presente que la situación actual es de controversia y como tal, será el Tribunal el que resuelva al respecto; sin que esto implique que el argumento del GOBIERNO REGIONAL no tendría sustento, como erróneamente señala el DEMANDANTE.

Para la ENTIDAD está probado que los defectos constructivos y/o vicios ocultos son de responsabilidad del DEMANDANTE y como tal, al amparo del Artículo 51° de la LCAE, la Cláusula Vigésimo Tercera del CONTRATO y el Artículo 1321° del Código Civil; CONSORCIO está obligado a subsanar los defectos constructivos y/o vicios ocultos, por encontrarse la obra en el periodo de garantía. Por tanto, explica que ante la negativa del DEMANDANTE de refaccionar los defectos constructivos y/o vicios ocultos corresponde que éste indemnice al GOBIERNO REGIONAL por el monto de S/. 482,265.15 Nuevos Soles que implica dicha refacción.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Para decidir esta materia controvertida el Tribunal observa que, tal como ha sido formulada la pretensión, no tiene que pronunciarse sobre la existencia o no de un vicio oculto ni determinar si es imputable o no al CONSORCIO. En efecto, su análisis debe circunscribirse a determinar si la ENTIDAD está o no legalmente facultada a establecer de manera unilateral una indemnización por concepto de vicio oculto en el procedimiento de Liquidación del CONTRATO.

Como se ha señalado, CONSORCIO considera que la ENTIDAD no podía haber efectuado una imputación unilateral de responsabilidad como lo ha hecho, ni mucho menos efectuar una compensación con montos que no son líquidos ni exigibles, y que solo ella ha liquidado sin tener ninguna autoridad legal para hacerlo. Entiende que si la ENTIDAD quería realizar un cobro por supuestos vicios ocultos, tenía que haber iniciado un proceso arbitral contra el CONTRATISTA y haber obtenido un Laudo que estableciera la responsabilidad de éste y la liquidación del monto a compensar.

En cambio, la ENTIDAD asume que el DEMANDANTE sin sustento alguno señala que el pago de daños y perjuicios por refacción de defectos constructivos y/o vicios ocultos sólo sería exigible en cuanto hubiera sido dispuesto mediante Laudo Arbitral; lo cual el GOBIERNO REGIONAL considera contrario a las normas de contratación pública, más aún si los hechos por sí solos son categóricos. No obstante ello, se debe tener presente que la situación actual es de controversia y como tal, será el Tribunal el que resuelva al respecto; sin que esto implique que el

argumento del GOBIERNO REGIONAL no tendría sustento, como erróneamente señala el DEMANDANTE.

El Tribunal no comparte la posición de la ENTIDAD. Como se ha señalado, la Liquidación Final de la Obra tiene como finalidad determinar el costo total de ésta y establecer los saldos a favor o en contra de alguna de las partes, por lo que en aquélla deben considerarse todos los conceptos involucrados en la ejecución de la obra. En ese sentido, producto de la Liquidación se obtiene el estado de cuentas que determina las obligaciones de las partes, estableciéndose los saldos pendientes de pago a favor que resulten de ese proceso.

Como se ha citado en los pronunciamientos de OSCE que invoca el GOBIERNO REGIONAL, se explica claramente que "*la liquidación final del contrato de obra puede definirse como un proceso de cálculo técnico, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene por finalidad determinar, principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico que puede ser a favor o en contra del contratista o de la Entidad. El acto de liquidación tiene como propósito, además, verificar la corrección de las prestaciones a cargo de la Entidad y del contratista, constituyendo un ajuste formal y final de cuentas, que establecerá, teniendo en consideración intereses, actualizaciones y gastos generales, el quantum final de las prestaciones dinerarias a que haya lugar a cargo de las partes del contrato*". (OPINIÓN N° 063-2005/GTN de 04 de noviembre de 2005).

La Liquidación no es un medio para resolver controversias. Por el contrario conforme al último párrafo del artículo 269º del RLCE, expresamente se prohíbe liquidar el contrato mientras subsistan controversias pendientes: "***no se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver***".

Tal como lo dispone enfáticamente el segundo párrafo del artículo 270º del RLCE, "***toda reclamación o controversia derivada del contrato, inclusive por defectos o vicios ocultos, se resolverá mediante conciliación y/o arbitraje en los plazos previstos para cada uno***".

En el presente caso, mediante Carta Notarial N° 073-2011-GR.CAJ/GGR notificada el 26 de julio de 2011, la ENTIDAD imputó al CONTRATISTA responsabilidad por defectos constructivos y/o vicios ocultos, bajo apercibimiento de iniciar las acciones legales.

En respuesta a dicha carta, CONSORCIO remitió a la ENTIDAD la carta notarial de fecha 8 de septiembre de 2011, mediante la cual adjuntó el informe técnico que concluyó que no existía responsabilidad alguna por su parte.

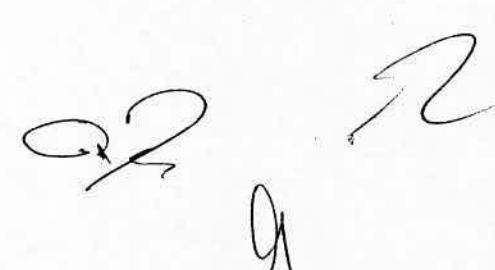
Para el Tribunal a partir de ese momento nació una controversia entre las partes que impedía Liquidar el CONTRATO y debía someterse a arbitraje conforme lo establecen las normas citadas. En lugar de ello, la ENTIDAD procedió a elaborar la Liquidación que aprobó primero mediante Resolución N° 135-2012-GR.CAJ/GRI de fecha 12 de septiembre de 2012, donde incluye como una cuenta a cargo del CONTRATISTA por una prestación de responsabilidad derivada de vicio oculto que estaba en situación de controversia planteada entre las partes, por lo que no correspondía que unilateralmente la ENTIDAD la incluya en el ajuste formal y final de cuentas, ya que dicha cuenta se encontraba controvertida.

En efecto, no correspondía que el GOBIERNO REGIONAL procediera a Liquidar el Contrato, sino a someter la controversia derivada de la imputación de vicio oculto o defecto mediante conciliación y/o arbitraje.

Atendiendo a lo expuesto, este Tribunal llega al convencimiento racional que en el presente extremo, la Tercera Pretensión Principal de la Demanda resulta FUNDADA, por lo que procede que se declare que el GOBIERNO REGIONAL no puede realizar unilateralmente un descuento del monto de S/. 494,265.15 al CONSORCIO, por concepto de "refacción de obras por vicios ocultos y/o defectos de construcción", y en consecuencia se deje sin efecto el descuento realizado por dicho concepto en la Liquidación.

No obstante lo anterior, el Colegiado aprecia que tanto las pretensiones promovidas por CONSORCIO en su Demanda y acumulaciones posteriores, como las promovidas por la ENTIDAD en su Reconvención tiene por "causa petendi" que en este proceso arbitral se determinen los conceptos que debe contener la Liquidación Final de la Obra. Siendo esto así, este Tribunal considera que las partes han sometido a la resolución de este arbitraje, todas las controversias que entienden están pendientes de resolver como condición previa para la Liquidación del CONTRATO.

En esa línea, el Tribunal es del parecer que la reclamación o controversia derivada de la imputación al CONSORCIO de defectos o vicios ocultos, deviene sometida al presente arbitraje mediante la reconvención promovida por la ENTIDAD al formular en su Petitorio, como Primera Pretensión Principal, "que el Tribunal Arbitral determine la Liquidación del Contrato de Obra, conforme a la Resoluciones N° 135 y 148-2012-GR.CAJ/GRI y la Carta S/N del CONTRATISTA de fecha 04/10/2012, debiendo incluir las obligaciones consignadas en los Laudos Arbitrales".



Del texto de esa pretensión, este Colegiado aprecia que la controversia bajo análisis resulta sometida al presente proceso, por lo que el pronunciamiento sobre la existencia o no de un vicio oculto y la determinación si es imputable o no al CONSORCIO, se efectuará al analizar el Sexto Punto Controvertido.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL ESTABLEZCA QUE EL CONSORCIO NO ADEUDA AL GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA MONTO ALGUNO COMO CONSECUENCIA DE LA LIQUIDACIÓN FINAL DEL CONTRATO.

POSICIÓN DEL CONSORCIO

CONSORCIO señala que para cerrar la Liquidación Final del Contrato quedaría pendiente que se analice la legalidad y legitimidad del descuento efectuado por la Entidad por los supuestos vicios ocultos. En relación a los demás conceptos no existe controversia.

Incluso, como el DEMANDANTE ha manifestado, no se opone a que se incluya en la liquidación final los montos que la ENTIDAD debe pagar por concepto de gastos generales derivados de los Laudos Arbitrales, que tienen la calidad de cosa juzgada, y cuyo cumplimiento ha sido solicitado por el CONSORCIO en dos procesos de ejecución de laudo, que se encuentran en marcha.

En este escenario, para esta parte las controversias que existían inicialmente con la ENTIDAD respecto de la Liquidación del CONTRATO, habrían quedado resumidas de la siguiente manera:

2.

- **Valorizaciones recalculadas y los reajustes de valorizaciones pagadas:** CONSORCIO deja constancia que se desiste de la reclamación por estos conceptos. En consecuencia, acepta el monto que la ENTIDAD reconoce en su liquidación.
- **Adelantos:** CONSORCIO expresa que no existe controversia al respecto. Ambas partes coinciden en el monto.
- **Amortización de adelantos:** El CONTRATISTA reconoce que no existe controversia al respecto. Ambas partes coinciden en el monto.
- **Penalidad por retraso entrega del expediente técnico:** Si bien el Consorcio no acepta haberse demorado en la entrega del expediente técnico, empero, acepta que se le aplique esta penalidad. No hay controversia al respecto.

- **Descuento por refacción de obra por vicios ocultos y/o defectos en la construcción:** CONSORCIO advierte que sí es un punto controvertido.

POSICIÓN DEL GOBIERNO REGIONAL

Repara que CONSORCIO ha señalado su discrepancia con el concepto de refacción de vicios ocultos y/o defectos constructivos; pero también el DEMANDANTE ha manifestado su aceptación con los conceptos de la Liquidación formulada por la ENTIDAD:

- **Valorizaciones recalculadas y los reajustes de valorizaciones pagadas**
- **Adelantos**
- **Amortización de adelantos**
- **Penalidad por retraso en la entrega del expediente técnico.**

Precisa que, si bien el CONTRATISTA no ha manifestado su aceptación al concepto de gastos de liquidación de contrato, se debe tener en consideración que éste no fue objeto de ninguna observación en la oportunidad que el CONSORCIO mediante Carta S/N del 04/10/2012, emitió pronunciamiento respecto a la liquidación aprobada mediante Resolución N° 135-2012-GR.CAJ/GRI; y conforme se dejara constancia en el Informe N° 88-2012-GR.CAJ/GRI/SGSL-RMS y la propia Resolución N° 148-2012-GR.CAJ/GRI; más si se tiene en consideración que el CONSORCIO no formuló la liquidación del contrato y que conforme al segundo párrafo del Artículo 269º del RLCE, en este supuesto, los gastos que demande la formulación del contrato son de cargo del CONTRATISTA; por lo que, el concepto de **gastos de liquidación de contrato** constituye parte de la liquidación no controvertida.

La ENTIDAD señala que teniendo en consideración que la parte no controvertida de la liquidación establece un saldo a favor del GOBIERNO REGIONAL de S/, 2,183.49 Nuevos Soles; y en el supuesto que el Tribunal no ampare las pretensiones de la ENTIDAD relacionadas con el costo de refacción de vicios ocultos o defectos constructivos y el enriquecimiento sin causa; y, proceda la ejecución de los laudos arbitrales en vía Judicial y no se pronuncie el Tribunal al respecto; se determina de manera indubitable que la liquidación establecerá un saldo a favor de la ENTIDAD, por lo que, la pretensión del CONTRATISTA no resulta amparable, puesto que la liquidación será favorable al GOBIERNO REGIONAL.

Por ello, esta parte entiende que la decisión de amparar o no la cuarta pretensión principal de la demanda dependerá exclusivamente de lo que resuelva el Tribunal respecto a la primera pretensión de la reconvención.

Reitera que los conceptos de refacción por vicios ocultos y/o defectos constructivos, así como la indemnización por enriquecimiento sin causa a favor de la ENTIDAD, están debidamente probados, por lo que el resultado de la Liquidación necesariamente será favorable al GOBIERNO REGIONAL.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL

En este extremo el Colegiado concuerda con la posición de la ENTIDAD en el sentido que la decisión de amparar o no la cuarta pretensión principal de la demanda dependerá exclusivamente de lo que resuelva el Tribunal respecto a las pretensiones de la reconvención.

Por ende, atendiendo a lo anterior, el Tribunal se reserva su pronunciamiento sobre esta pretensión de la demanda para cuando efectúe su análisis sobre las pretensiones de la reconvención.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EN CASO QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL CONSIDERE QUE EL CONSORCIO ADEUDA MONTO ALGUNO A LA ENTIDAD COMO RESULTADO DE LA LIQUIDACIÓN FINAL DEL CONTRATO, ORDENE QUE DICHO MONTO SE COMPENSE CON LOS GASTOS GENERALES DERIVADOS DE LOS LAUDOS, CUYO PAGO SE ESTÁ TRAMITANDO EN LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN.

POSICIÓN DEL CONSORCIO

Alega que este punto controvertido deviene de una pretensión acumulada del DEMANDANTE, la cual pretende que el Tribunal Arbitral declare que el CONSORCIO podrá compensar sus acreencias correspondientes a los mayores gastos generales derivados de las ampliaciones de plazo N° 01,05,09, 10 y 12, en el supuesto que el Tribunal Arbitral declare que CONSORCIO adeuda algún monto a la ENTIDAD.

En tal sentido, precisa que la presente pretensión es una pretensión meramente declarativa, la cual busca una habilitación al CONSORCIO para compensar sus acreencias, si fuera el caso, y así agilizar el trámite de la Liquidación Final de la Obra.

POSICIÓN DEL GOBIERNO REGIONAL

Expresa que para amparar la presente pretensión necesariamente se requiere que el Tribunal ampare la primera pretensión de la reconvención relacionada, y se incorpore a la liquidación los conceptos señalados en los Laudos.

Observa que en el supuesto que los Laudos sean ejecutados en vía judicial, considerando que existe una liquidación no controvertida a favor de la ENTIDAD de S/. 2,183.49 Nuevos Soles; y, en el supuesto que no sean amparadas las pretensiones de la Entidad de costos de refacción de vicios ocultos y/o defectos constructivos e indemnización por enriquecimiento sin causa; no existirá ninguna posibilidad de que el monto de la liquidación no controvertida a favor de GOBIERNO REGIONAL sea descontado de los gastos generales señalados en los Laudos.

Para esta parte, se debe tener presente que existe probabilidad de establecer un saldo de Liquidación a favor de la ENTIDAD, que comprendería el pago de la Liquidación no controvertida, el costo de refacción de vicios ocultos y/o defectos constructivos y la indemnización por enriquecimiento sin causa; por lo que, corresponde que el saldo de liquidación que favorece a la ENTIDAD, sea descontado de los mayores gastos generales concedidos mediante Laudos Arbitrales, siempre que la liquidación contemple los alcances de los mismos.

Por lo señalado, para la ENTIDAD corresponde que se ampare la presente pretensión en cuanto el saldo de liquidación a favor de la ENTIDAD, no supere la cuantía de los Laudos y que éstos se incorporen a la liquidación, sin ejecutarse en la vía judicial. Así mismo, en caso el saldo de liquidación supere la cuantía de los Laudos, corresponderá se establezca que la diferencia sea asumida por la ENTIDAD como suma adicional.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL

En este extremo el Colegiado es del parecer que la decisión de amparar o no la pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal de la demanda, dependerá exclusivamente de lo que resuelva el Tribunal respecto a las pretensiones de la reconvenCIÓN, ya que a partir de ese pronunciamiento se emitirá la decisión sobre la cuarta pretensión a la cual la presente pretensión bajo análisis es su subordinada.

Por ende, atendiendo a lo anterior, el Tribunal se reserva su pronunciamiento sobre esta pretensión de la demanda para cuando efectúe su análisis sobre las pretensiones de la reconvenCIÓN.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL ORDENE AL GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA LA DEVOLUCIÓN DE LA CARTA FIANZA QUE FUE OTORGADA POR EL CONSORCIO, POR CONCEPTO DE GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO.

POSICIÓN DEL CONSORCIO

Indica que, una vez que el Tribunal Arbitral determine que el CONSORCIO no adeuda suma alguna a la ENTIDAD por la ejecución del Contrato, y ya no habiendo obligación qué garantizar se deberá ordenar a la ENTIDAD que devuelva al DEMANDANTE la carta fianza otorgada por garantía de fiel cumplimiento.

Precisa que el presente punto controvertido está dentro del contexto en el cual, el Tribunal Arbitral luego de valorar los medios probatorios ofrecidos por las partes, concluya que el CONSORCIO no adeuda suma alguna a la Entidad por la ejecución del CONTRATO

Siendo ello así, y ya no habiendo obligación qué garantizar, esta parte solicita se ordene a la ENTIDAD devuelva la carta fianza por ser una lógica consecuencia de la declaración de no adeudo.

POSICIÓN DEL GOBIERNO REGIONAL

Precisa que conforme al Artículo 215º del RLCE, la ENTIDAD tiene la obligación de mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento hasta el consentimiento de la liquidación final.

La garantía de fiel cumplimiento se ejecutará cuando transcurridos tres (03) días de haber sido requerido por la ENTIDAD, el contratista no hubiera cumplido con pagar el saldo a su cargo establecido en la liquidación final debidamente consentida o ejecutoriada.

Por ello, sostiene que para que proceda la devolución de la garantía de fiel cumplimiento no sólo se requiere que la liquidación quede consentida, sino que además no exista saldo de liquidación a favor de la ENTIDAD.

Asumiendo que, según la cuantía de las pretensiones de la ENTIDAD y determinándose que existe un saldo a su favor, GOBIERNO REGIONAL considera que la pretensión debe ser declarada infundada.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL

En este extremo el Colegiado es del parecer que la decisión de amparar o no la quinta pretensión principal de la demanda, dependerá exclusivamente de lo que resuelva el Tribunal respecto a las pretensiones de la reconvención.

Consecuentemente, el Tribunal se reserva su pronunciamiento sobre esta pretensión de la demanda para cuando efectúe su análisis sobre las pretensiones de la reconvención.

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO: PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL ESTABLEZCA LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO CONFORME A LAS RESOLUCIONES N° 135 Y 148-2012-GR.CA/GRI Y LA CARTA S/N DEL CONTRATISTA DE FECHA 04.10.2012, DEBIENDO INCLUIR LAS OBLIGACIONES CONSIGNADAS EN EL LAUDO.

POSICIÓN DEL GOBIERNO REGIONAL

Refiere que mediante Oficio N° 3973-2012-GR.CAJ/GGR-SG notificado el 19 de setiembre de 2012, la ENTIDAD dio a conocer al CONSORCIO la Resolución N° 135-2012-GR.CAJ/GRI; la misma que aprobó la liquidación del contrato con un saldo a favor del GOBIERNO REGIONAL de S/. 467,456.53 Nuevos Soles. Ante la cual el DEMANDANTE emitió pronunciamiento mediante Carta S/N notificada el 04 de octubre de 2012, señalando un saldo a su favor de S/. 3'127,262.88 Nuevos Soles, incluido las obligaciones de los laudos emitidos e impuestos de Ley.

Añade que, a través del Oficio N° 4252-2012-GR.CAJ/GGR-SG notificado el 19 de octubre de 2012, la ENTIDAD emitió pronunciamiento respecto a la Carta s/n del DEMANDANTE que fuera notificada el 04 de octubre de 2012; oportunidad en la que señaló un saldo a su favor de S/. 484,448.64 Nuevos Soles.

Destaca que ambas partes han emitido pronunciamiento respecto a la liquidación del contrato de manera oportuna, habiendo cumplido con los plazos previstos en el Artículo 269º del RLCE, según el cual en casos como el presente se debe emitir pronunciamiento dentro del plazo máximo de quince (15) días de haber recibido la notificación; por lo que, aún no está definida la liquidación del contrato.

Advierte que, pese a lo anterior, sí se han establecido los conceptos que integran la liquidación y como tal, corresponde que el Tribunal determine la Liquidación Final del Contrato en concordancia con los conceptos señalados por las partes en las Resoluciones N° 135 y 148 -2012-GR.CAJ/GRI y la Carta S/N del DEMANDANTE de fecha 04 de octubre de 2012.

Sostiene que el CONTRATO culmina con su liquidación y como tal, corresponde que en ella se incluyan todas las obligaciones que se encuentren pendiente de pago entre las partes; sin exclusión alguna.

Respecto a los laudos, manifiesta que las obligaciones no han sido negadas por el GOBIERNO REGIONAL, sino que éste ha observado los extremos que no resultan exigibles y/o son inejecutables.

Alega que conforme a las normas de contratación pública, la liquidación del contrato de obra debe incluir los alcances de los laudos arbitrales, caso contrario no se podrá determinar el quantum final.

Para esta parte, corresponde que el Tribunal Arbitral establezca la liquidación del contrato conforme a la Resolución N° 148-2012-GR.CAJ/GRI, y se incorporen los conceptos aceptados por el CONSORCIO mediante escrito del 23 de diciembre de 2013, como son: i) valorización recalculadas y los reajustes de las valorizaciones pagadas, ii) adelantos, iii) amortizaciones de adelantos, iv) penalidad por retraso en la entrega del Expediente Técnico; y se adicione los conceptos que determine el Tribunal.

POSICIÓN DEL CONSORCIO

Anota que el presente punto controvertido deviene de la primera pretensión principal de la reconvención presentada por la ENTIDAD. Reitera que la verdadera intención del GOBIERNO REGIONAL es que se discutan nuevamente en este arbitraje las ampliaciones de plazo que han sido otorgadas mediante laudo arbitral y que son de perfecto conocimiento del Tribunal Arbitral, ignorando de esta manera que los laudos ponen fin a una controversia y que ya no es posible cuestionar el fondo del fallo al que un Tribunal Arbitral ha arribado.

Deja constancia que no tiene inconveniente alguno que el Tribunal Arbitral determine la liquidación final pero consignando los montos de los laudos correspondientes a las ampliaciones de plazo N° 01, 05, 09, 10 y 11, los cuales por derecho se tiene que reconocer al CONSORCIO.

Advierte que la ENTIDAD en su liquidación ha fijado como monto por dicho concepto la suma de cero nuevos soles, desconociendo los laudos antes mencionados.

Repara en que el presente punto controvertido sólo podrá ser objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Arbitral, una vez que analice los demás puntos controvertidos que recogen los puntos en discordia entre las partes en lo que la liquidación final de la obra se refiere, dado que considera que la presente pretensión de la reconvención ha sido incorrectamente planteada por la ENTIDAD, pues no se puede advertir claramente lo que pretende en el fondo y solo se puede inferir ello al momento de analizar todas las pretensiones en conjunto.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Ya se ha indicado que a juicio de este Tribunal, las pretensiones de la reconvención tienen por "causa petendi" que se establezcan los saldos a favor o en contra de cada una de las partes, esto es, determinar los conceptos que deben formar parte de la Liquidación Final de Obra.

A este efecto, el Colegiado ha podido verificar de lo actuado que por un lado existen conceptos que ya no están en controversia, pues el CONSORCIO se ha desistido de ellos o bien ha aceptado los montos propuestos por la ENTIDAD. De otro, si existe controversia de las partes sobre la inclusión de conceptos propiamente controvertidos.

Componentes no controvertidos de la Liquidación Final de Obra.-

Así, respecto de los conceptos que forman parte de la Liquidación Final del Contrato y que no están controvertidos, el Tribunal ha verificado, conforme lo manifestado por CONSORCIO en su escrito del 23 de diciembre de 2013, que deben incluirse los siguientes conceptos y saldos:

- **Valorizaciones:** 0.00 (conforme a la liquidación de la Entidad según Resolución N° 148 (19-10-2012)).
- **Reajustes y Deducciones:** S/. 18,921.44 (conforme a la liquidación de la Entidad según Resolución N° 148 (19-10-2012)).
- **Adelantos:** 0.00 (conforme a la liquidación de la Entidad según Resolución N° 148 (19-10-2012) y a la Carta S/N del Contratista (04/10/2012)).
- **Amortización de adelantos:** 0.00 (conforme a la liquidación de la Entidad según Resolución N° 148 (19-10-2012) y a la Carta S/N del Contratista (04/10/2012)).
- **Penalidades:** S/. -12,700.00 (conforme a la liquidación de la Entidad según Resolución N° 148 (19-10-2012)).

A esto se debe agregar un concepto que si bien no ha sido expresamente aceptado por CONSORCIO en el escrito del 23 de diciembre del 2013, no ha sido observado por el DEMANDANTE en este proceso:

- **Gastos de liquidación de contrato:** S/. -12,000.00 (conforme a la liquidación de la Entidad según Resolución N° 148 (19-10-2012)).

En este punto, el Tribunal comparte la posición de la ENTIDAD, en el sentido que está probado que CONSORCIO no presentó la liquidación de la obra y como tal, al amparo del segundo párrafo del Artículo 269º del RLCAE, corresponde que los gastos de elaboración de liquidación sean asumidos por el DEMANDANTE.

Componentes controvertidos de la Liquidación Final de Obra.-

Durante el proceso de Liquidación del CONTRATO se han presentado controversias entre las partes sobre algunos conceptos que consideran deben ser incluidos o excluidos de la liquidación, por considerar cada una que existe obligación pendiente de cumplir o saldo por cancelar.

Es así que se han sometido como controversia al presente arbitraje los siguientes conceptos en discusión respecto de la liquidación:

- **Refacción de vicios ocultos y/o defectos constructivos: S/. -482,265.15 (conforme a la liquidación de la Entidad según Resolución N° 148 (19-10-2012)).**
- **Enriquecimiento sin causa: No cuantificado (conforme a la liquidación de la Entidad según Resolución N° 148 (19-10-2012)).**
- **Gastos Generales por la Ampliación de Plazo N° 1: S/. 1'154,784.29 (conforme a la Carta S/N del Contratista (04/10/2012))**
- **Gastos Generales por la Ampliación de Plazo N° 5, 9, 10 y 12: S/. 854,980.14 (conforme a la Carta S/N del Contratista (04/10/2012))**
- **Intereses de los Gastos Generales AP1: S/. 181,913.60 (conforme a la Carta S/N del Contratista (04/10/2012))**
- **Intereses de los Gastos Generales AP 5, 9, 10 y 12: S/. 117,139.30 (conforme a la Carta S/N del Contratista (04/10/2012))**

En el presente punto controvertido el Tribunal analizará la reclamación por vicios ocultos y/o defectos constructivos formulada por la ENTIDAD al elaborar su Liquidación Final de Obra. El resto de componentes controvertidos será materia de análisis y pronunciamiento en los siguientes puntos controvertidos.

Imputación de vicios ocultos y/o defectos constructivos

POSICIÓN DEL GOBIERNO REGIONAL

La ENTIDAD expresa que conforme a lo establecido en el CONTRATO, cuya modalidad es la de concurso oferta, el CONSORCIO estaba encargado de: 1) La Elaboración del Expediente Técnico Complementario y 2) La Ejecución de la Obra. Por esa razón, considera que el CONTRATISTA es el responsable de los defectos y/o vicios ocultos que se deriven de ambas prestaciones.

Detalla que los defectos constructivos y/o vicios ocultos, se resumen en lo siguiente:

Fisuras longitudinales entre el pavimento y las cunetas, de 6 mm de espesor promedio y una profundidad de 5 Cm en promedio; las mismas que se presentan en una longitud de 2987 m, el mismo que representa el 12.58 de la longitud de la vía construida que asciende a la 23750 m.

Agrietamiento del pavimento en diferentes progresivas, cuya longitud acumulada asciende a 172.50 m V un espesor promedio de 4 mm.

Separación entre cuneta de concreto y terreno natural exterior, en una longitud de 9m V un espesor promedio de 5 Cm.

Precisa que más del 90% de las grietas se ubican en la unión berma-calzada.

Puntualiza que esos defectos advertidos se encuentran sustentados en el Informe Nº 062-2011 GR.CAJ/GRI/SGL-RMS-RPC-EPM. Respecto de la cuantía de la reparación de esos defectos, indica que ha sido determinada mediante presupuesto detallado de las actividades a desarrollar, cuyos documentos integran la liquidación formulada por la ENTIDAD. Precisa que la cuantía por la refacción de vicios ocultos y/o defectos constructivos asciende a la suma de S/. 482,265.15 Nuevos Soles y no la suma de S/. 494,265.15 Nuevos Soles que señala el CONTRATISTA.

Refiere que, mediante Carta Notarial notificada a la ENTIDAD el 08/09/2011, respecto a las fisuras existentes en la obra, CONSORCIO ha señalado que no tiene responsabilidad, y que esto se ha producido por el uso inadecuado de la vía por parte de los usuarios de la carretera, agravado por las condiciones propias de la zona y a la falta de mantenimiento rutinario.

Para el GOBIERNO REGIONAL las apreciaciones del DEMANDANTE carecen de sustento. Detalla que conforme al Informe Nº 001/11 el CONTRATISTA señala que vehículos livianos, semi pesados y pesados estarían utilizando la berma como calzada, argumento que para la ENTIDAD no resiste el menor análisis técnico, pues el índice medio diario (IMO) de vehículos no es considerable, y que la vía no presenta ningún tipo de hacinamiento y más bien existen periodos prolongados de tiempo en los que no transita ningún vehículo.

Respecto a las condiciones climáticas de la zona y el cambio brusco del gradiente térmico diario señalados por el CONTRATISTA, para el GOBIERNO REGIONAL este argumento carece de sustento puesto que esta variable ha sido considerada en el diseño del pavimento y en función a ello se ha determinado las especificaciones técnicas de los insumos a utilizar, como es la elección del grado de asfalto, que para el presente caso es el PEN 85/100, el mismo que resulta el indicado para temperaturas ambiente que oscilan entre 5° C a 15° C. como es la registrada en el lugar de ejecución de la obra.

En relación a la falta de mantenimiento rutinario, la ENTIDAD señala que durante el año 2007 PROVIAS NACIONAL ejecutó mantenimiento rutinario a través de administración directa, para lo cual convocó a diferentes procesos de selección como son: ADS Nº 5-2007-MTC/20.UZCAJ, AMC Nº 10-2007-MTC/20.UZCAJ, AMC Nº 15-2007-MTC/20.UZCAJ, AMC Nº 21-2007-MTC/20.UZCAJ y AMC Nº 24-2007- MTC/20.UZCAJ; así mismo, PROVIAS NACIONAL convocó al proceso de selección CP N° 40-2007/MTC/20: "Servicios de mantenimiento por niveles de servicio de la Carretera Cajamarca - Celendín - Balsas - Dv Chachapoyas - Chachapoyas y Dv Chachapoyas – Pedro Ruiz": cuya Buena Pro fue otorgada al CONSORCIO GESTION DE CARRETERAS y declarada consentida el 20/12/2007, por un monto de S/. 64'960,054.09 Nuevos Soles, con un plazo de tres (03) años y los alcances señalados en los Términos de Referencia del CP N° 40- 2007/MTC/20. Con ello para la ENTIDAD queda demostrado que si existió mantenimiento rutinario.

Resalta que está demostrado que más del 90% de las grietas se ubican en la unión berma-calzada, según se acredita con el Informe Nº 062-2011 GR.CAJ/GRI/SGSL-RMS-RPC- EPM. Considera que con ello los argumentos del CONTRATISTA que señala que las grietas se deberían al incremento del índice Medio Diario Vehicular (IMDV) en más de 350 respecto al IMDV de diseño de la vía, carecen de sustento. Sostiene que para que eso suceda, los vehículos tendrían que transitar por las bermas y al borde de la cuneta, lo cual es materialmente imposible.

Añade que ha quedado demostrado que las grietas son de tipo longitudinal, las mismas que conforme al Catálogo de Deterioros de Pavimentos Flexibles del Consejo de Directores de Carreteras de Iberia e Iberoamérica; se deben a defectos constructivos, originados en el presente caso por haber diseñado una sección inadecuada, lo que es atribuible al CONSORCIO.

Anota que según el Informe Técnico Nº 016.MMS-2013 suscrito por el Ing. Manuel Madrid Sosa, ofrecido por el CONTRATISTA, se ha indicado que las grietas se deben al contacto berma cuneta (es decir, una junta de construcción) entre dos materiales de diferente naturaleza. Es decir, el defecto constructivo tiene su origen en un mal diseño de la sección de la vía, del cual también es responsable el CONTRATISTA.

Observa que el Ing. Manuel Madrid Sosa no ha realizado ninguna inspección de campo, ni ensayos que permitan descartar que las fallas tengan su origen en una deficiente compactación o mala calidad de materiales, por lo que, para la ENTIDAD el Informe Técnico Nº 016.MMS-2013 carece de sustento técnico, hecho que sólo lo limita a ser un simple comentario particular y subjetivo o que como el profesional lo denomina "una prognosis de las posibles causas del deterioro de las vías"; más aún si se tiene en cuenta que el informe antes señalado es una reproducción de lo descrito en el Informe Técnico dado a conocer por el CONTRATISTA mediante su Carta Notarial notificada el 08/09/2011.

Entiende que el Informe Técnico N° 016.MMS-2013 no constituye una apreciación categórica o de certeza, ni constituye ninguna determinación respecto al origen de las grietas presentadas en la Obra.

La ENTIDAD presenta el Catálogo de Deterioro de Pavimentos Flexibles del Consejo de Directores de Carretera de Iberia e Iberoamérica, según el cual los deterioros de pavimentos se clasifican como se indica en seguida:

- Deterioros de la superficie.
- Deterioros de la estructura.
- Deterioros por defectos constructivos.

Complementariamente, el GOBIERNO REGIONAL cita que ese Catálogo clasifica el deterioro de la estructura del pavimento en: Deformaciones (Roderas, Canalizaciones, Baches profundos, Ondulaciones) y Agrietamientos (Grietas longitudinales, Grietas transversales, Fisuras, Piel de cocodrilo).

Sustenta que del análisis de las fotografías ofrecidas por las partes y el propio Informe Técnico N° 016, se puede determinar que en el presente caso se trata de agrietamientos longitudinales y como tal, corresponde explicar el origen de las mismas, para lo cual la ENTIDAD se remite a lo señalado al respecto en el Catálogo en mención (página 20). En su análisis, concluye que las grietas longitudinales del presente caso no tienen similitud con lo señalado en el Catálogo, por lo que para la ENTIDAD queda descartado que éstas se hayan originado por juntas longitudinales de construcción inadecuadamente trabajadas, gradiente térmico superior a los 30° C, uso de ligantes (asfaltos) muy duros o ligantes (asfaltos) envejecidos. Conforme al referido Catálogo (pág.25), la ENTIDAD determina que las grietas del presente caso se asemejan a los deterioros por defectos constructivos, la misma que si bien es cierto según el Catálogo corresponde a un caso específico de instalaciones debajo del pavimento, que han requerido la excavación de zanjas, sin embargo, se debe tener presente que los aspectos cualitativos de las grietas del presente caso permiten afirmar a la ENTIDAD que se trata de un defecto constructivo que podría tener su origen en un inadecuado relleno, inadecuada estructura del pavimento, materiales inadecuados en el relleno y en el pavimento; aspectos que no han sido desvirtuados en el Informe Técnico N° 016.MMS-2013, ni en ningún documento ofrecido por el CONSORCIO.

Como el Informe Técnico N° 016.MMS-2013 del Ing. Manuel Madrid Sosa, ofrecido por el CONSORCIO, indica que las grietas se deben al contacto berma-cuneta (es decir, una junta de construcción) entre dos materiales de diferente naturaleza, para la ENTIDAD se reconoce que se trata de un mal diseño, del cual también es responsable el CONTRATISTA, puesto que éste tenía la obligación de elaborar el Expediente Técnico, y como tal, es responsable por los defectos de éste, así como de las variables como agentes climáticos y tráfico, pues debieron ser tomadas en consideración y cualquier omisión o inadecuada valoración, es responsabilidad exclusiva del CONTRATISTA.

Sostiene que el CONSORCIO ha desempeñado la labor de proyectista a través de su intervención en dos momentos, como son i) cuando formuló el Expediente Técnico Complementario y ii) cuando presentó el Expediente Técnico Optimizado, el mismo que no fue otra cosa que el nuevo expediente de la obra que fue aprobado por Resolución N° 064-2006-GR.CAJ/GGR. A través de su intervención en la formulación del Expediente Técnico Complementario y el Expediente Técnico Optimizado, el CONSORCIO definió el nuevo Expediente Técnico de la Obra, el que, entre otros, incluía la sección defectuosa de la vía, como es la colocación de pavimento flexible sobre el concreto de la cuneta, por lo que, no queda ninguna duda que el CONTRATISTA asumió la responsabilidad de proyectista de la obra y consecuentemente, es responsable de los defectos que se deriven de dicha labor.

Afirma que la sección de la vía fue proyectada por el CONSORCIO, la misma que consideró que la berma de concreto asfáltico (pavimento flexible) se extienda por encima de la cuneta de concreto simple (pavimento rígido), generando defectos en el pavimento por la sola existencia de materiales de diferente naturaleza.

Para complementar su sustento, la ENTIDAD presentó en calidad de medios probatorios diversas publicaciones en internet respecto al comportamiento de pavimentos flexibles, el tipo de grietas y su origen, como son. El Informe Final de la Consultoría de Asistencia Técnica en Estudios de Transporte Urbano para el Área Metropolitana de Lima y Callao de las Empresas BOOZ-ALLEN&HAMILTON-BARRIGA DALL'ORTO – WILBUR SMITH; el Manual Centroamericano de Mantenimiento de Carreteras y la publicación de Mecánica de Materiales para Pavimentos del Instituto Mexicano del Transporte. Considera que la grieta en la unión berma-cuneta es una fisura por reflexión de la junta de construcción generada por la cuneta y la base granular, cuyo defecto debió ser advertido por el CONSORCIO en la etapa de elaboración del Expediente Técnico y debió ameritar se proyecten alternativas que eviten ese tipo de fallas, como por ejemplo la posibilidad de colocar geomallas, sugerida en la publicación de Factores que Determinan el Uso de Geosintéticos en Proyectos de Pavimentos en Colombia de la Universidad de los Andes.

La ENTIDAD concluye que está probado que los defectos constructivos y/o vicios ocultos, como es la presencia de grietas en la unión berma- calzada, se debe a defectos constructivos que tienen su origen en un diseño defectuoso de la selección de la vía. Por ello, considera que los defectos constructivos y/o vicios ocultos son de responsabilidad del CONSORCIO.

POSICIÓN DEL CONSORCIO

Estima que la ENTIDAD sin sustento técnico alguno continúa señalando que los deterioros aparecidos constituyen defectos constructivos.

Niega que los deterioros aparecidos en la carretera le sean imputables y que tengan su origen en fallas constructivas. Destaca que en el Informe Técnico elaborado por el Ing. Madrid, las causas de los deterioros en pavimentos son de

dos tipos: (i) funcionales, y (ii) estructurales. El primero, comprende la fatiga de la capa de superficie ocasionado por el tráfico en servicio, la temperatura y las lluvias. El segundo, supone el colapso de algún componente del pavimento atribuible a la pérdida de resistencia desarrollada a niveles de subrasante y/o fundación del pavimento.

Sostiene que en este caso en concreto, los deterioros aparecidos fueron de tipo funcional, es decir, se han producido debido al uso de la carretera, a las condiciones climáticas y a la falta de mantenimiento de la vía. De hecho, se ha verificado que el 95% de los deterioros identificados son de tipo funcional, y que éstos se encontraron dentro del comportamiento esperado, tal como se desprende de la página 11 del referido Informe Técnico.

Para el CONSORCIO, está demostrado que los deterioros aparecidos en el pavimento no suponen la existencia de deficiencias en la construcción, no comprometen la estructura de la carretera; sino más bien que se han producido por el uso de la vía y su aparición ha sido razonable considerando el período de vida de la misma.

Sobre el Catálogo presentado por la ENTIDAD, observa que no se tiene certeza que lo presentado tenga el contenido que señala el GOBIERNO REGIONAL en sus argumentos: Tampoco se sabe el nivel de credibilidad y de autoridad en la materia que un informe de esa naturaleza tiene. Ni tampoco se encuentra relación entre lo que ese supuesto documento indica y lo acontecido en los hechos del caso.

Resalta que la ENTIDAD ni siquiera explica con detalle ni con pruebas por qué esos deterioros constituirían fallas constructivas, y por qué le serían imputables al CONSORCIO.

Considera que los documentos presentados por la ENTIDAD no permiten determinar de quién es responsable por la aparición de fisuras o grietas en la berma-cuneta y calzada, y si éstas pueden considerarse defectos de construcción por vicios ocultos. Son meras referencias bibliográficas que no acreditan la parte técnica de los sucesos que son objeto de la controversia

Repara que la cuantía fijada por la ENTIDAD para las reparaciones no está sustentada, siendo exorbitante e incorrecta. Advierte que la reparación del metro lineal de fisura, utilizando un sellante elastométrico, que es el mejor que existe en el mercado cuesta aproximadamente S/.5.00 por metro lineal, por ende reparar los 3,200 metros lineales de fisuras que la ENTIDAD demanda hubiera costado aproximadamente S/.15,000.00.

En cuanto a la imputación de responsabilidad por considerar que la modalidad de ejecución contractual era el concurso oferta y el CONTRATISTA sería responsable del diseño de los trabajos, CONSORCIO niega que el sistema de ejecución contractual haya sido tal.

Afirma que la ENTIDAD contrató al CONSORCIO únicamente para que ejecute los trabajos de rehabilitación y mejoramiento. El diseño y la elaboración del expediente técnico estuvieron a cargo de la Empresa Consultora GMI. Así, durante la ejecución de la obra y por un pedido expreso de la Entidad, el CONSORCIO efectuó modificaciones al expediente técnico (las mismas que dieron lugar a la AP3). Sin embargo, tales modificaciones no supusieron una variación del sistema de contratación ni de ejecución contractual.

Aclara que en las Bases Integradas se cita como objeto de la licitación la construcción de la carretera y la elaboración de un Expediente Técnico Complementario cuyo alcance está claramente definido en los Términos de Referencia. La definición se refiere solamente a mejorar tres curvas (5-6A y 6B) y ubicar cinco áreas para paraderos. El plazo para efectuar este estudio es de un mes y el monto es apenas del orden de los S/.120 mil.

Agrega que en el documento "Absolución de Consultas", se realizaron varias consultas con referencia al expediente técnico y a los planos incluso a nivel de detalle. CONSORCIO considera relevante la Consulta N° 01 de Ingenieros Civiles y Contratista Generales S.A.:

"Consulta:

Sírvanse confirmar que el postor elaborará su propuesta a Suma Alzada sobre la base del Expediente Técnico existente elaborado por la Empresa Consultora GMI, quien mantendrá la responsabilidad por la elaboración de dicho estudio, asumiendo el postor que dichos estudios son ciertos y válidos. Adicionalmente el postor elaborará el Expediente Técnico Complementario según el alcance de los Términos de Referencia que se adjunta en las Bases, y sobre el cual también presentará la oferta a Suma Alzada, por estos alcances complementarios, que será la única parte por la cual el Postor será responsable de la ingeniería y de las diferencias que pudieran existir con la realidad.

Respuesta:

Confirmado".

Afirma que el detalle de la carpeta asfáltica en su encuentro con la cuneta que es donde se han producido las fisuras objeto de la controversia, no lo diseñó el CONTRATISTA sino el Proyectista GMI, que fue contratado anteriormente al Concurso por la ENTIDAD.

Resalta que en el Informe Técnico elaborado por el Ingeniero Ernesto Leandro Arbildo Quiroz, presentado por la Entidad, se concluye que los trabajos para la reparación de grietas tiene un valor de S/.86,716.10 y no el de S/. 494,265.15 que había sido definida por la ENTIDAD en la Liquidación de la Obra.

Puntualiza que la carga de probar el origen de las fisuras y grietas aparecidas en obra se debe a vicios ocultos de la construcción, así como el monto reclamado, corresponde a la ENTIDAD y no al CONTRATISTA.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL

En este extremo el Tribunal parte del principio de que quien alega un hecho debe probarlo. En efecto, en el presente caso la ENTIDAD ha alegado la existencia de vicio oculto y responsabilidad del CONTRATISTA.

Por lo tanto, le corresponde a ella probar la causa de las fisuras y grietas, esto es, debe acreditar la existencia de un nexo causal que impute responsabilidad de esos vicios al CONSORCIO.

Se advierte que la ENTIDAD ha hecho inferencias pero no ha sustentado sus afirmaciones ofreciendo algún ensayo que demuestre el origen de las grietas o fisuras, que permita tener la convicción que los vicios se han producido por defectos constructivos o la inadecuada compactación o calidad de materiales.

Conforme al artículo 1784º del Código Civil, el CONTRATISTA es responsable por defecto o ruina de la Obra, siempre que sean:

- vicios de la construcción, o
- consecuencia de mala calidad de los materiales o por defectos del suelo (en estos casos, únicamente cuando el Contratista hubiera suministrado los primeros o elaborado los estudios, planos y demás documentos necesarios para la ejecución de la obra).

Por tanto, corresponde a la ENTIDAD demostrar que la existencia de los graves defectos, esto es, las fisuras o grietas son producto de "vicio de la construcción", o "vicio de los materiales", "vicio del suelo" o "vicio del diseño".

Al comentar el artículo 1784º del Código Civil, MARÍA DEL CARMEN TOVAR GIL y VERÓNICA FERRERO DÍAZ¹ haciendo referencia a la norma argentina, distinguen los diferentes tipos de vicios:

"(i) Vicios de suelo.- Es fundamental en toda obra inmueble no exceder el límite de resistencia del suelo, es decir, que la construcción cuente con la adecuada fundación. Además, importa toda construcción asentada sobre un lugar que no tiene aptitud para la transmisión de las cargas de que se trata; en otras palabras, toda vez que la cimentación o el sistema de fundación no sea adecuado para el tipo de suelo del que se trate y sobrevenga una ruina, tendremos un vicio de suelo. Sobre el particular, Rezzónico señala que la responsabilidad por los vicios del suelo recae en el contratista, aunque el

¹ CODIGO CIVIL Comentado Tomo IX. Gaceta Jurídica. 2007. Página 253.

terreno pertenezca al dueño de la obra, pues su deber es conocer, en razón de su oficio, si los materiales que le eran suministrados por el comitente eran o no aptos, o viciosos; y su deber también es advertir de ello al dueño de la obra, y no, por ganar con la obra, ejecutarla a sabiendas de que puede sobrevenir por tal causa su ruina total o parcial. Se entiende que esto es en caso de que el contratista de la obra sea quien ha elaborado los estudios sobre el suelo.

(ii) Vicio de los materiales.- Se refiere a la utilización de materiales no idóneos, o que no respondan a las especificaciones legales o convencionales. Igualmente la norma establece que la responsabilidad por los materiales es cuando el contratista los ha proporcionado. Para Arias Schreiber esta es una fórmula poco idónea, pues es parte de la responsabilidad profesional del contratista conocer la bondad de los materiales a emplearse, la calidad del suelo, y la exactitud y pertinencia de los planos, estudios y demás documentos utilizados en la obra.

(iii) Vicio de la construcción.- Consiste en no ceñirse a las reglas del arte de construir y por ello se ocasiona una caída total o parcial de la obra. En esas reglas del arte de construir se subsumen las concordantes especificaciones técnicas contractuales.

(iv) Vicios del plano.- Significa no solo que un proyecto no tenga aptitud para hacer estable el edificio, sino también que tenga infracciones a normas administrativas y que, en virtud de esa infracción, la autoridad administrativa ordena su demolición. Dicha demolición es una suerte de ruina parcial o total de la obra. El vicio del plano lleva consigo el vicio del suelo. Según la opinión de Arias Schreiber, en lo referente a los documentos utilizados, la responsabilidad debería extenderse al proyectista, que es el locador de la obra intelectual. Argumenta que el defecto del proyecto no exime al técnico de responsabilidad, pues estaba obligado a conocerlo, sin perjuicio de la que corresponde al arquitecto proyector (responsabilidad conjunta). Sin embargo, nuestro Código no establece esta responsabilidad y, en tal sentido, el constructor no proyectista sólo asumirá la misma si así lo estableciera el contrato o si pudiese considerarse que el defecto del proyecto era de tal magnitud que debió advertirlo".

En el presente caso, el Tribunal ha reparado que en el "Catálogo de Deterioro de Pavimentos Flexibles del Consejo de Directores de Carretera de Iberia e Iberoamérica 2002", presentado por la ENTIDAD, se detalla que el tipo de "Deterioros por Defectos Constructivos" tiene como causas comunes:

- Inadecuado relleno de zanjas abiertas para colocar instalaciones o equipamientos.
- Inadecuada estructura del pavimento sobre relleno de zanjas.
- Materiales inadecuados en el relleno de zanja y en el pavimento sobre él.

Sobre la eventual presencia causal de una supuesta inadecuada compactación o calidad de materiales, el Tribunal aprecia que ello está descartado de acuerdo con el Informe Técnico N° 016.MMS-2013 elaborado por el Ing. Manuel Madrid Sosa, presentado por el CONSORCIO. En efecto, dicho profesional ha afirmado que:

"...se tiene evidencia documentada real de que se han respetado los valores requeridos y admisibles de calidad en dos momentos importantes:

-Durante todo el proceso constructivo con controles de calidad a nivel de pavimento terminado según la EG 2000 y

-En la fase de entrega de obra con controles de calidad a nivel de pavimento terminado según la EG 2000.

Lo anterior es de ejecución rutinaria en todas las obras viales del MTC desde 1990 en donde se inicia en gran escala la rehabilitación de carreteras y desde el año 2000 en donde se publica la modernización de las especificaciones técnicas de carreteras del MTC EG 2000 lo que ha traído la mejora de los procedimientos tanto de diseño como de construcción y de seguimiento de la performance del pavimento en servicio mediante técnicas de mantenimiento vial".

También concluye con respecto a la Calzada que "el Informe Final de Control de Calidad de Obra de los componentes del pavimento construido no registró observaciones durante el proceso de construcción. De similar forma el Control de Calidad del pavimento terminado mediante ensayos de Deflexión muestran que los valores exigidos de deflexión admisible fueron satisfechos en el momento de entrega de obra. No se tiene evidencias de o registros de campo post obra que muestren deterioros prematuros inmediatos después de la puesta en servicio de la vía que sugieran algún comportamiento extraño del producto terminado".

Atendiendo a la opinión de este experto, el Tribunal tiene la convicción racional que no existe evidencia que permita concluir que las grietas y/o fisuras fueron consecuencia de la mala calidad de los materiales o debido a una inadecuada compactación.

Tampoco la ENTIDAD ha aportado pruebas como ensayos o resultados técnicos que evidencien la existencia de esos eventos.

En efecto, en el Informe N° 062-2011 GR.CAJ/GRI/SGSL-RMS-1 de fecha 07 de julio de 2011 elaborado por el Ing. Roberto Ponce Cerna, Ing. Rubén Machuca Sánchez y el Lic. Eduardo Portal Murga no se hace referencia a ensayos o pruebas. Sólo se hace mención a la verificación de existencia de:

- 1. fisuras longitudinales entre el pavimento y las cunetas de concreto.
- 2. grieta de separación entre cuneta de concreto y terreno natural exterior
- 3. agrietamientos del pavimento asfáltico en varios puntos del tramo de la obra "al parecer" (sic) por asentamientos producidos en la base de la carretera.

Descartada la existencia de un "vicio de los materiales" o de "vicio de suelo", corresponde analizar si se ha presentado un caso de "vicio de diseño".

Según el "Informe Técnico para Reparación de Grietas y su Costo" elaborado por el Ing. Ernesto Leonardo Arbildo Quiroz, el 95% de los defectos advertidos por la ENTIDAD están representados por las grietas en la unión berma-cuneta, las que se producen a la reflexión de la junta de construcción generada por la unión de la base (material granular) – cuneta (concreto), por tratarse de dos materiales de distinta naturaleza y de rigideces diferentes:

"f) Con Carta Co 043.MMS.13 del 04/07/2013, el Ing. Manuel Madrid Sosa; dio a conocer al CONSORCIO COSAPI.TRANSLEI el Informe Técnico N° 016.MMS-2013, mediante el cual señaló que las grietas en la unión berma-cuneta se deben a la reflexión de la junta de construcción generada por la unión de la base (material granular) – cuneta (concreto), por tratarse de dos materiales de distinta naturaleza y de rigideces diferentes.

g) Durante la audiencia de Informe Oral del 06/05/2014, el Ing. Segundo Sam Pretell, en representación del CONSORCIO COSAPI.TRANSLEI: reiteró que las grietas en la unión berma-cuneta se deben a la reflexión de la junta de construcción conformada por el material granular de base y el concreto de la cuneta; apreciación que fue compartida por mi persona en representación del Gobierno Regional de Cajamarca; con lo cual quedó aclarado las dudas respecto al origen de las grietas en la unión berma-cuneta, que representan el 95% de los defectos advertidos."

Como se ha señalado, para el GOBIERNO REGIONAL se trata de un mal diseño de la sección de la vía proyectada por el CONSORCIO, la misma que consideró que la berma de concreto asfáltico (pavimento flexible) se extienda por encima de la cuneta de concreto simple (pavimento rígido), generando defectos en el pavimento por la sola existencia de materiales de diferente naturaleza. La ENTIDAD ha sostenido que la grieta en la unión berma-cuneta es una fisura por reflexión de la junta de construcción generada por la cuneta y la base granular, cuyo defecto debió ser advertido por el CONSORCIO en la etapa de elaboración del Expediente Técnico y debió ameritar se proyecten alternativas que eviten ese tipo de fallas, como por ejemplo la posibilidad de colocar geomallas, sugerida en la publicación de Factores que Determinan el Uso de Geosintéticos en Proyectos de Pavimentos en Colombia de la Universidad de los Andes.

De la documentación técnica que obra en el expediente, el Tribunal considera relevante destacar que la fisura por reflexión de juntas se describe en los siguientes términos:

"Falla de pavimentos mixtos: superficies asfáltica sobre pavimento rígido con juntas. Son grietas transversales y longitudinales producidas por la reflexión de las juntas del pavimento rígido a la superficie de asfalto"(Informe Final de la Consultoría de Asistencia Técnica en Estudios

de Transporte Urbano para el Área Metropolitana de Lima y Callao de las Empresas BOOZ-ALLEN&HAMILTON- BARRIGA DALL'ORTO – WILBUR SMITH).

"Se presentan sólo en pavimentos mixtos constituidos por una superficie asfáltica sobre un pavimento de concreto con juntas. Consiste en la propagación ascendente hacia la superficie asfáltica de las juntas del pavimento de concreto. Como consecuencia, por efecto de la reflexión se observan en la superficie fisuras longitudinales y/o transversales que tienden a reproducir las juntas longitudinales y transversales de las losas inferiores". (Manual Centroamericano de Mantenimiento de Carreteras y la publicación de Mecánica de Materiales para Pavimentos del Instituto Mexicano del Transporte)

También en esos documentos se describe las posibles causas de ese tipo de fisuramiento:

"+ Movimiento de las losas de concreto: por razones térmicas deflexión por las cargas, etc.

+La acción del tránsito puede resultar en peladuras y eventualmente en baches." (Informe Final de la Consultoría de Asistencia Técnica en Estudios de Transporte Urbano para el Área Metropolitana de Lima y Callao de las Empresas BOOZ-ALLEN&HAMILTON- BARRIGA DALL'ORTO – WILBUR SMITH).

"Son causadas principalmente por el movimiento de las losas de concreto, como resultado de cambios de temperaturas o cambios en los contenidos de humedad. Las grietas por reflexión se propagan dentro de la capa asfáltica, como consecuencia directa de una concentración de tensiones; asimismo, si por la aplicación de las cargas de tránsito las losas experimentan deflexiones verticales importantes en las juntas, la reflexión se produce con mayor rapidez. El tránsito puede producir la rotura de la capa asfáltica en la proximidad de las fisuras reflejadas, resultando en peladuras y eventualmente baches." (Manual Centroamericano de Mantenimiento de Carreteras y la publicación de Mecánica de Materiales para Pavimentos del Instituto Mexicano del Transporte)

Se advierte que en ambos casos se identifican dos posibles causas, o bien el cambio de temperatura o bien la acción del tránsito. En el presente caso, no se ha llegado a identificar cuál de las dos causas es la que origina la presencia de la fisura, esto es, si el cambio del clima o la acción del tránsito.

No obstante lo anterior, es importante anotar que el Ing. Manuel Madrid Sosa descarta una falla estructural y considera que las grietas y fisuras son efectos funcionales del tipo de Junta de Construcción (Berma-Cuneta) "es activada por dos posibles causas: gravedad que podrían producir asentamientos o por la aplicación de cargas vehiculares que podrían generar deformaciones y finalmente

la fisura. Solo es posible el segundo caso que implicaría un mal uso de la Berma desde el punto de vista de su definición”.

El Colegiado es de la opinión que independientemente del origen de la fisura (debido al cambio de temperatura, humedad, o tránsito), se trata de un efecto previsible del diseño adoptado. En efecto, el diseño responde a un presupuesto y costo que el Comitente quiere asumir para la obra de su propiedad.

Es evidente que existen diseños que contemplan componentes más costosos para evitar la aparición a futuro de grietas y/o fisuras (como geomembranas u otros). Esta situación no refleja la existencia de un defecto o vicio, sino de una opción de diseño, cuyo costo varía en función que se desee considerar la introducción o no del uso de Geosintéticos con la finalidad de evitar que se produzcan grietas o fisuras o, por el contrario, asumir que su mitigación se realizará en la fase de mantenimiento de la obra.

Según la ENTIDAD, el CONSORCIO fue responsable del diseño. Por el contrario, para el CONTRATISTA, el diseño de la Obra no estuvo dentro del alcance a su cargo.

El Tribunal comparte la posición del CONSORCIO, puesto que esto queda corroborado por la citada respuesta a la Consulta N° 01 de Ingenieros Civiles y Contratista Generales S.A.:

“Consulta:

Sírvanse confirmar que el postor elaborará su propuesta a Suma Alzada sobre la base del Expediente Técnico existente elaborado por la Empresa Consultora GMI, quien mantendrá la responsabilidad por la elaboración de dicho estudio, asumiendo el postor que dichos estudios son ciertos y válidos. Adicionalmente el postor elaborará el Expediente Técnico Complementario según el alcance de los Términos de Referencia que se adjunta en las Bases, y sobre el cual también presentará la oferta a Suma Alzada, por estos alcances complementarios, que será la única parte por la cual el Postor será responsable de la ingeniería y de las diferencias que pudieran existir con la realidad.

Respuesta:

Confirmado”.

Se puede comprobar que la propia ENTIDAD aclaró a los postores que la Elaboración de un Expediente Técnico Complementario no hace responsable al CONTRATISTA por el diseño de la obra, ya que la empresa consultora GMI mantiene la responsabilidad por la elaboración del Expediente Técnico.

Cabe señalar que, la ENTIDAD ha postulado que a través de la intervención del CONSORCIO en la formulación del Expediente Técnico Complementario y el Expediente Técnico Optimizado, dicho CONTRATISTA definió el nuevo

Expediente Técnico de la Obra, el que entre otros, incluía la sección defectuosa de la vía, como es la colocación de pavimento flexible sobre el concreto de la cuneta, por lo que, para el GOBIERNO REGIONAL no queda ninguna duda que el CONTRATISTA asumió la responsabilidad de proyectista de la obra y consecuentemente, es responsable de los defectos que se deriven de dicha labor.

Incluso, la ENTIDAD ha afirmado que la sección de la vía fue proyectada por el CONSORCIO, la misma que consideró que la berma de concreto asfáltico (pavimento flexible) se extienda por encima de la cuneta de concreto simple (pavimento rígido), generando defectos en el pavimento por la sola existencia de materiales de diferente naturaleza.

El Tribunal repara que lo alegado por la ENTIDAD no ha sido probado. En efecto, dicha parte no ha aportado prueba idónea que demuestre que CONSORCIO elaboró el diseño y planos de la sección de la vía. Es decir, no se ha comprobado en autos que CONSORCIO haya modificado el diseño del Expediente Técnico elaborado por la empresa consultora GMI, en el extremo que define la colocación de pavimento flexible sobre el concreto de la cuneta.

Este Colegiado entiende que el CONSORCIO asumiría la responsabilidad de proyectista de la obra, si es que hubiera modificado el diseño de la empresa consultora GMI.

Es decir, sólo en el caso que el CONTRATISTA haya definido el diseño de la sección de la vía con la colocación de pavimento flexible sobre el concreto de la cuneta, en el Expediente Técnico Complementario y el Expediente Técnico Optimizado variando el diseño original existente en el Expediente Técnico elaborado por GMI, se puede concluir que la responsabilidad es del CONSORCIO.

Este hecho no ha sido demostrado en el presente proceso por la ENTIDAD, razón por la cual, tal como lo prevén las Bases Integradas (Consulta N° 01 de Ingenieros Civiles y Contratista Generales S.A.) la responsabilidad por el defecto de diseño bajo reclamo se mantiene a cargo de la empresa consultora GMI.

Ahora bien, es pertinente agregar que el artículo 1785º del Código Civil consagra un régimen de liberación de responsabilidad del Contratista en los casos de defectos en la obra por vicios, cuando ha ejecutado la obra de acuerdo a las reglas del arte y en estricta conformidad con las instrucciones de los profesionales que elaboraron los estudios, planos y demás documentos necesarios para la realización de la obra, cuando ellos le son proporcionados por el comitente.

No obstante ese principio, la doctrina aclara que ese régimen de liberación de responsabilidad consagrado en el artículo 1785º del Código Civil no se aplica sin excepción en todos aquellos supuestos en que el contratista hubiese actuado conforme a las instrucciones mencionadas, sino que tiene matices.

Así, MARIO CASTILLO FREYRE y LAURA CASTRO ZAPATA² opinan que:

"Pensamos que sobre este particular no puede existir una respuesta única, ello, en razón de que en algunos casos las instrucciones, estudios y documentación proporcionada por el comitente, implicarán determinados estudios y análisis que el contratista no está obligado a realizar, pues ya fueron otros profesionales quienes se encargaron de hacerlos, precisamente, por cuenta y en interés del comitente.

En ese sentido, no siempre será fácil advertir al contratista la existencia de errores o defectos en tales estudios, pues no se tratará de cuestiones evidentes.

En tales casos, resulta absolutamente claro que sería aplicable lo dispuesto por el artículo 1785 del Código Civil. Aquí, pues, no se podría exigir al contratista algo para lo cual no ha sido contratado, así como tampoco se le podría exigir advierta cuestiones que no tienen la condición de evidentes.

Distinto sería el caso en el cual los estudios e instrucciones proporcionados por el comitente al contratista incluyan errores o defectos de tal magnitud o evidencia, que el contratista se encuentre en la ineludible necesidad de advertir".

Este deber de advertir errores, fallas o defectos de las instrucciones, estudios y documentación proporcionada por el comitente, está recogido en el RLCE:

Artículo 210.- Fallas o defectos percibidos por el contratista

El contratista debe comunicar de inmediato a la Entidad de las fallas o defectos que advierta luego de la suscripción del contrato, sobre cualquier especificación o bien que la Entidad le hubiere proporcionado.

La Entidad evaluará las observaciones formuladas por el contratista y se pronunciará en el plazo de siete (7) días hábiles.

Si acoge las observaciones, la Entidad deberá entregar las correcciones o efectuar los cambios correspondientes, empezando a correr nuevamente el plazo de la ejecución de la prestación a partir de ese momento, de ser el caso.

En caso de que las observaciones no fuesen admitidas, la Entidad hará la correspondiente comunicación para que el contratista continúe la prestación del objeto del contrato, bajo responsabilidad de aquella respecto a las mencionadas observaciones.

Es evidente que la responsabilidad del proyecto y de los estudios caen sobre quien los realizó, tal como lo establece las Bases, en el proyectista. Pero ello no libera de cierta responsabilidad al contratista, puesto como lo dispone el artículo 210º del RLCE, éste tiene el deber de advertir. Como explica OSVALDO MAXIMO

² "EL CONTRATO DE OBRA". En "LIBRO DE HOMENAJE A FELIPE OSTERLING PARODI". Palestra. 2008. Página 980.

BEZZI³, "el contratista es responsable de las fallas en la ejecución provocadas por la interpretación deficiente de la documentación contractual y de los defectos de construcciones originados en proyectos o planos con deficiencias que no hayan podido pasarle inadvertidas y que no hubiera denunciado por escrito a la Administración, antes de iniciar los respectivos trabajos".

Como indica dicho autor, esta responsabilidad por el deber de advertir se funda en el hecho que "el contratista por su inscripción en el Registro respectivo en la especialidad de la obra de que se trate, posee el conocimiento técnico adecuado y cuenta además con una dirección técnica que lo asiste profesionalmente, que puede advertir cualquier deficiencia o error en el proyecto o en los planos. En ese caso deberá comunicarlo al funcionario competente antes de iniciar el trabajo".

Ahora bien, hay que poner de manifiesto que en el presente caso, la ENTIDAD no ha probado que exista un defecto o vicio oculto en el diseño de la vía el diseño de la sección de la vía con la colocación de pavimento flexible sobre el concreto de la cuneta. Como se ha indicado en los párrafos anteriores, para el Tribunal al diseño responde a una opción de construcción vinculada a los costos de la Obra.

En efecto, no se ha comprobado que tal diseño no esté acorde con las especificaciones técnicas de carreteras del MTC EG 2000, que como señala el Ing. Manuel Madrid Sosa es el estándar de las reglas del arte en carreteras, tanto de diseño como de construcción y de seguimiento de performance del pavimento en servicio.

Si bien el diseño elegido es una condición para la presentación de fisuras por reflexión de juntas, no puede afirmarse que es un vicio o defecto oculto, por cuanto sus efectos son previsibles y puede optarse entre asumir los costos de mitigarlos introduciendo el uso de alternativas como el uso de geo sintéticos elevando el costo de construcción de la obra o bien atendiendo su mitigación en una intervención posterior mediante acciones de mantenimiento.

Siendo esto así, el Tribunal hace suya la opinión del experto Ing. Manuel Madrid Sosa, en el sentido que el diseño en cuestión se encuentra dentro de los procedimientos que son de mayor uso aplicados en proyectos del MTC para proceder a la fase de construcción y control.

Por todas estas consideraciones, este Tribunal considera que la pretensión de la ENTIDAD en este extremo es INFUNDADA, por lo que no corresponde que el CONSORCIO asuma los costos reclamados por el GOBIERNO REGIONAL del valor del costo de la reparación de grieta y/o fisuras.

Los demás componentes de esta pretensión serán analizados seguidamente.

³ "EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA". Abeledo-Perrot. 1982. Página 124.

SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO: SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL DISPONGA QUE EL DEMANDANTE INDEMNICE A LA ENTIDAD CON LA SUMA DE S/. 2'904,962.07 NUEVOS SOLES POR CONCEPTO DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, CUYA SUMA DEBE SER ADICIONADA A LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO.

POSICIÓN DEL GOBIERNO REGIONAL

Expresa que el Plazo Contractual es de 543 días calendarios:

- Plazo Contractual Original 270.
- Ampliación de plazo N° 01, 73 días (establecido por Laudo Arbitral, cuyo Tribunal fue presidido por Jaime Gray Chicchon).
- Ampliación de plazo N° 3, 68 días (establecido por Acta de Conciliación N° 023-2006).
- Ampliación de plazo N° 05, 09,10 y 12, 72 días (establecido por Laudo Arbitral, cuyo Tribunal fue presidido por Gonzalo García Calderón)
- Ampliación de plazo N° 08, 38 días (establecido por Resolución N° 042-2007-GR-CAJ/GRI).
- Ampliación de plazo N° 11, 22 días (establecido por Resolución N° 072-2007-GR-CAJ/GRI).

Detalla que según el acta de recepción de obra de 03 de julio de 2007, la ejecución de obra se inició el 27 de abril de 2006 y culminó el 29 de mayo de 2007, lo que implica un plazo real de ejecución de 398 días calendario. Anota que, no obstante lo anterior el vencimiento del plazo contractual fue el 21 de octubre de 2007.

De lo señalado, la ENTIDAD considera que el DEMANDANTE culminó la ejecución de la obra 145 días calendarios antes del vencimiento del plazo contractual.

Para el GOBIERNO REGIONAL se debe tener en consideración que en el periodo comprendido entre el 30 de mayo de 2007 al 21 de octubre de 2007 no se ejecutó ninguna actividad y consecuentemente CONSORCIO no incurrió en ningún gasto general en dicho periodo.

La ENTIDAD invoca que la situación anteriormente descrita motiva el empobrecimiento del GOBIERNO REGIONAL y el enriquecimiento sin causa del CONSORCIO.

Alega que en aplicación del Artículo 1954º del Código Civil, corresponde que el DEMANDANTE indemnice a la ENTIDAD por la suma equivalente a los mayores gastos generales correspondientes al periodo comprendido entre el 30 de mayo de 2007 al 21 de octubre de 2007, por un plazo de 145 días calendario.

Señala que conforme al numeral 33.) del Anexo I, Anexo de Definiciones del RLCE, los gastos generales variables "son aquellos que están directamente relacionados con el tiempo de ejecución de la obra y por lo tanto pueden incurrirse a lo largo de todo el plazo de ejecución de la presentación a cargo del contratista"; por lo que, al no haberse ejecutado ninguna actividad en el periodo comprendido entre el 30 de mayo de 2007 al 21 de octubre de 2007, no corresponde el pago de ningún gasto general a favor del CONSORCIO.

Explica que la cuantía de la indemnización por 145 días en los que no se ejecutó ninguna actividad en la obra, asciende a la suma de S/. 2, 904,962.07 Nuevos Soles.

POSICIÓN DEL CONSORCIO

Precisa que en la ejecución del CONTRATO, solicitó a la ENTIDAD el otorgamiento de la ampliación de plazo Nº 1, por 77 días calendario debido a la indisponibilidad de las Canteras, la que fue denegada, por lo que se inició un arbitraje en el que solicitó dicho plazo más el pago de la suma de S/. 1'597,210.71, más IGV y los intereses legales correspondientes por concepto de gastos generales, la que fue resuelta por el Tribunal Arbitral conformado por los árbitros Jaime Gray Chicchón, Manuel Diego Aramburú Yzaga y Manuel Iván Alvarado Martínez, que declaró fundada la demanda en parte y se otorgó la suma de S/. 1,374.193.30 nuevos soles, como mayores gastos que no constituyen mayores gastos generales.

Igualmente, refiere que se suscitaron controversias en relación con las ampliaciones de plazo Nº 5, 7, 10 y 12, lo cual generó que iniciara un arbitraje en el que demandó el otorgamiento de 139 días calendario y el pago de la suma de S/, 2'893.794.58, más IGV y los intereses legales correspondientes. Esta controversia fue conocida y resuelta por el Tribunal Arbitral conformado por los árbitros Gonzalo García Calderón, Manuel Diego Aramburú Yzaga y Hernán Icochea Ricse, quienes mediante laudo del 20 de julio de 2009 declararon fundada en parte la demanda, ordenando el pago de S/. 854,980.14, más IGV y los intereses legales correspondientes.

Informa que la ENTIDAD interpuso recursos de anulación en contra de los laudos ante la Segunda Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, los cuales fueron acumulados por dicha Sala, siendo que ambas demandas de anulación fueron declaradas INFUNDADAS, ya que la indicada Sala no advirtió vicio alguno que afecte la validez de los laudos.

Añade que, pese a lo anterior, el 4 de enero de 2011, la ENTIDAD interpuso una demanda de amparo en contra de los Jueces Superiores de la Segunda Sala Civil Subespecialidad Comercial, con la finalidad que (i) se declare la nulidad de la resolución N° 11 que resolvió declarar infundada la anulación deducida por la ENTIDAD y reafirmó la validez de los laudos arbitrales, y (ii) como consecuencia de la nulidad se ordene al órgano jurisdiccional emplazado la emisión de una nueva resolución con "arreglo a derecho". En ese sentido, la ENTIDAD invocó la afectación del derecho a la propiedad, a la tutela jurisdiccional efectiva, en las "modalidades" de debido proceso y derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

Expone que la Corte Superior de Justicia de Lima también desestimó la demanda de amparo, declarándola improcedente. Reconoció, que la vulneración de los derechos constitucionales de la ENTIDAD no eran más que un pretexto para lograr que se revisara el fondo de la sentencia que declaró infundada la demanda de anulación.

Puntualiza que las controversias relacionadas con las ampliaciones de plazo 1, 5, 9, 10 y 12 quedaron resueltas con la emisión de los laudos que ordenaron a la ENTIDAD otorgue al CONSORCIO una ampliación de plazo de 145 días calendario.

Resalta que la controversia referida al otorgamiento de las ampliaciones de plazo 1, 5, 9, 10 y 12, como el correspondiente pago de sus gastos generales, ya fueron resueltas, con la emisión de los laudos que ordenaron a la ENTIDAD otorgue al CONSORCIO una ampliación de plazo de 145 días calendario, más el pago de los gastos generales.

Sostiene que como se desprende de sus propios comportamientos y declaraciones, la ENTIDAD no quedó conforme con el resultado de los laudos, por lo que luego de su emisión, inició procesos de anulación y amparo, los cuales fueron desestimados. Deja constancia que la Procuraduría agotó todas las vías existentes, las legales y constitucionales con el propósito de tutelar aquellos derechos que supuestamente se habrían visto vulnerados en el transcurso del arbitraje y de los procesos judiciales.

Considera que habiéndose demostrado en tales procesos que los laudos no adolecen de vicio alguno, es decir que son válidos y eficaces, lo único que queda pendiente es que éstos se ejecuten.

Asume que la verdadera intención de la Procuraduría es revisar lo ya resuelto y que este Tribunal Arbitral actúe como una segunda instancia, dejando sin efecto laudos que han adquirido la calidad de cosa juzgada, lo cual se encuentra prohibido constitucional y legalmente. El CONTRATISTA señala que la pretensión de la ENTIDAD pretende impedir directamente el pago de los gastos generales.

Alega que no es posible hablar de enriquecimiento alguno cuando el sustento del mismo residiría en el pago de los gastos generales, y éste ni siquiera se ha realizado aún.

Se interroga, en el sentido ¿De qué manera se ha enriquecido a costas de la ENTIDAD si los gastos generales derivados de las ampliaciones de plazo concedidas aún no se pagan?, ¿De qué desequilibrio patrimonial estamos hablando si la ENTIDAD aún no ha cumplido con pagar lo que le corresponde al CONTRATISTA?, ¿Cómo puede enriquecerse un CONSORCIO sin dinero? Es decir, a la fecha la ENTIDAD no ha pagado monto alguno y se niega a reconocer deuda alguna.

Refiere que ninguno de los actos por los cuales se les otorgó las ampliaciones de plazo resulta ser un acto ilegal, por el contrario, tanto las decisiones de la ENTIDAD, como las conciliaciones, como los laudos arbitrales que tienen calidad de cosa juzgada (declarados válidos por el Poder Judicial), resultan ser un derecho indiscutible del CONSORCIO.

Denuncia que la ENTIDAD pretende desconocer dichos derechos, a pesar que un tribunal arbitral ha señalado que dichas ampliaciones de plazo eran necesarias para culminar la obrá y que han afectado la ruta crítica, la ENTIDAD considera que ello no era así, pues no se habría ejecutado ninguna actividad en el período del 30 de mayo de 2007 al 21 de octubre de 2007.

Advierte que, si la ENTIDAD quiere "defenderse" de la ejecución de los Laudos y/o compensarse de lo resuelto en ellos de alguna forma, tiene otras vías previas o distintas al enriquecimiento sin causa, siendo que de acuerdo al artículo 1955° de Código Civil Peruano, el enriquecimiento sin causa es una vía residual, que aplica solo si no existen otras vías posibles. A partir de esta disposición, cita a ASTONE, para decir que, "(...) la acción general del enriquecimiento sin causa tiene naturaleza complementaria y subsidiaria, pudiendo ser ejercitada cuando falte un título específico sobre el cual pueda fundarse un derecho de crédito". Por eso hace hincapié en que, de existir una acción alternativa a disposición del afectado para hacer valer su crédito, no resultará procedente la acción por enriquecimiento sin causa.

Entiende que la ENTIDAD tiene otras vías alternativas para ejercer su derecho, no cumpliendo entonces con un requisito de la pretensión indemnizatoria vía enriquecimiento sin causa, que es que sea una acción residual.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Este punto controvertido corresponde a la Segunda Pretensión Principal de la Reconvención, que conlleva una pretensión de Indemnización por Enriquecimiento Sin Causa.

En este extremo, cabe advertir que el enriquecimiento sin causa se encuentra regulado en el artículo 1954º del Código Civil que establece: "aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo".

El Tribunal destaca que un requisito fundamental de configuración de la acción por enriquecimiento sin causa es "**la inexistencia de justa causa**", esto es, uno de sus presupuestos es la "*ausencia de una legítima atribución patrimonial obtenida*".

Como explica OSCA AMEAL⁴ "*el desplazamiento de bienes o valores de un patrimonio a otro debe efectuarse mediante una legítima atribución de la ventaja obtenida, tal es la justa causa, por lo tanto si existe un desequilibrio patrimonial basado en una atribución impropia procede el ejercicio de la acción de enriquecimiento sin causa como mecanismo técnico idóneo para corregir tal desequilibrio, pero otorgándole rango principal y no residual*".

Otro tanto señala COMPAGNUCCI DE CASO⁵, "*toda atribución o enriquecimiento patrimonial, o aun el mismo empobrecimiento, deben encontrarse siempre justificados en razones de valía. Ello les da el carácter de lícitos y los tiñe de razonabilidad jurídica*".

LUIS DÍEZ-PICAZO⁶ dice que la causa justa "... expresa con esta idea la necesidad de que toda atribución y todo desplazamiento entre patrimonios se justifique merced a una situación previa que el ordenamiento jurídico considera bastante para llevarlo a cabo (un contrato, la ley, una sentencia). Se sigue de ello que todo desplazamiento patrimonial, todo enriquecimiento y, en general, toda atribución, para ser lícita, debe fundarse en una causa o razón de ser que el ordenamiento jurídico considera justa. Cuando una atribución patrimonial no está fundada en una justa causa, el que ha recibido la atribución debe restituir. Correlativamente surge una acción en favor del empobrecido para obtener o reclamar dicha restitución".

La finalidad buscada por la institución del denominado enriquecimiento ilícito, injusto, indebido, sin causa, ilegítimo, etc., en palabras de JORGE MOSSET ITURRASPE⁷, es "*el mantenimiento del equilibrio estático de los patrimonios, evitando desplazamientos injustificados*".

⁴ "ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, SUBSIDIARIEDAD O AUTONOMÍA DE LA ACCIÓN". En "Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio". Abeledo-Perrot. 1997. Página 1068.

⁵ Manual de Obligaciones". Astrea. Buenos Aires. 1997. Página 69.

⁶ "SISTEMA DE DERECHO CIVIL". Volumen II. Tecnos. 2001. Página 521.

⁷ "Contratos". Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires. 1998. Página 514.

También este autor, considera la "la inexistencia de justa causa" como uno de los presupuestos del enriquecimiento sin causa, denominándola como la "falta de título convencional o legal"⁸: "Es otro presupuesto de la acción. Si el desplazamiento patrimonial, que enriquece a uno y empobrece a otro, encuentra causa, en el sentido de causa eficiente, en la ley, el contrato u otra fuente, debe estimarse legitimado por el ordenamiento jurídico.

De ahí que frente a toda acción de restitución corresponda analizar, en calidad de presupuesto, si el hecho económico: atribución patrimonial o desplazamiento de valores, tiene o no título justificante.

Si lo tiene, la pretensión de rectificar el fenómeno económico es improcedente, salvo que sea excesivo el enriquecimiento o medie un abuso en el ejercicio del derecho a la prestación.

Si no lo tiene, si se trata de un desplazamiento incausado, merece de la ley un juicio de disvalor y por ende una rectificación; habrá que examinar, no obstante, si el remedio no se puede lograr ejerciendo el empobrecido una acción distinta. La doble exigencia, que denominamos "presupuestos", falta de causa y subsidiariedad de la acción, son como el anverso y reverso de una misma moneda".

LUIS DÍEZ-PICAZO⁹ explica este presupuesto en los siguientes términos: "d) La falta de causa del desplazamiento patrimonial- Finalmente, es necesario, para que la acción proceda, que falte la causa de la atribución, entendida en el sentido que hemos dejado indicado al comienzo de este capítulo. Nuestra jurisprudencia lo ha repetido constantemente. La aplicación del principio que veda enriquecerse injustamente -dice- exige que se demuestre, en cada caso, además del hecho del enriquecimiento, su falta de causa o justificación, no enriqueciéndose torticeramente el que adquiere una utilidad en virtud de un derecho legítimo que se ejerce sin abuso, en virtud de una sentencia que lo estima procedente en Derecho, o cuando el beneficio del demandado se halla fundado en preceptos legales (Ss. De 27 de marzo de 1958, 19 de abril de 1961 y 8 de enero de 1980, entre otras).

Como se ve, la jurisprudencia restringe de este modo la posibilidad de ejercitar la acción de enriquecimiento, evitando que se convierta de hecho en una causa de inseguridad jurídica bajo pretexto de examinar la acomodación de las adquisiciones a la idea subjetiva de justicia del aplicador del Derecho.

Por lo que respecta a los contratos, hay que subrayar que la existencia de un contrato válido excluye la acción, pero la nulidad absoluta o relativa del mismo o su resolución o rescisión posterior se gobierna por las propias normas que el Código dedica a estas materias".

Para el Tribunal, en el presente caso la acción de enriquecimiento sin causa promovida por la ENTIDAD carece del presupuesto para que proceda, ya que si se puede verificar indiscutiblemente que existe justa causa para el desplazamiento

⁸ Ob. Cit. Página 517.

⁹ "SISTEMA DE DERECHO CIVIL". Volumen II. Tecnos. 2001. Página 527.

económico a favor del CONSORCIO de las sumas ordenadas pagar en los Laudos Arbitrales que resolvieron las controversias respecto a las Ampliaciones de Plazo N° 1, 5, 9, 10 y 12.

Se trata de Laudos que son plenamente lícitos y legítimos, puesto que los procesos de anulación y de amparo promovidos para impugnar el pago de mayores gastos generales que éstos ordenan, han sido desestimados por las vías jurisdiccionales correspondientes.

Este Colegiado tiene la convicción racional que los pronunciamientos firmes, con calidad de cosa juzgada, como son los mencionados Laudos Arbitrales constituyen la fuente del derecho y la razón jurídica que justifican suficientemente el desvío económico a favor del CONSORCIO.

Por lo tanto, se puede concluir válidamente que el derecho a favor del CONSORCIO al pago de los gastos generales aparece manifiesto en ambos Laudos que lo estiman procedentes en Derecho, fundando dicho desplazamiento patrimonial en "causa jurídica" como lo son los Laudos que producen efectos de cosa juzgada, por lo que devienen en definitivos, inapelables y de obligatorio cumplimiento.

Tomando las palabras de LUIS DÍEZ-PICAZO, se debe restringir el abuso del instituto del enriquecimiento sin causa, evitando que se convierta de hecho en una vía indirecta para cuestionar Laudos que tienen la autoridad de cosa juzgada, lo que produciría indebidamente una causa de inseguridad jurídica y que constituiría, a criterio de este Colegiado, un verdadero caso de "fraude a la ley".

Como advierte, MOSSET ITURRASPE "admitir que se reclame por esta vía aquello que la ley niega por los caminos normales, sería acoger el fraude a la ley".

En consecuencia, al carecer de uno de los presupuestos esenciales, para el Tribunal no puede admitirse una pretensión por enriquecimiento sin causa. Por lo cual debe declararse **IMPROCEDENTE** la Segunda Pretensión Principal de la ReconvenCIÓN.

OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO: PRIMERA PRETENSION ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN DETERMINAR EN CASO QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL NO AMPARE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL SI CORRESPONDE QUE SE DECLARE QUE NO CORRESPONDE EL PAGO DE MAYORES GASTOS GENERALES POR LA AMPLIACIÓN DEL PLAZO N° 01 QUE ASCIENDE A LA SUMA DE S/. 1'374,193.30 NUEVOS SOLES Y QUE FUERA CONCEDIDA MEDIANTE LAUDO ARBITRAL, PUESTO QUE EL PERIODO DEL 03.08.2006 AL 19.10.2006 SE ENCUENTRA COMPRENDIDO EN LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 03 Y LOS MAYORES GASTOS GENERALES FUERON OBJETO DE RENUNCIA.



POSICIÓN DEL GOBIERNO REGIONAL

Considera que el Tribunal Arbitral debe tener en consideración que la parte decisoria, del acápite primero del Laudo emitido por el Tribunal Presidido por el Abogado Jaime Gray Chicchon e integrado por el Abogado Manuel Diego Aramburu Yzaga y el Abogado Manuel Iván Alvarado Martínez encargado de resolver las controversias relacionadas con la ampliación de plazo N° 01, resolvió "otorgar al contratista la suma de S/. 1,374,193.30 Nuevos Soles como producto de la ampliación de plazo otorgada, en cuanto éstos mayores gastos generales no constituyan doble pago sobre otros generados por ampliaciones de plazo durante el periodo del 03 de agosto del 2006 al 19 de octubre del 2006".

Detalla que, según la Carta N° 268-06 SUP.CCCB e Informe de la Ampliación de Plazo N° 03 de la Supervisión, así como, la Carta N° 2840/06/OT335 e Informe de Sustentación Legal y Técnica de la Ampliación de Plazo N° 03, el DEMANDANTE solicitó la ampliación de plazo antes señalada por la causal de "atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista", motivada por la aprobación del Expediente Técnico Complementario.

Según los documentos antes señalados, la ENTIDAD advierte que la ampliación de plazo N° 03 fue solicitada por 116 día calendario, cuyo periodo de ocurrencias se inició el 15/07/2006 y culminó el 07/11/2006 con la notificación de la Resolución N° 064-2006-GR.CAJ/GGR mediante Oficio N° 80-2006-GR.CAJ/C-MCCC. Ello consta en el Asiento de Cuaderno de Obra N° 220 del 16/11/06 del Residente de Obra.

Refiere que si bien la ampliación de plazo N° 03 fue declarada improcedente mediante Resolución N° 079-2006-GR.CAJ/GGR del 01/12/2006; mediante Acta de Conciliación N° 023-2006 del 20/12/2006, respecto a la solicitud de ampliación de plazo N° 03, las partes convinieron en que se amplió el plazo de ejecución y acordaron conceder la ampliación de plazo N° 03 por sesenta y ocho (68) días calendarios, renunciando el CONSORCIO a los 48 días adicionales solicitados inicialmente. Asimismo, convinieron en que el CONTRATISTA renunciaba al inicio de un proceso arbitral por los días que no otorgó el Gobierno Regional de Cajamarca y renunciaba también expresamente a solicitar el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales de los sesenta y ocho (68) días de ampliación de plazo que aceptó otorgar la ENTIDAD.

Para la ENTIDAD queda demostrado que el periodo de ocurrencias de la ampliación de plazo N° 03 no puede ser objeto de ningún reconocimiento posterior, ni de ampliación de plazo, ni de mayores gastos generales.

Puntualiza que los hechos descritos en los párrafos precedentes demuestran que el periodo de ocurrencias de la ampliación de plazo N° 01, comprendida entre el 03 de agosto del 2006 al 19 de octubre del 2006; se encuentra dentro del periodo de ocurrencias de la ampliación de plazo N° 03, la misma que comprende el periodo del 15 de julio de 2006 y culminó el 07 de noviembre de 2006.

Concluye que está probado que el periodo del 03 de agosto del 2006 al 19 de octubre del 2006 está comprendido en el periodo de ocurrencias de la ampliación de plazo N° 03, que fuera objeto del Acta de Conciliación N° 023-2006. Por ello, la ENTIDAD considera que habiendo renunciado el DEMANDANTE al pago de mayores gastos generales por la ampliación de plazo antes señalada, se determina que ya ha existido un reconocimiento de mayores gastos generales por el periodo comprendido entre el 03 de agosto del 2006 al 19 de octubre del 2006 y como tal, no corresponde que la ENTIDAD pague los mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 01, que fuera concedida mediante Laudo Arbitral emitido por el Tribunal presidido por el Abog. Jaime Gray Chicchon. Ya que de efectuarse el pago, ello implicaría doble pago a favor del DEMANDANTE y como tal, corresponde que la presente pretensión sea declarada fundada.

POSICIÓN DEL CONSORCIO

Indica que bastará que el CONSORCIO demuestre que no existe traslape entre la Ampliación de Plazo N° 01 y 03, para que la pretensión de la ENTIDAD se declare automáticamente infundada.

Expresa que para tener claro si existe o no traslape entre la AP1 y la AP3, se debe tener claramente identificado cuál era la causal de cada una de ellas. En lo que respecta a la AP1, menciona que la causal consistió en la indisponibilidad de las canteras. El 3 de agosto de 2006 surgió la imposibilidad de acceder a las canteras cuyo acceso había sido garantizado por la ENTIDAD, y ello duró 76 días. El 19 de octubre de 2006, cuando cesó la causal, el CONTRATISTA solicitó la ampliación de plazo correspondiente, la cual fue finalmente concedida por el Tribunal Arbitral.

Por su parte, señala que la AP3 se solicitó debido a las modificaciones en el expediente técnico complementario que la ENTIDAD le requirió al CONTRATISTA. Como se desprende de la Resolución N° 064-2006-GR-CAJ/GGR del 7 de noviembre de 2006, la ENTIDAD solicitó al CONTRATISTA la modificación del Expediente Técnico del Proyecto, las cuales consistían en: la reducción de metrados en las partidas de relleno de drenante y relleno en explanaciones entre los km. 12+560 y 24+600, y la incorporación de nuevas obras indispensables para garantizar la calidad y durabilidad del Proyecto.

Explica que se vio en la necesidad de solicitar una ampliación de plazo para: (i) la definición del diseño de los nuevos trabajos, y (ii) la ejecución de tales nuevos trabajos. Este diseño quedó definido el 7 de noviembre de 2006, por lo que el plazo (68 días) que la ENTIDAD le reconoció mediante el Acta de Conciliación N° 026-2006 se debe computar a partir desde ese momento: desde que se sabe qué se va a ejecutar hacia adelante.

Respecto de los días de afectación producto de la indisponibilidad de las canteras (AP1) y las modificaciones al expediente técnico (AP3), sostiene que fueron en momentos distintos, ya que la afectación en el primer caso se produjo con anterioridad a la presentación de la solicitud de ampliación de plazo, mientras que en el caso de la AP3, ésta se produjo con posterioridad, esto es, una vez que se definió el diseño.

Por ello, esta parte opina que no existe coincidencia en el tiempo, traslape, entre las ampliaciones de plazo N° 1 y 3. Afirma que el error en la interpretación de la ENTIDAD surge porque ésta considera que la afectación de la AP3 se produjo con anterioridad a la presentación de la solicitud de ampliación de plazo, lo cual es incorrecto.

Para el CONSORCIO, es claro que los efectos de las modificaciones del Expediente Técnico se producirán luego de efectuadas dichas modificaciones, pues la introducción de dichas modificaciones en la obra (es decir la "ejecución" de las modificaciones) se realiza luego de aprobadas, no antes.

Concluye que no existe traslape entre las ampliaciones de plazo 1 y 3, mucho menos se ha producido una duplicidad en el pago de los gastos generales por el período en cuestión, pues (i) aún no se pagan los gastos generales de la AP1, CONSORCIO sostiene que, precisamente la intención de la ENTIDAD es no pagarlos, y (ii) la AP3 no aparejó gastos generales.

Por todo lo cual, para el DEMANDANTE no existen razones para que la ENTIDAD cuestione o discuta lo ya resuelto en el laudo arbitral.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Como se ha indicado al resolver las excepciones de cosa juzgada, para el Tribunal resulta válido que se incluya en la Liquidación los conceptos que han sido reconocidos a favor del CONSORCIO en los indicados Laudos Arbitrales.

Ahora bien, para la ENTIDAD, conforme a su reconvención, la controversia se da, no porque ella objete incluir las obligaciones derivadas de tales Laudos Arbitrales en la Liquidación, sino respecto a los términos como debe efectuarse esa inclusión de los mandatos contenidos en ellos, atendiendo a la particular configuración de la parte decisoria de los mismos.

Este Tribunal tiene la firme convicción que en sede arbitral no se puede revisar como segunda instancia la decisión de dichos Laudos, los cuales producen efectos de cosa juzgada, por tanto son inmodificables.

En ese marco, este Colegiado sólo puede pronunciarse sobre lo que dichos Laudos ordenan cumplir, de manera que el contenido de lo ordenado en ellos sea recogido en la Liquidación Final de la Obra. Ello con la finalidad que, a través de la Liquidación se determine con precisión tanto el costo total de la obra, como los saldos a favor o en contra de alguna de las partes del CONTRATO.

En esa línea, no es competencia de este Tribunal pronunciarse sobre la ejecución de tales Laudos Arbitrales, sino única y exclusivamente resolver la controversia, en el extremo de la reconvención, sobre lo que en esos Laudos se ordena cumplir a cargo de la ENTIDAD.

En el caso del Laudo emitido el 22 julio de 2009, por el Tribunal presidido por el Abogado Jaime Gray Chicchon e integrado por el Abogado Manuel Diego Aramburu Yzaga y el Abogado Manuel Iván Alvarado Martínez encargado de resolver las controversias relacionadas con la ampliación de plazo N° 01, se resuelve en el segundo pronunciamiento decisorio textualmente lo siguiente:

"Declarar FUNDADA PARCIALMENTE la pretensión accesoria planteada en la demanda arbitral. Otorgándole al Contratista la suma de S/.1'374,193.30 (Un Millón Trescientos Setenta y Cuatro Mil Ciento Noventa y Tres y 30/100 Nuevos Soles) como producto de la ampliación de plazo otorgada, en cuanto éstos mayores gastos generales no constituyan doble pago sobre otros generados por ampliaciones de plazo durante el período del 03 de agosto de 2006 al 19 de octubre de 2006".

En esos términos, resulta claro para este Tribunal que corresponde incluir en la Liquidación Final de Obra el mandato de pago contenido en el segundo pronunciamiento decisorio del Laudo Arbitral emitido por el Tribunal presidido por el Abogado Jaime Gray Chicchon e integrado por el Abogado Manuel Diego Aramburu Yzaga y el Abogado Manuel Iván Alvarado Martínez encargado de resolver las controversias relacionadas con la ampliación de plazo N° 01, siempre y cuando no se presente un supuesto de "doble pago".

Cabe destacar que lo dispuesto por el indicado Laudo no condiciona el pago del monto de S/.1'374,193.30 (Un Millón Trescientos Setenta y Cuatro Mil Ciento Noventa y Tres y 30/100 Nuevos Soles) por concepto de mayores gastos generales como producto de la ampliación de plazo N° 1, a que no exista traslape o superposición de dicha ampliación con otra, que comprendan el mismo período del 03 de agosto de 2006 al 19 de octubre de 2006.

Por lo tanto, en la medida que no exista doble pago, se tiene que incluir en la Liquidación de Obra la suma de S/.1'374,193.30 ordenada pagar a la ENTIDAD por concepto de mayores gastos generales, en el referido Laudo.

En el presente caso, la ENTIDAD no ha demostrado que por la ampliación de plazo N° 3 haya pagado o tenga que pagar al CONSORCIO otros mayores gastos generales durante el mismo período del 03 de agosto de 2006 al 19 de octubre de 2006. Por ende, no se cumple la condición que el propio Laudo prevé para no efectuar el pago del monto de S/.1'374,193.30.

En efecto, lo que ha argumentado el GOBIERNO REGIONAL es que se han otorgado ampliaciones (1 y 3) que se superponen durante el mismo período. Sin embargo, la ENTIDAD no ha demostrado en autos la existencia de dicho doble pago.

Es más, está probado que en el caso de la ampliación de plazo 3, el CONSORCIO renunció al reconocimiento y pago de los mayores gastos generales por esa prórroga de plazo. Es así que por efecto de la renuncia no hubo pago de mayores gastos generales, razón por la cual no se presenta el evento que por mandato del propio Laudo, habilita a la ENTIDAD a no pagar la suma de S/.1'374,193.30.

El Colegiado entiende que el GOBIERNO REGIONAL pretende liberarse del mandato del Laudo haciendo extensiva a la ampliación de plazo 1, la renuncia de mayores gastos generales efectuada por el CONSORCIO en el caso de la ampliación de plazo 3. A criterio de este Tribunal, ello no es legalmente válido, ni está dispuesto en el Laudo Arbitral emitido por el Tribunal presidido por el Abogado Jaime Gray Chicchon e integrado por el Abogado Manuel Diego Aramburu Yzaga y el Abogado Manuel Iván Alvarado Martínez encargado de resolver las controversias relacionadas con la ampliación de plazo N° 01, por lo que extender esa renuncia a un supuesto distinto y ya resuelto por dicho Laudo, deviene en inadmisible.

Atendiendo a todas las consideraciones anteriores, este Tribunal concluye que la Primera Pretensión Accesoria a la Segunda Pretensión Principal de la Reconvención debe declararse INFUNDADA.

NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO: TERCERA PRETENSION PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL ESTABLEZCA QUE NO CORRESPONDE EL PAGO DE INTERESES LEGALES POR LOS GASTOS GENERALES CONCEDIDOS MEDIANTE LAUDOS ARBITRALES Y LA DEVOLUCIÓN DE LOS COSTOS DEL ARBITRAJE QUE HUBIERAN SIDO ASUMIDOS POR EL DEMANDANTE SUBROGANDO AL GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA.

POSICIÓN DEL GOBIERNO REGIONAL

Advierte que según la parte decisoria del Laudo emitido por el Tribunal presidido por el Abogado Jaime Gray Chicchon e integrado por el Abogado Manuel Diego Aramburu Yzaga y Abogado Manuel Iván Alvarado Martínez, no se ha establecido que los mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 01 y que ascienden a la suma de S/. 1,374,193.30 Nuevos Soles sean objeto del pago de intereses legales.

Sostiene que el acápite Tercero de la parte decisoria del Laudo no ha establecido la fecha a partir de la cual correspondería el pago de intereses legales, por el reembolso que debiera realizar el GOBIERNO REGIONAL al DEMANDANTE correspondiente al monto de las costas y costos que éste hubiera subrogado a la ENTIDAD.

Afirma que, según el acápite primero de la parte decisoria del Laudo emitido por el Tribunal presidido por el Abogado Gonzalo García Calderón Moreyra e integrado por el Abogado Manuel Diego Aramburu Yzaga y Abogado Hernán Icochea Ricse; no se ha establecido la fecha a partir de la cual corresponde el pago de intereses legales por los mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 05, 09, 10 y 12 y que ascienden a la suma de S/. 854,980.14 Nuevos Soles más IGV.

Así mismo, precisa que en el acápite Cuarto de la parte decisoria de tal Laudo no se ha establecido la fecha a partir de la cual correspondería el pago de intereses legales por el reembolso que debiera realizar el GOBIERNO REGIONAL al DEMANDANTE por el monto de las costas y costos que hubiera subrogado a la ENTIDAD.

Recuerda que conforme al numeral 2.) del Artículo 59 de la norma que regula el arbitraje, el laudo produce efectos de cosa juzgada y siendo títulos de ejecución, deben ser ejecutados conforme se ha establecido en la parte decisoria; sin ninguna posibilidad de ser interpretados o integrados, puesto que dicha labor sólo es potestad del Tribunal Arbitral, conforme al Artículo 58º del dispositivo mencionado.

La ENTIDAD concluye que, no habiéndose hecho uso de dicho recurso en la etapa correspondiente y siendo esto responsabilidad de las partes, se determina que los extremos de los laudos señalados, no resultan exigibles y/o son inejecutables.

Como tal, esta parte tiene la posición que no corresponde se conceda pago de intereses legales por la cuantía de mayores gastos generales señalada en los laudos arbitrales, ni por la devolución de las costas y costos arbitrales que hubieran sido asumidos por el DEMANDANTE subrogando a la ENTIDAD.

POSICIÓN DEL CONSORCIO

Observa que la ENTIDAD pretende discutir nuevamente aspectos de dos laudos que tienen calidad de cosa juzgada.

Señala que el cómputo de los intereses correspondientes a los gastos generales así como la sustentación de los costos y costas arbitrales en los que el CONSORCIO incurrió se realizarán dentro de los procesos de ejecución que el CONSORCIO ya ha iniciado para el cobro de lo que se le adeuda.

En ese sentido, esta parte concluye que no constituye materia controvertida ni deben resolverse en este arbitraje, en todo caso será facultad del juez de ejecución del Laudo realizar el cálculo con o sin intereses, según corresponda.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Como se ha indicado al resolver el octavo punto controvertido, para el Tribunal resulta válido que se incluya en la Liquidación los conceptos que han sido reconocidos a favor del CONSORCIO en los indicados Laudos Arbitrales.

Por ello, este Colegiado reitera que en sede arbitral no se puede revisar como segunda instancia la decisión de dichos Laudos, los cuales producen efectos de cosa juzgada; por tanto son inmodificables.

En ese marco, este Colegiado sólo puede pronunciarse sobre lo que dichos Laudos ordenan cumplir, de manera que el contenido de lo ordenado en ellos sea recogido en la Liquidación Final de la Obra. Ello con la finalidad que, a través de la Liquidación, se determine con precisión tanto el costo total de la obra, como los saldos a favor o en contra de alguna de las partes del CONTRATO.

En esa línea, no es competencia de este Tribunal pronunciarse sobre la ejecución de tales Laudos Arbitrales, sino única y exclusivamente resolver la controversia, en el extremo de la reconvenCIÓN, sobre lo que en esos Laudos se ordena cumplir a cargo de la ENTIDAD.

En el caso del Laudo emitido el 22 julio de 2009, por el Tribunal presidido por el Abogado Jaime Gray Chicchon e integrado por el Abogado Manuel Diego Aramburu Yzaga y el Abogado Manuel Iván Alvarado Martínez encargado de resolver las controversias relacionadas con la ampliación de plazo N° 01, se resuelve en el segundo pronunciamiento decisario textualmente lo siguiente

"Declarar FUNDADA PARCIALMENTE la pretensión accesoria planteada en la demanda arbitral. Otorgándole al Contratista la suma de S/.1'374,193.30 (Un Millón Trescientos Setenta y Cuatro Mil Ciento Noventa y Tres y 30/100 Nuevos Soles) como producto de la ampliación de plazo otorgada, en cuanto éstos mayores gastos generales no constituyan doble pago sobre otros generados por ampliaciones de plazo durante el período del 03 de agosto de 2006 al 19 de octubre de 2006".

En esos términos, resulta claro para este Tribunal que no se ha dispuesto la condena de intereses, por lo que no corresponde incluir en la Liquidación Final de Obra el mandato de pago de intereses, al no estar contenido en el segundo pronunciamiento decisario del Laudo Arbitral emitido el 22 julio de 2009, por el Tribunal presidido por el Abogado Jaime Gray Chicchon e integrado por el Abogado Manuel Diego Aramburu Yzaga y el Abogado Manuel Iván Alvarado Martínez encargado de resolver las controversias relacionadas con la ampliación de plazo N° 01.

Respecto de la condena de costas y costos, en el tercer punto decisario del Laudo Arbitral emitido el 22 julio de 2009, por el Tribunal presidido por el Abogado Jaime Gray Chicchon e integrado por el Abogado Manuel Diego Aramburu Yzaga y el Abogado Manuel Iván Alvarado Martínez, textualmente se resuelve lo siguiente:

"En relación a la condena de costas y costos, los mismos que ascienden a S/.131,500.00 (Ciento Treinta y Un Mil Quinientos y 00/100 Nuevos Soles) netos, el Tribunal ordena que los mismos sean asumidos por cada una de las partes en igual proporción ordenando a EL GOBIERNO REGIONAL el reembolso al Contratista de aquellos que en su nombre éste haya asumido, más los correspondientes intereses legales, debiendo para ello cumplir con la devolución de los recibos por honorarios girados y que no fueran cancelados".

Sujetándose a tales términos, resulta incuestionable para este Tribunal que sí se ha dispuesto la condena de costos y costos, por lo que sí corresponde incluir en la Liquidación Final de Obra el mandato de pago de éstos, al estar contenido en el tercer pronunciamiento decisario del Laudo Arbitral emitido el 22 julio de 2009, por el Tribunal presidido por el Abogado Jaime Gray Chicchon e integrado por el Abogado Manuel Diego Aramburu Yzaga y el Abogado Manuel Iván Alvarado

Martínez encargado de resolver las controversias relacionadas con la ampliación de plazo N° 01.

A este efecto, el Tribunal entiende que la sustentación de los costos y costas arbitrales en los que el CONSORCIO incurrió se realizarán dentro del proceso de ejecución que éste ya ha iniciado para el cobro de lo que se le adeuda, por lo que no cabe que el Tribunal se pronuncie sobre el monto de los mismos, ni de los intereses legales correspondientes.

En el caso del Laudo emitido el 20 de julio de 2009, por el Tribunal presidido por el Abogado Gonzalo García Calderón Moreyra e integrado por el Abogado Manuel Diego Aramburu Yzaga y el Abogado Hernán Icochea Ricse, se resuelve en el primer pronunciamiento decisorio textualmente lo siguiente:

"PRIMERO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la primera pretensión planteada en la demanda, referida al otorgamiento de una ampliación de plazo por 139 días calendario, OTORGÁNDOSE al CONSORCIO COSAPI TRANSLEI una ampliación de plazo de 72 días calendario, reconociéndose el derecho a percibir los gastos generales por 42 días calendario, reconociéndose el derecho a percibir los gastos generales por 42 días calendario por dicho concepto y en consecuencia: ORDENAR al GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA pague a favor del CONSORCIO COSAPI TRANSLEI la suma de S/. 854,980.14 nuevos soles por concepto de gastos generales, monto a los que se le deberá agregar el impuesto general a las Ventas y los intereses legales correspondientes".

Estando a dichos términos, resulta incuestionable para este Tribunal que sí se ha dispuesto el pago de la suma de S/. 854,980.14 nuevos soles, más la condena de intereses legales, por lo que sí corresponde incluir en la Liquidación Final de Obra el mandato de pago de S/. 854,980.14 nuevos soles más el pago del IGV y de los intereses legales correspondientes, al estar contenido en el primer pronunciamiento decisorio del Laudo Arbitral emitido el 20 julio de 2009, por el Tribunal presidido por el Abogado Gonzalo García Calderón Moreyra e integrado por el Abogado Manuel Diego Aramburu Yzaga y Abogado Hernán Icochea Ricse, encargado de resolver las controversias relacionadas con la ampliación de plazo N° 05, 09, 10 y 12.

A este efecto, el Tribunal entiende que la liquidación de tales intereses dispuestos por el mencionado Laudo, se realizarán dentro del proceso de ejecución que éste ya ha iniciado para el cobro de lo que se le adeuda, por lo que no cabe que el Tribunal se pronuncie sobre el monto de los mismos.

Respecto de la condena de costas y costos, en el cuarto punto decisario del Laudo Arbitral emitido el 20 julio de 2009, por el Tribunal presidido por el Abogado Gonzalo García Calderón Moreyra e integrado por el Abogado Manuel Diego Aramburu Yzaga y el Abogado Hernán Icochea Ricse, textualmente se resuelve lo siguiente:

CUARTO: DISPONER que las costas y costos del presente proceso arbitral sean asumidos por las partes en iguales proporciones.

No obstante, habiendo el CONSORCIO COSAPI TRANSLEI asumido los segundos anticipos de honorarios en la parte que le correspondían al GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA, corresponde dejar a salvo el derecho para solicitar su reembolso más los intereses devengados hasta la fecha de pago".

Sujetándose a tales términos, resulta incuestionable para este Tribunal que sí se ha dispuesto la condena de costas y costos, por lo que sí corresponde incluir en la Liquidación Final de Obra el mandato de pago de éstos, al estar contenido en el cuarto pronunciamiento decisario del Laudo Arbitral emitido el 20 julio de 2009, por el Tribunal presidido por el Abogado Gonzalo García Calderón Moreyra e integrado por el Abogado Manuel Diego Aramburu Yzaga y el Abogado Hernán Icochea Ricse.

A este efecto, el Tribunal entiende que la sustentación de los costos y costas arbitrales en los que el CONSORCIO incurrió se realizarán dentro del proceso de ejecución que éste ya ha iniciado para el cobro de lo que se le adeuda, por lo que no cabe que el Tribunal se pronuncie sobre el monto de los mismos, ni de los intereses legales correspondientes.

EXTREMO: PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL DE LA RECONVENCION, SOBRE LA LIQUIDACION DEL CONTRATO CONFORME A LAS RESOLUCIONES N° 135 Y 148-2012-GR.CA/GRI Y LA CARTA S/N DEL CONTRATISTA DE FECHA 04.10.2012, ASI COMO LOS LAUDOS ARBITRALES SOBRE LAS AMPLIACIONES DE PLAZO 1, 5, 9, 10 Y 12.

Estando a lo analizado y resuelto en los puntos anteriores, este Tribunal considera procedente que la Liquidación Final del CONTRATO incluya los siguientes conceptos y saldos:

- **Valorizaciones: 0.00 (conforme a la liquidación de la Entidad según Resolución N° 148 (19-10-2012).**

- Reajustes y Deducciones: S/. 18,921.44 (conforme a la liquidación de la Entidad según Resolución N° 148 (19-10-2012).
- Adelantos: 0.00 (conforme a la liquidación de la Entidad según Resolución N° 148 (19-10-2012) y a la Carta S/N del Contratista (04/10/2012).
- Amortización de adelantos: 0.00 (conforme a la liquidación de la Entidad según Resolución N° 148 (19-10-2012) y a la Carta S/N del Contratista (04/10/2012).
- Penalidades: S/. -12,700.00 (conforme a la liquidación de la Entidad según Resolución N° 148 (19-10-2012).
- Gastos de liquidación de contrato: S/. -12,000.00 (conforme a la liquidación de la Entidad según Resolución N° 148 (19-10-2012).
- Gastos Generales Ampliación de Plazo N° 01 S/. 1'374,193.30 1'154,784.29 (conforme a la Carta S/N del Contratista (04/10/2012)
- Gastos Generales por la Ampliación de Plazo N° 5, 9, 10 y 12: S/. S/. 854,980.14.

A dichos conceptos se deberá agregar lo siguiente:

- Costos y costos con sus intereses legales correspondientes, por mandato del tercer pronunciamiento decisorio del Laudo Arbitral emitido el 22 de julio de 2009 que resolvió las controversias relacionadas con la ampliación de plazo N° 01, según sean liquidados en el proceso de ejecución que el CONSORCIO ya ha iniciado para el cobro de lo que se le adeuda.
- IGV e Intereses legales correspondientes, al mandato de pago de S/. 854,980.14 por Gastos Generales, según el primer pronunciamiento decisorio del Laudo Arbitral emitido el 20 de julio de 2009, que resolvió las controversias relacionadas con las ampliaciones de plazo N° 05, 09, 10 y 12, según sean liquidados en el proceso de ejecución que el CONSORCIO ya ha iniciado para el cobro de lo que se le adeuda.
- Costos y costos con sus intereses legales correspondientes, por mandato del cuarto pronunciamiento decisorio del Laudo Arbitral emitido el 20 de julio de 2009 que resolvió las controversias relacionadas con las ampliaciones de plazo N° 05, 09, 10 y 12, según sean liquidados en el proceso de ejecución que el CONSORCIO ya ha iniciado para el cobro de lo que se le adeuda.

EXTREMO: PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA Y SU PRETENSIÓN SUBORDINADA

Atendiendo a los conceptos y montos determinados en el punto anterior, y teniendo en cuenta la inclusión de los montos correspondientes a los Gastos Generales y otros a favor del CONSORCIO, este Tribunal comprueba que el resultado de la Liquidación Final del CONTRATO arroja que no queda saldo a favor de la ENTIDAD.

En consecuencia, resulta válido que este Tribunal declare FUNDADA la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda, por lo que procede que se declare que el CONSORCIO no adeuda al GOBIERNO REGIONAL monto alguno como consecuencia de la Liquidación Final del CONTRATO, puesto que los montos que adeuda el CONSORCIO a la ENTIDAD resultan compensados con los saldos que ésta debe pagar al CONSORCIO.

EXTREMO: PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA

Habiendo el Colegiado determinado que no existe saldo de liquidación a favor de la ENTIDAD, por ende que el CONSORCIO no adeuda suma alguna a la ENTIDAD por la ejecución del CONTRATO, resulta procedente ordenar a la ENTIDAD que devuelva al DEMANDANTE la carta fianza otorgada por garantía de fiel cumplimiento.

Consecuentemente, la Quinta Pretensión Principal de la Demanda debe ser declarada FUNDADA.

EXTREMO: PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS COSTOS Y COSTAS

El convenio arbitral contenido en la Cláusula Décimo Tercera del CONTRATO no dispone reglas sobre la determinación de costos.

Al respecto, los artículos 69 y 73 de la Ley de Arbitraje disponen lo siguiente:

Artículo 69.- Libertad para determinar costos.

Las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título. (...)

Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.

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

Atendiendo al pacto de las partes pero, al mismo tiempo, la libertad que otorga la Ley de Arbitraje para la determinación de estos costos, ya que únicamente obliga al Tribunal Arbitral a tener en cuenta el pacto de las partes y, al mismo tiempo, claramente permiten que se consideren otros factores como la actitud procesal de las partes y el legítimo ejercicio del derecho de acción y de defensa, este Colegiado considera razonable disponer que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de su defensa legal en los que hubiera ocurrido y que, en lo que corresponde a los costos administrativos y los honorarios arbitrales establecidos como consecuencia del presente proceso, deben ser asumidos por las partes en igualdad de condiciones. Es decir, cada parte asumirá el cincuenta por ciento (50%) de estos costos.

En consecuencia, habiendo el DEMANDANTE cancelado la parte de honorarios arbitrales y de la secretaría arbitral que correspondía su pago a la ENTIDAD, esta última debe reembolsar las siguientes sumas de dinero a la DEMANDANTE: (i) S/. 10,500.00 (Diez mil quinientos y 00/100 Nuevos Soles) netos por concepto de honorarios arbitrales; y, (ii) S/. 1,750.00 (Mil setecientos cincuenta y 00/100 Nuevos Soles) netos por concepto de honorarios de la secretaría arbitral.

IV. DECISIÓN

En tal sentido, por los argumentos expuestos en puntos anteriores y de acuerdo al orden de las pretensiones expuestas, el Tribunal Arbitral **EN DERECHO LAUDA:**

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la Oposición al arbitraje formulada por el GOBIERNO REGIONAL.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** las Excepciones de Cosa Juzgada sobre la Primera Pretensión Principal, la Segunda Pretensión Principal y su Accesoria, así como sobre la Tercera Pretensión Principal de la Reconvención, formuladas por el CONSORCIO.

TERCERO: Declarar **FUNDADA** la Segunda Pretensión Principal de la Demanda; en consecuencia, procede declarar que la Liquidación Final practicada por la ENTIDAD, con fecha 19 de octubre de 2012, no ha quedado consentida ni ha sido aceptada por el CONSORCIO.

CUARTO: Declarar **FUNDADA** la Tercera Pretensión Principal de la Demanda; en consecuencia, procede declarar que el GOBIERNO REGIONAL no puede realizar unilateralmente un descuento del monto de S/. 494,265.15 al CONSORCIO, por concepto de "refacción de obras por vicios ocultos y/o defectos de construcción" y se deja sin efecto el descuento realizado por dicho concepto en la Liquidación Final.

QUINTO: Declarar **FUNDADA** la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda; en consecuencia, procede declarar que el CONSORCIO no adeuda al GOBIERNO REGIONAL monto alguno como consecuencia de la Liquidación Final del CONTRATO, puesto que los montos que adeuda el CONSORCIO a la ENTIDAD resultan compensados con los saldos que ésta debe pagar al CONSORCIO.

SEXTO: Declarar **FUNDADA** la Quinta Pretensión Principal de la Demanda; en consecuencia, procede ordenar a la ENTIDAD que devuelva al DEMANDANTE la carta fianza otorgada por garantía de fiel cumplimiento.

SÉPTIMO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la Primera Pretensión Principal de la Reconvención; en consecuencia, procede que la Liquidación Final del CONTRATO se efectué teniendo en consideración las Resoluciones N° 135 y 148-2012-GR.CA/GRI y la Carta s/n del CONTRATISTA de fecha 04.10.2012, así como los laudos arbitrales sobre las Ampliaciones de Plazo NO. 1, 5, 9, 10 y 12.

Por lo tanto, procede establecer que la Liquidación Final del CONTRATO incluya los siguientes conceptos y saldos:

- Valorizaciones: 0.00 (conforme a la liquidación de la Entidad según Resolución N° 148 (19-10-2012)).
- Reajustes y Deducciones: S/. 18,921.44 (conforme a la liquidación de la Entidad según Resolución N° 148 (19-10-2012)).

- Adelantos: 0.00 (conforme a la liquidación de la Entidad según Resolución N° 148 (19-10-2012) y a la Carta S/N del Contratista (04/10/2012)).
- Amortización de adelantos: 0.00 (conforme a la liquidación de la Entidad según Resolución N° 148 (19-10-2012) y a la Carta S/N del Contratista (04/10/2012)).
- Penalidades: S/. -12,700.00 (conforme a la liquidación de la Entidad según Resolución N° 148 (19-10-2012)).
- Gastos de liquidación de contrato: S/. -12,000.00 (conforme a la liquidación de la Entidad según Resolución N° 148 (19-10-2012)).
- Gastos Generales Ampliación de Plazo N° 01 S/. 1'374,193.30 1'154,784.29 (conforme a la Carta S/N del Contratista (04/10/2012))
- Gastos Generales por la Ampliación de Plazo N° 5, 9, 10 y 12: S/. S/. 854,980.14
- Costos y costos con sus intereses legales correspondientes, por mandato del tercer pronunciamiento decisorio del Laudo Arbitral emitido el 22 de julio de 2009 que resolvió las controversias relacionadas con la ampliación de plazo N° 01, según sean liquidados en el proceso de ejecución que el CONSORCIO ya ha iniciado para el cobro de lo que se le adeuda.
- IGV e Intereses legales correspondientes, al mandato de pago de S/. 854,980.14 por Gastos Generales, según el primer pronunciamiento decisorio del Laudo Arbitral emitido el 20 de julio de 2009, que resolvió las controversias relacionadas con las ampliaciones de plazo N° 05, 09, 10 y 12, según sean liquidados en el proceso de ejecución que el CONSORCIO ya ha iniciado para el cobro de lo que se le adeuda.
- Costos y costos con sus intereses legales correspondientes, por mandato del cuarto pronunciamiento decisorio del Laudo Arbitral emitido el 20 de julio de 2009 que resolvió las controversias relacionadas con las ampliaciones de plazo N° 05, 09, 10 y 12, según sean liquidados en el proceso de ejecución que el CONSORCIO ya ha iniciado para el cobro de lo que se le adeuda.

OCTAVO: Declarar **INFUNDADA** la Segunda Pretensión Principal de la Reconvención.

NOVENO: Declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión Accesoria a la Segunda Pretensión Principal de la Reconvención.

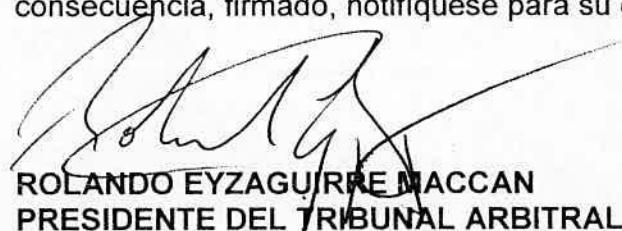
DÉCIMO: Declarar **INFUNDADA** la Tercera Pretensión Principal de la Reconvención.

UNDÉCIMO: Fijar los honorarios del Tribunal Arbitral en la suma de S/. 21,000.00 (Veinte y un mil y 00/100 Nuevos Soles) neto y los servicios de la Secretaría Arbitral en la suma de S/. 3,500.00 (Tres mil quinientos y 00/100 Nuevos Soles) neto, conforme a la liquidación de honorarios dispuesta en este arbitraje.

DUODÉCIMO: Respecto de los costos y costas arbitrales, corresponde a cada parte asumir en partes iguales los honorarios del Tribunal Arbitral y los honorarios del secretario arbitral, correspondiendo a cada parte una de ellas asumir sus propios costos en los que han incurrido durante el arbitraje.

En consecuencia, la ENTIDAD debe reembolsar las siguientes sumas de dinero al DEMANDANTE: (i) S/. 10,500.00 (Diez mil quinientos y 00/100 Nuevos Soles) netos por concepto de honorarios arbitrales; y, (ii) S/. 1,750.00 (Mil setecientos cincuenta y 00/100 Nuevos Soles) netos por concepto de honorarios de la secretaría arbitral.

El presente laudo es inapelable y tiene carácter imperativo para las partes. En consecuencia, firmado, notifíquese para su cumplimiento a las partes.



ROLANDO EYZAGUIRRE MACAN
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL



FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY
ÁRBITRO



PAOLO DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO
ARBITRO



JORGE HIDALGO SOLÓRZANO
SECRETARIO DEL TRIBUNAL



80

CONTROVERSIAS CONSORCIO COSAPI - TRANSLEI Y EL GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA.

**TRIBUNAL ARBITRAL
SOLICITUD DE RECTIFICACION DE LAUDO ARBITRAL DE DERECHO**

RESOLUCIÓN Nº 35

Lima, 18 de diciembre de 2014.

I. VISTOS.-

- i) El escrito "Rectificación de Laudo", presentado por el CONSORCIO COSAPI - TRANSLEI (en adelante el CONSORCIO), presentado el 18 de noviembre de 2014.
- ii) El escrito "Rectificación de laudo", presentado por el GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA (en adelante el GOBIERNO REGIONAL), presentado el 19 de noviembre de 2014.

II. ANTECEDENTES.-

Con fecha 24 de octubre de 2014, el Tribunal Arbitral emitió el laudo por unanimidad, la que fue notificada al CONSORCIO COSAPI - TRANSLEI el 28 de octubre de 2014 y al Gobierno Regional de Cajamarca el 29 de octubre de 2014.

Con fecha 18 de noviembre de 2014, dentro del plazo establecido el CONSORCIO COSAPI - TRANSLEI solicita la rectificación del laudo, señalando lo siguiente:

- En relación a los gastos generales de la ampliación Nº 01, en la página 78 del laudo se estableció: Gastos Generales Ampliación de Plazo Nº 01 S/. 1'374,193.30 1'154,784.29 (conforme a la Carta S/N del Contratista (04.10.2012). Como puede apreciarse, se han consignado dos montos respecto al concepto de gastos generales por dicha ampliación. No obstante, tal como se discutió a lo largo del arbitraje, el monto consignado por tales gastos generales es por S/.1'374,193.30, tal como lo reconoce el laudo

arbitral respecto a esta ampliación de plazo y que fue el objeto del octavo punto controvertido del presente caso. Por esa razón, esta parte solicita rectificar dicho extremo del laudo, consignando como monto por concepto de Gastos Generales de la Ampliación de Plazo N° 01 el de S/. 1'374,193.30 nuevos soles.

Con fecha 19 de noviembre de 2014, dentro del plazo establecido el GOBIERNO REGIONAL solicita la rectificación del laudo, señalando lo siguiente:

- En el acápite séptimo del laudo arbitral, el Tribunal Arbitral ha resuelto lo siguiente: "Gastos Generales Ampliación de Plazo N° 01 S/. 1'374,193.30 1'154,784.29 (conforme a la Carta S/N del Contratista (04.10.2012), lo que resulta ambiguo, puesto que se aprecian dos montos, por lo que el Tribunal Arbitral debe rectificarse en el siguiente sentido: "Gastos Generales Ampliación de plazo N° 01: S/. 1'154,784.29 nuevos soles (Conforme a la carta S/N del contratista de fecha 04.10.2012."

Mediante Resolución N° 34, conforme a lo establecido en numeral 32 del acta de instalación, se puso en conocimiento de las partes los recursos presentados, notificándose al Consorcio el 21 de noviembre de 2014 y al Gobierno Regional el 25 de noviembre de 2014.

El Consorcio no ha considerado pertinente pronunciarse en relación al recurso de rectificación presentado por el Gobierno Regional.

El Gobierno Regional no ha considerado pertinente pronunciarse en relación al recurso de rectificación presentado por el Consorcio.

El numeral 32 del acta de instalación establece que las solicitudes presentadas contra el laudo, serán resueltas en el plazo de 15 días útiles de notificada la resolución que establezca el tráigase para resolver, por lo que sin perjuicio de ello, el Tribunal Arbitral procede a pronunciarse sobre el particular.

III. MARCO CONCEPTUAL -

Antes de iniciar el análisis de la solicitud presentada por el Consorcio y el Gobierno Regional, resulta pertinente delimitar brevemente el marco conceptual que se aplicará al analizar esta solicitud y que, por tanto, sustenta la presente resolución.

Fundamentalmente, este marco conceptual se centrará en analizar en qué consiste el pedido de rectificación, conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, LA), conceptos que serán utilizados por el Tribunal Arbitral al evaluar aquello que ha solicitado IPD.

RECTIFICACION.-

Equiparable con la figura de la interpretación, la solicitud de rectificación dispuesta en el artículo 58(1)(a) de la LA (corrección según la terminología de la Ley General de Arbitraje de 1996), no puede implicar una modificación del contenido de la decisión del Tribunal Arbitral, sino que debe dirigirse exclusivamente a solicitar la rectificación de errores materiales, numéricos, tipográficos o similares del Laudo que requirieran ser corregidos.

En efecto, la rectificación del laudo es procedente únicamente en caso se verifique la existencia de errores materiales, numéricos, de cálculo, tipográficos y de naturaleza similar. En ese sentido, el artículo 58(1)(a) de la LA dispone lo siguiente:

"Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la rectificación de cualquier error de cálculo, de transcripción, tipográfico o informático o de naturaleza similar."

IV. CONSIDERANDOS.-

Ambas partes han solicitado la rectificación del séptimo punto resolutivo del Laudo, en la parte referida al monto correspondiente a los Gastos Generales de la Ampliación de Plazo N°01, ante la existencia de un error como consecuencia que se consigna en el mismo dos montos: S/. 1' 374, 193.30 y 1'154, 784.29.

En ese sentido, identifican que en la página 78 del Laudo, el Tribunal Arbitral ha hecho referencia a esos dos montos, cuando en realidad debió identificar uno sólo de ellos.

Mientras CONSORCIO considera que el monto correcto es S/. 1' 374, 193.30, en cambio, GOBIERNO REGIONAL entiende que la cantidad correcta es S/. 1'154, 784.29.

Resulta incuestionable que este error es uno material, ante lo cual procede que se rectifique el Laudo en esa parte resolutiva, conforme al razonamiento que el Tribunal efectúo en la parte considerativa del Laudo y que es el fundamento de su decisión.

En efecto, ese punto resolutivo séptimo determina los conceptos y saldos que procede establecer en la Liquidación Final del Contrato, incluyendo entre éstos los Gastos Generales de la Ampliación de Plazo N° 01.

Se desprende claramente del sentido del Laudo, que la inclusión de tales gastos generales en ese punto resolutivo es consecuencia de haberse desestimado la primera pretensión accesoria a la segunda pretensión principal de la reconvenCIÓN, cuyo objeto era que el Tribunal declare que no corresponde el pago por mayores gastos generales por la Ampliación de Plazo N° 01 que asciende a la suma de S/. 1'374,193.30 y que fuera concedida mediante Laudo Arbitral, emitido el 22 julio de 2009, por el Tribunal presidido por el Abogado Jaime Gray Chicchon e integrado por el Abogado Manuel Diego Aramburu Yzaga y el Abogado Manuel Iván Alvarado Martínez e.

En efecto, al analizar el octavo punto controvertido, la decisión del Tribunal de incluir tal concepto se realizó en los siguientes términos (Página 66 a 68):

"Ahora bien, para la ENTIDAD, conforme a su reconvención, la controversia se da, no porque ella objete incluir las obligaciones derivadas de tales Laudos Arbitrales en la Liquidación, sino respecto a los términos como debe efectuarse esa inclusión de los mandatos contenidos en ellos, atendiendo a la particular configuración de la parte decisoria de los mismos.

Este Tribunal tiene la firme convicción que en sede arbitral no se puede revisar como segunda instancia la decisión de dichos Laudos, los cuales producen efectos de cosa juzgada, por tanto son inmodificables.

En ese marco, este Colegiado sólo puede pronunciarse sobre lo que dichos Laudos ordenan cumplir, de manera que el contenido de lo ordenado en ellos sea recogido en la Liquidación Final de la Obra. Ello con la finalidad que, a través de la Liquidación se determine con precisión tanto el costo total de la obra, como los saldos a favor o en contra de alguna de las partes del CONTRATO.

En esa línea, no es competencia de este Tribunal pronunciarse sobre la ejecución de tales Laudos Arbitrales, sino única y exclusivamente resolver la controversia, en el extremo de la reconvención, sobre lo que en esos Laudos se ordena cumplir a cargo de la ENTIDAD.

En el caso del Laudo emitido el 22 julio de 2009, por el Tribunal presidido por el Abogado Jaime Gray Chicchon e integrado por el Abogado Manuel Diego Aramburu Yzaga y el Abogado Manuel Iván Alvarado Martínez encargado de resolver las controversias relacionadas con la ampliación de plazo N° 01, se resuelve en el segundo pronunciamiento decisorio textualmente lo siguiente:

"Declarar FUNDADA PARCIALMENTE la pretensión accesoria planteada en la demanda arbitral. Otorgándole al Contratista la suma de S/1'374.193.30 (Un Millón Trescientos Setenta y Cuatro Mil Ciento Noventa y Tres y 30/100 Nuevos Soles) como producto de la ampliación de plazo otorgada, en cuanto éstos mayores gastos generales no constituyan doble pago sobre otros generados por ampliaciones de plazo durante el período del 03 de agosto de 2006 al 19 de octubre de 2006".

En esos términos, resulta claro para este Tribunal que corresponde incluir en la Liquidación Final de Obra el mandato de pago contenido en el segundo pronunciamiento decisorio del Laudo Arbitral emitido por el Tribunal presidido por el Abogado Jaime Gray Chicchon e integrado por el Abogado Manuel Diego Aramburu Yzaga y el Abogado Manuel Iván Alvarado Martínez encargado de resolver las controversias relacionadas con la ampliación de plazo N° 01, siempre y cuando no se presente un supuesto de "doble pago".

Cabe destacar que lo dispuesto por el indicado Laudo no condiciona el pago del monto de S/1'374.193.30 (Un Millón Trescientos Setenta y Cuatro Mil Ciento Noventa y Tres y 30/100 Nuevos Soles) por concepto de mayores gastos generales como producto de la ampliación de plazo N° 1, a que no exista traslape o superposición de dicha ampliación con otra, que comprendan el mismo período del 03 de agosto de 2006 al 19 de octubre de 2006.

Por lo tanto, en la medida que no exista doble pago, se tiene que incluir en la Liquidación de Obra la suma de S/1'374.193.30 ordenada pagar a la ENTIDAD por concepto de mayores gastos generales, en el referido Laudo.

En el presente caso, la ENTIDAD no ha demostrado que por la ampliación de plazo N° 3 haya pagado o tenga que pagar al CONSORCIO otros mayores gastos generales durante el mismo período del 03 de agosto de 2006 al 19 de octubre de 2006. Por ende, no se cumple la condición que el propio Laudo prevé para no efectuar el pago del monto de S/1'374.193.30.

En efecto, lo que ha argumentado el GOBIERNO REGIONAL es que se han otorgado ampliaciones (1 y 3) que se superponen durante el mismo período. Sin embargo, la ENTIDAD no ha demostrado en autos la existencia de dicho doble pago.

Es más, está probado que en el caso de la ampliación de plazo 3, el CONSORCIO renunció al reconocimiento y pago de los mayores gastos generales por esa prórroga de plazo. Es así que por efecto

de la renuncia no hubo pago de mayores gastos generales, razón por la cual no se presenta el evento que por mandato del propio Laudo, habilite a la ENTIDAD a no pagar la suma de S/.1'374,193.30.

El Colegiado entiende que el GOBIERNO REGIONAL pretende liberarse del mandato del Laudo haciendo extensiva a la ampliación de plazo 1, la renuncia de mayores gastos generales efectuada por el CONSORCIO en el caso de la ampliación de plazo 3. A criterio de este Tribunal, ello no es legalmente válido, ni está dispuesto en el Laudo Arbitral emitido por el Tribunal presidido por el Abogado Jaime Gray Chicchon e integrado por el Abogado Manuel Diego Aramburu Yzaga y el Abogado Manuel Iván Alvarado Martínez encargado de resolver las controversias relacionadas con la ampliación de plazo N° 01, por lo que extender esa renuncia a un supuesto distinto y ya resuelto por dicho Laudo, deviene en inadmisible.

Atendiendo a todas las consideraciones anteriores, este Tribunal concluye que la Primera Pretensión Accesoria a la Segunda Pretensión Principal de la ReconvenCIÓN debe declararse INFUNDADA.”
(Subrayado y Resaltado Nuestro)

Es indudable que el análisis de la materia controvertida referida a la inclusión o no en la Liquidación Final del Contrato, del monto correspondiente por Gastos Generales por la Ampliación de Plazo N° 01, está referida a la suma de S/. 1'374,193.30.

Por tanto, el Tribunal Arbitral ha cometido un claro error material que se procede en este acto a rectificar, de la siguiente manera:

Página 78

DICE:

- Gastos Generales Ampliación de Plazo N° 01 S/.1'374,193.30 1'154,784.29
(conforme a la Carta S/N del Contratista (04/10/2012)

DEBE DECIR:

- Gastos Generales Ampliación de Plazo N° 01 S/.1'374,193.30.

Por todo lo anteriormente expuesto:

SE RESUELVE:

PRIMERO: Declarar **FUNDADO** el pedido de rectificación del Laudo promovido por CONSORCIO COSAPI - TRANSLEI y, en consecuencia, rectifíquese el séptimo

punto resolutivo del Laudo, en la parte referida al monto correspondiente a los Gastos Generales de la Ampliación de Plazo N°01, de la siguiente manera:

Página 78

DICE:

- Gastos Generales Ampliación de Plazo N° 01 S/.1'374,193.30 1'154,784.29
(conforme a la Carta S/N del Contratista (04/10/2012)

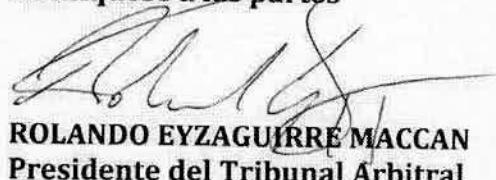
DEBE DECIR:

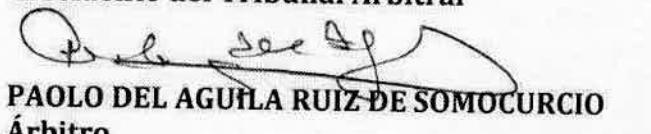
- Gastos Generales Ampliación de Plazo N° 01 S/.1'374,193.30.

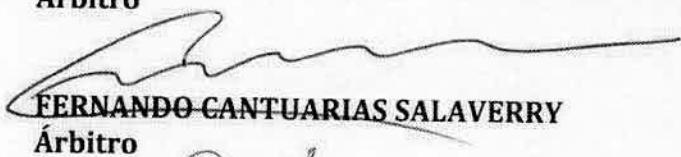
SEGUNDO: A la solicitud de rectificación promovida por el Gobierno Regional de Cajamarca, debe estarse a lo resuelto en la presente resolución.

TERCERO: La presente resolución forma parte del Laudo, conforme a lo dispuesto en el artículo 58(2) de la Ley de Arbitraje.

Notifíquese a las partes


ROLANDO EYZAGUIRRE MACCAN
Presidente del Tribunal Arbitral


PAOLO DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO
Árbitro


FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY
Árbitro


JORGE HIDALGO SOLÓRZANO
Secretario