

CASO ARBITRAL: CONSORCIO VIAL DEL SUR vs PROVIAS DESCENTRALIZADO - MTC  
TRIBUNAL ARBITRAL:  
HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)  
CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES  
HUGO BAUER BUENO

Lima, 19 de febrero de 2015

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO**

**Demandante:**

Consortio Vial del Sur

En adelante el **DEMANDANTE**.

**Demandado:**

Provías Descentralizado del Ministerio de Transportes y Comunicaciones

En adelante el **DEMANDADO**.

**Tribunal Arbitral:**

Dr. Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Dra. Claudia Tatiana Sotomayor Torres (Árbitro)

Dr. Hugo Bauer Bueno (Árbitro)

**Secretario Arbitral:**

Johan Steve Camargo Acosta.

**I. ANTECEDENTES**

Con fecha 18 de junio de 2008, se suscribió el contrato N° 295-2008-MTC /21 para la ejecución de la "Obra de rehabilitación de los caminos vecinales: EMP. R003 (TABLACHACA)-EMP.R109 (PAMPAS) (Long. 15.816 KM), PAMPAS - TILACO - COCHA CONCHUCOS - ADAMALCA (Long. 17.926 KM) y COCHA CONCHUCOS - BAÑOS TERMALES (Log. 1.550 Km)" ubicado en el distrito de Pampas, provincia de Pallasca, Departamento de Ancash, entre el Consorcio Vial del Sur (En adelante El DEMANDANTE) y Provías Descentralizado (El DEMANDADO).

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

*"36.1. Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado y en la Ley General de Arbitraje.*

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

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

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

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

*Asimismo, las recusaciones que se formulen contra los árbitros serán resueltas por el CONSUCODE, sujetándose el procedimiento a lo dispuesto por la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado.*

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

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

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

Como consecuencia de las controversias relacionadas con la Liquidación del Contrato de Obra N° 295-2008-MTC/21 de fecha 19 de octubre de 2012, practicada mediante carta notarial N° 102-2012, por el Consorcio Vial del Sur, así como la Resolución Directoral N° 1204-2012-MTC/21, de fecha 21 de

noviembre de 2012, que aprueba la Liquidación Final del Contrato N° 295-2008-MTC/21 que fuera practicada por Proviás Descentralizado; circunstancia frente a la cual el Consorcio Vial del Sur mediante carta notarial N° 102-2012, ratificó su liquidación final de obra, rechazó la liquidación elaborada por Proviás Descentralizado y procedió a remitir la correspondiente solicitud de arbitraje, en aplicación del convenio arbitral contenido en la citada Cláusula Trigésima Sexta del Contrato.

## II. DESARROLLO DEL PROCESO

### A. Actuación Preliminar del Tribunal Arbitral

1. Con fecha 27 de mayo de 2013, a las 15:00 horas, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral en la sede del Arbitraje, donde se reunieron el Dr. Hugo Sologuren Calmet en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, la Dra. Claudia Tatiana Sotomayor Torres, en su calidad de Árbitro, y el Dr. Hugo Bauer Bueno, en su calidad de Árbitro; conjuntamente con la representante legal del Consorcio Vial del Sur, la señora Ana Isabel Heredia Rucoba, la representante de Proviás Descentralizado, abogada Meliza Evans Crispin, y la Dra. Natalia Berrocal González, en calidad de encargada de la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, con el propósito de instalar el Tribunal Arbitral que se encargaría de resolver la presente controversia.
  
2. Con fecha 17 de Junio de 2013, el Consorcio Vial del Sur presenta su escrito de demanda. Esta fue admitida mediante Resolución N° 01 de fecha 19 de junio de 2013, corriéndose a su vez, traslado del escrito de demanda a Proviás Descentralizado, para que cumpla con contestarla dentro de un

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

plazo de quince (15) días hábiles, y de considerarlo conveniente formule reconvención conforme a su derecho. Asimismo, en la misma resolución se tiene por apersonado al proceso arbitral al Procurador Público del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Jaime José Vales Carrillo, en representación de Provías Descentralizado, y se acepta la delegación de representación que el Procurador efectúa a favor de los abogados adscritos a la Procuraduría, Alfonso Roberto Carbajal Sánchez, Arminda Isabel Andrade Villavicencios, Carlos Alberto Muñoz Larico, Israel Stein Lavarello y Ricardo Alberto Brousset Mendoza.

3. Con fecha 18 de Julio de 2013, la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en representación de Provías Descentralizado, contestó la demanda y formuló reconvención; sin embargo, de la revisión física de dicho escrito se advirtió que no se cumplió con la presentación de ninguno de los documentos signados como "1 al 19", en el ítem "IV. MEDIOS PROBATORIOS DE NUESTRA CONTESTACION DE DEMANDA Y RECONVENCION". Por lo que la Entidad subsana tal omisión y adjunta medios probatorios mediante su escrito del 23 de Julio de 2013.
4. Mediante Resolución N° 02 de fecha 07 de Agosto de 2013, se tiene por absuelto el traslado conferido mediante Resolución N° 1, y se da por presentado y admitido a trámite el escrito de contestación de demanda y reconvención teniéndose por ofrecidos los medios probatorios que se señalan en el escrito de fecha 23 de Julio de 2013 por la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, de igual manera se corrió traslado de dicha Reconvención al demandante Consorcio Vial del Sur para que en un plazo de quince (15) días hábiles de notificada, cumpla con contestarla conforme a su derecho.

5. La procuraduría pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones en representación de Proviñas Descentralizado, con fecha 09 de Agosto de 2013, presenta su escrito de ampliación de reconvención, corriéndose traslado de esta al demandante Consorcio Vial del Sur, mediante Resolución N° 4 del 16 de Agosto de 2013, para que en un plazo de quince (15) días hábiles de notificado, cumpla con contestarla.
6. Más aún, mediante escrito denominado "*precisamos pretensiones y cuantía de la reconvención*" presentado con fecha 06 de septiembre de 2013 por la Entidad, esta varia nuevamente el sentido de su reconvención inicialmente propuesta. Por lo que atendiendo a ello, en aras de salvaguardar el derecho de defensa de ambas partes, y que la reconvención propuesta con su respectiva ampliación y precisión deben ser entendidas como un solo acto procesal, el tribunal arbitral decidió mediante **Resolución N° 7**, que se tenga por presentado el escrito antes señalado y que se admita a trámite las precisiones a la reconvención; a causa de ello se dejó sin efecto el traslado conferido al Consorcio Vial del Sur mediante el segundo extremo resolutivo contenido en la Resolución N° 2 y el segundo extremo resolutivo contenido en la Resolución N° 4, por lo cual **se corrió traslado al Contratista**, de la reconvención propuesta mediante escritos de fecha 18 y 23 de julio de 2013 por la Entidad, ampliada mediante escrito de fecha 09 de agosto de 2013, y precisada mediante escrito de fecha 06 de septiembre de 2013, todo como un solo acto procesal, para que, en un plazo de quince (15) días hábiles de notificado, cumpla con contestarla.
7. Es así que mediante escrito del 14 de Octubre de 2013, se presenta la contestación de la reconvención por parte del Consorcio Vial del Sur, en consecuencia se tiene por absuelto el traslado conferido mediante

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

Resolución N° 8 de fecha 23 de Octubre de 2013, asimismo se admite a trámite el mismo, con conocimiento de la parte contraria.

8. Con esta misma resolución, se resuelve citar a las partes a la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el día 12 de noviembre de 2013 a las 16.30 p.m., en la Sala de Audiencias habilitada para esta actuación arbitral, ubicada en la Calle Tinajones N° 181, Oficina 504, Distrito de Santiago de Surco, provincia y departamento de Lima.
9. Sin embargo, a través del escrito presentado el 05 de noviembre del 2013 por la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones en representación de Proviñas Descentralizado, se solicitó la reprogramación de la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, señalando que para la misma hora y fecha se le había convocado con anterioridad a una audiencia en otro proceso arbitral, lo que impedía que puedan asistir a la audiencia del presente proceso arbitral. En consecuencia, el Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 9 de fecha 12 de noviembre de 2013 reprogramó la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, para el día 20 de noviembre de 2013 a las 16.00 p.m., en la Sala de Audiencias localizada en Calle Tinajones N° 181, Oficina 504, Distrito de Santiago de Surco, provincia y departamento de Lima.
10. En la hora y fecha establecida se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios con la asistencia del Consorcio Vial del Sur y de Proviñas Descentralizado, procediendo el Tribunal Arbitral a emitir la Resolución N° 10 mediante la cual se tuvo por presentado los documentos ofrecidos como Medios

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

Probatorios en el escrito con fecha 12 de noviembre de 2013 por el procurador público del Ministerio de Transporte y Comunicaciones en representación de Proviñas Descentralizado. De la misma manera, se corrió traslado de dicho escrito y anexos ofrecidos en calidad de Medios Probatorios al Consorcio Vial del Sur, para que en un plazo de cinco (05) días de notificada la citada Resolución, cumpla con expresar lo conveniente a su derecho.

11. Asimismo, al no poder arribarse a una conciliación entre las partes, se procedió a fijar los puntos controvertidos respecto de cada una de las pretensiones planteadas. Estos fueron fijados de la siguiente manera:

DEMANDA:

1. *Determinar si corresponde o no, declarar Consentida la Liquidación del Contrato de Obra N° 295-2008-MTC/21 presentada por Consorcio Vial del Sur.*
2. *En caso el punto controvertido 1) precedente sea declarado infundado, determinar si corresponde o no, declarar la validez de la liquidación del Contrato de Obra N° 295-2008-MTC/21 presentada por Consorcio Vial del Sur.*
3. *En caso el punto controvertido 2) precedente sea declarado fundado, determinar si corresponde o no, ordenar que Proviñas Descentralizado cumpla con el pago de la suma de S/. 665,667.13 (Seiscientos Sesenta y Cinco Mil Seiscientos Sesenta y Siete y 13/100 Nuevos Soles) incluido IGV, a favor del Consorcio Vial del Sur conforme a la referida liquidación.*

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

4. *Determinar si corresponde o no, declarar la nulidad de la Resolución Directoral N° 1204-2012- MTC/21 de fecha 21 de noviembre de 2012 por lo cual Provías Descentralizado aprobó su propia liquidación de contrato.*
5. *Determinar si corresponde o no, ordenar a Provías Descentralizado la devolución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento entregada por el Consorcio Vial del Sur.*
6. *Determinar si corresponde o no, ordenar a Provías Descentralizado que pague a favor del Consorcio Vial del Sur una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, que comprende el daño causado por tener que mantener vigente la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento de contrato por responsabilidad de Provías Descentralizado y que se continuarán devengando hasta la culminación del proceso y el consentimiento del laudo arbitral.*

RECONVENCIÓN:

7. *Determinar si corresponde o no, declarar consentida la liquidación practicada por Provías Descentralizado mediante Resolución Directoral N° 1204-2012-MTC/21.*
8. *En caso el punto controvertido 7) precedente sea declarado fundado, determinar si corresponde o no, ordenar al Consorcio Vial del Sur el pago a favor de Provías Descentralizado de la suma de S/. 173,548.24 (Ciento Setenta y Tres Mil Quinientos Cuarenta y Ocho y 24/100 Nuevos Soles), incluido IGV, y más los intereses correspondientes, conforme a la referida liquidación.*

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

9. En caso el punto controvertido 7) precedente sea declarado infundado, determinar si corresponde o no, declarar la validez de la liquidación practicada por Provías Descentralizado mediante Resolución Directoral N° 1204-2012-MTC/21.

10. En caso el punto controvertido 9) precedente sea declarado fundado, determinar si corresponde o no, ordenar al Consorcio Vial del Sur el pago a favor de Provías Descentralizado la suma de S/. 173, 548. 24 (Ciento Setenta y Tres Mil Quinientos Cuarenta y Ocho y 24/100 Nuevos Soles) incluido IGV, y más de los intereses correspondientes, conforme a la referida liquidación.

#### PUNTO CONTROVERTIDO COMÚN

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

12. En la mencionada Audiencia, se admitieron los documentos ofrecidos como medios probatorios por Consorcio Vial del Sur en su escrito de Demanda presentado con fecha 17 de junio de 2013, que se adjuntan a dicho escrito, cuya descripción se hace en el acápite "IV. MEDIOS PROBATORIOS", que se detallan como anexos "01 al 04" de dicho escrito. Además, se admiten los documentos ofrecidos como medios probatorios por la Entidad Provías Descentralizado en su escrito de Contestación de Demanda y formulación de Reconvención presentado con fecha 18 de julio de 2013, detallados en el acápite "VI. MEDIOS PROBATORIOS DE NUESTRA CONTESTACIÓN DE DEMANDA Y RECONVENCIÓN" de dicho escrito, acompañado como anexos de su escrito de fecha 23 de julio de 2013; asimismo, los ofrecidos en su escrito presentado el 06 de septiembre de 2013, incluidos en el acápite

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

"PRIMER OTROSÍ DIGO" que se detallan en los numerales "1 al 8". Al concluir esta audiencia, el Tribunal Arbitral se reservó del derecho de disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier medio probatorio que considere conveniente, al amparo de lo establecido en los numerales 18) y 19) del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.

13. A fin de dilucidar todo lo referido al petitorio pretendido tanto como en la demanda como en la reconvención, y atendiendo a las facultades que ostenta el Tribunal Arbitral, teniendo presente las alegaciones formuladas por ambas partes, así como los puntos controvertidos fijados en este proceso y los medios probatorios admitidos como tales en el mismo, el Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 12 de fecha 21 de noviembre de 2013, consideró necesaria la actuación de medios probatorios de oficio y dispuso la realización de una pericia, respecto de la cual las partes tendrían la oportunidad de formular las observaciones que tuvieran a las conclusiones del perito, luego de ello se otorgaría al perito un plazo de cinco (5) días hábiles para que absuelva las observaciones planteadas por las partes, al término del cual se citaría a las partes a la Audiencia de Sustentación de Pericia, a cuya finalización se daría por concluido el trámite de la pericia y se proseguiría con el trámite del expediente, según el estado correspondiente. Asimismo, a fin de proceder a designar al profesional que se encargaría de desempeñar el cargo de perito para el presente proceso, el Tribunal Arbitral requirió a ambas partes a efectos que cumplan con alcanzar al Tribunal Arbitral una terna de profesionales de la especialidad de ingeniería civil, de la cual el Tribunal Arbitral realizaría la elección correspondiente.

14. Consecuentemente, el 21 de noviembre de 2013 se emite la Resolución N° 13, citándose a las partes mediante esta, a una Audiencia de Ilustración de Hechos, la misma que se llevaría a cabo el día 05 de Diciembre de 2013 a las

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

17:30 p.m., en la Sala de Audiencias habilitada para esta actuación arbitral, ubicada en Calle Tinajones N° 181, Oficina 504, Distrito de Santiago de Surco, provincia y departamento de Lima.

15. Con fecha 05 de diciembre de 2013, a horas 17:30, se llevó a cabo la Audiencia Especial de Ilustración, con la asistencia de los representantes del Consorcio Vial del Sur y de Provías Descentralizado, procediendo el Tribunal Arbitral a emitir la Resolución N° 14 mediante la cual se tuvo por presentado el escrito con fecha 27 de noviembre del 2013, a través del cual el Consorcio Vial del Sur absuelve el traslado conferido mediante Resolución N° 10; de la misma manera, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por Provías Descentralizado en su escrito presentado con fecha 12 de noviembre del 2013, detallados en los numerales 1 y 2 del "OTROSÍ DIGO" de dicho escrito.

16. El Consorcio Vial del Sur y la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones en representación de Provías Descentralizado, mediante escritos de fecha 29 de noviembre del 2013 y 04 de diciembre del 2013, respectivamente, dieron cumplimiento al requerimiento formulado por el Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 12, por lo que en la misma audiencia el Tribunal Arbitral procedió a emitir la Resolución N° 15 por la que se acepta las propuestas de designación de perito efectuadas por ambas partes, es así que se designa a la ingeniera civil Jenny Violeta Guerrero Aquino como perito a cargo de elaborar la pericia decretada mediante Resolución N° 12.

17. Mediante Resolución N° 16 de fecha 27 de diciembre del 2013 se tiene por presentada la comunicación por la Ingeniero Civil Jenny Violeta Guerrero Aquino de fecha 16 de diciembre del 2013, mediante la cual acepta la

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

designación al cargo de Perito para el presente proceso, asimismo se puso en conocimiento de las partes la aceptación a cargo de perito de la citada profesional por el plazo de tres (03) días hábiles, a efecto de que expresen lo que convenga a su derecho.

18. El Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 18 tiene por presentado el escrito de fecha 14 de enero del 2014 por parte de la Entidad, donde se observa tanto la propuesta técnica como económica efectuada por la perito designada. También se tiene por absuelto el traslado conferido mediante Resolución N° 16, otorgándose a la Perito, ingeniero Jenny Violeta Guerrero Aquino, un plazo de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación de la indicada Resolución, para que ante el pedido de la Entidad presente una nueva propuesta económica.

19. Atendiendo a la comunicación presentada con fecha 18 de febrero de 2014 por la Ingeniera Civil Jenny Violeta Guerrero Aquino, conteniendo su nueva propuesta de consultoría profesional, mediante Resolución N° 20 se tiene por aceptada la designación al cargo de perito realizada mediante Resoluciones N° 12 y N° 15. Asimismo, se fijó en veinte (20) días hábiles el plazo de duración de la pericia, teniéndose presente la metodología de trabajo exhibida por la perito y se le otorgó a la citada profesional un plazo de cinco (05) días hábiles de notificada la indicada Resolución, para que indique que información y documentación necesitaría de las partes para poder elaborar la pericia decretada en autos.

20. De ahí que, una vez proporcionada la información pertinente por la perito, se emite la Resolución N° 21 de fecha 17 de marzo de 2014, a través de la cual se requirió a la parte demandante Consorcio Vial del Sur, a fin que dentro del quinto (5) día hábil de notificada con la mencionada resolución

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

cumpla con presentar la siguiente documentación: (I) Expediente Técnico completo de Liquidación de Contrato, debiendo incluir los documentos sustentatorios, (II) Cargo de presentación de liquidación elaborada por el CONSORCIO presentada a LA ENTIDAD , (III) Cargo de la presentación del CONSORCIO del levantamiento de las observaciones o respuesta a la liquidación que presentara LA ENTIDAD, (IV) Copias completas del Cuaderno de Obras, (V) Documento que acredite la presentación o pactación de metrados de cada valorización, (VI) Cargo de solicitudes de Ampliaciones de Plazo y Adicionales de Obra, con expediente completo, (VII) Copia del Acta de Entrega de Terreno, (VIII) Copia de Solicitud y Pago del Adelanto Directo, (IX) Copia de Expedientes tramitados y pagados de adelantos de materiales, (X) Copia de la demanda del CONSORCIO; asimismo, se requirió a la parte demandada Provías Descentralizado, a fin que dentro del quinto día hábil de notificada la mencionada resolución cumpla con alcanzar la siguiente documentación: (I) Contrato de Obra, (II) Resolución Directoral N° 1204-2012 MTC/21 de fecha 21 de noviembre de 2012, notificada a Consorcio Vial del Sur presentando la Liquidación elaborada por la Entidad, (III) Expediente Técnico completo de Liquidación de Contrato, la cual debía incluir los documentos sustentatorios, u observaciones que se ha formulado a la Liquidación de Contrato dada por el Consorcio. (IV) Cartas cursadas sobre las observaciones formuladas por la Entidad, (V) Resolución Directoral todas las Ampliaciones de plazo aprobadas y denegadas, (VI) Resolución Directoral de los Adicionales de Obra solicitadas aprobadas y denegadas, (VII) Cronogramas actualizados de cada Ampliación aprobada y Cronograma de Avance de Obra vigente al término de la obra, (VIII) Cargo de presentación del informe de Valorizaciones del Supervisor a la Entidad, (IX) Comprobante de pagos de adelantos y valorizaciones, (X) Escrito de Contestación de demanda o Reconvención.

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

21. Posteriormente, mediante Resolución N° 24 se tuvo por cumplido, por parte del Consorcio Vial del Sur y por parte de Proviás Descentralizado el requerimiento contenido en la Resolución N° 21, respecto a la presentación de documentos requeridos por la perito, los cuales fueron presentados mediante escritos presentados con fecha 24 de marzo del 2014 y 09 de abril del 2014, respectivamente.

22. Mediante Resolución N° 26 con fecha 20 de mayo del 2014 se comunica a las partes y a la perito designada, que esta última contaría con un plazo de veinte (20) días hábiles para la realización de la pericia ordenada por el Tribunal Arbitral, el mismo que se empezaría a contabilizar a partir del día siguiente de notificada la mencionada Resolución a la referida profesional. Cabe añadir que a través de la Resolución N° 27 se responde a la comunicación presentada por la Ingeniera Civil Jenny Violeta Guerrero Aquino con fecha 12 de junio de 2014, en la cual se le otorgaba a la Perito una ampliación de 10 días hábiles, para culminar con el análisis de la información que se le había sido proporcionado y así poder emitir un informe pericial.

23. Cumpliendo con el plazo otorgado, la Perito, presenta a la sede del arbitraje su comunicación de fecha 03 de julio de 2014, a la cual se acompaña el dictamen pericial (con sus respectivos anexos) decretado en el presente proceso arbitral. De esta forma, mediante Resolución N° 28 con fecha 07 de julio del 2014, se tiene por presentado el dictamen pericial de fecha 03 de julio de 2014, cuya elaboración fue ordenada mediante Resolución N° 12.

24. En vista de ello, mediante Resolución N° 30 de fecha 08 de septiembre del 2014, se ordenó notificar a ambas partes el dictamen pericial presentado por

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

la perito el 03 de Julio de 2014, y a su vez se otorgó a las mismas un plazo no mayor de cinco (05) días hábiles, a partir del día siguiente de notificada la indicada resolución, a fin de cumplan con presentar sus observaciones y/o comentarios en relación a las conclusiones arribadas por el perito, de considerarlo conveniente.

25. La Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones en representación de Proviás Descentralizado, mediante escrito presentado con fecha 17 de septiembre del 2014, solicita un plazo adicional de diez (10) días hábiles, a efectos que se pueda absolver el informe pericial en un plazo razonable. Sin embargo, con escrito de fecha 22 de septiembre del 2014, la Entidad, alcanza a la sede del arbitraje sus observaciones al informe pericial elaborado por la Perito designada en autos, y se reservaron el derecho de ampliar y/o modificar sus observaciones.

26. Asimismo, con escrito de fecha 03 de octubre del 2014, Proviás Descentralizado presenta a la sede del arbitraje documentación complementaria a su escrito mediante el cual alcanzó sus observaciones al dictamen pericial. Estando a los escritos mencionados, en la misma fecha, se emite la resolución N° 32, mediante la cual se dispone correr traslado a la perito designada en autos de las observaciones al dictamen pericial que fueran presentadas por Proviás Descentralizado, dejándose constancia en autos que el Consorcio Vial del Sur no ejerció su derecho a formular observaciones al dictamen pericial y se citó a las partes a la Audiencia de Sustentación de Informes Periciales, a llevarse a cabo el día martes 11 de noviembre del 2014 en la Sala de Audiencias habilitada para esta actuación arbitral.

27. El día 20 de octubre del 2014, dentro del término conferido, la perito designada en autos cumplió con presentar su absolución a las observaciones formuladas al dictamen pericial; por lo que, se emitió la Resolución N° 33 de fecha 23 de octubre del 2014, a través de la cual se tuvo por absuelto el traslado de las mencionadas observaciones, notificándose a las partes.

28. En la fecha y hora programadas, se llevó a cabo la Audiencia de Sustentación de Informe Pericial, contando con la participación de los representantes de ambas partes, así como de la perito designada en autos. En dicho acto, Provías Descentralizado presentó un escrito solicitando se tenga presente el Informe N° 166-2014-MTC/21,UGTR-ART. Una vez culminada la sustentación de la pericia, se procedió a emitir la resolución N° 34, mediante la cual se decretó el cierre de la instrucción, otorgándose a las partes un plazo común de cinco (05) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificadas con dicha resolución para que puedan presentar sus alegatos y/o conclusiones finales, citándose asimismo a éstas a la Audiencia de Informes Orales, a llevarse a cabo el día miércoles 26 de noviembre del 2014 en la Sala de Audiencias habilitada para esta actuación arbitral; del mismo modo se dispuso tener presente en lo que corresponda y fuera de ley el escrito presentado por Provías Descentralizado.

29. Con fecha 17 y 18 de noviembre del 2014, el Consorcio Vial del Sur y Provías Descentralizado respectivamente, presentaron sus alegatos escritos.

30. El día 26 de noviembre del 2014, según lo programado, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, contando para ello con la asistencia de ambas partes, emitiéndose en dicho acto la resolución N° 35, a través de la cual se dispuso tener presente en la oportunidad correspondiente los escritos de alegatos presentados por ambas partes.

31. Del mismo modo, al finalizar la referida audiencia, se emitió la resolución N° 36, mediante la cual se comunicó a las partes que el presente proceso se encontraba expedito para laudar, fijándose en treinta (30) días hábiles el plazo para emitir el correspondiente laudo arbitral, contado a partir del día siguiente de realizada la última notificación a las partes con la mencionada Resolución, reservándose asimismo el Tribunal Arbitral la facultad de ampliar a su sola discreción el citado plazo por otros treinta (30) días hábiles adicionales, en caso lo estimase necesario, conforme a lo previsto en el numeral 34) del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.

32. En virtud de lo antes señalado, con fecha 23 de diciembre del 2014, se emite la Resolución N° 37, mediante la cual este Colegiado, haciendo uso de la facultad prevista en el numeral 34) del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, dispuso prorrogar por treinta (30) días hábiles adicionales el plazo para laudar la presente causa.

33. Atendiendo a ello, de autos se aprecia que la resolución N° 36, fue emitida durante el acto de Audiencia de Informes Orales, habiendo quedado notificadas ambas partes con la citada resolución en dicho acto, debiendo computarse el plazo para laudar a partir de la última notificación realizada a las partes, esto es, a partir del día siguiente al 26 de noviembre de 2014; por lo que, el plazo para laudar de sesenta (60) días hábiles vence el día 24 de febrero del 2015; ello teniendo en cuenta que:

- 33.1. Los plazos se computan en días hábiles.
- 33.2. Son días inhábiles los días sábado, domingo y feriados no laborables o los días de duelo nacional no laborables declarados por el Poder Ejecutivo de la República del Perú.

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

- 33.3. La sede del arbitraje se encuentra fijada en la ciudad de Lima.
- 33.4. El día 08 de diciembre de 2014, así como el 25 de diciembre de 2014 fueron feriados a nivel nacional tanto para el sector público como para el sector privado por conmemorarse, el primero de ellos homenaje en honor a la Virgen de Concepción, mientras que el segundo se da por la celebración de Navidad, donde se celebra el nacimiento de Jesús.
- 33.5. El día 01 de enero de 2015 fue feriado a nivel nacional tanto para el sector público como para el sector privado por conmemorarse el año nuevo 2015.
- 33.6. El día 02 de enero de 2015 fue declarado feriado a nivel nacional tanto para el sector público como para el sector privado por el Poder Ejecutivo; ello, mediante Decreto Supremo N° 073-2014-PCM.

### III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

#### 1.- CUESTIONES PRELIMINARES

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

- (i) Que el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes.
- (ii) Que en ningún alguno se recusó al Tribunal Arbitral, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
- (iii) Que el Demandante presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

- (iv) Que la Demandada fue debidamente emplazada con la demanda y presentó su contestación de demanda y reconvención según ha sido explicado anteriormente.
- (v) Que igualmente, el Demandante presentó su contestación de reconvención dentro de los plazos dispuestos.
- (vi) Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar ante el Tribunal Arbitral.
- (vii) Que de conformidad con la regla 11 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, las partes han tenido la oportunidad suficiente de plantear recurso de reconsideración contra cualquier resolución distinta al laudo emitida en el presente proceso arbitral, en caso éstas hubieren incurrido en inobservancia o infracción de una regla contenida en el Acta de Instalación, una norma de la Ley, del Reglamento o del Decreto Legislativo N° 1017, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar conforme a la regla 11 del Acta de Instalación.
- (viii) Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes.

## 2.- MATERIA CONTROVERTIDA

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos en Controversia y Admisión de Medios Probatorios, de fecha 20 de noviembre de 2013, en el presente caso corresponde al Tribunal Arbitral determinar lo siguiente en base a los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje.

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

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

*"... la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó"<sup>(1)</sup>*

Que según lo señalado por el Tribunal Arbitral en el penúltimo párrafo del ítem "IV. DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS" del Acta de Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión

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

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

de medios Probatorios, los puntos controvertidos constituyen un marco referencial el análisis que debe efectuar el Tribunal Arbitral, pudiendo realizar un análisis conjunto de los mismos, por lo que en ese sentido, este Colegiado considera que los siguientes puntos controvertidos deben ser resueltos de manera conjunta, de acuerdo a esta última forma:

## **2.1 PRIMER, SEPTIMO Y OCTAVO PUNTOS CONTROVERTIDOS**

*Determinar si corresponde o no, declarar Consentida la Liquidación del Contrato de Obra N° 295-2008-MTC/21 presentada por Consorcio Vial del Sur.*

*Determinar si corresponde o no, declarar consentida la liquidación practicada por Proviás Descentralizado mediante Resolución Directoral N° 1204- 2012-MTC/21.*

*En caso el punto controvertido 7) precedente sea declarado fundado, determinar si corresponde o no, ordenar al Consorcio Vial del Sur el pago a favor de Proviás Descentralizado de la suma de S/. 173,548.24 (Ciento Setenta y Tres Mil Quinientos Cuarenta y Ocho y 24/100 Nuevos Soles), incluido IGV, y más los intereses correspondientes, conforme a la referida liquidación.*

### **Posición del Demandante:**

- Que, mediante Carta N° 101-2012 notificada el 19 de octubre de 2012 se presentó a la Entidad la Liquidación Final de Obra por el monto de S/. 1'699.559.34 incluido IGV, con un saldo a favor del contratista de S/. 665,667.13 incluido IGV. En dicha comunicación además, se informó de la variación del domicilio legal de Consorcio.

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

- Que, conforme al artículo 269º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado- D.S. No 084 - 2004- PCM, establece en su parte pertinente:

*"Artículo 269.- Liquidación del contrato de obra*

*El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo de treinta (30) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.*

- *Si el contratista no presenta la liquidación en el plazo previsto, su elaboración será responsabilidad exclusiva de la Entidad en idéntico plazo, siendo los gastos de cargo del contratista. La Entidad notificará la liquidación al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.*
  - *La liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido.*
  - (...)” (resaltado agregado)
- Que, en el presente caso, el Consorcio presentó su liquidación el 19 de octubre de 2012, no cumpliendo la Entidad, según criterio del Contratista, con notificar su liquidación dentro del plazo legal. Es más mediante Resolución Directoral N° 1204-2012-MTC/21 de fecha 21 de noviembre de 2012, PROVIAS DESCENTRALIZADO aprobó su propia liquidación de

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

contrato con un saldo en contra del contratista ascendente a la suma de S/.

173,584.24 Nuevos Soles.

- Que, se puede apreciar que en la Resolución Directoral N° 1204-2012-MTC/21 que aprueba la liquidación final de contrato hecha por la Entidad, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en representación de Provías Descentralizado, señala que no acepta el cambio de domicilio informado por el contratista, indicando que la nueva dirección de Consorcio Vial del Sur, no contiene nombre de calle, ni numeración municipal; sin embargo, conforme a lo dicho por el Contratista, la Entidad, no precisa cual es la base legal o estipulación contractual que exige dichas características para señalar el nuevo domicilio, por tanto, el Consorcio pide que dicha exigencia debe ser declarada nula por no tener respaldo legal.
- Que, asimismo, en cuanto a la notificación al correo electrónico, según el Contratista, la Entidad no ha acreditado que la supuesta remisión por correo electrónico se efectuó con el correspondiente acuse de recibo; en tal sentido, dicho medio de notificación no es válido. Es así que se debe tener en cuenta que el artículo 20.1.2 de la Ley N° 27444 establece que las notificaciones podrán ser efectuadas:

*"Mediante telegrama, correo certificado, telefax, correo electrónico, o cualquier otro medio que permita comprobar fehacientemente su acuse de recibo y quien lo recibe, siempre que el empleo de cualquiera de estos medios hubiese sido solicitado expresamente por el administrado."*

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

- Que, en consecuencia queda de este modo acreditado la procedencia del primer punto controvertido por lo que deberá declararse consentida la liquidación final de contrato presentada por el consorcio.
- Que, al respecto sobre si la liquidación final de la Entidad ha quedado consentida, el Contratista señala que conforme al *Artículo 269 del reglamento de la ley de contrataciones con el estado*, una vez que el contratista presenta su liquidación final de contrato, la Entidad tiene un plazo de 30 días para observarla o en su caso elaborar su propia liquidación. Una vez que la Entidad elabora su propia liquidación, el Contratista cuenta con quince (15) días para "PRONUNCIARSE" sobre la misma, siendo ello así, resulta determinante señalar al Tribunal Arbitral que el plazo de 15 días con el que cuenta el Contratista de acuerdo a la norma antes glosada es para "pronunciarse pudiendo hacerlo de manera positiva, de manera negativa o rechazando la nueva liquidación.
- Que, en ese sentido, todo "pronunciamiento negativo" debe entenderse como observación a la liquidación, tanto más si con ese rechazo (o pronunciamiento negativo) se invoca el contenido de la liquidación inicialmente practicada por el Contratista, pues el mero hecho que este se remita a su propia liquidación, ratificándose en todos los extremos de la misma, deja en evidencia que se indica a la Entidad que la liquidación elaborada por dicha parte no contempla los aspectos contenidos en la liquidación elaborada por el Contratista, respecto de los cuales se ratifica.
- Que, se debe tener en cuenta al momento de laudar el contenido de la carta N° 102-2012 remitida por la contratista:

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

*"Por medio de la presente, me dirijo a Usted, para indicarle que nos ratificamos en todos los términos de nuestra liquidación presentada con carta N° 101-2012 y que no estamos de acuerdo con la Resolución Directoral N° 1204- 2012- MTC/21, considerando una liquidación de obra a favor de PROVIAS DESCENTRALIZADO remitida con Oficio del asunto."*

23

- Que, el Contratista señala que en la carta mencionada anteriormente dejan constancia de su desacuerdo con la liquidación presentada por PROVIAS DESCENTRALIZADO; por lo que, a decir del CONSORCIO es falso lo que señala PROVIAS en su reconvención cuando indica que dicha carta no constituye una observación a su liquidación sino una solicitud de arbitraje.

JO

#### Posición del Demandado:

- Que, mediante Carta N° 101- 2012, notificada con fecha 23 de Octubre el CONSORCIO indicó a PROVIAS DESCENTRALIZADO que la inversión total de la obra asciende a S/. 1' 699, 559.34 incluido IGV, con una penalidad de S/. 169,955.93 incluido el IGV, con un Presupuesto Deductivo de S/. 1,527.33 incluido el IGV, un Presupuesto Adicional (Mayores Metrados) por S/. 614,972.31 incluido el IGV y un Presupuesto Adicional (Mantenimiento) de S/. 160,291. 20 incluido el IGV.
- Que, la Entidad señala que se debe tener en cuenta en este punto que la Carta N° 101-2012 fue notificada a PROVIAS DESCENTRALIZADO, el 23 de octubre de 2012; empero en la demanda, el CONSORCIO señala que la notificó el 19 de octubre de 2012. Al respecto, como puede observar el Tribunal Arbitral, el sello correspondiente a la fecha "19 de octubre de 2012" es de la Notaría donde hizo los trámites el Consorcio,

X

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

sin embargo la recepción de la Entidad se dio recién el 23 de octubre de 2012, conforme se aprecia del mismo cargo de recepción, que el mismo Consorcio ha ofrecido como medio probatorio de su demanda.

- Que, el contrato está regulado por los Convenios de Préstamo N° 1810-OC- PE-BID y N° 7423-PE-BIRF, firmado entre el Estado Peruano y el BID y BIRF, respectivamente. En este sentido, resulta de obligatorio cumplimiento las normas y procedimientos contenidos en la Directiva de Supervisión N° 003-2005-MTC/21, en el cual el ítem h del numeral 3.4.2 indica que si la Entidad no estuviese de acuerdo con la liquidación presentada por el Contratista, la observará y elaborará otra dentro del plazo de 30 días siguientes de recibida la documentación sustentaria.
- Que, es así con fecha 21 de noviembre del 2012, Proviás Descentralizado emite la Resolución Directoral N° 1204- 2012- MTC/21 que aprueba la Liquidación Final de Contrato N° 295-2008- MTC/21, en la cual se establece que el monto final es de S/. 173,548.24 Nuevos Soles, incluido el IGV. Asimismo, que se apruebe una penalidad por el monto de S/. 123,699.52 Nuevos Soles incluido IGV.
- Con fecha 22 de noviembre de 2012 se notificó vía notarial al Contratista mediante oficios N°s 1292- 2012- MTC/21 la Resolución Directoral N° 1204- 2012- MTC/21, remitida a la dirección Mz B, Lot. 11, C.P. Villa Libertad Pachacamac (dirección señalada en la Carta Notarial N° 101-2012 de fecha 23 de noviembre de 2012 del Contratista), siendo recibida por la Señora Rosa Espilco Nuñez, hermana de un empleado de Consorcio Vial del Sur.

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

- Que, por otro lado, el Consorcio Vial está conformado por las empresas PORFISA CONTRATISTAS Y CONSULTORES S.A, EBYSA CONTRATISTAS Y CONSULTORES S.A y CVJ CONTRATISTAS GENERALES S.R.L., del cual se pudo determinar ante la SUNAT que la empresa PORFISA CONTRATISTAS GENERALES SAC se encuentra ACTIVO y HABIDO, teniendo como dirección Jr. Víctor Aguirre Nº 358 Urb. Los Laureles Chorrillos, como indica el domicilio legal del Contrato Nº 295- 2008- MTC/21. Por lo que con Oficio Nº 1293- 2012- MTC/21, UGAL se notificó la Resolución Directoral Nº 1204-2012-MTC/21, remitiéndose al Contratista debajo de la puerta del destinatario.

- Que, al respecto, debe entenderse que de acuerdo a la Cláusula Cuarta, numeral 4.1 del Contrato Nº 295-2012-MTC/21, se pactó que cualquier notificación que tengan las partes bajo este contrato serán enviadas al Contratista a su domicilio de Jr. Víctor Aguirre Nº 358, Chorrillos, y que las comunicaciones cursadas entre las partes, solo surtirán efecto: **“Cuando sean efectuadas por escrito, facsímile y correo electrónico”** y **“Cuando sean notificadas por vía notarial o Juez de Paz, en los lugares donde no haya Notario”**. De ser el caso ambos dejaran constancia de negativa de recepción”. De igual manera según la cláusula Trigésima Quinta del Contrato, numeral 36.3 **“En caso que alguna de las partes cambiara de domicilio u omitiera aviso de dicho cambio, las comunicaciones cursadas al domicilio señalado en el párrafo precedente se tendrán por bien notificadas”**.

- Que, la Entidad indica, que cumplió con notificar la Liquidación de Obra, Vía Notarial al domicilio Legal consignado por el Contratista en su Carta Notarial Nº 101-2012, así como al domicilio consignado en el Contrato de Obra, dentro del plazo legal que tenía para hacerlo, por lo que se puede

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

concluir que las notificaciones notariales efectuadas el 22 de noviembre del 2012 a los domicilios Chorrillos y Lurín, con la Liquidación de Obra aprobada por la Entidad mediante Resolución Directoral N° 1204- 2012-MTC/21 son válidas.

- Que, en tal sentido y al haberse cumplido con notificar al Contratista por vía Notarial al domicilio Legal consignado en el Contrato N° 295-2012, se entienden como válidas dichas notificaciones y surten efecto legal, aun cuando se haya negado a recibir la citada notificación en una de las direcciones y la otra dirección sí fue aceptada por la Sra. Rosa Espilco Núñez hermana de un empleado del Consorcio Vial del Sur.
- Que, cabe precisar que el Contratista tenía un plazo de quince (15) días para pronunciarse sobre la liquidación elaborada por Provías Descentralizado, el cual vencía el 07 de diciembre del 2012, de no hacerlo se tendría por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas. En este sentido el Contratista no se pronunció a tiempo respecto de la liquidación formulada por Provías Descentralizado quedando esta consentida.
- Que, el Consorcio Vial Del Sur tenía hasta el 07 de diciembre de 2012 para realizar observaciones a cada uno de los puntos de la liquidación final de la Entidad.
- En relación si corresponde o no declarar consentida la liquidación de obra practicada por Provías descentralizado contenida en la Resolución Directoral N° 1204-2012-MTC/21, la Entidad declara que, el 07 de diciembre de 2012, el Contratista no realizó observaciones a la Liquidación de la Entidad, sino que por encontrarse imposibilitado por el

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

tiempo para efectuar sus observaciones, se limitó a señalar en su Carta Notarial N° 102-2012 que no estaba de acuerdo con la Resolución Directoral N° 1204-2012- MTC/21 y, en el mismo acto, solicitó el arbitraje. En consecuencia, su Carta de Liquidación no incluye comparación alguna del Anexo de Liquidación Final de Obra, entre la del Contratista y la de la Entidad, no adjunta la variación de cada punto como diferencia de metrados, presupuesto deductivo, diferencia de pagos ni sustenta si efectivamente concluyeron la obra dentro del plazo contractual que da lugar a una supuesta improcedencia de la aplicación de la penalidad máxima del 10%. Tampoco se explicó porque no tendría que pagar al Supervisor el monto de S/. 50,235.90, que es el monto equivalente a su periodo de extensión de los servicios. Es así, que la Entidad expresa que se ha consentido la Resolución Directoral N° 1204-2012-MTC/21 en todos sus extremos y debe surtir plenos efectos.

### POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En primer lugar, debemos tener en cuenta que la determinación de los puntos controvertidos materia de análisis se circumscribe a las discrepancias que existen entre las partes respecto de la liquidación final del contrato de obra celebrado por éstas.

En ese sentido, cabe definir la liquidación final de una obra como un cálculo técnico, efectuado dentro de las condiciones contractuales (penalidades, intereses, gastos generales, etc.), cuya finalidad es determinar el costo total de la obra, el mismo que al compararlo con los montos pagados por la Entidad, podrá determinar el saldo económico, ya sea a favor del Contratista o de la Entidad, según corresponda.

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

En igual sentido, SALINAS SEMINARIO señala que la liquidación del contrato de obra:

*"consiste en 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"<sup>1</sup> (Énfasis agregado).*

Ratificando esta posición, la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE agrega en la Opinión N° 104-09/DTN que:

*"el acto de liquidación tiene como propósito que se efectúe 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." (Énfasis agregado).*

Como puede verse, no sólo a nivel doctrinario, sino también normativo, se señala que es en el acto de liquidación del Contrato de Obra donde se consignará todas las prestaciones y obligaciones ejecutadas a favor de una u otra parte del Contrato, pasando a formar parte de ella, todo derecho que le corresponda o le haya sido reconocido al contratista y que se encuentre impago.

Dado ello, el procedimiento de liquidación de obra presupone que cada una de las prestaciones haya sido debidamente verificada por cada una de las partes, de manera que los sujetos contractuales hayan expresado de forma inequívoca su satisfacción o insatisfacción con la ejecución del contrato (dentro del plazo establecido por la Ley).

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

Si el contrato es por el sistema de contratación a suma alzada las partidas se liquidan al 100% cada una de ellas, independientemente de su ejecución real, salvo que se hayan aprobado adicionales o deductivos, en cuyo caso se estará conforme a lo aprobado.

Si el contrato es por el sistema de contratación de precios unitarios, considerando que bajo este sistema se paga lo realmente ejecutado, corresponderá hacer un remetrado de todas las partidas de obra a fin de determinar su real ejecución. En este caso se deben tener también presentes los presupuestos adicionales y deductivos que se hubieran aprobado así como los planos de replanteo (o "planos según construido") para determinar los metrados realmente ejecutados también llamados "metrados de post construcción".

De lo establecido en la Cláusula Novena del Contrato, se puede apreciar que las condiciones, requisitos y obligaciones de las partes, se encuentran enmarcadas, en cuanto no se opongan al Contrato de Préstamo suscrito con el BID y el BIRF, dentro de la Normatividad de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aplicable, esto es: i) Texto Único Ordenado de La Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado Peruano aprobada por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM; ii) El Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado - D.S. N° 084-2004- PCM; iii) Así, como toda norma nacional aplicable a los contratos suscritos por Entidades del Estado.

En razón a lo expuesto, tenemos que las controversias que se presenten en la interpretación, ejecución, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del Contrato de Ejecución de Obra celebrado, deberán solucionarse mediante

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

arbitraje de derecho, en virtud de lo dispuesto en la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato.

Debe asimismo, tenerse en cuenta que el supremo intérprete de la Constitución en el fundamento 6) de la STC N° 04762-2007-PA/TC-SANTA ha señalado que:

*"La prueba en los procesos constitucionales, como en cualquier otra clase de proceso o de procedimiento, se orienta a acreditar o a determinar la existencia o inexistencia de hechos controvertidos o litigiosos que son relevantes para adoptar la decisión. La prueba debe estar orientada hacia la búsqueda de decisiones que, para ser justas, deban fundarse sobre una determinación verdadera de los hechos afirmados por las partes en el proceso, que, después de los actos postulatorios (demanda y contestación), resulten controvertidos y relevantes para adoptar la decisión."*

Así, nuestro Tribunal Constitucional es categórico al señalar que la prueba, sea cual fuere el proceso -en este caso, el arbitral- busca acreditar la existencia o inexistencia de hechos controvertidos o litigiosos que son relevantes para que la decisión a adoptar por el Tribunal Arbitral se funde **no sólo en afirmaciones con apariencia de verdaderas**, sino que en los hechos se vean respaldadas objetivamente.

Hecho controvertido o litigioso es aquel cuya veracidad ha sido contradicha por las partes, no ha habido reconocimiento tácito ni allanamiento. Los puntos controvertidos están constituidos por aquellos hechos afirmados por cada una de las partes como fundamento de sus peticiones y que no son admitidos por la otra. Respecto de estos hechos, se debe indicar al Juez el medio o indicarle la vía para conocer y resolver acerca de su veracidad<sup>(2)</sup>.

(2) PALACIOS PAREJA, Enrique. La Fijación de Puntos controvertidos en la Metodología de la Investigación Jurídica. En: Ponencias del I Congreso Nacional de Derecho Procesal. PUCP. 1996. p. 157

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

Para GOZAÍNI, el objeto de prueba son las alegaciones, esto es, todos los hechos que cuentan con una versión a verificarse mediante el procedimiento probatorio. Asimismo, de acuerdo con el profesor argentino, el objeto de la prueba no descansa en todas las alegaciones, porque sólo requieren alegación los hechos que fueran controvertidos y conducentes a resolver el tema central del proceso. En el proceso judicial, el objeto se limita a las alegaciones que las partes afirman o niegan como el soporte de sus respectivas pretensiones. Cada sujeto procesal es el encargado de probar los hechos conducentes y controvertidos<sup>(3)</sup>.

Considerando estas premisas, no debe olvidarse que el proceso arbitral, dada su naturaleza es un proceso que se rige por el denominado principio dispositivo, en virtud del cual, son éstas las que determinan la cuestión controvertida y los elementos objetivos que sirven para acreditar todo aquello que se afirma al interior del proceso arbitral.

En ese sentido, nuestro Tribunal Constitucional, en el fundamento 8) de la STC N° 04762-2007-PA/TC-SANTA ha señalado que:

*"En tal sentido son las partes las que deben aportar los hechos al proceso. Ello quiere decir que sobre las partes, recae y se distribuye la carga de probar los hechos controvertidos en el proceso. De este modo el demandante tiene la carga de probar los hechos afirmados que sustentan su pretensión, mientras que el demandado tiene la carga de probar los hechos que afirma y los que contradice."*

Entonces, para llevar a cabo un análisis de estos puntos controvertidos, es preciso hacer un recuento de los hechos relacionados de forma directa con la controversia derivada del Contrato N° 295-2008-MTC/21 para la ejecución de la

(3) GOZAINI, Osvaldo. La Prueba en el Proceso Civil Peruano. Editora Normas Legales. Trujillo. 1997. pp 19-20

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

"Obra de rehabilitación de los caminos vecinales: EMP. R003 (TABLACHACA)-EMP.R109 (PAMPAS) (Long. 15-816 KM), PAMPAS -TILACO-COCHA CONCHUCOS - ADAMALCA (Long. 17.926 KM) y COCHA CONCHUCOS - BAÑOS TERMALES (Log. 1.550 Km)" ubicado en el distrito de Pampas, provincia de Pallasca, Departamento de Ancash, suscrito entre el Consorcio Vial del Sur y Provías Descentralizado con fecha 18 de junio de 2008, así como a la liquidación llevada a cabo por el Consorcio Vial del Sur notificada a la Entidad el 23 de Octubre de 2012 y, también a la Resolución Directoral N° 1204-2012-MTC/21 de fecha 21 de noviembre de 2012, que aprueba la Liquidación Final del Contrato N° 295-2008-MTC/21, practicada por Provías Descentralizado; y la carta Notarial N° 102-2012 de fecha 07 de diciembre de 2012, por la cual el Consorcio Vial del Sur ratificó su liquidación final de obra.

Esto resulta importante en la medida que las partes han sostenido que:

- El Contratista dentro de los plazos legales previstos *-lo cual no ha sido contradicho por la parte demandada-* presentó su liquidación final del contrato de obra a la Entidad.
- La Entidad dentro del plazo que establecen las normas aplicables procedió a elaborar su propia liquidación. Esto ha sido contradicho por el Contratista, por lo que, este será un primer extremo de análisis por configurar un hecho controvertido.
- El Contratista dentro del plazo que establecen las normas aplicables procedió a pronunciarse respecto de la liquidación elaborada por la Entidad. Esto ha sido contradicho por la Entidad, por lo que, este será un segundo extremo de análisis por configurar un hecho controvertido.

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

A efectos de realizar un análisis adecuado de este punto controvertido, corresponde señalar que el procedimiento para la aprobación de la liquidación del contrato de obra, se rige por los Convenios de Préstamo N° 1810- OC- PE-BID y N° 7423-PE-BIRF, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 269º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante D.S. N° 084-2004-PCM, cuyo tenor reza:

Artículo 269.- Liquidación del contrato de obra

El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo de treinta (30) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

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

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

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

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

*En el caso de que una de las partes no acoga las observaciones formuladas por la otra, aquella deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje.*

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

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

*No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver. (Énfasis agregado)*

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

- i) La liquidación de obra debe ser presentada por el Contratista (en este caso por el Consorcio Vial del Sur) dentro de los 60 días siguientes a la recepción de la obra.
- ii) Una vez presentada la liquidación de obra, la Entidad (en este caso Proviás Descentralizado) tendrá 30 días de notificada para pronunciarse respecto de la liquidación presentada, sea:
  - a. Observando la liquidación presentada por el contratista o,
  - b. Elaborando una nueva liquidación.

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

- D 12
- iii) En el supuesto que dentro de los 30 días siguientes a la presentación de la liquidación de obra, la Entidad no observara la misma, ésta quedará consentida de pleno derecho.
  - iv) Una vez comunicadas al Contratista las observaciones de la Entidad o la nueva liquidación elaborada por ésta, aquel contará con 15 días para pronunciarse respecto de aquella.
  - v) En el supuesto que dentro de los 15 días siguientes de recibidas las observaciones de la Entidad o la nueva liquidación elaborada por ésta, el Contratista no observara la misma, ésta quedará consentida de pleno derecho.
- S

De la norma antes reseñada y conforme señala la doctrina, se entiende que: "*la liquidación de obra practicada por el contratista o la entidad contratante, según sea el caso, se entiende aprobada cuando no haya sido observada por la otra parte dentro de los plazos antes descritos*"<sup>(4)</sup>.

Al respecto, la Opinión N° 104-2009/DTN del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE), respecto al consentimiento de la liquidación de contrato, señala que:

X X

*"Cabe precisar que el consentimiento de la liquidación final del contrato genera certeza respecto de todo su contenido, es decir, causa certeza respecto de la existencia de saldos a favor o en contra del contratista o de la Entidad, y de las acreencias que posteriormente cualquiera de las partes pudiera hacer valer ante su falta de pago. En ese sentido, si del*

---

(4) RETAMOZO LINARES, Alberto. Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control. Tomo I. Gaceta Jurídica. Novena edición. Lima. 2013. Página 1038.

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

*documento fluyera que determinada valorización ha sido cancelada, ésta se entenderá pagada, en caso el contratista no observe dicho aspecto en los plazos estipulados. En consecuencia, la liquidación presentada dentro de los plazos estipulados en el Reglamento que no es observada en su oportunidad, de acuerdo al procedimiento y los plazos señalados en el artículo 269º del Reglamento, quedará consentida para todos los efectos de la Ley" (El resaltado es agregado).*

Igualmente, la Opinión N° 184-2009-EF del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE), respecto al consentimiento de la Liquidación de Obra indica lo siguiente:

*"En consecuencia, la liquidación presentada dentro de los plazos estipulados en el Reglamento, que no es observada en su oportunidad, quedará consentida para todos los efectos de la Ley, aun cuando contenga montos mayores a los que corresponden o considere valorizaciones que realmente no han sido pagadas. En todo caso, una vez consentida la liquidación asiste a las partes dirimir cualquier controversia en la vía judicial." (El resaltado y subrayado es agregado)*

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

El artículo 269º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004- PCM; establece el procedimiento a seguir, para la presentación y posterior consentimiento de la

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

liquidación final de un Contrato de Obra. Asimismo, el mencionado artículo establece un plazo de entrega de la liquidación elaborada por el Contratista, un plazo de entrega para que la Entidad elabore observaciones a la misma o de ser el caso, presente su propia liquidación, y establece también, el plazo que tuviera cualquiera de las partes para solicitar el sometimiento de una controversia nacida por la liquidación a conciliación y/o arbitraje.

Sin embargo, y a pesar del procedimiento establecido en el Artículo 269º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado mencionado, el **Contrato de Ejecución de Obra de Rehabilitación N° 295-2008-MTC/21** celebrado por las partes, también establece un procedimiento similar a seguir por las partes para la presentación y aprobación de la Liquidación Final del Contrato de Obra.

La Clausula Vigésima Quinta del Contrato establece:

*"25.1. EL CONTRATISTA deberá proporcionar al Supervisor una liquidación detallada de acuerdo a la Directiva de Supervisión vigente (...) La liquidación será presentada debidamente sustentada, con la documentación y cálculos detallados, dentro del plazo de sesenta (60) días o 1/10 del plazo de ejecución de la obra, el que sea mayor, contados desde el día siguiente de la recepción de la obra.*

*Dentro de los treinta (30) días PROVIAS DESCENTRALIZADO deberá pronunciarse ya sea observando la Liquidación presentada por EL CONTRATISTA o de considerarlo pertinente elaborando otra, y notificar a EL CONTRATISTA para que este se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.*



TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

*Si EL CONTRATISTA no presentara la liquidación en el plazo previsto, su elaboración será responsabilidad exclusiva de PROVIAS DESCENTRALIZADO en el plazo idéntico, siendo los gastos de cargo de EL CONTRATISTA.*

*PROVIAS DESCENTRALIZADO notificará la Liquidación a EL CONTRATISTA para que este se pronunciara dentro de los quince (15) días siguientes.*

*La liquidación quedará consentida cuando practicada por una de las partes, no sea observada por la otra en el plazo establecido. (...)*

De lo expuesto se tiene que el propio Contrato, establece un procedimiento similar al amparado en la normatividad contenida en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; razón por la cual, es necesario precisar que el procedimiento al que nos ceñiremos a fin de realizar un análisis, será el establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

En este orden de ideas, partiendo de la premisa *-no negada por la Entidad-* que el Consorcio Vial del Sur presentó la liquidación del contrato de obra dentro de los 60 días siguientes a la ocurrencia de la recepción de obra, corresponde que este Tribunal evalúe en primer término si luego de la presentación de la liquidación del contrato de obra, Proviás Descentralizado observó la misma o elaboró una nueva liquidación dentro de los 30 días siguientes a la presentación de la liquidación de obra elaborada por el Consorcio Vial del Sur y de haberlo hecho, corresponderá analizar en segundo lugar si luego de haber recibido la liquidación final del contrato de obra elaborada por la Entidad, el Contratista se pronunció conforme manda la ley aplicable dentro de los 15 días siguientes.

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

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

*Artículo 183.- Reglas para cómputo del plazo*

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

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

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

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

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

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

Pues bien, teniendo en cuenta lo dicho, resulta que con fecha 23 de Febrero de 2010, contando con la participación de los ingenieros Pedro Canchaya Salinas, Ricardo Santos Rodríguez, y Corsobel Diestra Díaz en su condición de miembros del comité de recepción de la obra nombrada con Resolución Directoral N° 1856-2009-MTC/21, además de la Ing. Ana Isabel Heredia Recoba, representante legal del Contratista, se llevó a cabo la recepción de la obra, para lo cual se suscribió la respectiva acta con levantamientos de observaciones.

Sin embargo, entre las partes se estaba llevando un arbitraje relacionado con las Ampliaciones de Plazo N° 01, 02, 03, 04, 05 y 06 cuyo Laudo se emitió el 05 de Octubre de 2012 por resolución N° 24, cuyo plazo para demandar su Anulación venció el 17 de octubre de 2012, habiendo quedado consentido por no haberse interpuesto demanda judicial alguna contra éste.

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

En este sentido, a partir de dicho momento se inició el cómputo del plazo para que el Consorcio Vial del Sur cumpla con presentar la liquidación final del contrato de obra.

Luego de quedar consentido el laudo arbitral, el Contratista, con fecha 23 de Octubre de 2012, mediante carta N° 101-2012, notificó a la Entidad su Liquidación Final de Obra, tal como se aprecia en el "Anexo 02" de la demanda arbitral interpuesta, es decir, que la liquidación final del contrato de obra hecha por el Contratista fue presentada dentro del plazo establecido en el reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, ésta liquidación concluye concretamente en:

- Establecer como monto total final del Contrato de Obra suscrito con la Entidad, la suma ascendente a S/. 1'699,559.34 (Un Millón Seiscientos noventa y nueve mil quinientos cincuenta y nueve con 34/100 Nuevos Soles) incluido IGV.
- Establecer como Saldo Final del Contrato de Obra a pagar a favor del Consorcio Vial del Sur, la suma de S/. 665,667.13, (Seiscientos sesenta y cinco mil seiscientos sesenta y siete con 13/100 Nuevos Soles) incluido IGV.

Aquí, cabe reflexionar en el hecho que si bien el Contratista ha señalado que notificó a la Entidad su liquidación final del contrato de obra el día 19 de octubre de 2012, no puede confundirse la fecha en la que el documento a notificar es entregado al despacho notarial con la fecha en la que tal documento es entregado de manera efectiva al destinatario.

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

Debe tenerse presente lo que la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444 señala respecto a las notificaciones, así en el Artículo 25º de esta Ley, se establecen ciertas reglas para que las notificaciones efectuadas surtan sus efectos, así se señala:

*"Artículo 25.- Vigencia de las notificaciones*

*Las notificaciones surtirán efectos conforme a las siguientes reglas:*

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

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

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

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

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

Las notificaciones son actos de comunicación procesal, entendidos estos como *"aquellos que sirven para transmitir las órdenes y las decisiones del juez a las partes o terceros y otras autoridades"*<sup>(5)</sup>, relacionadas con el proceso o previas a éste.

Este acto de notificación sirve para *"poner en conocimiento de los interesados el contenido de los actos emitidos por el Juez mediante resoluciones judiciales"*<sup>(6)</sup>

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

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

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

(5) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General del Proceso T. II*. Artes Gráficas, Bs. Aires: Febrero 1985. p. 617.

(6) RIOJA BERMÚDEZ, Alexander. *El Proceso Civil*. Editorial ADRUS, Arequipa, Marzo: 2009. p. 168.

(7) RIOJA BERMÚDEZ, Alexander. *Op. Cit.* p. 169.

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

Como puede verse, el propósito de toda notificación es que la parte contraria pueda tener oportunidad de manifestar lo que convenga a su derecho respecto de aquello que se le notifica por el plazo previsto legalmente; sin embargo, éste no se computa en la medida que el documento no haya llegado a su destinatario final.

De esta manera, el "anexo 02" de la demanda arbitral deja en evidencia que sobre la Carta N° 101-2012 recaen dos sellos de recepción; el primero de ellos correspondiente al Notario de Lima Ricardo José Barba Castro de fecha 19 de octubre del 2012 y registra la misma como "Carta Notarial N° 9521", el segundo, correspondiente a la oficina de Trámite Documentarios de Proviás Descentralizado de fecha 23 de octubre de 2012, siendo esta última la fecha a partir de la cual producirá efectos la liquidación final del contrato de obra remitida por el contratista para efectos de continuar el procedimiento de liquidación de obra.

Entonces, resulta que Proviás Descentralizado, tenía 30 días siguientes desde que le fue notificada la liquidación final de la obra elaborada por el Contratista, es decir, a partir del 23 de Octubre del 2012 hasta el 22 de Noviembre del 2012, para alcanzar al Consorcio Vial del Sur sus observaciones a la liquidación de obra presentada por ésta o de igual manera una nueva liquidación. Es importante señalar que las observaciones o la nueva liquidación elaborada debían ser notificadas al Consorcio hasta la fecha indicada como fecha límite<sup>(8)</sup>;

(8) En relación a lo indicado, debemos tener presente lo determinado en la Opinión N° 051-2010/DTN, se indicó que: "(...) si bien estos artículos (con relación a los artículos 201 y 207 del Reglamento) no señalan expresamente que dentro de dicho plazo la Entidad no solo debe emitir la respectiva resolución, sino también notificarla al contratista, ello resulta implícito, pues dicho plazo ha sido establecido con la finalidad de que, dentro de este, la Entidad adopte una decisión y la comunique formalmente al contratista (...) Así, de plantearse una interpretación contraria, la Entidad podría resolver, por ejemplo, la aprobación de un adicional en el plazo de diez (10) días y notificarlo en quince (15) días, lo que no se condice con la celeridad que la administración pública debe observar al pronunciarse sobre las solicitudes planteadas por los contratistas, pues ello repercute de forma directa en la oportuna satisfacción del interés de la Entidad en la contratación, que no es otro que la satisfacción del interés público.

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

de no ocurrir ello durante ese periodo, la liquidación final del contrato de obra quedaría aprobada de pleno derecho al haber quedado consentida.

En ese escenario tenemos que la Entidad siguiendo el procedimiento respectivo y dentro del plazo establecido, mediante Oficio N° 1292-2012-MTC/21 y N° 1293-2012-MTC/21, notificó notarialmente (con intervención de la notaría Carpio Vélez) al Consorcio Vial del Sur el contenido de la Resolución N° 1204-2012- MTC/21, en dos direcciones: (i) aquella que el Contratista indicó en su Carta N° 101-2012 signada como MZ. B, Lot. 11, C.P. Villa Libertad - Pachacamac y, (ii) aquella que indicó en el Contrato de Obra signada como Jr. Víctor Aguirre N° 358 - Chorrillos.

Debe añadirse que mediante la Resolución N° 1204-2012- MTC/21 la Entidad aprueba su propia liquidación final del Contrato N° 295-2008-MTC/ 21, por el monto final de S/. 1'699,559.34 (Un millón seiscientos noventa y nueve mil quinientos cincuenta y nueve con 34/100 Nuevos Soles) incluido IGV, con un saldo a cargo del Contratista CONSORCIO VIAL DEL SUR, ascendente a S/. 173,548.24, (Ciento setenta y tres mil quinientos cuarenta y ocho con 24/100 Nuevos soles) incluido IGV.

Por tanto, este Tribunal estima que habiendo cumplido la Entidad, PROVIAS DESCENTRALIZADO, con el procedimiento establecido en la normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y los Contratos de Préstamos BIRF y BIR, al pronunciarse el 21 de Noviembre de 2012 a través de la Resolución Directoral N° 1204- 2012- MTC/21, recibida por el Contratista el 22 de noviembre del 2012, es decir, dentro del plazo de los 30 días siguientes de notificada con la Liquidación final del Contrato de Obra realizada por el Contratista, elaborando una nueva, no habría operado el consentimiento de la Liquidación elaborada por el Consorcio Vial del Sur; en consecuencia, debe

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

desestimarse el primer punto controvertido vinculado a la primera pretensión principal de la demanda arbitral.

Habiéndose analizado el primer punto controvertido, en consecuencia, no quedando consentida la liquidación final de obra hecha por el Contratista, este Tribunal Arbitral considera pertinente analizar el Séptimo punto controvertido respecto si corresponde o no, declarar consentida la liquidación final del contrato de obra practicada por Provías Descentralizado mediante Resolución Directoral N° 1204-2012-MTC/21.

En el mismo orden de ideas, el artículo 269º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece el plazo y el procedimiento para que el Contratista se pronuncie sobre la liquidación final de obra hecha por la Entidad:

*"Artículo 269.- Liquidación del contrato de obra*

*El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo de treinta (30) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.*

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

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

- *La liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido.*
- (...)” (resaltado agregado)

053

De este modo, la Entidad notificó su liquidación final de obra al Contratista el 22 de Noviembre de 2012 mediante oficio N° 1292-2012- MTC/21, y de acuerdo a la norma señalada anteriormente, el Consorcio Vial del Sur tenía 15 días naturales para pronunciarse sobre ésta, es decir desde el 22 de Noviembre del 2012 hasta el 07 de Diciembre del 2012.

○

En este estado, es preciso aclarar que, conforme se desprende de la norma invocada, el Contratista, dentro del plazo antes indicado, deberá “pronunciarse” respecto de la liquidación elaborada por la Entidad, siendo que el pronunciamiento sobre la liquidación final abarca la aceptación, el rechazo o las observaciones pertinentes a los puntos específicos respecto a los cuales se está en desacuerdo.

X

Dicho esto, tenemos que en autos obra como “Anexo 4” de la demanda arbitral, la Carta N° 102-2012, que conforme al sello de recepción que aparece impreso en ella, fue notificada a la Entidad el día 07 de diciembre de 2012, teniendo como sumilla la expresión “Respuesta a Oficio N° 1292-2012-MTC/21.UGAL y solicitud de arbitraje”.

La carta N° 102-2012 expresa el siguiente texto:

*“Por medio de la presente, me dirijo a Usted, para indicarle que nos ratificamos en todos los términos de nuestra liquidación presentada con carta N° 101-2012 y que no estamos de acuerdo con la Resolución Directoral N° 1204-2012-MTC/21, considerando una liquidación de obra a favor de*

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

263

*PROVIAS DESCENTRALIZADO remitida con Oficio del  
asunto."*

La cuestión debatida aquí es, si con dicha respuesta se dio cumplimiento a la exigencia normativa prevista en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, para no dejar consentir la liquidación final del contrato de obra elaborada por la Entidad; o, si la misma no constituye mérito suficiente para ello y, por ende, si es que daría lugar al consentimiento de esta nueva liquidación de la Entidad, pues como ha señalado esta última al contestar la demanda, la Carta N° 102-2012 constituiría *-a su modo de ver las cosas-* una solicitud de arbitraje y no una negación de la liquidación contenida en la Resolución Directoral N° 1204-2012-MTC/21.

J

Al respecto, conforme se dijo, el artículo 269º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece que se *"notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes"*.

Entonces, lo que queda claro para este Colegiado, es que independientemente que la Carta N° 102-2012 pueda contener una solicitud de arbitraje, ello no es óbice para que en la misma pueda contenerse además la respuesta del Contratista a la liquidación de obra practicada por la Entidad.

X

Asimismo, según se aprecia de la Carta N° 102-2012, el Contratista cumplió formalmente lo dispuesto por el artículo 269º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en la medida que "se pronunció" sobre la liquidación de obra elaborada por la Entidad, manifestando precisamente que se ratificaba en todos los términos de su propia liquidación presentada con carta N° 101-2012 y que no estaba de acuerdo con la Resolución Directoral N° 1204-2012-MTC/21, pues como se dijo anteriormente, el

50

X

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

pronunciamiento sobre la liquidación final abarca la aceptación, el rechazo o las observaciones pertinentes a los puntos específicos respecto a los cuales se está en desacuerdo. En el presente caso, estamos ante un supuesto de rechazo de la liquidación final elaborada por la Entidad.

En ese sentido, este Tribunal Arbitral llega a la conclusión que en el plazo y conforme al procedimiento respectivo señalado en la normativa correspondiente, el 07 de Diciembre del 2012 mediante Carta 102-2012, el Contratista se pronunció sobre la Liquidación final de obra elaborada por la Entidad, por consiguiente, en el mismo modo en que ocurrió con la liquidación de obra elaborada por el Contratista contenida en la Carta N° 101-2012, no se ha configurado el consentimiento de la liquidación final de obra elaborada por la Entidad, mediante la Resolución Directoral N° 104-2012-MTC/21, por lo que, además, tampoco procede el pago reclamado por la Entidad en virtud del consentimiento que alega; en consecuencia, debe desestimarse el séptimo punto controvertido vinculado a la primera pretensión principal de la reconvención.

## 2.2 SEGUNDO, TERCERO, NOVENO Y DÉCIMO PUNTO CONTROVERTIDO

*En caso el punto controvertido 1) precedente sea declarado infundado, determinar si corresponde o no, declarar la validez de la liquidación del Contrato de Obra N° 295-2008-MTC/21 presentada por Consorcio Vial del Sur.*

*En caso el punto controvertido 2) precedente sea declarado fundado, determinar si corresponde o no, ordenar que Proviás Descentralizado cumpla con el pago de la suma de S/. 665,667.13 (Seiscientos Sesenta y Cinco Mil Seiscientos Sesenta y Siete y 13/100 Nuevos Soles) incluido IGV, a favor del Consorcio Vial del Sur conforme a la referida liquidación.*

*En caso el punto controvertido 8) precedente sea declarado infundado, determinar si corresponde o no, declarar la validez de la liquidación practicada por Proviás Descentralizado mediante Resolución Directoral N° 1204-2012-MTC/21.*

26/3

*En caso el punto controvertido 9) precedente sea declarado fundado, determinar si corresponde o no, ordenar al Consorcio Vial del Sur el pago a favor de Proviás Descentralizado la suma de S/. 173,548. 24 (Ciento Setenta y Tres Mil Quinientos Cuarenta y Ocho y 24/100 Nuevos Soles) incluido IGV, y más de los intereses correspondientes, conforme a la referida liquidación.*

26/3

Posición del Demandante:

- Que, respecto a la determinación si corresponde o no, declarar la validez de la liquidación del Contrato de Obra N° 295-2008-MTC/21 presentada por Consorcio Vial del Sur, el Consorcio señala que su liquidación de obra se ajusta a lo realmente ejecutado.
- Que, en efecto, el Consorcio menciona, que de la revisión de su liquidación, se podrá apreciar las correspondientes planillas de metrados, que evidencian los mayores metrados que tuvieron que ser ejecutados y cuyo costo ha sido calculado y sustentado en la suma de: S/. 614,972.31 Nuevos Soles. Asimismo, el Contratista está considerando el concepto de mantenimiento de tránsito por la suma de S/. 160,201.20 Nuevos Soles, todo esto sustentado en su liquidación.
- Que, asimismo, indica que cabe señalar que la Entidad no reconoce estos mayores costos; sin embargo, la Entidad no precisa cuál es la base legal o contractual para desconocer los mismos; razón por la cual, dicha negativa adolece de sustento legal, más aún Proviás Descentralizado se

X X

limita a indicar que dichos conceptos no pueden ser reconocidos en virtud de la Directiva de Supervisión N° 003-2005-MTC/21, según la cual: “(...) *No se aprobarán adicionales en las liquidaciones finales de los contratos de obra.*

- Que, el Tribunal debe tener en cuenta al momento de laudar que estos conceptos reclamados no corresponden a obras adicionales sino a un incremento de parámetros de las partidas de movimiento de tierras y obras de arte, producto del replanteo que se tuvo que hacer y que corresponden a:

- Excavación No clasificada para explanaciones
- Conformación de terraplén con excedente de corte
- Conformación de terraplén con excedente de corte transportado
- Perfilado y compactado de subrasante
- Afirmado  $e=0.15m$
- Encofrado y desencofrado de losa maciza de pontón
- Acero de refuerzo  $f_y = 4200 \text{ kg/cm}^2$
- Concreto en losa macizas  $f_c = 280 \text{ kg/cm}^2$  para pontón
- Transporte de material excedente  $D < 1 \text{ km}$
- Transporte de material excedente  $D > 1 \text{ km}$

- Que, por ello al parecer del Contratista queda acreditada la validez de la liquidación final de obra presentada por ella, en consecuencia, corresponde desde su punto de vista, que se ordene a PROVIAS DESCENTRALIZADO que cumpla con el pago de la misma.
- Que, en relación, a la declaración de validez de la liquidación practicada por PROVIAS DESCENTRALIZADO mediante Resolución Directoral N°

1204-2012-MTC/21, el Contratista recalca lo dicho en su demanda arbitral, y señala que los conceptos y montos citados no corresponden a obras adicionales sino a parámetros de partidas en el expediente técnico y que incluso estuvieron erróneamente calculados, esto se trata de conceptos y montos que corresponden a mayores metrados, por lo que no resulta aplicable al presente caso la Directiva de Supervisión N° 003-2005- MTC/21 a la que se refiere la Resolución Directoral N° 1204-2012-MTC/21-IV.5.

- Que, asimismo, la penalidad que pretende imputar la Entidad al Contratista, para este último, ha sido calculada en base al monto inicial del contrato, sin considerar que hubo deductivo, por lo que, la base del cálculo de esta penalidad es inexacta, razón por la cual, deviene en nula. Por otro lado, en la liquidación elaborada por la Entidad se imputa que el contratista debe efectuar un pago por Supervisión, sin embargo, la Entidad no ha sustentado como es que ha efectuado el cálculo de dicho monto, ni siquiera ha acreditado hasta cuando estuvo presente la Supervisión de la obra, por tanto resulta improcedente el cobro de dicho concepto. De esta manera, el Contratista indica que la liquidación de la Entidad es defectuosa por lo que deberá declararse nula.

Posición del demandado:

- Que, en relación a la determinación de si corresponde o no, declarar la validez de la liquidación del Contrato de Obra N° 295-2008-MTC/21 presentada por Consorcio Vial del Sur, la Entidad señala que el Contratista no puede pretender que se declare inválida la liquidación del contrato N° 295-2008-MTC/21 practicada por Proviás Descentralizado, ya que la Resolución Directoral N° 1204-2012-MTC-/21 que aprueba la

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

Liquidación Final del Contrato N° 295-2008-MTC/21, fue entregada dentro del plazo estipulado en fecha 22 de noviembre del 2012, como consta en los Oficios Nos. 1292 y 1293-2012-MTC/21.UGAL, estando estipulado en la Cláusula Vigésima Quinta del Contrato de obra: Liquidación de obra, que dentro de los treinta (30) días de recibida la liquidación deberá de pronunciarse observando la Liquidación, presentada por el Contratista o de considerarlo pertinente, elaborando otra y Notificar al Contratista para que esta se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes. En tal sentido el plazo de la Entidad para pronunciarse corría desde el 24 de octubre del 2012 hasta el 22 de noviembre del 2012.

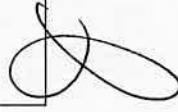
- Que, asimismo, la Entidad notificó al Contratista mediante correo electrónico la Resolución Directoral N° 1204-2008-MTC/21, estando en vigencia la Cláusula Cuarta, numeral 4.1 del Contrato N° 295-2012-MTC/ 21, donde se pacta cualquier notificación que tengan las partes bajo este contrato serán enviadas al Contratista a su domicilio de Jr. Aguirre N° 358, Chorrillos, y que las comunicaciones cursadas entre las partes, solo surtirán efecto "Cuando sean efectuadas por escrito, facsímile y correo electrónico" y "Cuando sean notificadas por vía notarial o Juez de Paz, en los lugares donde no haya notario. De ser el caso ambos dejaran constancia ante la negativa de recepción". De igual manera, según la Cláusula Trigésima Quinta del Contrato, numeral 36.3 "En caso que alguna de las partes cambiara de domicilio u omitiera aviso de dicho cambio, las comunicaciones cursadas al domicilio señalado en el párrafo precedente se tendrán por bien notificadas".
  
- Que, en consecuencia de ello, la Entidad concluye que el Contratista no puede solicitar desestimar la liquidación de la obra elaborada por

Provías Descentralizado la cual determina con Resolución Directoral N° 1204-2012-MTC/21 del 21 de noviembre del 2012 que el monto final es de S/. 1'699,559.34 Nuevos Soles, incluido el IGV, con un saldo a cargo del Contratista de S/.173,548.24 Nuevos Soles, incluido el IGV. Asimismo, que se apruebe una penalidad por el monto de S/. 123,699.52 Nuevos Soles incluido el IGV.

- Respecto, a la solicitud de la declaración de validez de la liquidación practicada por Provías Descentralizado mediante Resolución Directoral N° 1204-2012-MTC/21, la Entidad señala que esta es válida debido a que contiene los conceptos debidamente aprobados por el CONSORCIO, así como las deducciones establecidas. También Adjunta un mapa en el que se aprecia la divergencia entre las liquidaciones:

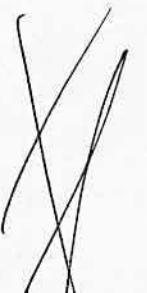
Ítem	Descripción	Monto según Entidad	Monto según Contratista	Observación
1	<b>Autorizado y pagado</b>			
1.1	<u>Autorizado</u> Contrato Principal Deductivo de Obra aprobado con R.D	1, 527,327.64  -99,126.51	1, 527, 327.64  -99,126.51	
1.2	Impuesto General a las Ventas Contrato Principal Deductivo de Obra	290,192.25  -18, 824.04  1,699,559.34	290,192.25  -18, 824.04  1,699,559.34	
2	Aprobado con R.D			
2.1	<b>Total autorizado según</b>	<b>1,427,900.96</b>	<b>1,376,195.34</b>	

2.2	<b>contrato</b>			
	Pagado	271,301.20	261,477.11	
	Contrato Principal	1,699,202.16	1,637,672.45	
3	Impuesto General a las			
3.1	Ventas	300.17	52,005.79	
3.2	Contrato Principal	57.01	9,881.10	
	<b>TOTAL PAGADO</b>	<b>357.18</b>	<b>61,886.89</b>	
4	<b>SALDO AUTORIZADO</b>			
4.1	<b>PAGADO</b>			
	Efectivo	305,465.52	363,504.00	
	IGV			
	<b>SALDO A FAVOR DEL</b>			
4.2	<b>CONTRATISTA</b>			
	<b>Adelanto y Amortizaciones</b>			
	Otorgado	0.00	0.00	
	Adelanto Directo			
5	Adelanto de Materiales			
5.1	Amortizado	-123,669.52	-169,955.93	Se descontó penalidad
	Adelanto Directo		1,527.33	No se incluyo
	Adelanto de Materiales			
	<b>SALDO A CARGO DEL</b>			
	<b>CONTRATISTA</b>			
	<b>Sanciones y otros</b>		614,972.31	No se presentó adicional.
	Multa por atraso	-50,235.90	160,291.20	Contratista no considero

	Deductivo por reducción	-173,905.42	603,780.24	
6	Mayores metrados	357.18	61,886.89	
	Mantenimiento de tránsito	0.00	0.00	
	Pago de Supervisión	-173,905.42	603,780.24	
		<hr/>		
		-173,548.24	665,667.13	
	<b>RESUMEN</b>			
	AUTORIZADO Y PAGADO			
	ADELANTO			
	SANCIONES Y OTROS			

- Que, las divergencias observadas en el cuadro anterior son las siguientes, a decir de la Entidad:

1. Monto pagado por el Contrato, sin incluir IGV (ítem 2.1 del cuadro comparativo de liquidaciones).
  2. IGV del concepto anterior, cuya diferencia únicamente radica en el monto señalado precedentemente, ya que es consecuencia de lo anterior.
  3. El saldo, que son la resta del ítem 1 y 2 del cuadro comparativo elaborado, por lo que el resultado depende de lo determinado en el ítem 2 del Cuadro 1.
  4. Multas por atraso y sanciones por pagos a la Supervisión (ítem 4 del cuadro)
  5. Todo ello daría el resumen contemplado en el ítem 6 del cuadro 1.
- 
- 

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

- Que, la Entidad menciona que en cuanto a lo señalado por el Consorcio respecto de que sus mayores costos no son obras adicionales sino parámetros de las partidas de movimientos de tierras y obras de arte, producto de un replanteo, sin embargo, esta no ha acreditado dicho replanteo solicitado y autorizado, por lo que, el respectivo argumento debe ser declarado infundado y / o improcedente.
- Que, para la Entidad su liquidación resulta válida ya que se ha considerado los metrados realmente ejecutados realizados por el Contratista, como se explica en la Resolución Directoral N° 1204-2012-MTC-/21, así como se consideró un Presupuesto Deductivo porque el contratista dejó de hacer partidas de Obras de Arte y pontones, por lo que, no correspondería pago por dicho concepto. Además, el Contratista pretende incluir un pago de mayores metrados que nunca solicitó y menos se le aprobó formalmente, así como el pago de mantenimiento de tránsito, siendo que dicha partida no existe en el expediente técnico y si la consideraba necesaria debió haberlo solicitado como adicional, solicitud que nunca fue presentada y, por lo tanto, no corresponde pagar al Contratista por un concepto que no se le pidió ni se le autorizó.
- Que, los atrasos considerados por la Entidad han sido válidamente considerados, siendo que más bien el Contratista ha omitido intencionalmente lo dictado mediante Laudo arbitral por el cual se le denegó las ampliaciones de plazo, por lo que la demora en la ejecución no responde a plazo contractual alguno sino a retrasos en la ejecución de obra, no obstante, el Consorcio pretende que se le reconozca este concepto en contra de la cosa juzgada.

## POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En primer lugar, para dilucidar la materia en controversia, este Tribunal debe reiterar que la liquidación final del contrato de obra: *"Consiste en 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. En ese sentido, el acto de liquidación tiene como propósito que se efectué 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 en el contrato"*<sup>(9)</sup>.

Dado ello, el procedimiento de liquidación de obra presupone que cada una de las prestaciones haya sido debidamente verificada por cada una de las partes, de manera que los sujetos contractuales hayan expresado de forma inequívoca su satisfacción o insatisfacción con la ejecución del contrato (dentro del plazo establecido por la Ley).

Al respecto, es de recordar que respecto del primer y séptimo puntos controvertidos, este Tribunal concluyó que ninguna de las liquidaciones efectuadas por las partes había quedado consentida.

Por ello, corresponde entonces que este Colegiado, atendiendo a los puntos controvertidos que son materia de análisis, determine cuál de las liquidaciones de obra (la practicada por Consorcio Vial del Sur o la practicada por Proviás Descentralizado) es correcta, siendo menester recordar que el Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 12, de fecha 21 de noviembre del 2013, consideró necesaria la actuación de medios probatorios de oficio y dispuso la realización

(9) Opinión N° 104-2009/DTN.

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

de una pericia que permita arribar a conclusiones jurídicas respaldadas por un soporte técnico especializado respecto de la materia controvertida.

En este estado, es importante destacar que conforme lo señala el profesor Jairo Parra:

*"El dictamen pericial es un medio prueba que consiste en la aportación de ciertos elementos técnicos, científicos o artísticos que la persona versada en la materia de que se trate, hace dilucidar la controversia, aporte que requiere de especiales conocimientos."*<sup>(10)</sup>

Por su parte, el profesor Rioja Bermúdez señala que:

*"La actividad a realizar del perito designado tiene por finalidad obtener certeza con relación a las afirmaciones respecto de los hechos alegados por las partes y por lo tanto consiste en la verificación de los hechos controvertidos en el proceso, por ello se señala que la actividad del perito no está destinada a la búsqueda de los hechos ni de fuentes de prueba, los peritos no investigan. Cualquier materia de especialización se encuentra sujeta a la realización de la revisión pericial."*<sup>(11)</sup>

Asimismo, Liebman refiere que la pericia:

*"tiene por finalidad de integrar los conocimientos del juez en los casos en los que para percibir o valorar una prueba son necesarios conocimientos técnicos de los cuales no está provisto. Cuando en un proceso se presentan problemas de tal naturaleza, el consultor técnico es llamado a*

(10) PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Ediciones Librería. Séptima Edicion.1997. PÀG. 180.

(11) RIOJA BERMÚDEZ, Alexander. El nuevo proceso civil. Editorial Adrus. Pág. 585.

CASO ARBITRAL: CONSORCIO VIAL DEL SUR vs PROVIAS DESCENTRALIZADO - MTC  
TRIBUNAL ARBITRAL:  
HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)  
CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES  
HUGO BAUER BUENO

*asistir al juez en su actividad con dictámenes o relaciones no vinculantes.”<sup>(12)</sup>*

Gómez Lara pronunciándose sobre la utilidad de una pericia sostiene:

*“La prueba pericial se hace necesaria en el proceso cuando en el proceso cuando para observar, para examinar el hecho que se trata de demostrar, se requieren conocimientos científicos, o bien, la experiencia de la práctica cotidiana de un arte o de un oficio. La prueba pericial es el medio de confirmación por el cual se rinden dictámenes acerca de la producción de un hecho y sus circunstancias conforme a la legalidad.”<sup>(13)</sup>*

Nuestros tribunales de justicia también han señalado que:

*“la norma procesal prescribe que la pericia procede cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere de conocimientos especiales de naturaleza científica, tecnológica, artística u otra análoga, esto significa que la función del perito es la de coadyuvar a la función del juez ilustrándolo en materias que dada su complejidad requieren de una ayuda especializada y que finalmente se reflejará en la sentencia”.<sup>(14)</sup>*

Llegado a este punto, es importante recordar que respecto de lo que se está analizando, el objeto de la Pericia ordenada en autos era el siguiente:

- ❖ *Si los cálculos efectuados en la liquidación de obra elaborada por el Consorcio Vial del Sur, remitida a la Entidad mediante Carta N° 101-2012, y notificada con fecha 23 de Octubre de 2012, con un saldo a favor*

(12) LIEBMAN, Túlio Enrico. Manual de derecho procesal civil. Ediciones jurídica EUROPA- AMERICA 1973. P 300.

(13) GÓMEZ LARA, Cipriano. Derecho Procesal civil. Editorial Trillas. México 1989 P. 104.

(14) CAS. N° 12- 2003- SULLANA, PUBLICADA EL 31 DE MARZO DE 2004, REVISTA PERUANA DE JURISPRUDENCIA, AÑO 6, N° 38, ABRIL 2004; PÁG. 259.

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

*del contratista ascendente a S/. 665,667.13 (seiscientos sesenta y cinco mil, seiscientos sesenta y siete con 13/100 nuevos soles) son correctos.*

- ❖ *Si los cálculos efectuados en la liquidación de obra elaborada por Proviás Descentralizado y aprobada mediante Resolución Directoral N° 1204-2012 MTC/21, de fecha 21 de noviembre del 2012, notificada a Consorcio Vial del Sur, con un saldo a su favor ascendente de 173,548.24 (Ciento setenta y tres mil quinientos cuarenta y ocho con 24/100 nuevos soles) son correctos.*
  
- ❖ *Asimismo de ser el caso, establecer el monto real que corresponda por tal concepto.*

Ante ello, este Tribunal debe pronunciarse respecto a las diferencias existentes entre las dos liquidaciones elaboradas por las partes, para luego llegar a esclarecer cual es la correcta, o de lo contrario pasar a fijar cuál es monto real para tal concepto, de modo que se dé el pago respectivo a la parte que le corresponda.

Dicho esto y acorde con lo señalado por la perito designada en autos en su dictamen pericial, los siguientes, son los conceptos respecto de los cuales existe controversia entre ambas liquidaciones:

1. *Cálculo del monto pagado al Consorcio, que provienen de las valorizaciones canceladas y las amortizaciones de adelanto directo, que en ambas liquidaciones no es factible identificar dado que no contaron con los sustentos respectivos.*
  
2. *Cuantía de la multa por atraso en la ejecución de la obra, la diferencia radica en que el CONSORCIO VIAL DE SUR considera como monto máximo el 10% sobre el monto del contrato vigente (contrato original menos deducción), en*

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

*tanto que la Entidad considera como monto máximo de penalidad al 10% sobre el monto original del contrato.*

3. *La Entidad incluye como uno de los importes cargados en la Liquidación, al pago por supervisión. No se verifica sustento.*
4. *El Consorcio por su parte incluye conceptos de metrados y mantenimiento de tránsito, que no son reconocidos por la Entidad.*

Pasaremos a desarrollar cada punto antes indicado:

#### CÁLCULO DEL MONTO PAGADO AL CONSORCIO

La diferencia referente a este punto, se basa en que Proviñas Descentralizado da un saldo a favor del contratista por el monto de S/. 357.18 y el Contratista da un saldo a su favor de S/. 61,886.89, sin embargo, estos montos resultantes de las valorizaciones canceladas y las amortizaciones de adelanto directo, no fueron factibles de identificar por la pericia de oficio dado que no contaron con los sustentos respectivos.

Por consiguiente, tal como lo señala la pericia de oficio se establece a favor del Contratista el monto de S/. 354.19 *incluido IGV*. Así, en su dictamen pericial, la perito designada en autos ha señalado:

*"A efecto de verificar los montos pagados y amortización de adelanto directo en cada una de las valorizaciones, se han revisado los informes de Valorización, las liquidaciones y comprobantes de pago, las facturas presentadas y mencionadas en las liquidaciones de pago, a continuación procederemos a calcular el saldo resultante correspondiente a las valorizaciones autorizadas y las amortizaciones efectuadas, dando como resultante un saldo a favor del contratista de S/. 354.19"*

*incluido IGV (se toma en consideración a este saldo el IGV del 18% sobre el costo directo del saldo a favor)"*

En este estado, debe señalarse que para el Derecho, la acreditación probatoria de las alegaciones es la actividad necesaria que implica demostrar la certeza de un hecho, su existencia o contenido según los medios establecidos por la ley. Así, la prueba recae sobre quien alega algo, ya que por principio probatorio se establece que quien alega debe probar la veracidad de aquello que afirma.

Como señala el profesor Canelo, "*Con la prueba se persigue la justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley*"<sup>(15)</sup>

Esto responde al denominado por la doctrina como **Onus Probandi**, (o carga de la prueba) que es una expresión latina del principio jurídico que señala quién está obligado a probar un determinado hecho ante los tribunales. El fundamento del **Onus Probandi**, radica en un viejo aforismo de derecho que expresa que "lo normal se presume, lo anormal se prueba".

Por tanto, quien invoca algo que rompe el estado de normalidad, debe probarlo (affirmanti incumbit probatio); es por ello que a quien afirma, incumbe la prueba.

Básicamente, lo que se quiere decir con este aforismo es que la carga o el trabajo de probar un enunciado debe recaer en aquel que rompe el estado de normalidad.

(15) CANELO RABANAL, Raúl. Comentario al artículo 188 del Código Procesal Civil en Código Procesal Civil Comentado por los mejores especialistas Tomo II. 1ra. Edición. Editorial Adrus, Arequipa, Junio 2010. p. 36.

Así las cosas, de los documentos presentados por el Contratista, no se logra acreditar que en efecto exista el saldo a su favor que pretende por el concepto que venimos analizando, toda vez que no obra en autos medio probatorio idóneo que permita acreditar lo alegado. Entonces, al existir insuficiencia probatoria, debe ratificarse el cálculo efectuado por la Entidad en este extremo.

A ello, debe añadirse el hecho que el Contratista no realizó observación alguna al dictamen pericial sobre este punto; tampoco lo hizo la Entidad en el plazo establecido, quedando entonces como cierta y convincente este extremo de la liquidación elaborada por la Perito.

### MULTA POR ATRASO EN LA EJECUCIÓN DE LA OBRA

Que, en la Cláusula Vigésimo Cuarta: Sanciones, se establece que el cálculo del monto máximo de la multa por retraso injustificado en la ejecución de la obra equivale al 10% del Monto Contractual.

#### Vigésimo Cuarta: Sanciones:

*24.3 En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato PROVIAS DESCENTRALIZADO le aplicará AL CONTRATISTA una penalidad por cada día de atraso hasta por un monto equivalente al 10% del monto contractual.*

De la misma manera, el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, aplicable al presente caso, en su artículo N° 222, señala respecto al caso de ejecución de obras el monto para el cálculo de penalidad por mora en la ejecución de la prestación máxima está referida al monto del contrato, sin precisar si se refiere al monto contractual vigente o si se refiere al monto contractual originario.

Artículo 222.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

*En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por cien (10%) del monto contractual o, de ser el caso, del ítem, tramo, etapa o lote que debió ejecutarse o de la prestación parcial en el caso de ejecución periódica. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento adicional por el monto diferencial de la propuesta.*

*En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo con la siguiente fórmula:*

$$\text{Penalidad diaria} = 0.10 \times \text{Monto}$$

$$F \times \text{Plazo en días}$$

*Donde F tendrá los siguientes valores:*

*- Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicio y ejecución de obras:  $F = 0.40$*

*- Para plazos mayores a sesenta (60) días:*

*\* Para bienes y servicios:  $F = 0.25$*

*\* Para obras:  $F = 0.15$*

*Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato, ítem, tramo, etapa o lote que debió ejecutarse o de la prestación parcial en el caso de contratos de ejecución periódica.*

*Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, la Entidad podrá resolver el contrato por incumplimiento. En el caso de ejecución de obras el monto está referido al monto del contrato vigente. (El resaltado es nuestro)*

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

En el presente caso, corresponde a este Colegiado dilucidar si el cálculo de dicha penalidad, que el propio Contratista reconoce que debe aplicársele (con la salvedad de que a su criterio la base de cálculo es una distinta a la empleada por la Entidad), debe realizarse tomando como base de cálculo el **monto contractual vigente o si se refiere al monto contractual originario.**

28/3

Sólo con fines ilustrativos, debe señalarse que esta ambigüedad que presenta el artículo 222º del Decreto Supremo N° 084-2004-PCM (Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado), fue superado por el artículo 165º del Decreto Supremo N° 184-2008-EF (Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado) que textualmente señala:

*"Artículo 165.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación*

*En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.*  
*(...)"*

○○

Como puede verse, la tendencia normativa posterior ha sido la de efectuar los cálculos para la aplicación de penalidad tomando como base el monto contractual vigente; sin embargo, para determinar si el espíritu de la regulación contenida en el artículo 222º del Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, debemos colocarnos en el supuesto *-absolutamente hipotético-* de un contrato cuyo monto contractual original se viera reducido en virtud de uno o diversos deductivos en un 90%, quedando como monto vigente del contrato el 10% del monto del contrato original; en ese caso, nos preguntaríamos ¿hasta dónde resultaría razonable que la penalidad se aplique tomando como base el monto contractual original?. Asumiendo que en dicho caso el monto contractual original fuera la base de cálculo para la aplicación de penalidades, podríamos llegar al absurdo

XX

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

que la penalidad tendría equivalencia con monto contractual vigente, lo cual resultaría a todas luces un despropósito que desincentiva la participación de los particulares en la contratación con el Estado<sup>(16)</sup>.

Ello, se ve respaldado por lo dispuesto por el artículo II del Título Preliminar de nuestro Código Civil que sanciona:

*"Artículo II.- Ejercicio abusivo del derecho*

*La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso."*

En ese sentido, este Colegiado debe velar porque en la Liquidación del Contrato de Obra no se incluyan conceptos que si bien podrían entenderse "legalmente interpretables", no sean más que la legalización del abuso de una parte respecto de la otra.

En consecuencia considerando que el contrato se vio reducido a S/. 1'699,559.34 (Un Millón Seiscientos Noventa y Nueve Mil Quinientos Cincuenta y Nueve con 34/100 Nuevos Soles), que es el resultante de la diferencia entre el monto original contratado de S/. 1'817,519.89 incluido IGV y el Presupuesto Deductivo N° 1 por el monto de S/. 117,960.55 incluido IGV, aprobado mediante

**(16)** En relación a ello, en la Opinión N° 077-2008/DOP, el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estadp (OSCE) precisa lo siguiente: "Al respecto, conforme lo establecido en el artículo 222º del Reglamento, en caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista, corresponde a la Entidad aplicarle una penalidad por cada día de atraso hasta por un máximo del diez por ciento (10%) del monto del contrato o, cuando corresponda, del ítem, tramo, etapa o lote que debió ejecutarse o de la prestación parcial "en el caso de contratos de ejecución periódica (...) De los citados artículos, se advierte que para efectos de aplicar la penalidad por mora en un contrato celebrado por el Estado constituye regla general, que el cálculo de dicha penalidad se realice considerando el plazo y monto total del contrato vigente (...)" (El resaltado y el subrayado es nuestro).

Resolución Directoral N° 1659-2009- MTC-21, de fecha 09 de septiembre del 2009, el cálculo expresado por Proviás Descentralizado por concepto de Multa de atraso es incorrecto.

Por consiguiente, el monto correcto de este concepto es tal como textualmente indica la PERICIA DE OFICIO:

*"el cálculo efectuado para la penalidad máxima ha tomado como base el Monto del Contrato vigente ascendente a S/. 1'699,559.34 dando como multa total, la suma de S/. 169,955. 93."*

### PAGO POR SUPERVISIÓN

Al respecto, en los documentos alcanzados para la realización de la pericia, no se había sustentado el origen del monto ascendente a la suma de S/. 50,235.90 por concepto de pagos a la supervisión, ante el retraso en la ejecución de la obra. Así, se ha encontrado como referencia la mención que se realiza con la Carta N° 006-2010 del Supervisor de Obra de fecha 03 de Marzo del 2010 y el Informe de Estado Situacional de la Obra, en el que da cuenta que se le viene adeudando un total de 174 días calendarios, cuantificados desde el 27 de Marzo de 2009 hasta el 17 de Septiembre de 2009, con un costo diario de S/. 456.69, monto que según se señala tendría que ser asumido por el Contratista.

De la revisión del informe pericial actuado en el presente proceso arbitral, encontramos que se señala que:

*"Si bien el contrato establece que en caso de atraso de finalización de la obra por causas imputables al CONSORCIO VIAL, y considerando que dicho atraso producirá una extensión de los servicios de la supervisión, lo que genera un mayor costo, que tendría que ser asumido por el*

*CONSORCIO VIAL de cuyo monto será equivalente de los servicios prestados; para tal efecto CONSORCIO VIAL debió firmar un Acta de reconocimiento de Pago, conjuntamente con PROVIAS y el SUPERVISOR, en la que se establezcan los servicios ofrecidos por el Supervisor y sus honorarios por el lapso del tiempo que se requieren hasta concluir la obra y la forma de deducción".<sup>(17)</sup>*

Sin embargo, lo que advierte este Colegiado es que en el presente caso dicha acta que refiere el contrato debiera haberse suscrito, no ha sido acompañada como recaudo probatorio de ninguno de los actuados, lo que hace presumir su inexistencia; tampoco se ha sustentado los gastos que tendría que asumir el Consorcio por el periodo de atraso de la obra, ni el contrato de supervisión. Si tomamos en consideración el costo diario señalado de S/. 456.69 y el costo aprobado por la Entidad ascendente a S/. 50.235.90, tendríamos que esta suma representa los gastos por 110 días de labores de supervisión. No obstante, de una verificación de los Asientos en Cuaderno de Obra, se ha identificado un total de 32 asientos del cuaderno de obra efectuados por la supervisión, desde la fecha de término contractual de la obra del 18 de abril de 2009, hasta el 17 de septiembre de 2009, fecha en la cual emite el Certificado de Finalización de la Obra.

Que, debe destacarse que las anotaciones no se efectuaron en forma diaria, lo que reflejaría que no hubo presencia continua del supervisor en obra; asimismo, se identifican puntualmente los días: 20 de abril de 2009, 20 de mayo de 2009 y 22 de junio de 2009 en los cuales se efectúa el traslado del supervisor a sus oficinas en Ancash y la Central de Lima; además, de un corte en el plazo de fecha 18 de julio de 2009 (Asiento 184), fecha de presentación de los metrados de la última valorización, hasta el 17 de setiembre de 2009 fecha en la cual el

(17) Informe Pericial de 03 de Julio del 2014.

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

Supervisor emite el Certificado de finalización de la Obra. Este certificado es emitido ante la solicitud del Consorcio de fecha 10 de setiembre de 2009, en el cual informa que con fecha 09 de septiembre del 2009 se aprobó el deductivo de la obra, con lo cual solicita la recepción final de la obra.

Por ello, este Colegiado concuerda con la posición del perito cuando señala:

*"En consecuencia al no haber sustentado el gasto diario de la Supervisión durante el periodo de desfase de la ejecución de la obra, toda vez que no se puede considerar el mismo valor que representa el equipo supervisor durante la ejecución normal de la obra, versus cuando se presenta situaciones de desfase en su ejecución, en las cuales no existe contraprestación, siendo práctica generalizada de disminuir el equipo supervisor a su mínima expresión y no siendo constante su presencia en obra, hecho que se corroboraría en las anotaciones intercaladas del cuaderno de obra. Siendo por tanto imposible verificar el monto aprobado en la liquidación de la obra por parte de la Entidad y que asciende a la suma de S/. 50,235.90."(18)*

Por tanto, los Gastos de Supervisión si bien es cierto deben ir considerados en la Liquidación de la Obra, no es menos cierto que de la documentación alcanzada para la realización de la pericia y demás documentos probatorios presentados a lo largo del presente proceso arbitral, no se sustentó el origen del monto ascendente a la suma de S/. 50,235.90, por concepto de pagos de supervisión, ante el retraso en la ejecución de obra.

Es importante precisar entonces que para efectuar reconocimientos al pago del Supervisor, se debe conocer con certeza la presencia en Obra y/o cumpliendo los trabajos que corresponden a una Supervisión de Obra. En tanto esto no

(18) Informe Pericial del 03 de Julio de 2014.

suceda, y contando como única información con los asientos del cuaderno de obra que muestra 32 días en obra y como costo diario S/. 456.69, se determinaría que el Contratista únicamente debe asumir por este concepto, el pago de la suma de S/. 14,614.08.

### MAYORES METRADOS

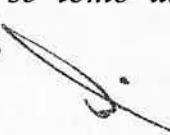
En el presente caso, si es factible considerar mayores metrados durante la vigencia del contrato, toda vez que en la cláusula Vigésima Quinta: Liquidación del Contrato, se señala:

*25.1 El contratista deberá proporcionar al Supervisor una liquidación detallada de acuerdo a la Directiva de la Supervisión vigente, con los montos que el Contratista considere que se le adeuden en virtud del contrato. En la liquidación administrativa del contrato, se dejará constancia de lo ejecutado, se determinarán los valores que haya recibido el contratista, aquellos quedarán por entregársele, los que deban serle deducidos o deba devolver, por cualquier concepto, aplicando los ajustes correspondientes. A este efecto, se procederá a las compensaciones a que hubiera lugar"*

Es por esto, que en este caso el Contratista sí dejó constancia de lo ejecutado en su planilla de metrados de la liquidación, las que pueden cotejarse con los planos post-construcción adjuntados en el proceso Arbitral.

El procedimiento para calcular los metrados correctos, según el INFORME PERICIAL fue el siguiente:

- 1. "Se elaboró planilla Excel para realizar el cálculo de volumen de Corte de terreno y relleno; para ello se tomó datos de cada una de las*



*progresivas establecidas en los Planos Post construcción: área de corte y área de relleno y la distancia entre progresivas.*

2. *Con la información obtenida se realizó contraste con los datos consignados en los metrados presentados por el Consorcio en su liquidación.*
3. *En vista que se ubicaron algunas diferencias entre los datos; se optó por tomar como base para el cálculo de los volúmenes de corte y relleno; los datos con menor valor de área de corte y relleno, ya sea que fuera obtenida de los planos pos construcción o las planillas de metrados.*
4. *Una vez identificado los valores de área de Corte y Relleno a usar, se procedió a calcular los volúmenes de relleno (Conformación de terraplenes).*
5. *Respecto a los valores de Conformación de terraplenes con excedente de Corte transportado; se tomó como base los resultados obtenidos de la Diferencia de Corte-Relleno; las progresivas que arrojan excedentes (valor superior de relleno) se compararon con los consignados en la planilla de liquidación, y sólo se consideraron los datos con menor valor, para la obtención de los metrados finales."*

Saliendo de este modo un monto de S/. 146,237.29 más un IGV de S/. 26,321.42, correspondientes a los mayores metrados ejecutados que serán considerados en la liquidación; es decir, que por este concepto, corresponde que al Consorcio le sea reconocida la suma de S/. 172,551.56.

Ahora bien, de autos aparece que Proviás Descentralizado formuló diversas observaciones al dictamen pericial presentado en autos, así tenemos que la primera de ellas está orientada a cuestionar la base de cálculo para la aplicación de la penalidad por atraso incurrido por el Contratista; sin embargo, en el presente caso, este Colegiado ha sustentado debidamente y de manera

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

detallada cuál debe ser el monto base a considerar para la determinación de la penalidad aplicable.

En relación a la segunda observación que realiza Provías Descentralizado está referida a la determinación del monto a pagarse por mayores costos de supervisión; sin embargo, tal como ha sido detallado al tratar dicho ítem, este Colegiado ha dejado claramente determinado que el reconocimiento de pago debe hacerse por las prestaciones efectivamente realizadas; lo contrario, importaría que se avale en sede arbitral el cobro abusivo de una parte respecto de la otra por prestaciones no ejecutadas, o más precisamente, no acreditadas.



Sin perjuicio de ello, debe señalarse que la perito concluyó en su dictamen pericial que:

*"contando como única información los asientos del cuaderno de obra que muestra 32 días en obra y como costo diario de S/. 456.69, se determinaría la suma de S/. 14,614.08, quedando a salvo la presencia de mayor información en el proceso arbitral."*(19)



En ese sentido, al momento de realizar las observaciones al dictamen pericial, Provías Descentralizado, si bien manifiesta su desacuerdo con las conclusiones de la perito, no se advierte que aporte elementos probatorios adicionales que permitan variar lo dictaminado inicialmente por la perito, con lo cual no puede asentirse tal observación.



Una tercera observación que realiza Provías Descentralizado al dictamen pericial está referida al pago de mayores metrados, advirtiendo este Colegiado que la observación radica en que Provías Descentralizado estaría pretendiendo



---

(19) Página 28 del informe pericial.

que las normas de contratación pública aplicables para la aprobación y ejecución de obras adicionales sean aplicadas a la aprobación y ejecución de mayores metrados.

En relación a esta observación, este Colegiado debe precisar que en el presente caso, ambas partes concluyen en la existencia de mayores metrados y no de obras adicionales (en lo que se refiere al extremo analizado); en ese sentido, correspondería determinar si en efecto, como señala Provías Descentralizado, la aprobación y ejecución de mayores metrados se debe seguir el procedimiento regulado para la aprobación y ejecución de obras adicionales.

Al respecto, debe indicarse que la aprobación y ejecución de obras adicionales se encuentra regulada por los artículos 231°, 265° y 266° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, norma que si bien señala las restricciones que ha señalado Provías Descentralizado, no resulta aplicable a la aprobación y ejecución de mayores metrados, toda vez que estos se encuentran regulados por lo dispuesto en el artículo 255° del citado reglamento, norma que para este caso concreto no establece las restricciones que alude Provías Descentralizado y contrariamente a ello señala que en las obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios (como es el caso del contrato que motiva el presente arbitraje) se valorizará hasta el total de los metrados realmente ejecutados. Debe añadirse que la cantidad de metrados ejecutados no ha sido cuestionada<sup>(20)</sup>, por lo que este Colegiado debe ratificar las conclusiones de la perito en este extremo.

Dado ello, se concluye que los cálculos efectuados en la liquidación de obra elaborada por CONSORCIO VIAL DEL SUR, remitida a la ENTIDAD mediante Carta N° 101-2012, notificada a la misma con fecha 23 de Octubre de 2012, con

(20) Véase escrito presentado por Provías Descentralizado con fecha 11 de noviembre del 2014.

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

un saldo a su favor de S/. 665,667.13 (seiscientos sesenta y cinco mil seiscientos sesenta y siete con 13/100 Nuevos Soles) no son correctos en la medida que el saldo a favor del Contratista que arrojaría la liquidación final de obra, sería menor al pretendido por dicha parte.

Asimismo, los cálculos efectuados en la liquidación de obra elaborada por PROVIAS DESCENTRALIZADO y aprobada mediante Resolución Directoral Nº 1204-2012-MTC/21, de fecha 21 de noviembre del 2012, notificada a CONSORCIO VIAL DEL SUR, con un saldo a su favor de S/. 173,548.24 (Ciento setenta y tres mil quinientos cuarenta y ocho con 24/100 nuevos soles) no son correctos en la medida que la liquidación final de obra arroja un saldo a favor del Contratista, pues se ha determinado un saldo a favor de éste de S/. 47,358.30 (Cuarenta y Siete Mil Trescientos Cincuenta y Ocho con 30/100 Nuevos Soles) incluido IGV.

Por lo expuesto, y habiendo efectuado convicción la pericia realizada de oficio, este Tribunal Arbitral concluye que los cálculos efectuados por las partes del presente arbitraje en sus respectivas liquidaciones no son correctos, por tanto debe declararse FUNDADO EN PARTE el segundo punto controvertido; en consecuencia, declarar la validez de la liquidación del Contrato de Obra Nº 295-2008-MTC/21 presentada por Consorcio Vial del Sur, con una saldo a su favor de S/. 47,358.30 (Cuarenta y Siete Mil Trescientos Cincuenta y Ocho con 30/100 Nuevos Soles) incluido IGV.

Asimismo, debe declararse FUNDADO EN PARTE el tercer punto controvertido; en consecuencia, ordenarse que Proviás Descentralizado pague a favor del Consorcio Vial del Sur de la suma de S/. 47,358.30 (Cuarenta y Siete Mil Trescientos Cincuenta y Ocho con 30/100 Nuevos Soles) incluido IGV, conforme a la referida liquidación.

Del mismo modo, debe declararse INFUNDADO el noveno punto controvertido; en consecuencia, inválida la liquidación final del Contrato de Obra N° 295-2008-MTC/21 practicada por Provías Descentralizado mediante Resolución Directoral N° 1204-2012-MTC/21.

Finalmente, debe declararse INFUNDADO el décimo punto controvertido; en consecuencia, no corresponde ordenar que el Consorcio Vial del Sur pague a favor de Provías Descentralizado la suma de S/. 173,548.24 (Ciento Setenta y Tres Mil Quinientos Cuarenta y Ocho y 24/100 Nuevos Soles) incluido IGV, más los intereses correspondientes, por concepto de saldo de liquidación de obra.

### **2.3 CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO**

*Determinar si corresponde o no, declarar la nulidad de la Resolución Directoral N° 1204-2012- MTC/21 de fecha 21 de noviembre de 2012 por lo cual Provías Descentralizado aprobó su propia liquidación de contrato.*

#### **Posición del Demandante:**

- Que, a decir del Contratista, PROVIAS DESCENTRALIZADO ha elaborado su propia liquidación de contrato de obra, la misma que deviene en nula al declararse la validez de la liquidación elaborada por nuestra parte.
- Que, dentro de los considerandos de la Resolución Directoral en comentario se señala que no procede la liquidación presentada por parte del Consorcio por lo siguiente:

*"e) Asimismo, el contratista en forma indebida entre otros, solicita se apruebe la liquidación final de obra con un Presupuesto Adicional (Mayores Metrados) por S/. 614,972.31, incluido el IGV, y un Presupuesto Adicional (Mantenimiento) de S/. 160,291.20, incluido IGV; toda vez que en forma ilegal transgrede el numeral 3.3.7 acápite a) parte final de la Directiva de Supervisión Nº 003-2005-MTC/21, según la cual: "(...) No se aprobarán adicionales en las liquidaciones finales de los contratos de obra".*

- Que, este sustento, conforme señala el Consorcio, es nulo, pues los conceptos y montos antes citados, no corresponden a obras adicionales sino a parámetros de partidas comprendidas en el Expediente Técnico y que incluso estuvieron erróneamente calculados, esto es, se trata de conceptos y montos que corresponden a mayores metrados, por lo que, no resulta aplicable al presente caso la Directiva de Supervisión Nº 003-2005-MTC/21 a la que se refiere la Resolución Directoral Nº 1204-2012-MTC/21.
- Que, asimismo, la penalidad que pretende imputar la demandada ha sido calculada en base al monto inicial del contrato, sin considerar que hubo un deductivo, por lo que, la base de cálculo de esta penalidad es inexacta, razón por la cual, deviene en nula.
- Que, por otro lado, en la liquidación elaborada por la Entidad se imputa que el Contratista, debía efectuar un pago por Supervisión, sin embargo, la Entidad no ha sustentado como es que ha efectuado el cálculo de dicho monto, ni siquiera ha acreditado hasta cuando estuvo presente la Supervisión en obra, por tanto, resulta improcedente el cobro de dicho concepto. De esta manera, queda acreditada que la Liquidación

elaborada por la Entidad es defectuosa, por lo que, deberá declararse la nulidad de la misma.

**Posición del Demandado:**

- Que, la Entidad expresa en su escrito de contestación de demanda que no resulta procedente el pedido hecho por el Contratista, por cuanto la Resolución Directoral N° 1204- 2012-MTC/21 fue notificada por vía notarial al Contratista, cumpliéndose con todo el procedimiento estipulado en el contrato de obra N° 295-2012- MTC/21, Cláusula Vigésima Quinta: Liquidación del Contrato.

**POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:**

Sobre si corresponde o no declarar la nulidad de la Resolución Directoral N° 1204- 2012- MTC/21 de fecha 21 de noviembre de 2012 por la cual Proviás Descentralizado aprobó su propia liquidación de contrato, esta se encuentra enmarcado dentro de los alcances previstos por el artículo 269º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones con el Estado y del Contrato de Obra para no dejar consentir la Liquidación Final del Contrato de Obra presentada por el Consorcio Vial del Sur, habiéndose comunicado al Contratista dentro de los plazos establecidos legal y contractualmente.

Como ya se dijo anteriormente, las notificaciones personales surtirán efecto desde el día que hubieren sido realizadas. Notificar, latu sensu, supone dar a conocer algo, comunicar un hecho o una noticia, así para la Real Académica de la Lengua Española, el acto de notificar consiste en "*Comunicar formalmente a su destinatario una resolución administrativa o judicial*".

Las notificaciones son actos de comunicación procesal, entendidos estos como “aquellos que sirven para transmitir las órdenes y las decisiones del juez a las partes o terceros y otras autoridades”<sup>(21)</sup>, relacionadas con el proceso o previas a éste.

Este acto de notificación sirve para “poner en conocimiento de los interesados el contenido de los actos emitidos por el Juez mediante resoluciones judiciales”.<sup>(22)</sup>

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

Adiciona el destacado jurista peruano Rioja Bermúdez que “*Es en base al principio de contradicción o bilateralidad que se exige que todo acto efectuado al interior del proceso sea puesto en conocimiento de la contraparte, lo que se vincula con el derecho de defensa y el principio de publicidad, garantía de la administración de justicia.*”<sup>(23)</sup>

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

(21) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General del Proceso T. II.* Artes Gráficas, Bs. Aires: Febrero 1985. p. 617.

(22) RIOJA BERMÚDEZ, Alexander. *El Proceso Civil.* Editorial ADRUS, Arequipa, Marzo: 2009. p. 168.

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

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

Pues bien, teniendo a vista todo lo expuesto, tenemos por un lado que en el contenido de la Resolución Directoral N° 1204-2012-MTC/21, se acompaña una nueva liquidación de obra; por lo que, dicha Resolución Directoral se encuentra enmarcada dentro de los alcances y plazos previstos por el artículo 269º del RLCAE.

En el presente caso, la Resolución Directoral N° 1204-2012-MTC/21 si bien es cierto cumple con el procedimiento y plazos establecidos en el Art 269º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones con el Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, su objeto o contenido no es posible física y jurídicamente, pues al haberse declarado inválida la liquidación final de obra que lo contenía (ello al analizar el noveno punto controvertido), no cumple con los requisitos necesarios para su validez; por lo que, debe declararse nula.

Por consiguiente, este Tribunal concluye que debe declararse FUNDADO el cuarto punto controvertido, por el cual se pide declarar la nulidad de la Resolución Directoral N° 1204-2012-MTC/21 de fecha 21 de noviembre de 2012 por lo cual Provías Descentralizado aprobó su propia liquidación de contrato.

#### **2.4 QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO**

*Determinar si corresponde o no, ordenar a Provías Descentralizado la devolución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento entregada por el Consorcio Vial del Sur.*

##### **Posición del Demandante:**

- Que, conforme la cláusula décimo tercera del Contrato, el Consorcio presenta Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 0011-0356- 9800011853-

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

33 emitida por el BBVA BANCO CONTINENTAL por la suma de S/. 181,752.00 (Ciento Ochenta y Un Mil Setecientos Cincuenta y Dos con 00/100 Nuevos Soles) la misma que la Entidad mantiene vigente hasta la fecha.

- Que, al respecto, la cláusula vigésimo sexta establece que dicha garantía será devuelta cuando la liquidación final de contrato haya quedado consentida.
- Que, en tal sentido, a resultas del presente proceso arbitral, solicitan que conjuntamente con la declaración de consentimiento de la liquidación final de obra realizada por el Consorcio, se ordene a la Entidad que proceda a la devolución de la garantía de fiel cumplimiento.

#### Posición del Demandado:

- Que, lo planteado por la Entidad, expresa que de acuerdo a la cláusula Décima Tercera del Contrato de Obra La Garantía de Fiel Cumplimiento servirá para garantizar el cumplimiento de los plazos de ejecución de obra, en tal sentido la presente obra no fue concluida por lo tanto no resulta procedente devolver la Carta Fianza.
- Que, a decir de la Entidad el Contratista pretende que se le devuelva la Carta Fianza cuando de acuerdo a la Resolución Directoral N° 1204-2012-MTC/21 del 21 de noviembre del 2012 que aprueba la Liquidación Final de la Obra, en el Artículo 1º indica que el monto de la inversión final es de S/. 1'699,559.34 Nuevos Soles, incluido el IGV, con un saldo a cargo del Contratista de S/. 173,548.24 Nuevos Soles, incluido el IGV. Asimismo, que se apruebe una penalidad por el monto de S/. 123,699.52

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

Nuevos Soles incluido el IGV. En consecuencia, la carta fianza constituye la garantía para el recupero de la Entidad.

- Que, por otro lado en el último párrafo de la cuarta hoja de la Resolución Directoral N° 1204-2012-MTC/21, señala que en el numeral 3.4.3, e) Liquidación Económica de la Obra de la Directiva de Supervisión N° 003-2005- MTC/21 y según Cláusula Vigésima Sexta, numeral 26.1 acápite 26.1.2 del Contrato N° 295-2008-MTC/21, para que proceda la devolución de garantías, el Contratista debe cumplir previamente con presentar la siguiente documentación. El Certificado de No Adeudos de SENCICO y del alcalde distrital o de las autoridades locales de la zona, planos post- construcción y de ubicación, planilla de metrado de presupuesto deductivo, certificado de terminación de obra, certificado de rotura de probetas, porque la Unidad Gerencial de Administración autorizará retener la carta fianza de fiel cumplimiento hasta que el contratista cumpla con presentar la citada de documentación.
- Que, en consecuencia no procede la devolución de la Carta Fianza N° 0011- 0356- 9800011853-33, vigente hasta el 18 de Agosto del 2013 por el monto de S/. 181, 752.00 Nuevos Soles incluido el IGV, porque cubre el Saldo en Contra del Contratista por el monto de S/. 173, 548.24 Nuevos Soles, toda vez que la Entidad no puede perjudicarse.

#### POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

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

*"Artículo 215.- Garantía de Fiel Cumplimiento*

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

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

22/3

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

22/3

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

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

*"Artículo 1868º.- Definición*

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

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

X X

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

*"Es una convención expresa de garantía personal en virtud de la cual un tercero, ajeno al negocio principal garantizado, se compromete a responder, subsidiaria o solidariamente, del cumplimiento ante el acreedor, en lugar del deudor, que es el obligado principal, para el caso en que éste no cumpla. El contrato de fianza es básicamente gratuito y consensual, pues se perfecciona por la simple manifestación de voluntad del fiador aceptada por el acreedor, ya lo quiera y lo conozca el deudor, o incluso aunque lo ignore."*<sup>(24)</sup> (Énfasis agregado)

Como señala Castillo:

*"La fianza, en general, es un contrato por el cual un tercero toma sobre sí la obligación ajena, para el caso de que no la cumpla el que la contrajo. La fianza es un contrato. En la práctica, se formaliza con la sola firma del fiador y no contiene la firma del acreedor. Por ello, alguna doctrina sostiene que la fianza es un acto unilateral, por cuanto el fiador queda obligado, aun antes de la aceptación por el acreedor. Tal postura es inadmisible en nuestro derecho comercial, que lo categoriza como contrato. La fianza es un contrato accesorio. No puede existir sin un contrato principal, cuyas obligaciones garantiza. La fianza puede ser comercial o civil."*<sup>(25)</sup> (Énfasis agregado)

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

(24) SALVAT, Raymundo M.; Tratado de Derecho Civil Argentino. Buenos Aires: La Ley, S.A; 1946.

(25) CASTILLO, Jorge Luis. Curso de Derecho Comercial. EDITORIAL JURISTAS-MADRID. PÀG. 231 Tomo II, Contratos varios.

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

*"Artículo 270.- Efectos de la liquidación*

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

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

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

**"VIGÉSIMA SEXTA: DEVOLUCIÓN DE GARANTIAS**

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

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

*Que de no cumplir EL CONTRATISTA con presentar los documentos requeridos en la liquidación final de obra, entre otros, pruebas de laboratorio del material afirmado y Prueba de Rotura de Concreto, Planilla de Metrados Finales, Planos Post Construcción se ejecutará la Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato.*

Resulta entonces pertinente precisar que de autos se advierte que el objeto del contrato celebrado entre las partes, a la fecha se encuentra totalmente concluido, por lo que el propósito de mantener una carta fianza (nueva o renovación) que garantice el fiel cumplimiento de las obligaciones del Contratista vería

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

distorsionada su naturaleza, toda vez que no encontraría obligación que garantizar.

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

Ahora bien, en el presente caso se advierte que el Consorcio Vial del Sur cumplió con ejecutar la obra por la cual se le contrató, existiendo una obligación de pago a cargo de la Entidad, por lo que, no existen razones para que la carta fianza se siga renovando por un periodo adicional. La Entidad señala que además debe darse cumplimiento a las exigencias previstas en la cláusula vigésimo sexta que establece entre otras cosas que el Contratista:

- Haya entregado la Memoria Descriptiva valorizada,
- No cuente con adeudos a ESSALUD,
- No tenga reclamos por falta de pagos al personal en el Ministerio de Trabajo y,
- Cuente con los Planos de Post Construcción.

En relación a la primera y cuarta exigencia, debe precisarse que éstas se cumplen con la sola aprobación de la liquidación final del Contrato de Obra N° 295-2008-MTC/21, toda vez que los mismos forman parte de ella. Asimismo, en relación a la segunda y tercera exigencia, se tiene que de autos no se aprecia evidencia probatoria de que el Contratista cuente con adeudo alguno a ESSALUD o con reclamos por falta de pagos a su personal en el Ministerio de Trabajo, por lo cual, ante la insuficiencia probatoria de la existencia de tales

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

supuestos, debe ampararse el pedido de devolución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento. Así, debe ratificarse que la sola exigencia de cualquier requisito que resulte consustancial a la eventual aprobación de la liquidación final del Contrato de Obra N° 295-2008-MTC/21, debe tenerse por cumplido con la sola aprobación de ésta. Tan cierto es que *-en el supuesto-* de no haber cumplido el Contratista con presentar la documentación y cumplir los requisitos que exige la vigésimo sexta cláusula del Contrato, no hubiera sido razonable que la Entidad Resolución Directoral N° 1204-2012-MTC/21 sin hacer mención al respecto.



En adición a ello, el Artículo 270º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado anteriormente citado, es categórico al señalar que aprobada la liquidación culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación, por lo que, en el estado actual del contrato celebrado entre las partes, resultaría incongruente que éste continúe renovando la carta fianza otorgada, dado que el artículo 215º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece que ésta debe renovarse únicamente hasta la aprobación o consentimiento de la liquidación final del contrato de obra, lo que viene ocurriendo en el presente caso.



En este orden de ideas, resulta razonable que la Entidad proceda a efectuar la devolución de la misma al Contratista al haberse extinguido la finalidad que perseguía la referida garantía, más aún, si la norma de contrataciones y adquisiciones del Estado aplicable al presente caso, así lo ordena.



En consecuencia, debe declararse FUNDADO el quinto punto controvertido, por lo que, se ordena a Proviás Descentralizado la devolución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento entregada por el Consorcio Vial del Sur.



## 2.5 SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

*Determinar si corresponde o no, ordenar a Proviás Descentralizado que pague a favor del Consorcio Vial del Sur una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, que comprende el daño causado por tener que mantener vigente la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento de contrato por responsabilidad de Proviás Descentralizado y que se continuarán devengando hasta la culminación del proceso y el consentimiento del laudo arbitral.*

*BVB*

### Posición de la Demandante:

- El artículo 215º del Reglamento establece:

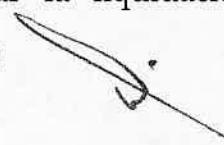
#### *Artículo 215.- Garantía de Fiel Cumplimiento*

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

*J*

*X X*

- Que, es por ello que el Contratista asegura que en el presente caso, hasta que el Tribunal Arbitral declare el consentimiento de la liquidación final de obra, estarán obligados a continuar con la renovación de la carta fianza y por ende, asumiendo el costo por su renovación. Este costo que tendrán que seguir asumiendo es por entera responsabilidad de la Entidad que se negó a aprobar la liquidación presentada por el



Contratista. De esta manera ha quedado acreditado que dicha decisión de la Entidad es arbitraria y por tanto equiparable al proceder antijurídico que sustenta la responsabilidad contractual.

- Que, asimismo, el gasto que el Consorcio tendrá que asumir manteniendo vigente la carta fianza equivale al daño, estando ampliamente acreditado con la presente demanda el factor de conexión entre conducta antijurídica y daño causado, por tanto, conforme el artículo 1321º estamos en un supuesto de responsabilidad contractual, y corresponde que se declare nuestro derecho a ser indemnizados por el daño emergente representado por los gastos de renovación de carta fianza.

Posición de la Demandada:

- Que, no se puede pagar ningún daño y perjuicio al Contratista por mantener la Carta Fianza toda vez que el Consorcio Vial del Sur tiene un saldo en contra por el monto de S/. 173,548.24 Nuevos Soles, siendo la Carta Fianza garantía para que la Entidad recupere lo que el Contratista dejó de ejecutar en base al expediente técnico (partidas de obra y pontones). Por lo que corresponde indicar que el Contratista debe mantener vigente la carta fianza hasta el tiempo que dure el proceso arbitral, lo que es de su entero conocimiento ya que así lo estipula la normativa del arbitraje.

POSICION DEL TRIBUNAL ARBITRAL

La *Responsabilidad Civil*, así como todas las fuentes de las obligaciones, pueden tener dos orígenes inmediatos: contractual o extracontractual. Si bien es cierto

que las fuentes de las obligaciones en ambos casos son diferentes, de realidades diversas y de perspectivas diversas, no es menos cierto que la teoría de la responsabilidad es una sola y que la finalidad en ambos casos es obtener la reparación económica de los daños que han sido efectivamente causados por un agente determinado.

Así, los elementos que configuran tanto la responsabilidad extracontractual como la responsabilidad contractual, tienen rasgos similares, tomando en cuenta que ambas figuras de responsabilidad civil suponen la búsqueda de la reparación de los daños irrogados en razón de una conducta inadecuada o ilícita que produce este efecto dañoso. Así pues, los elementos que configuran la responsabilidad son: (i) la imputabilidad; (ii) la ilicitud o antijuricidad; (iii) el factor de atribución; (iv) el nexo causal; y (v) el daño.

En relación al elemento (i), esto es "la imputabilidad", el mismo está referido a la capacidad de un determinado sujeto, persona natural o jurídica, de poder ser responsable o imputable del daño que ocasiona; es decir, en este elemento se toma en cuenta la capacidad de la persona (jurídica en este caso) de poder responder ante el daño que se le imputa y por el que se pretende que responda, puesto que, independientemente de que causare o no un daño, si es que dicha persona por su capacidad no le es atribuible el resarcimiento, entonces no merece que se prosiga con el análisis de los demás elementos antes indicados.

Entonces cabe preguntarnos, en este caso ¿Provías Descentralizado es una persona jurídica cuya condición, según lo establecido en el Código Civil, sea el de una persona jurídica incapaz?; la respuesta es no, es decir, en el supuesto de haberse configurado un daño, podría imputársele a Provías Descentralizado, por lo que, el primer elemento configurativo de la *Responsabilidad Civil* se cumple.

En relación al elemento signado con el punto (ii), esto es la licitud o antijuricidad, Lizardo Taboada<sup>(26)</sup> señala lo siguiente:

*"Modernamente existe acuerdo en que la antijuricidad, o mejor dicho, que una conducta es antijurídica no sólo cuando contraviene un norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico (...)"*

Entonces, el comportamiento dañoso generador de responsabilidad civil constituye un hecho antijurídico, entendiendo este último concepto como la contravención del ordenamiento jurídico que lesionan sin causa justificada la esfera jurídica ajena (o también denominado antijuricidad). Sin embargo, como se puede deducir, no todo hecho antijurídico genera la imputación de responsabilidad civil, pues existen el caso fortuito o la fuerza mayor, que son causas eximentes de responsabilidad, conforme a lo establecido en el artículo 1972º del Código Civil.

En el presente caso, el daño alegado por el contratista (el cual analizaremos a cabalidad más adelante) no deviene de una conducta antijurídica o acto dañoso, pues la renovación y vigencia de la Carta Fianza hecha por el Contratista hasta el consentimiento de la liquidación final o la aprobación de esta, es una obligación que tiene la parte y que proviene de un norma dispositiva establecida en la Ley y el Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, lo que permitiría eximir de responsabilidad a Proviás Descentralizado.

Asimismo, el artículo 1971º del Código Civil señala las causales de exoneración de la *Responsabilidad Civil*, establece lo siguiente:

(26) TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Editora Jurídica Grijley. 2ª Ed., p32.

**"Artículo 1971º.- Inexistencia de Responsabilidad:**

No hay responsabilidad en los siguientes casos:

1. **En el ejercicio regular de un derecho.**
2. ***En legítima defensa de la propia persona o de otra en salvaguarda de un bien propio o ajeno.***
3. ***En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro."***

Al respecto, habiendo ya analizado el elemento denominado "antijuricidad", no producido por Proviás Descentralizado, persona jurídica con capacidad plena para atribuirle la consecuencia derivada de su hecho dañoso, sería posible que dicha parte se eximiese de responsabilidad si es que su actuar se encuentra en uno de los tres (3) casos señalados por el citado artículo 1971º; es así que el acto realizado por la Entidad se encuentra inmerso en una de las tres (3) causales descritas, siendo esta la causal "**en el ejercicio regular de un derecho**" amparándose en el Artículo 215º del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, D.S 084-2004-PCM, que versa sobre la OBLIGACIÓN DE RENOVACIÓN de la Carta Fianza de fiel cumplimiento, por lo que, es posible, hasta ahora, eximirlo de un posible daño causado.

**Artículo 215.- Garantía de Fiel Cumplimiento**

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

*el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras.* (Subrayado agregado)

En relación al elemento (iii), el factor de atribución, es el elemento que nos va a indicar en función a qué es responsable, en este caso, la Entidad, y sobre el particular debemos analizar si nos encontramos ante una factor de atribución objetivo o subjetivo.

Al respecto, atendiendo a lo que la doctrina señala en base a cada uno de los elementos precitados, es claro que no nos encontramos frente a un supuesto de responsabilidad objetiva, por lo que, el mencionado factor de atribución debe estar provisto de atributos subjetivos o intencionales, tales como el dolo o la culpa.

Atendiendo a lo antes indicado, el Tribunal Arbitral considera que el actuar de la Entidad, tal cual se ha indicado, no configura un actuar doloso de dicha parte, pues siendo el objeto del proceso arbitral determinar que liquidación obedecía al cálculo correcto, es seguro pensar que Proviás Descentralizado no conocía cual sería el resultado de este proceso arbitral, tanto es así que dicho resultado no le favorece ni a la parte demandada ni a la parte demandante; pues el cálculo realizado por ambas partes de la liquidación final de obra, eran incorrectas, en tal sentido, este elemento configurativo de la *Responsabilidad Civil* no está acreditado.

En relación al punto (iv), o nexo causal, Lizardo Taboada<sup>(27)</sup> Córdova señala lo siguiente:

(27) TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Editora Jurídica Grijley. 2<sup>a</sup> Ed., p35.

*"En lo relativo a la relación de causalidad, la misma es un requisito de toda responsabilidad civil, pues si no existe una relación jurídica de causa efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, no habrá responsabilidad de ninguna clase"*

Asimismo, el artículo 1321º del Código Civil señala:

*"Artículo 1321º.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.*  
*(...)."*

En otros términos, para que la responsabilidad civil proceda, deberá existir un nexo causal entre el hecho del incumplimiento y el daño producido; es decir, y a diferencia de lo establecido en el artículo 1985º del Código Civil (que regula la causa adecuada), para cuestiones de inejecución de obligaciones el precitado artículo 1321º regula la denominada causa próxima.

En este caso en concreto y de lo desarrollado hasta este punto, siendo que el "supuesto" daño alegado se produjo a partir de la no devolución de la Carta Fianza, se concluye que el actuar de Proviñas Descentralizado no fue la causa directa de la producción del supuesto daño alegado por el Contratista, esto es, no fue la causa inmediata y directa de la producción del mismo.

Por último, en relación al punto (v), es decir en relación al daño, debemos precisar que la determinación del mismo tiene diversas acepciones. En efecto, Guillermo Cabanellas<sup>28</sup> lo define como *"el detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda o persona. El daño puede causarse por dolo o malicia, por culpa o por caso fortuito"*.

---

(28) CABANELAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. 1ª Ed. Editora Atalaya, p. 152



En el mismo sentido, Ferri<sup>(29)</sup> precisa aún más el concepto, al establecer que:

DJB

*"(...) el daño no puede ser entendido como la lesión de un interés protegido, por cuanto ello resulta equívoco y substancialmente impreciso. El daño más bien incide en las consecuencias, aquellos efectos negativos que derivan de la lesión del interés protegido (...)".* (Subrayado y sombreado nuestro).

Podemos concluir entonces que el daño se genera por los actos ilícitos o antijurídicos que sobrepasan los límites de sus propios derechos, avasallando los de los demás y por las consecuencias que ellos producen en la esfera del afectado. A estos actos debemos denominarlos como comportamiento dañoso.

Cabe precisar que la prueba de los daños y perjuicios corresponden al que manifiesta haber sido perjudicado, de conformidad con lo establecido en el artículo 1333º del Código Civil, es decir, corresponde al demandante en este caso Vial del Sur acreditar que efectivamente el actuar de la Entidad le produjo un daño conforme a lo alegado en su pretensión.

En este estado, conviene recordar que para el Derecho, la acreditación probatoria de las alegaciones es la actividad necesaria que implica demostrar la certeza de un hecho, su existencia o contenido según los medios establecidos por la ley. Así, la prueba recae sobre quien alega algo, ya que por principio probatorio se establece que quien alega debe probar la veracidad de aquello que afirma.

Como señala el profesor Canelo, "Con la prueba se persigue la justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley"<sup>(30)</sup>

---

(29) FERRI, G.B. Citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *El Tratamiento de los Derechos de la Persona en el Código Civil Peruano de 1984*. 2ª Ed., p. 273.

Esto responde al denominado por la doctrina como **Onus Probandi**, (o carga de la prueba) que es una expresión latina del principio jurídico que señala quién está obligado a probar un determinado hecho ante los tribunales. El fundamento del **Onus Probandi**, radica en un viejo aforismo de derecho que expresa que "lo normal se presume, lo anormal se prueba".

Por tanto, quien invoca algo que rompe el estado de normalidad, debe probarlo (affirmanti incumbit probatio); es por ello que a quien afirma, incumbe la prueba.

Básicamente, lo que se quiere decir con este aforismo es que la carga o el trabajo de probar un enunciado debe recaer en aquel que rompe el estado de normalidad.

Teniendo en cuenta ello, de la revisión de los autos, el Tribunal Arbitral no advierte la existencia de medio probatorio alguno que acredite que en efecto se han producido los daños alegados por el Contratista, haciendo presente que el supuesto daño alegado por el Contratista en relación al mantenimiento de la vigencia de la carta fianza, esto constituye una condición contractual de carácter legal, por lo que no podría entenderse tal cuestión como una situación dañosa.

En este sentido, este Tribunal Arbitral estima pertinente, declarar INFUNDADO el punto controvertido materia de análisis; en consecuencia, establecer que no existe obligación de la Entidad demandada de resarcir daño alguno por los conceptos demandados al Contratista demandante.

---

(30) CANELO RABANAL, Raúl. Comentario al artículo 188 del Código Procesal Civil en Código Procesal Civil Comentado por los mejores especialistas Tomo II. 1ra. Edición. Editorial Adrus, Arequipa, Junio 2010. p. 36.

**PUNTO CONTROVERTIDO COMÚN:**

**2.6 DÉCIMO PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO**

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

**Posición del Demandante**

- Que, el Contratista señala que el Tribunal Arbitral al declarar fundada la presente demanda arbitral, deberá disponer que la demandada asuma el pago de las costas, costos y gastos arbitrales generados con la tramitación de este expediente, pues ha sido el arbitrario cálculo de la liquidación del contrato de obra, lo que nos ha obligado a acudir a la vía arbitral a fin de hacer valer nuestros derechos. De esta manera y siendo que es el negligente proceder de la Entidad lo que ha determinado el inicio de este arbitraje, solicitamos al Tribunal Arbitral que en su oportunidad, disponga el reintegro de los gastos arbitrales de nuestra parte, los cuales desde ya nos comprometemos a cubrir en su totalidad en la parte que nos corresponda, en el plazo que se dictamine para tales efectos, así como se disponga el pago a nuestro favor de los montos que se generarán por concepto de costas y costos procesales.

Que, cabe advertir que dentro de estos conceptos de costos, costas y gastos arbitrales, debe incluirse los honorarios profesionales del Tribunal Arbitral, los gastos del secretario arbitral y los honorarios por asesoría legal, así como cualquier otro gasto que se presente durante la tramitación del este expediente, como puede ser una pericia, inspección, etc.

**Posición del Demandado:**

- Que, por cuanto el Contratista ha recurrido a instancia arbitral a través de artificios en su demanda, demostrando su mala fe al señalar fecha y datos inexactos, sin contar con una razón atendible alguna, se condene a este al pago de la totalidad de costas y costos arbitrales.

DB

**POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

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

J

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

X

Considerando el resultado del arbitraje que en puridad, desde el punto de vista del Tribunal Arbitral, no puede afirmarse que existe una "parte perdedora", en vista de que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, atendiendo al buen comportamiento procesal de las partes que han demostrado

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

mediante sus declaraciones contenidas en los diversos actuados que obran en el expediente arbitral; y a la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, corresponde disponer que cada de una de las partes asuma los costos del presente arbitraje en partes iguales; en consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral); así como los costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

213

En tal sentido, estando a la decisión del Tribunal Arbitral de que ambas partes asuman, en montos equivalentes, los gastos arbitrales del presente arbitraje.

**DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:**

S

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

**PRIMERO.- DECLÁRESE INFUNDADO** el primer punto controvertido derivado de la primera pretensión principal de la demanda arbitral; en consecuencia, se **DECLARA** que la Liquidación del Contrato de Obra N° 295-2008-MTC/21 presentada por Consorcio Vial del Sur NO ha quedado consentida.

X

**SEGUNDO.- DECLÁRESE FUNDADO EN PARTE** el segundo y tercer puntos controvertidos derivados de la pretensión subordinada a la primera pretensión principal de la demanda arbitral; en consecuencia, se **DECLARA** la validez parcial de la liquidación del Contrato de Obra N° 295-2008-MTC/21 presentada por Consorcio Vial del Sur; asimismo, **SE ORDENA** que Proviñas Descentralizado pague a favor del Consorcio Vial del Sur de la suma de S/.  
  
101

X

CASO ARBITRAL: CONSORCIO VIAL DEL SUR vs PROVIAS DESCENTRALIZADO - MTC

TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

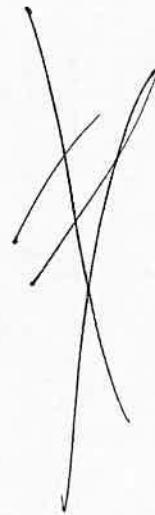
CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

47,358.30 (Cuarenta y Siete Mil Trescientos Cincuenta y Ocho con 30/100 Nuevos Soles) incluido IGV, por concepto de saldo de liquidación de obra.

  
**TERCERO.- DECLÁRESE FUNDADO** el cuarto punto controvertido derivado de la segunda pretensión principal de la demanda arbitral; en consecuencia, **SE DECLARA** la nulidad de la Resolución Directoral N° 1204-2012-MTC/21 de fecha 21 de noviembre de 2012 mediante la cual Provías Descentralizado aprobó su propia liquidación final del contrato de obra.

  
**CUARTO.- DECLÁRESE FUNDADO** el quinto punto controvertido derivado de la tercera pretensión principal de la demanda arbitral; en consecuencia, **SE ORDENA** a Provías Descentralizado que cumpla con efectuar la devolución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento entregada por el Consorcio Vial del Sur en virtud del Contrato de Obra N° 295-2008-MTC/21.

  
**QUINTO.- DECLÁRESE INFUNDADO** el sexto punto controvertido derivado de la cuarta pretensión principal de la demanda arbitral; en consecuencia, **NO CORRESPONDE** ordenar el pago a favor del Consorcio Vial del Sur de una indemnización de daños y perjuicios sufridos, que comprende el daño causado por tener que mantener vigente la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento de contrato por responsabilidad de Provías Descentralizado y que se continuarán devengando hasta la culminación del proceso y el consentimiento del laudo arbitral.

  
**SEXTO.- DECLÁRESE INFUNDADO** el séptimo y octavo puntos controvertidos derivados de la primera pretensión principal de la reconvención; en consecuencia, se **DECLARA** que la liquidación del Contrato de Obra N° 295-2008-MTC/21 practicada por Provías Descentralizado mediante Resolución Directoral N° 1204-2012-MTC/21 no ha quedado consentida; por tanto, **NO**

**CORRESPONDE** ordenar que el Consorcio Vial del Sur pague a favor de Provías Descentralizado de la suma de S/. 173,548.24 (Ciento Setenta y Tres Mil Quinientos Cuarenta y Ocho y 24/100 Nuevos Soles), incluido IGV, y más los intereses correspondientes, conforme a la referida liquidación.

**SÉPTIMO.- DECLÁRESE INFUNDADO** el noveno y décimo puntos controvertidos derivados de la pretensión subordinada a la primera pretensión principal de la reconvención; en consecuencia, se **DECLARA** invalida la liquidación del Contrato de Obra N° 295-2008-MTC/21 practicada por Provías Descentralizado mediante Resolución Directoral N° 1204-2012-MTC/21; por tanto, **NO CORRESPONDE** ordenar que el Consorcio Vial del Sur pague a favor de Provías Descentralizado la suma de S/. 173,548.24 (Ciento Setenta y Tres Mil Quinientos Cuarenta y Ocho y 24/100 Nuevos Soles) incluido IGV, más los intereses correspondientes, por concepto de saldo de liquidación de obra.

**OCTAVO.- DISPÓNGASE** en relación al décimo primer punto controvertido que, tanto el Consorcio Vial del Sur como Provías Descentralizado, asuman en partes iguales los gastos arbitrales, las costas y costos generados por la tramitación del presente proceso arbitral.

**NOVENO.- REMÍTASE** un ejemplar del presente Laudo Arbitral al Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado - OSCE.

Notifíquese a las partes.

**HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE**  
Presidente del Tribunal Arbitral

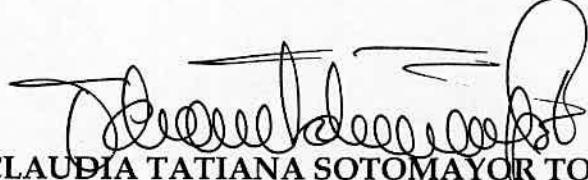
CASO ARBITRAL: CONSORCIO VIAL DEL SUR vs PROVIAS DESCENTRALIZADO - MTC

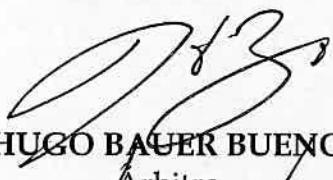
TRIBUNAL ARBITRAL:

HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE (PRESIDENTE)

CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

HUGO BAUER BUENO

  
**CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES**  
Árbitro

  
**HUGO BAUER BUENO**  
Arbitro

  
**JOHAN STEVE CAMARGO ACOSTA**  
Secretario Arbitral Ad Hoc