

LAUDO DE DERECHO

MINISTERIO DE SALUD

c.

CONSORCIO LIMA SUR

**FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY
ÁRBITRO ÚNICO**

RESOLUCIÓN N° 34

Lima, 7 de setiembre de 2015

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

1. El 6 de octubre de 2009, la Dirección de Salud II Lima Sur (en adelante, MINSA) y el Consorcio Lima Sur (en adelante, el CONSORCIO) suscribieron el Contrato de Obra No. 123-2009-MINSA proveniente de la Licitación Pública No. 003-2009-DISA II LIMA D.U. 041-2009 para la ejecución de la obra "Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva del Centro de Salud San Genaro de Villa – Micro red San Genaro de Villa – Red Barranco Chorrillos Surco – DISA II LIMA SUR" (en adelante, el CONTRATO).
2. El CONTRATO fue celebrado bajo el sistema de suma alzada por un valor ascendente a S/. 5'090,512.09 (cinco millones noventa mil quinientos doce y 09/100 nuevos soles) incluido el I.G.V. con un plazo de ejecución propuesto de 180 días calendario que empezaría a computarse a partir del 22 de octubre de 2009.

3. En la ejecución del CONTRATO surgieron controversias entre las partes que son materia del presente arbitraje.

II. EL PROCESO ARBITRAL

II.1. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y PROCEDIMIENTO ARBITRAL APLICABLE

INICIO DEL ARBITRAJE, DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

4. Surgidas las controversias entre las partes, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) designó como Árbitro Único al doctor Fernando Cantuarias Salaverry.
5. El 25 de octubre de 2013, se instaló el Árbitro Único con la presencia del MINSA. En este acto, se señalaron las reglas del arbitraje.

EL CONVENIO ARBITRAL

6. En la cláusula décimo novena del CONTRATO referida a la solución de controversias, las partes acordaron lo siguiente:

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 177, 199, 201, 209, 210, y 211 del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El Laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia.

NORMATIVA APLICABLE

7. Son de aplicación al presente arbitraje las reglas establecidas en el Acta de Instalación, la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante, LCE) y su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, RELCE), el Código Civil Peruano y el Decreto Legislativo No. 1071 (en adelante, LEY DE ARBITRAJE).

En caso de deficiencia o vacío de las reglas que anteceden, en cuanto al procedimiento arbitral, el Árbitro Único resolverá en forma definitiva del modo que considere apropiado, mediante la aplicación de principios generales del Derecho.

II.2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

8. El presente laudo se expide de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43° de la LEY DE ARBITRAJE. Estando a lo dispuesto en el mencionado artículo, el Árbitro Único advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.
9. En lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Árbitro Único deja expresa constancia que en el presente arbitraje se ha actuado de acuerdo con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 43° de la LEY DE ARBITRAJE, en el que se señala que:

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

II.4. LA DEMANDA

10. El 2 de diciembre de 2013 el MINSA presentó su escrito de demanda.

PETITORIO

Primera pretensión principal: Se declare nula y sin efecto la Carta Notarial del 1 de setiembre de 2011 mediante la cual el CONSORCIO decide unilateralmente resolver el CONTRATO por no sustentarse en causas objetivas de incumplimiento de obligaciones por parte de la entidad.

Segunda pretensión principal: Se declare válida, eficaz y consentida la Resolución Directoral No. 621-2011-DISA II-LS/DG del 13 de setiembre de 2011 donde la administración resuelve el CONTRATO.

Primera pretensión accesoria a la segunda principal: De conformidad con lo dispuesto en la primera parte del artículo 170 del RELCE y como consecuencia de la resolución contractual promovida por la entidad, se ordene al CONSORCIO el pago de la suma de S/. 11'901,063.60 (once millones novecientos un mil sesenta y tres y 60/100 nuevos soles) por concepto de lucro cesante, daño emergente y daño social, ocasionada por la conducta inadecuada del CONSORCIO en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Segunda pretensión accesoria a la segunda principal: Se ordene al CONSORCIO el pago de los intereses legales calculados hasta la fecha de la cancelación definitiva del monto demandado.

11. El MINSA sustenta sus pretensiones en los fundamentos que se señalan a continuación.

12. Ante las dificultades que había mostrado el CONSORCIO para el cumplimiento de sus obligaciones se le informa mediante Oficio No. 734-2011-OEPE-DG II L.S/MINSA, del 4 de marzo de 2011, que se había iniciado la intervención económica de la obra. Esta intervención fue aceptada por el CONSORCIO mediante las cartas No. CLS-0013-2011 y CLS-001-2011 del 11 y 15 de marzo de 2011, respectivamente.

13. Sin embargo, el Consorcio Ingenieros Consultores, en su calidad de supervisor de obra, mediante Carta No. 0116-FCO-SE/DISA II-2011 del 30 de mayo de 2011, señaló que – de acuerdo a la documentación presentada por el CONSORCIO para establecer el monto de la referida intervención económica – la información entregada por el CONSORCIO es incompleta y los montos que se manifiestan como adeudados son diferentes. Por ello, se somete a consideración de la entidad la continuación del proceso de intervención, ante todo, por cuanto la empresa no cuenta con el apoyo logístico necesario ni con la capacidad económica suficiente para cumplir con el compromiso asumido.

14. Ante esta coyuntura, en el Informe No. 157-2011-OAJ-DISA II LS/MINSA de fecha 1 de agosto del 2011, la Oficina de Asesoría Jurídica, contando con lo informado por el supervisor de obra así como los informes técnicos de la Oficina Ejecutiva de Planeamiento Estratégico y de la Oficina Ejecutiva de Administración, concluyó que el procedimiento para la intervención económica de la mencionada obra resultaba inviable y, considerando el artículo 206 del RELCE, recomendó que se requiera notarialmente al CONSORCIO que en el plazo de quince (15) días cumpla con sus obligaciones contractuales, bajo apercibimiento de resolver el CONTRATO.

15. Esto se produjo con el Oficio No. 2307-2011-OAJ-DG-DISA II LS/MINSA del 11 de agosto de 2011, cuya notificación simple se realizó el 12 de agosto de 2011 y vía notarial el 18 de agosto de 2011. Mediante este oficio la DISA realiza el requerimiento indicado, señalando además que se le ha requerido reiteradamente al CONSORCIO que informe la situación de la obra, dado que de acuerdo a la nueva y última ampliación de plazo consentida se estableció como término de la misma el día 4 de diciembre de 2010.

16. Con fecha 17 de agosto de 2011 se notifica a la DISA la carta notarial CLS-0056-2011, a través de la cual el CONSORCIO requiere el cumplimiento de obligaciones contractuales bajo apercibimiento de resolver el CONTRATO, estando referido dicho requerimiento a la emisión de la resolución de intervención de obra y a la falta de supervisor de obra.

17. El 1 de setiembre de 2011, el CONSORCIO notificó la carta notarial que resuelve el CONTRATO.

18. Con Carta No. 0122-FCO-SEDISA II-2011 de fecha 7 de setiembre de 2011, el ingeniero civil Fredy Cervantes Ordoñez remite el Informe No. 129-2011/SE-DISA II/FCO del 7 de setiembre de 2011, a través del cual manifiesta que a las 8:30 horas del 6 de setiembre de 2011 y a requerimiento de la DISA (Oficio No. 2510-2011-OEA-DG-DISA ILS/MINSA), se apersonó como jefe de supervisión a la puerta principal de la obra (Calle D S/N de San Genaro de Villa) para participar en el acto de constatación física e inventario de obra, no encontrando a ningún representante del CONSORCIO y verificando que la puerta principal y demás puertas estaban con llave y cadena.

19. Asimismo, señala que siendo aproximadamente las 9:20 de la mañana llegaron todos los representantes de la DISA, con presencia del notario Alberto Guinand Correa, para que participen en el acto solicitado por el CONSORCIO, esperando la llegada de los representantes de este último hasta las 9:50 a.m. sin que

nadie se presente. De ese modo, se dejó constancia ante el notario mencionado anteriormente de que no se pudo realizar la constatación ni el inventario.

20. Consecuentemente, quedó expedito el derecho del MINSA para formalizar el procedimiento de resolución contractual conforme al artículo 169 del RELCE, el mismo que culminó con la Resolución Directoral No. 621-2011-DISA II LS/DG del 13 de setiembre de 2011.

21. Como consecuencia lógica de la resolución contractual, debía conocerse el avance físico de la obra y su estado actual, por lo que el 27 de setiembre de 2011, los representantes de la DISA II Lima Sur se constituyeron en el lugar de la obra, en presencia del notario César Francisco Torres Kruger, a fin de dar inicio a la constatación física e inventario de obra, la misma que culminó el 28 de marzo de 2012 contando con la participación del supervisor de la obra.

22. Inicialmente, de acuerdo a la Carta No. 088-FCO-SE/DISAIL del 19 de noviembre de 2010, emitida por el supervisor de obra, hizo llegar la décimo segunda valorización de obra correspondiente al mes de octubre de 2010, indicando que el avance de obra acumulado era del 86.71%.

23. Sin embargo, según informe técnico por especialidades, producto de la constatación física y toma de inventario de las partidas no ejecutadas en la obra, el porcentaje de avance físico era el siguiente:

- a. Arquitectura 61.5%
- b. Estructuras 99.85%
- c. Instalaciones Sanitarias 64.18%
- d. Instalaciones Eléctricas y Electromecánicas 11.7%

24. En consecuencia, el resultado de estos avances determina que existe un avance acumulado de 64.83%, por lo que la obra no se encontraba culminada.

25. En la demanda se alega también un daño emergente y lucro cesante. Respecto al daño emergente señala, entre otras cosas, que este se constituye por las secuelas negativas del incumplimiento contractual no solo desde el punto de vista económico sino también desde el punto de vista moral y social, ya que el hecho de no tener la obra culminada, viene perjudicando a los propios usuarios quienes esperan contar con un centro de salud que tenga todas las condiciones adecuadas.

26. El MINSA señala que se ha visto en la necesidad de efectuar gastos ascendente a S/. 369,917.18 y que el costo del saldo de obra para la culminación del proyecto es de aproximadamente S/. 2'454,845.42 actualizado a enero de 2013.

27. Respecto al lucro cesante, señala que habría dejado de percibir –entre los años 2011, 2012 y lo que iba del 2013 hasta la presentación de la demanda – la suma de S/. 9,076,301.00.

II.5. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

28. El 20 de enero de 2014, el CONSORCIO contestó la demanda, negándola en todos sus extremos sobre la base de los siguientes fundamentos de hecho y derecho.

29. Respecto de la primera pretensión, señala que fue la Entidad quien por iniciativa propia decidió llevar a cabo la intervención económica de la obra en virtud del artículo 206 del RELCE.

30. El CONSORCIO aceptó de manera formal dicha intervención. En consecuencia, queda claro que el procedimiento de intervención económica de la obra fue iniciado por el MINSA, allanándose el CONSORCIO a la misma. A pesar de ello, el MINSA no ha emitido la resolución aprobando dicha resolución, resultando este un acto administrativo a cargo del MINSA.

31. Asimismo, en los procesos arbitrales como este son de aplicación los dispositivos legales contenidos en la Ley 27444 y la Ley 29060, las mismas que regulan cuáles son los actos administrativos a cargo de una Entidad y de los administradores. De igual manera, es necesario tener presente que todos estos actos previos, como son las solicitudes de ampliación, cumplimiento de obligaciones y hasta la propia intervención económica, constituyen también actos administrativos regulados por dichos dispositivos legales.

32. Ahora bien, dado que se solicitó la emisión de la mencionada resolución sin que esto se cumpliera en el plazo fijado en el artículo 35 de la Ley 27444, en virtud del artículo 3 de la Ley 29060 se tiene por aprobada la intervención económica referida al silencio administrativo.

33. Siendo ello así, el CONSORCIO se vio en la necesidad de resolver el CONTRATO debido al incumplimiento de obligaciones del MINSA siguiendo lo dispuesto en el artículo 168 del RELCE.

34. Respecto de la segunda pretensión, se señala que la resolución del CONTRATO efectuada por el MINSA es inválida.

35. Como se puede apreciar del artículo 206 del RELCE, una vez iniciada la intervención económica por parte del MINSA, esta debe tomar todas las medidas necesarias de orden técnico y económico con la finalidad de culminar la obra, sin llegar al extremo de resolver el CONTRATO. Esta norma es imperativa y prohíbe expresamente la resolución del CONTRATO, más aún si el CONSORCIO manifestó en más de una oportunidad su conformidad con la intervención y hasta solicitó que se emita la resolución respectiva.

36. La única posibilidad para que el MINSA, luego de haber iniciado la intervención pueda resolver el CONTRATO es que el CONSORCIO rechace la intervención, lo cual no ha ocurrido.

37. En consecuencia, debe declararse improcedente y/o infundada esta pretensión por impedimento legal.

38. Respecto de la tercera pretensión, el MINSA debió acreditar y probar la existencia de todos los elementos de la responsabilidad civil contractual: (i) la antijuricidad, (ii) el daño, (iii) el nexo causal y (iv) el factor de atribución. No obstante, el MINSA no ha cumplido con su carga de la prueba a este respecto.

39. Sin perjuicio de lo anterior, mediante el mismo escrito, el CONSORCIO dedujo excepción de caducidad sobre la base de los siguientes fundamentos.

40. A razón de la resolución del CONTRATO, el MINSA interpone su solicitud de conciliación extrajudicial el 21 de setiembre de 2011 ante el Centro de Conciliación y Arbitraje "San Miguel Arcángel" en estricta aplicación de la cláusula décimo novena del CONTRATO.

41. Conforme a la misma, el plazo de caducidad aplicable en caso de controversias que surgieran respecto de la resolución de un contrato de obra es el establecido en el artículo 209 del RELCE. Ahora bien, este plazo es uno de caducidad tanto para las solicitudes de conciliación como de arbitraje, conforme lo disponen los artículos 214 y 215 del RELCE.

42. Ahora bien, para sustentar específicamente su excepción, el CONSORCIO ofrece el mérito de dos argumentos:

a. La resolución del CONTRATO se produjo el 1 de setiembre de 2011 y la solicitud de conciliación del MINSA fue presentada ante el Centro de Conciliación y Arbitraje "San Miguel Arcángel" el 21 de setiembre de 2011.

Ahora bien, conforme al artículo 209 del RELCE, el MINSA tenía un plazo de diez (10) días hábiles contados a partir del día siguiente para recurrir a cualquiera de los mecanismos de solución establecidos. Es decir, el MINSA tenía hasta el 15 de setiembre de 2011 para presentar su solicitud de conciliación.

Pese a ello, el MINSA presentó su solicitud el 21 de setiembre de 2011, de forma extemporánea. En consecuencia, la resolución del CONTRATO efectuada el 1 de setiembre de 2011 quedó consentida.

b. Sin perjuicio de lo anterior, como ya se indicó, el MINSA presentó su solicitud de conciliación el 21 de setiembre de 2011, en la cual no se llegó a ningún acuerdo y se dio por concluida conforme se observa en el acta del 21 de octubre de 2011.

Recién el 21 de marzo de 2012 el MINSA presenta su solicitud de arbitraje, es decir, cinco (5) meses después de concluida la audiencia y el procedimiento de conciliación.

Como se puede apreciar de la cláusula décimo novena del CONTRATO, se pactó un arbitraje administrativo y de forma facultativa la realización de una conciliación extrajudicial.

Pues bien, el MINSA no ha considerado el artículo 215 del RELCE, según el cual si las partes optan por un procedimiento de conciliación de manera previa al arbitraje, este deberá iniciarse dentro de un plazo de caducidad de quince (15) días hábiles siguientes de emitida el acta de no acuerdo total o parcial.

Por lo tanto, se aprecia que si bien es cierto en un inicio el MINSA interpuso su solicitud de conciliación dentro del plazo de caducidad de quince (15) días luego de resuelto el CONTRATO, luego de que el mismo concluyó (21 de

octubre de 2011), el MINSA no interpuso su solicitud de arbitraje sino hasta el 21 de marzo de 2012.

43. El MINSA absolvió el traslado de la excepción mediante escrito ingresado el 24 de febrero de 2014.

44. En la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, se dispuso resolver esta excepción hasta el momento de laudar.

II.6. LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

45. El 2 de octubre de 2014, luego que se cumplieran con los pagos del primer anticipo de honorarios arbitrales, se llevó a cabo – con la presencia de ambas partes – la Audiencia de conciliación y determinación de puntos controvertidos.

46. Dado que no se logró llegar a ningún acuerdo, se procedió a establecer los puntos controvertidos del presente arbitraje.

Primer punto controvertido: Determinar si corresponde que el Árbitro Único declare nula y sin efecto la carta notarial del 1 de setiembre de 2011, mediante la cual el CONSORCIO decidió resolver el CONTRATO por no sustentarse en causas objetivas de incumplimiento de obligaciones por parte del MINSA.

Segundo punto controvertido: Determinar si corresponde que el Árbitro Único declare la validez, eficacia y consentimiento de la Resolución Directorial No. 621-2011-DISA II-LS/DG del 13 de setiembre de 2011, a través de la cual el MINSA resuelve el CONTRATO.

Tercer punto controvertido: En caso se ampare el segundo punto controvertido, determinar si corresponde que el Árbitro Único orden al CONSORCIO el pago de la suma de S/. 11'901,063.60 más los intereses legales calculados hasta la cancelación efectiva del monto, por concepto de lucro cesante, daño emergente y daño social, ocasionada por la conducta inadecuada en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Asimismo, el Árbitro Único deberá pronunciarse en el laudo acerca de los costos y costas del proceso y su posible condena.

47. En la misma audiencia, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por cada una de las partes de conformidad con lo dispuesto en la regla 27 del Acta de Instalación.

II.7. TRAMITACIÓN POSTERIOR Y ALEGATOS

48. El 3 de diciembre de 2014 se llevó a cabo la Audiencia de ilustración de hechos y aspectos técnicos sobre los puntos controvertidos establecidos con la asistencia de los representantes de ambas partes.

49. Mediante Resolución N° 24 del 25 de febrero de 2015, se suspendió el arbitraje ante la falta de pago de las partes del segundo anticipo de honorarios arbitrales. Mediante Resolución N° 29 de 1 de junio de 2015, se levantó la suspensión ante el pago respectivo.

50. Mediante escrito presentado el 12 de marzo de 2015, el CONSORCIO solicitó se dicte una medida cautelar de no innovar a fin de que el MINSA se abstenga de: (i) requerir la ejecución y/o ejecutar la carta fianza de fiel cumplimiento otorgada por la compañía de seguros SECREX – SEGUROS DE CRÉDITO Y GARANTÍAS, (ii) requerir la ejecución y/o ejecutar la carta fianza de adelantos directos otorgada por la compañía de seguros SECREX – SEGUROS DE CRÉDITO Y GARANTÍAS, (iii) requerir la ejecución y/o ejecutar la carta fianza de adelantos de materiales otorgada por la compañía de seguros SECREX – SEGUROS DE CRÉDITO Y GARANTÍAS, (iv) adoptar cualquier medida coercitiva o de fuerza, distinta a las mencionadas, con el objeto de conseguir una indemnización por la ejecución de las citadas garantías otorgadas por la compañía de seguros SECREX – SEGUROS DE CRÉDITO Y GARANTÍAS, (v) cobrar cualquier suma de dinero por concepto de la ejecución de las cartas fianza antes mencionadas.

51. Mediante escrito del 10 de abril de 2015, el CONSORCIO cumplió con adjuntar la caución juratoria con firmas legalizadas para garantizar los posibles daños y perjuicios que pudiera ocasionar la medida cautelar solicitada.
52. El 5 de mayo de 2015, el MINSA absuelve el traslado del escrito de solicitud de medida cautelar del CONSORCIO.
53. El 15 de junio de 2014, ambas partes presentaron sus alegatos finales.
54. El 20 de julio de 2015, se realizó la Audiencia de informes orales con la presencia de ambas partes.
55. Mediante Resolución N° 32 de 3 de agosto de 2015, notificada a las partes el 4 de agosto de 2015, se dispuso traer los autos para laudar, otorgándose un plazo de treinta (30) días útiles, los cuáles vencerán el próximo 15 de setiembre de 2015. En consecuencia, se procede a laudar dentro del plazo dispuesto.
56. El 27 de agosto de 2015, el CONSORCIO presentó un escrito.

III. CONSIDERANDO:

III.1. CUESTIONES PRELIMINARES

57. Antes de entrar a analizar las materias controvertidas, corresponde confirmar lo siguiente:

- Que este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral contenido en el CONTRATO.

- Que en ningún momento se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral.
- Que las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar las pruebas ofrecidas.
- Que las partes han tenido la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente.
- Que el Tribunal Arbitral procede a laudar dentro de los plazos dispuestos en el Acta de Instalación.

III.2. ANÁLISIS DE LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

58. Dado que el CONSORCIO ha interpuesto una excepción de caducidad, en virtud de la cual se debería dar – en caso esta sea declarada fundada – por concluido el proceso, corresponde analizar la misma antes de pasar a resolver sobre los méritos de la presente controversia.

59. Al respecto, conviene señalar que el CONSORCIO fundamenta su excepción en base a dos argumentos principales: (i) el MINSA presentó de forma extemporánea su solicitud de conciliación y (ii) el MINSA presentó de forma extemporánea su solicitud de arbitraje. Analicemos entonces cada uno de ellos.

60. Sobre el punto (i), el CONSORCIO señala que, conforme al artículo 209 del RELCE, si la resolución del CONTRATO fue el 1 de setiembre de 2011, el MINSA tenía un plazo de diez (10) días hábiles contados a partir del día siguiente para recurrir a cualquiera de los mecanismos de solución establecidos, los cuales vencían el 15 de setiembre de 2011.

61. Pese a ello, el MINSA presentó su solicitud de conciliación el 21 de setiembre de 2011, de forma extemporánea. En consecuencia, la resolución del CONTRATO efectuada el 1 de setiembre de 2011 quedó consentida.

62. Pues bien, al respecto, conviene señalar que el artículo 209 del RELCE señala expresamente lo siguiente:

Artículo 209°.- Resolución del Contrato de Obras

La resolución del contrato de obra determina la inmediata paralización de la misma, salvo los casos en que, estrictamente por razones de seguridad o disposiciones reglamentarias de construcción, no sea posible.

La parte que resuelve deberá indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días. En esta fecha, las partes se reunirán en presencia de Notario o Juez de Paz, de conformidad con lo dispuesto en el tercer y cuarto párrafo del artículo 64 del Reglamento, y se levantará un acta. Si alguna de ellas no se presenta, la otra levantará el acta, documento que tendrá pleno efecto legal, debiéndose realizar el inventario respectivo en los almacenes de la obra en presencia del Notario o Juez de Paz, dejándose constancia del hecho en el acta correspondiente, debiendo la Entidad disponer el reinicio de las obras según las alternativas previstas en el artículo 44 de la Ley.

Culminado este acto, la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad y se procede a la liquidación, conforme a lo establecido en el artículo 211.

En caso que la resolución sea por incumplimiento del contratista, en la liquidación se consignarán las penalidades que correspondan, las que se harán efectivas conforme a lo dispuesto en los artículos 164 y 165 del Reglamento.

En caso que la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, actualizado mediante las fórmulas de reajustes hasta la fecha en que se efectuó la resolución del contrato.

Los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del contrato, como los notariales, de inventario y otros, son de cargo de la parte que incurrió en la causal de resolución, salvo disposición distinta del laudo arbitral.

En caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el contrato, dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida.

En caso que, conforme con lo establecido en el tercer párrafo del artículo 44 de la Ley, la Entidad opte por invitar a los postores que participaron en el proceso de selección que dio origen a la ejecución de la obra, teniendo en cuenta el orden de prelación, se considerará los precios de la oferta de aquel que acepte la invitación, incorporándose todos los costos necesarios para su terminación, debidamente sustentados, siempre que se cuente con la disponibilidad presupuestal. (Énfasis agregado)

63. En ese sentido, el MINSA tenía en realidad quince (15) días hábiles – y no diez (10) como señaló el CONSORCIO – para presentar su solicitud de conciliación. De hecho, esto fue reconocido por el propio CONSORCIO cuando fundamentó el segundo argumento por el que, a su parecer, se debería declarar fundada la excepción de caducidad.

64. Teniendo en cuenta que el CONTRATO fue resuelto el 1 de setiembre de 2011, lo cierto es que este plazo vencía efectivamente el 2 de setiembre de 2011. Siendo ello así, el MINSA presentó su solicitud de conciliación dentro del plazo correspondiente, específicamente un (1) día antes de que venciera el plazo mencionado.

65. Por lo anterior, este primer argumento no resulta amparable.

66. Sobre el punto (ii), el CONSORCIO señala que – en virtud del artículo 215 del RELCE – el MINSA tenía quince (15) días hábiles para presentar su solicitud de arbitraje luego de concluido el procedimiento de conciliación. Sin embargo, pese a que dicho procedimiento concluyó mediante acta de no acuerdo total o parcial del 21 de octubre de 2011, el MINSA recién presentó su solicitud de arbitraje el 21 de marzo de 2012, es decir, cinco (5) meses después de forma extemporánea.

67. Al respecto, conviene primero hacer referencia al artículo 215 del RELCE invocado por el CONSORCIO. Este señala lo siguiente:

Artículo 215°.- Inicio del Arbitraje

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 176, 177, 179, 181, 184, 199, 201, 209, 210, 211 y 212; en concordancia con lo dispuesto en el numeral 52.2 del artículo 52 de la Ley.

De haberse pactado en el convenio arbitral la realización de un arbitraje institucional, la parte interesada debe recurrir a la institución arbitral en aplicación del respectivo reglamento arbitral institucional. De haberse pactado arbitraje ad hoc, la parte interesada procederá a remitir a la obra la solicitud de arbitraje a que se refiere este Reglamento.

Si las partes optaron por el procedimiento de conciliación de manera previa al arbitraje, éste deberá iniciarse dentro de un plazo de caducidad de quince (15) días hábiles siguientes de emitida el Acta de no Acuerdo Total o Parcial.

Las controversias relativas al consentimiento de la liquidación final de los contratos de consultoría y ejecución de obras o respecto de la conformidad de la recepción en el caso de bienes y servicios, así como las referidas al incumplimiento de los pagos que resulten de las mismas, también serán resueltas mediante arbitraje.

El arbitraje se desarrollará de conformidad con la normativa de contrataciones del Estado, pudiendo el OSCE brindar servicios de organización y administración en los arbitrajes administrativos que se encuentren bajo el régimen de contratación pública y de acuerdo a las Directivas que apruebe el OSCE para tal efecto.

De conformidad con lo dispuesto por el numeral 52.2 del artículo 52 de la Ley, la parte que solicita la conciliación y/o el arbitraje debe poner su solicitud en conocimiento del OSCE dentro del plazo de quince (15) días hábiles de formulada, salvo cuando se trate de un arbitraje administrado por dicho organismo o cuando éste designe a los árbitros. (Énfasis agregado)

68. El artículo es claro al señalar que el plazo de caducidad para presentar la solicitud de arbitraje es de quince (15) días hábiles siguientes a la emisión del acta de no acuerdo total o parcial del procedimiento de conciliación. En este caso, la mencionada acta fue emitida el 21 de octubre de 2011, por lo que el MINSA tenía como máximo hasta el 11 de noviembre de 2011 para presentar su solicitud de arbitraje.

69. Ahora bien, a lo largo del presente arbitraje, el MINSA ha señalado en diversas oportunidades que mucho antes del 21 de marzo de 2012 – fecha en que se presentó la solicitud de arbitraje que dio lugar al presente procedimiento – se habría interpuesto una demanda contra el CONSORCIO y que esta habría sido interpuesta debidamente dentro del plazo indicado por el artículo 215 del RELCE.

70. No obstante, hasta el día en que se emite este laudo, y pese a haber tenido diversas oportunidades a lo largo de este arbitraje, el MINSA no ha cumplido con acreditar que efectivamente dicha demanda haya sido presentada y menos aún ha cumplido con acreditar que la haya presentado dentro del plazo de caducidad previsto por el RELCE.

71. Siendo ello así, en base a las pruebas presentadas en este arbitraje y habiendo el MINSA presentado su solicitud de arbitraje de forma claramente extemporánea, corresponde estimar este segundo argumento.

72. Por todo lo anterior, la excepción de caducidad presentada por el CONSORCIO debe ser declarada fundada y, en consecuencia, se debe dar por concluido el presente arbitraje.

IV. COSTAS Y COSTOS DEL ARBITRAJE Y SU EVENTUAL IMPUTACIÓN ENTRE LAS PARTES

73. En el CONVENIO ARBITRAL no se ha establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del arbitraje, razón por la cual resulta de aplicación el artículo 73 de la LEY DE ARBITRAJE, que señala que los "*costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso*".

74. En base a lo anterior y considerando el resultado de este arbitraje, en el que se ha declarado fundada la excepción de caducidad interpuesta por el CONSORCIO, corresponde disponer que el MINSA asuma el cien por ciento (100%) de los honorarios del Árbitro Único y del secretario arbitral.

75. En lo demás, cada parte deberá asumir el íntegro de sus costos, como son, entre otros, sus gastos de defensa legal, peritos, etc.

76. Como el MINSA ha cubierto a la fecha el 100% de los honorarios del Árbitro Único y de la secretaría arbitral, no corresponde disponer que reembolse suma alguna al CONSORCIO.

V. DE LA PRUEBA ACTUADA Y LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

77. El Árbitro Único deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en el artículo 43 de la LEY DE ARBITRAJE y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.

Por las razones expuestas, estando a los considerandos glosados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49 y 50 de la LEY DE ARBITRAJE, y estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, este Árbitro Único, en DERECHO,

LAUDA:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la excepción de caducidad deducida por el CONSORCIO LIMA SUR y, en consecuencia, dar por concluido el proceso arbitral.

SEGUNDO.- FIJAR los honorarios del Árbitro Único en la suma de S/. 50,000.00 (Cincuenta mil con 00/100 Nuevos Soles) y los servicios secretariales en la suma de S/. 35,400.00 (Treinta y cinco mil cuatrocientos con 00/100 Nuevos Soles), conforme a las liquidaciones de honorarios dispuestas en este arbitraje.

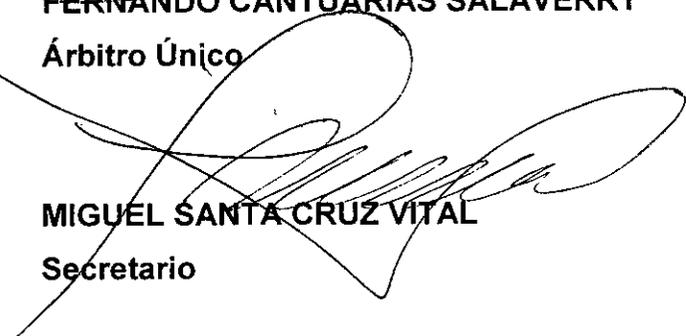
TERCERO.- DISPONER que el MINSA asuma el cien por ciento (100%) de los honorarios de los árbitros y del secretario arbitral. Fuera de estos conceptos, cada parte asumirá los gastos o costos que sufrió; esto es, cada parte asumirá los gastos, costos y costas que incurrió o debió incurrir como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios de sus abogados, peritos, entre otros.

CUARTO.- Dispóngase que el Secretario Arbitral cumpla con remitir el presente Laudo de Derecho a la OSCE, dentro del plazo de cinco (5) días de notificado.



FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

Árbitro Único



MIGUEL SANTA CRUZ VITAL

Secretario