

Consortio José Faustino Sánchez Carrión Vs. Municipalidad Distrital de El Mantaro
Contrato de Ejecución de Obra: "Mejoramiento y ampliación de la I.E. José Faustino Sánchez Carrión
del distrito de El Mantaro, provincia de Jauja, departamento de Junín"

Caso arbitral seguido entre:

CONSORCIO JOSÉ FAUSTINO SÁNCHEZ CARRIÓN

(Demandante)

y

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL MANTARO

(Demandado/Reconviniente)

LAUDO ARBITRAL

Tribunal Arbitral

Halley Lopez Zaldívar | Presidente

Hugo Villar Ñañez

Jorge Morales Morales

Secretario Arbitral

Marx Espinoza Soriano

Tipo de Arbitraje

Nacional | Derecho | Ad Hoc

Huancayo, 17 de febrero de 2015



Consortio José Faustino Sánchez Carrión Vs. Municipalidad Distrital de El Mantaro
Contrato de Ejecución de Obra: "Mejoramiento y ampliación de la I.E. José Faustino Sánchez Carrión
del distrito de El Mantaro, provincia de Jauja, departamento de Junín"

RESOLUCIÓN N° 12

Huancayo, 17 de febrero del 2015.

I. ANTECEDENTES:

1. Convenio arbitral:

El Convenio Arbitral está constituido por la Cláusula Décimo Octava del Contrato de Ejecución de Obra: "Mejoramiento y ampliación de la I.E. José Faustino Sánchez Carrión del distrito de El Mantaro, provincia de Jauja, departamento de Junín" del 04 de agosto de 2012 (en adelante, el Contrato). En dicha cláusula las partes acuerdan expresamente que cualquier controversia que surja desde la celebración de dicho Contrato será resuelta mediante arbitraje de derecho, conforme a las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo 1017, (en adelante, la Ley) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, el Reglamento).

2. Sede del Tribunal Arbitral:

Las instalaciones ubicadas en la avenida Giráldez N° 308, 2^{do} piso, del distrito y provincia de Huancayo, departamento de Junín, república del Perú.

3. Antecedentes de la relación contractual:

En el presente acápite se describen los hechos del caso que van desde los antecedentes del contrato materia de litigio, pasando por la ejecución del mismo hasta

Consortio José Faustino Sánchez Carrión Vs. Municipalidad Distrital de El Mantaro
Contrato de Ejecución de Obra: "Mejoramiento y ampliación de la I.E. José Faustino Sánchez Carrión
del distrito de El Mantaro, provincia de Jauja, departamento de Junín"

las controversias originadas a partir de ello. Estos hechos han sido elaborados teniendo en cuenta los documentos presentados por las partes así como lo alegado por las partes a lo largo del proceso; siendo que por ello su inclusión en esta sección no significa el reconocimiento de la veracidad de los hechos reseñados.

1. Que, con fecha 24 de julio de 2012 el Comité Especial adjudicó a favor del Consortio José Faustino Sánchez Carrión la buena pro sobre el proceso de selección de Adjudicación de Menor Cuantía N° 001-2012-CE-MDEM derivado de la Licitación Pública N° 001-2012-CE-MDEM segunda convocatoria.
2. Que, con fecha 04 de agosto de 2012 ambas partes suscribieron el Contrato de Ejecución de Obra: "Mejoramiento y ampliación de la I.E. José Faustino Sánchez Carrión del distrito de El Mantaro, provincia de Jauja, departamento de Junín".

4. Hechos del presente arbitraje:

En el presente acápite, se describen los hechos del arbitraje, los mismos que van desde la solicitud de arbitraje, pasando por la presentación de los escritos más relevantes, así como las audiencias más importantes, concluyendo con la emisión del presente Laudo.

1. Que, con fecha 20 de febrero de 2014, mediante escrito, el Contratista solicitó el inicio de las actuaciones arbitrales, designando a su vez como árbitro al señor Jorge Pedro Morales Morales, quien aceptó la designación.
2. Que, la Entidad dio respuesta a la solicitud de arbitraje, designando a su vez como árbitro al señor Juan Hugo Villar Ñañez, quien aceptó dicha designación.

Consorcio José Faustino Sánchez Carrión Vs. Municipalidad Distrital de El Mantaro
Contrato de Ejecución de Obra: "Mejoramiento y ampliación de la I.E. José Faustino Sánchez Carrión
del distrito de El Mantaro, provincia de Jauja, departamento de Junín"

3. Que, con fecha 11 de marzo de 2014, mediante acta, los árbitros designados procedieron a designar al tercer árbitro y presidente del Tribunal Arbitral, recayendo dicha responsabilidad en el señor Halley Esterhazy Lopez Zaldívar.
4. Que, con fecha 14 de marzo de 2014, mediante escrito, el señor Halley Esterhazy Lopez Zaldívar acepta la designación como tercer árbitro y presidente del Tribunal Arbitral. Asimismo, cita a las partes a la instalación del tribunal arbitral.
5. Que, con fecha 27 de marzo de 2014, mediante acta, se consigna la realización de la instalación del tribunal arbitral.
6. Que, con fecha 10 de abril de 2014, mediante escrito, el Contratista presenta su demanda.
7. Que, con fecha 11 de abril de 2014, mediante Resolución N° 01, el tribunal arbitral admite a trámite la demanda presentada por el Contratista, y da traslado de la misma a la Entidad para su contestación y, de ser el caso, reconvención. Asimismo, otorga a las partes un plazo para el pago de los costos arbitrales.
8. Que, con fecha 07 de mayo de 2014, mediante escrito, la Entidad contesta la demanda y formula reconvención.
9. Que, con fecha 12 de mayo de 2014, mediante Resolución N° 02, se suspende el proceso arbitral en vista a la falta de pago de ambas partes.
10. Que, con fecha 02 de junio de 2014, mediante Resolución N° 03, se decide mantener la suspensión del proceso.
11. Que, con fecha 16 de junio de 2014, mediante Resolución N° 03, se levanta la suspensión del proceso, se admite a trámite la contestación de la demanda y se da traslado al Contratista de la reconvención formulada. Asimismo, se reitera el requerimiento de pago a ambas partes.
12. Que, con fecha 04 de julio de 2014, mediante escrito, el Contratista absuelve la reconvención.

Consortio José Faustino Sánchez Carrión Vs. Municipalidad Distrital de El Mantaro
Contrato de Ejecución de Obra: "Mejoramiento y ampliación de la I.E. José Faustino Sánchez Carrión
del distrito de El Mantaro, provincia de Jauja, departamento de Junín"

13. Que, con fecha 07 de julio de 2014, mediante Resolución N° 05, se admite a trámite la absolución a la reconvención del Contratista. Asimismo, se requiere a la Entidad que señale la existencia de un órgano de Procuraduría Pública, quien asuma su defensa jurídica en el presente proceso conforme al Decreto Legislativo 1068 y su reglamento.

14. Que, con fecha 14 de julio de 2014, mediante escrito, la Entidad procede a absolver el requerimiento del tribunal arbitral hecho mediante Resolución N° 05.

15. Que, con fecha 15 de julio de 2014, mediante Resolución N° 06, se cita a las partes a la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios. Asimismo se les otorga un plazo para la formulación de sus propuestas de puntos controvertidos, además de dar conocimiento al Contratista del escrito presentado por la entidad el 14 de julio de 2014.

16. Que, con fecha 01 de agosto de 2014, mediante escrito, el Contratista presenta su propuesta de puntos controvertidos.

17. Que, con fecha 04 de agosto de 2014, mediante acta, se consigna la realización de la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, en la cual se procedió a fijar los siguientes puntos controvertidos:

- Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la resolución del contrato efectuada por la Entidad.
- Determinar si corresponde o no declarar la resolución del contrato y la adenda por incumplimiento de la Entidad, al no aperturar una cuenta mancomunada.
- Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad abone al consorcio el 10% del total de la obra, retenidas en las cuatros primeras valorizaciones.
- Determinar si corresponde o no ordenar al Contratista al pago de una indemnización a favor de la Entidad por los daños y perjuicios causados.

Consortio José Faustino Sánchez Carrión Vs. Municipalidad Distrital de El Mantaro
Contrato de Ejecución de Obra: "Mejoramiento y ampliación de la I.E. José Faustino Sánchez Carrión
del distrito de El Mantaro, provincia de Jauja, departamento de Junín"

- Determinar a quién corresponde asumir el pago de los costos arbitrales del presente proceso.

Asimismo, se admiten los medios probatorios ofrecidos por las partes en sus escritos postulatorios.

18. Que, con fecha 16 de setiembre de 2014, mediante Resolución N° 07, se da conocimiento al Contratista del escrito presentado por la Entidad el 01 de setiembre de 2014; se desestima el pedido realizado por el Contratista en el primer otrosí digo del escrito presentado el 02 de agosto de 2014; se actúan y meritúan los medios probatorios ofrecidos por las partes y admitidos por el tribunal arbitral; y se fijan nuevos anticipos de costos arbitrales en vista al nuevo monto reconvenacional.

19. Que, con fecha 30 de octubre de 2014, mediante escrito, la Entidad solicita la subrogación del pago del total de los costos arbitrales; además de solicitar el uso de la palabra en audiencia de informes orales.

20. Que, con fecha 03 de noviembre de 2014, mediante Resolución N° 08, se faculta a la entidad al pago del total de los anticipos reliquidados; se cita a las partes a la audiencia de informes orales; y se da conocimiento al contratista del escrito presentado por la entidad el 30 de octubre de 2014.

21. Que, con fecha 12 de noviembre de 2014, mediante acta, se consigna la realización de la audiencia de informes orales.

22. Que, con fecha 17 de diciembre de 2014, mediante Resolución N° 09, se declara el cierre de la instrucción y se fija el plazo para laudar.

23. Que, con fecha 20 de enero de 2015, mediante Resolución N° 10, se proroga el plazo para laudar.

24. Que, con Resolución N° 11 se requiere el pago a la Entidad del saldo pendiente.

II. POSICIÓN DE CADA UNA DE LAS PARTES:

1. Primer punto controvertido:

Consorcio José Faustino Sánchez Carrión Vs. Municipalidad Distrital de El Mantaro
Contrato de Ejecución de Obra: "Mejoramiento y ampliación de la I.E. José Faustino Sánchez Carrión
del distrito de El Mantaro, provincia de Jauja, departamento de Junín"

"Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la resolución del contrato efectuada por la Entidad."

a. Posición del Contratista:

Mediante Resolución de Alcaldía N° 169-2013-A/MDEM del 19 de noviembre de 2013 se dispone la intervención económica de la obra -materia del Contrato-, acto administrativo que es integrado mediante Resolución de Alcaldía N° 171-2013-A/MDEM del 25 de noviembre de 2013.

En virtud a los documentos mencionados, con fecha 29 de noviembre de 2013 se procedió a suscribir la adenda al Contrato.

No obstante los hechos descritos, alegando incumplimiento la Entidad, mediante Carta Notarial del 03 de febrero de 2014 (notificada el 04 de febrero del mismo año), la misma que adjunta la Resolución de Alcaldía N° 014-2014-A/MDEM del 31 de enero de 2014, procedió a resolver el Contrato basándose en la causal de acumulación de la penalidad máxima dispuesta por norma, así como a declarar nula la adenda suscrita. Dicha carta fue devuelta a la Entidad por falta de cumplimiento de la formalidad en el procedimiento de resolución del contrato.

b. Posición de la Entidad:

De la revisión del cuaderno de obras, de los Informes del Supervisor de Obra N° 008-2013-FJFM/RL/CH del 22 de setiembre de 2013 y 009-2013-FJFM/RL/CH del 09

Consortio José Faustino Sánchez Carrión Vs. Municipalidad Distrital de El Mantaro
Contrato de Ejecución de Obra: "Mejoramiento y ampliación de la I.E. José Faustino Sánchez Carrión
del distrito de El Mantaro, provincia de Jauja, departamento de Junín"

de octubre de 2013 se logra advertir el incumplimiento por parte del Contratista y por tanto la base para la aplicación de la penalidad por mora.

Mediante Informe N° 009-2014-GGQ/MDEM del 30 de enero de 2014 de la Jefatura de Obras y Desarrollo Urbano de la Entidad se sustenta la causa de la aplicación de la penalidad por mora fruto del incumplimiento en el calendario de avance de obra por parte del Contratista.

Si bien se suscribió una adenda entre las partes, la misma guarda una serie de vicios que contravienen lo señalado en la normativa en contrataciones del Estado, por lo que se procedió a declarar la nulidad de la adenda y la resolución del Contrato por causal imputable al Contratista, esto es, la acumulación de la penalidad máxima por mora.

2. Segundo punto controvertido:

"Determinar si corresponde o no declarar la resolución del contrato y la adenda por incumplimiento de la Entidad, al no aperturar una cuenta mancomunada."

a. Posición del Contratista:

Mediante carta notarial del 13 de febrero de 2014 se le requiere a la Entidad la apertura de la cuenta mancomunada conforme a lo señalado en la cláusula séptima de la adenda.

b. Posición de la Entidad:

No existe alguna alegación al respecto en los escritos presentados.

Consortio José Faustino Sánchez Carrión Vs. Municipalidad Distrital de El Mantaro
Contrato de Ejecución de Obra: "Mejoramiento y ampliación de la I.E. José Faustino Sánchez Carrión
del distrito de El Mantaro, provincia de Jauja, departamento de Junín"

3. Tercer punto controvertido:

"Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad abone al consorcio el 10% del total de la obra, retenidas en las cuatros primeras valorizaciones."

a. *Posición del Contratista:*

Teniendo en cuenta que la adenda ya había sido suscrita, por lo que el plazo contractual fue modificado, además de la obligación nacida de la adenda e incumplida por la Entidad. En razón a ello es que no existe alguna causal para la aplicación de penalidad alguna ni retención de monto por dicho concepto.

b. *Posición de la Entidad:*

Al haber superado el plazo contractual, pues el mismo había finalizado el 21 de agosto de 2013, es que se ha procedido a penalizar al contratista y retener el monto correspondiente conforme a la normativa aplicable.

4. Cuarto punto controvertido:

"Determinar si corresponde o no ordenar al Contratista al pago de una indemnización a favor de la Entidad por los daños y perjuicios causados."

a. *Posición de la Entidad:*

Consortio José Faustino Sánchez Carrión Vs. Municipalidad Distrital de El Mantaro
Contrato de Ejecución de Obra: "Mejoramiento y ampliación de la I.E. José Faustino Sánchez Carrión
del distrito de El Mantaro, provincia de Jauja, departamento de Junín"

La conducta del Contratista de haber superado el plazo contractual sin haber culminado con los trabajos encargados, además de haber cobrado por partidas que no fueron ejecutadas o fueron ejecutadas parcialmente, ha provocado daños y perjuicios en la entidad y en la población en general.

En tal sentido, se pretende el pago de la suma de S/.100,000.00 por indemnización por daños y perjuicios, fuera del monto a devolver por concepto de cobro indebido.

b. Posición del Contratista:

La Entidad no hace referencia al tipo de daño sufrido, por lo que dicha omisión no puede ser subsanada por el tribunal arbitral.

Asimismo, no se ha pretendido la devolución del monto supuestamente cobrado de manera indebida por parte del Contratista.

5. Quinto punto controvertido:

"Determinar a quién corresponde asumir el pago de los costos arbitrales del presente proceso."

a. Posición del Contratista:

No existe alguna alegación al respecto en los escritos presentados.

b. Posición de la Entidad:

Consortio José Faustino Sánchez Carrión Vs. Municipalidad Distrital de El Mantaro
Contrato de Ejecución de Obra: "Mejoramiento y ampliación de la I.E. José Faustino Sánchez Carrión
del distrito de El Mantaro, provincia de Jauja, departamento de Junín"

No existe alguna alegación al respecto en los escritos presentados.

III. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

1. Cuestión preliminar:

La exigibilidad de los derechos dentro de un proceso jurisdiccional como lo es el proceso arbitral debe estar sujeta a los parámetros establecidos por la normativa correspondiente, los mismos que, a la luz del artículo 5° de la Ley, provienen de la Constitución Política, el derecho en contrataciones del Estado (la Ley y el Reglamento), las demás normas de derecho público y las normas de derecho privado; debiendo respetar dicho orden de prelación.

Asimismo, el análisis de las controversias sometidas a la decisión del tribunal arbitral debe estar orientado a que lo pretendido por las partes pueda superar el filtro de procedibilidad, pues existen limitantes a la exigibilidad de los derechos que no permitan satisfacer los intereses de los justiciables.

En tal sentido, el tribunal ha podido advertir una limitante a la exigibilidad del derecho en la vía arbitral, la misma que es conocida como la caducidad.

Para un mejor entendimiento, tenemos que "[l]a caducidad es consecuencia de un plazo fijado por la ley para la vigencia de un derecho"¹, pues su fundamento es el principio de seguridad jurídica², siendo su objetivo "evitar la incertidumbre en las

¹ Vidal Ramírez, Fernando, *Prescripción extintiva y caducidad*, Lima: Idemsa, 2011, p. 171.

² *Ibidem*, p. 181.

Consortio José Faustino Sánchez Carrión Vs. Municipalidad Distrital de El Mantaro
Contrato de Ejecución de Obra: "Mejoramiento y ampliación de la I.E. José Faustino Sánchez Carrión
del distrito de El Mantaro, provincia de Jauja, departamento de Junín"

relaciones y situaciones jurídicas ante la posibilidad de que el titular del derecho no lo ejercite en el plazo en el que le corresponde y debe ejercitarlo."³

Por su parte, aunque con cierta imprecisión conceptual pero de manera ilustrativa, el artículo 2003° del Código Civil dispone lo siguiente:

"La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente."

Asimismo, en cuanto a la invocación de la caducidad, el artículo 2006° de la referida norma establece:

"La caducidad puede ser declarada de oficio o a petición de parte."

De las citas podemos colegir que la caducidad es una categoría del derecho en general⁴ que limita el ejercicio del derecho de acción, pues no permite la exigibilidad de las pretensiones de un proceso de corte jurisdiccional. Esta caducidad puede ser declarada⁵ por pedido de una de las partes (a través de una excepción, por ejemplo) o de oficio por el propio tribunal arbitral.

Para el presente caso, el tribunal ha logrado advertir la operatividad de la categoría de la caducidad para la exigencia de algunas pretensiones.

³ *Ibidem.*

⁴ Pues no solamente puede advertirse en el derecho privado sino también es recogida por las normas de derecho público como las normas en contrataciones del Estado.

⁵ Debe tenerse en consideración que la caducidad es una institución que no crea una situación jurídica (no la constituye) solamente la declara (la ratifica).

Consortio José Faustino Sánchez Carrión Vs. Municipalidad Distrital de El Mantaro
Contrato de Ejecución de Obra: "Mejoramiento y ampliación de la I.E. José Faustino Sánchez Carrión
del distrito de El Mantaro, provincia de Jauja, departamento de Junín"

Al respecto, es preciso citar el marco normativo correspondiente, el mismo que nos ha permitido inferir la aplicación de la mencionada institución.

A tal efecto, el párrafo séptimo del artículo 209° del Reglamento ha dispuesto que:

"En caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el contrato, **dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución**, vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida." (El énfasis es nuestro).

Teniendo en cuenta los actuados obrantes en el expediente arbitral, se observa que la carta notarial que adjunta el acto administrativo por el cual se resuelve el contrato por causal imputable al contratista fue notificada el 04 de febrero de 2014 al Contratista, teniendo éste el plazo de 10 días hábiles, siguientes a la notificación del acto resolutorio para iniciar los procedimientos indicados en la Ley para cuestionar dicha decisión.

En esa línea, el Contratista tuvo hasta el 18 de febrero de 2014 para presentar su solicitud de arbitraje ante la Entidad, situación que no se ha logrado ya que el sello de recepción de la Entidad indica que la solicitud fue recibida el día 20 de febrero de 2014, esto es, después de haberse cumplido el plazo señalado por el Reglamento para el inicio de las actuaciones arbitrales.

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), mediante Opinión N° 053-2014/DTN, nota 9, ha reconocido también el valor del plazo de caducidad

Consortio José Faustino Sánchez Carrión Vs. Municipalidad Distrital de El Mantaro
Contrato de Ejecución de Obra: "Mejoramiento y ampliación de la I.E. José Faustino Sánchez Carrión
del distrito de El Mantaro, provincia de Jauja, departamento de Junín"

señalado en el artículo 209° del Reglamento, pues "la resolución de un contrato de obra queda consentida en dos supuestos: (i) **cuando no fue sometida a conciliación y/o arbitraje por la parte afectada con la resolución, dentro del plazo de caducidad establecido en el penúltimo párrafo del artículo 209 del Reglamento;** o (ii) cuando el acto (laudo o acta de conciliación) que resuelve la controversia sobre la resolución del contrato quede consentido." (El énfasis es nuestro). Dictamen que se ha convertido en una directriz de absolución de consultas, pues la Opinión N° 101-2013/DTN se enmarca sobre exactamente lo mismo.

Finalmente, por Acuerdo de Sala Plena N° 006-2012 del Tribunal de Contrataciones del Estado, se dispuso lo siguiente:

"18. En efecto, tanto en el artículo 52 de la Ley como en los artículos 170 y 209 del Reglamento, **los plazos son de caducidad, por lo que su transcurso tiene como efecto la extinción del derecho en razón de la omisión de su ejercicio durante el plazo prefijado por la Ley.** Al respecto, el artículo 2003 del Código Civil señala que la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente, por lo que sus efectos son la extinción tanto de la acción como del derecho que asistía a quien lo ostentaba.

19. Por consiguiente, **una vez que transcurre el plazo de caducidad previsto en la normativa de contratación pública para iniciar la conciliación o el arbitraje, la presunción de validez de que gozaba el acto emitido por la Entidad, adquiere firmeza y ya no es posible acudir ni al Arbitraje ni a la conciliación ni al Poder Judicial para cuestionarla.** Siendo así, el acto que declaró la resolución del contrato, debe surtir todos sus efectos y por tanto, debe ser ejecutado en sus propios términos." (El énfasis es nuestro).

Consorcio José Faustino Sánchez Carrión Vs. Municipalidad Distrital de El Mantaro
Contrato de Ejecución de Obra: "Mejoramiento y ampliación de la I.E. José Faustino Sánchez Carrión
del distrito de El Mantaro, provincia de Jauja, departamento de Junín"

Por tanto, corresponde a éste colegiado declarar de oficio la caducidad de la acción (*rictus* pretensión) y del derecho a cuestionar la resolución destinada a declarar la ineficacia funcional del Contrato por causal imputable al Contratista; en consecuencia, consentido dicho acto administrativo y firme para todos sus efectos; no generando perjuicio en las demás pretensiones, salvo que los efectos de la caducidad permitan un razonamiento particular.

2. Primer punto controvertido:

"Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la resolución del contrato efectuada por la Entidad."

En vista a la argumentación efectuada en las líneas precedentes, carece de objeto pronunciarse sobre esta pretensión, toda vez de que la caducidad no permite realizar un análisis de fondo, en vista a la firmeza del acto y su inexigibilidad en vía arbitral.

En tal sentido corresponde declarar la improcedencia de la primera pretensión de la demanda.

3. Segundo punto controvertido:

"Determinar si corresponde o no declarar la resolución del contrato y la adenda por incumplimiento de la Entidad, al no aperturar una cuenta mancomunada."

Teniendo en cuenta la firmeza adquirida por el consentimiento del acto administrado destinado a la resolución del contrato por causal imputable al Contratista, no resulta

Consortio José Faustino Sánchez Carrión Vs. Municipalidad Distrital de El Mantaro
Contrato de Ejecución de Obra: "Mejoramiento y ampliación de la I.E. José Faustino Sánchez Carrión
del distrito de El Mantaro, provincia de Jauja, departamento de Junín"

ajustado a derecho pretender la ineficacia de un acto ya resuelto y por ende ineficaz. Es decir, **no es admisible pretender la resolución de un contrato que ya se encuentra resuelto**, adosando la firmeza del acto resolutorio por haber operado la caducidad para el inicio de los mecanismos de resolución de conflictos consignados por el artículo 52° de la Ley⁶.

En ese sentido, éste colegiado conviene en declarar infundada la segunda pretensión de la demanda interpuesta por el Contratista.

4. Tercer punto controvertido:

"Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad abone al consorcio el 10% del total de la obra, retenidas en las cuatros primeras valorizaciones."

Sobre la base de que el acto resolutorio emitido por la Entidad (nuevamente, **consentido y firme**) ha producido sus efectos, esto es, declarando la responsabilidad del Contratista, éste no puede pretender la devolución de un monto fundamentando su

⁶ Artículo 52.- Solución de controversias

Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, **se resolverán mediante conciliación o arbitraje**, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad, salvo para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, en cuyo caso, el plazo de caducidad será el que se fije en función del artículo 50° de la presente norma, y se computará a partir de la conformidad otorgada por la Entidad.

(...) (En énfasis es nuestro).

Consortio José Faustino Sánchez Carrión Vs. Municipalidad Distrital de El Mantaro
Contrato de Ejecución de Obra: "Mejoramiento y ampliación de la I.E. José Faustino Sánchez Carrión
del distrito de El Mantaro, provincia de Jauja, departamento de Junín"

pedido en el incumplimiento de la Entidad, toda vez de que ha quedado sentada el incumplimiento por parte del Contratista.

En otras palabras, teniendo en consideración que el incumplimiento del Contratista ha provocado la resolución del Contrato, no puede ser admitida la responsabilidad de la Entidad por incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

En tal orden de ideas, la tercera pretensión de la demanda presentada por el Contratista también debe ser desestimada.

5. Cuarto punto controvertido:

"Determinar si corresponde o no ordenar al Contratista al pago de una indemnización a favor de la Entidad por los daños y perjuicios causados."

A decir de Taboada⁷, a los efectos de determinar la existencia de responsabilidad civil contractual y, por tanto, la condena al pago de una indemnización por daños y perjuicios pretendidos –en este caso– por la Entidad, es necesario identificar y probar sus elementos.

Los referidos elementos son: la conducta antijurídica, el daño, la relación casual y el factor de atribución.

La conducta antijurídica es aquel comportamiento no adecuado o lesivo al ordenamiento jurídico que vulnera un interés jurídicamente tutelable. El daño es el desmedro patrimonial o moral que sufre un sujeto de derecho, el mismo que puede ser

⁷ Cfr. Taboada Córdova, Lizardo, *Elementos de la responsabilidad civil*, Lima: Grijley, 2013.

Consortio José Faustino Sánchez Carrión Vs. Municipalidad Distrital de El Mantaro
Contrato de Ejecución de Obra: "Mejoramiento y ampliación de la I.E. José Faustino Sánchez Carrión
del distrito de El Mantaro, provincia de Jauja, departamento de Junín"

valuable económica o dinerariamente a los efectos de su resarcimiento. El nexo o relación casual es el vínculo existente y consecuencial entre la conducta antijurídica y el daño ocasionado, es decir, el daño debe ser efecto de la conducta reñida con el derecho realizada por una de las partes. Finalmente, el factor de atribución es el grado de conocimiento y voluntad que se identifica en la conducta infractora.

Queda claro que la identificación de los elementos citados se sustenta en el acervo probatorio presentado por las partes, ya que, conforme reza el principio, *quien alega un daño tiene la obligación de probarlo*. Ya lo dispone el artículo 1331° del Código Civil (plenamente aplicable al presente caso, al no haber regulación específica en las normas de derecho público), "[l]a prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso."

Así, en cuanto a la conducta antijurídica, puede ser advertido el incumplimiento del Contratista a las obligaciones contractuales alegado por la Entidad, logrando su probanza con el acto administrativo resolutorio, el mismo que se justifica en el incumplimiento en la ejecución de las partidas dentro del plazo otorgado.

En cuanto al daño, si bien la Entidad alega haberse producido un daño sobre su esfera, así como sobre la población en general, no logra particularizar que tipo de daño ha logrado ser provocado, y tampoco existe material probatorio que fundamente dicho desmedro.

De los actuados se advierte la existencia del informe de liquidación de obra elaborado por la Entidad, no obstante dicho documento sólo permite identificar el incumplimiento

Consorcio José Faustino Sánchez Carrión Vs. Municipalidad Distrital de El Mantaro
Contrato de Ejecución de Obra: "Mejoramiento y ampliación de la I.E. José Faustino Sánchez Carrión
del distrito de El Mantaro, provincia de Jauja, departamento de Junín"

por parte del Contratista (reforzando el acto resolutorio) pero no permite identificar el daño sufrido por la Entidad, ni mucho menos por la población de El Mantaro.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que conforme a lo señalado en el último párrafo del artículo 211° del Reglamento no podrá practicarse la liquidación de la obra mientras exista controversia pendiente de resolución⁸.

De la misma manera, la Dirección Técnica Normativa del OSCE, en Opinión N° 101-2013/DTN, ha señalado que "el acto de liquidación debe producirse una vez que los conceptos contractuales y normativos que la integran estén determinados, es decir, **no se puede realizar la liquidación de un contrato de obra mientras existan prestaciones pendientes de ejecutar o controversias pendientes de resolver.**" (El énfasis es nuestro).

Lo aludido por el referido órgano técnico en las contrataciones del Estado resulta ser una constante, pues señala, esta vez en Opinión N° 053-2014/DTN, que "para iniciar la liquidación de un contrato de obra que ha sido resuelto, **es necesario que dicha resolución haya quedado consentida**". (El énfasis es nuestro).

Por tales razones, la falta probanza del daño, más la irregularidad en la constitución del medio probatorio referido a la liquidación de obra practicada por la Entidad, este Colegiado, en ejercicio de las facultades señaladas en el artículo 43° de la Ley de Arbitraje⁹, conviene en desestimar la pretensión reconvenida por la Entidad.

⁸ Artículo 211.- Liquidación del Contrato de Obra

(...)

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

⁹ "Artículo 43.- Pruebas

Consortio José Faustino Sánchez Carrión Vs. Municipalidad Distrital de El Mantaro
Contrato de Ejecución de Obra: "Mejoramiento y ampliación de la I.E. José Faustino Sánchez Carrión
del distrito de El Mantaro, provincia de Jauja, departamento de Junín"

6. Quinto punto controvertido:

"Determinar a quién corresponde asumir el pago de los costos arbitrales del presente proceso."

El artículo 70° de la Ley de Arbitraje prescribe que:

"El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.
- b. Los honorarios y gastos del secretario.
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales."

De otro lado, el primer párrafo del artículo 73° de la misma norma señala:

-
1. 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.
 2. El tribunal arbitral está facultado asimismo para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso." (El énfasis es nuestro).

Consortio José Faustino Sánchez Carrión Vs. Municipalidad Distrital de El Mantaro
Contrato de Ejecución de Obra: "Mejoramiento y ampliación de la I.E. José Faustino Sánchez Carrión
del distrito de El Mantaro, provincia de Jauja, departamento de Junín"

"1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos el 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 prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso."

De lo citado se concluye que: i) los costos arbitrales comprenden toda aquella erogación en la cual hayan incurrido las partes para sufragar las manifestaciones de su derecho de defensa en el trámite de las actuaciones arbitrales; y ii) los costos serán asumidos por quien haya resultado vencido en el proceso arbitral, salvo que las partes o, en su defecto, el tribunal estimen otra forma asunción de los costos arbitrales.

Así las cosas, éste colegiado tiene la obligación de generar una condena en respeto de las normas citadas, por lo cual la condena de costos debe guardar las siguientes características: i) debe englobar todos los costos asumidos conforme al artículo 70° de la Ley de Arbitraje; y ii) los costos arbitrales deberán ser asumidos conforme lo estime conveniente el tribunal arbitral.

En esa línea, el tribunal observa que ambas partes han tenido razones suficientes para enfrentarse en un litigio arbitral, y en vista a que no existe acuerdo alguno de las partes (en el convenio arbitral o en el acta de instalación) que establezca una distribución y asunción de costos en particular, el tribunal dispone que cada una de las partes asuma sus propios costos arbitrales, debiendo asumir los honorarios de los integrantes del tribunal arbitral, así como del secretario en partes iguales.

Para el caso de la liquidación de anticipos de costos arbitrales por pretensión reconvenzional, los costos asumidos por la Entidad, subrogándose al pago no

Consortio José Faustino Sánchez Carrión Vs. Municipalidad Distrital de El Mantaro
Contrato de Ejecución de Obra: "Mejoramiento y ampliación de la I.E. José Faustino Sánchez Carrión
del distrito de El Mantaro, provincia de Jauja, departamento de Junín"

efectuado por el Contratista, le deberán ser reembolsados en ejecución del presente laudo arbitral, los cuales ascienden a la suma de S/. 3,300.00 con 00/100 (Tres Mil trescientos nuevos soles).

IV. RESOLUCION:

Por las consideraciones expuestas, este Tribunal Arbitral resuelve:

Primero: Declarar **IMPROCEDENTE** la primera pretensión de la demanda, por invocación y aplicación de oficio de la caducidad de la pretensión destinada a cuestionar el acto administrativo que resuelve el Contrato.

Segundo: Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión de la demanda por los argumentos expuestos en la parte considerativa.

Tercero: Declarar **INFUNDADA** la tercera pretensión de la demanda por los argumentos expuestos en la parte considerativa.

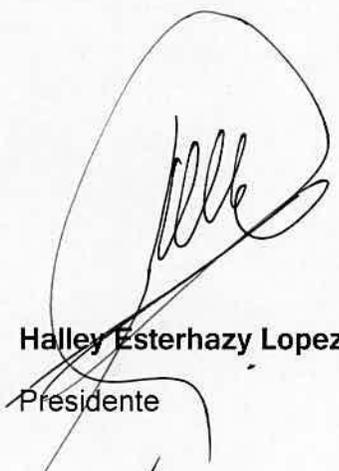
Cuarto: Declarar **INFUNDADA** la pretensión reconvenzional por los argumentos expuestos en la parte considerativa.

Quinto: **DISPÓNGASE** que ambas partes asuman sus propios costos arbitrales generados en la tramitación del presente proceso arbitral, debiendo el Contratista reembolsar a la Entidad los costos arbitrales por los honorarios de los integrantes del Tribunal Arbitral y del Secretario asumidos parcialmente ante la renuencia del Contratista al pago de los anticipos generados en la cuantía de la reconvencción, los cuales ascienden a la suma de S/. 3,300.00 con 00/100 (Tres Mil trescientos nuevos soles).

Sexto: **REMÍTASE** copia del presente Laudo Arbitral al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado para los fines de Ley.

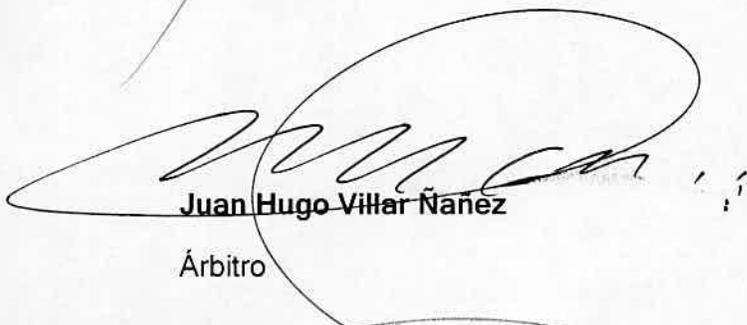
Notifíquese a las partes.-

Consortio José Faustino Sánchez Carrión Vs. Municipalidad Distrital de El Mantaro
Contrato de Ejecución de Obra: "Mejoramiento y ampliación de la I.E. José Faustino Sánchez Carrión
del distrito de El Mantaro, provincia de Jauja, departamento de Junín"



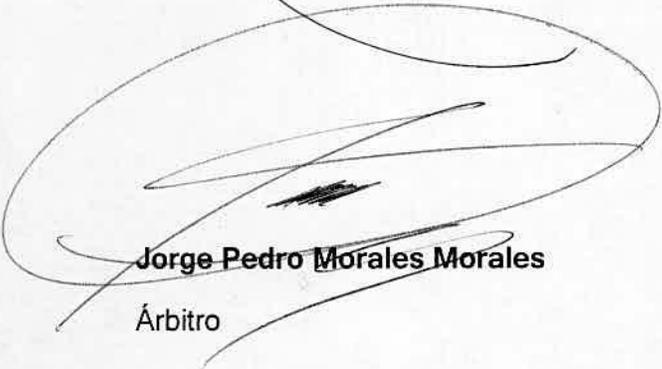
Halley Esterhazy Lopez Zaldívar

Presidente



Juan Hugo Villar Nández

Árbitro



Jorge Pedro Morales Morales

Árbitro



Marx Espinoza Soriano

Secretario Arbitral