

LAUDO DE DERECHO

Laudo de Derecho que en la controversia surgida entre el Consorcio Pastoruri con la Municipalidad Distrital de Catac, dicta el Árbitro Único, doctor Juan Manuel Revoredo Lituma.

Número de Expediente de Instalación: I 636-2014

Demandante: Consorcio Pastoruri (en lo sucesivo, el Consorcio el demandante)

Demandado: Municipalidad Distrital de Catac (en lo sucesivo, la Entidad o el demandado)

Contrato: Contrato N° 001-2012-MDC/ABAST para el "Acondicionamiento del Circuito Turístico Pastoruri la Ruta del Cambio Climático en el Sector Carpa del Parque Nacional Huascarán, distrito de Catac – Recuay- Ancash"

Monto del Contrato: S/. 4'341,494.65

Cuantía de la Controversia: S/. 884,000.00

Tipo y Número de Proceso de Selección: Licitación Pública 001-2012-MDC-CE-AD HOC

Árbitro Único: Dr. Juan Manuel Revoredo Lituma

Secretaría Arbitral: Arbitre Soluciones Arbitrales S.R.L. – Dra. Lucía Mariano Valerio

Monto de los honorarios del Árbitro Único: S/. 28,301.13

Monto de los honorarios de la Secretaría Arbitral: S/. 15,949.80

Fecha de emisión del laudo: 28 de marzo de 2016

N° de Folios: 41

Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):

- ☐ Nulidad, invalidez, inexistencia y/o ineficacia del contrato.
- ☐ Resolución del contrato.
- ☐ Ampliación del plazo contractual.
- ☐ Defectos o vicios ocultos.
- ☐ Formulación, aprobación o valorización de metrados.
- ☐ Recepción y conformidad.
- ☒ **Liquidación y pago.**
- ☐ Mayores gastos generales.

- ☒ **Indemnización por daños y perjuicios.**
- ☐ Enriquecimiento sin causa.
- ☐ Adicionales y reducciones.
- ☐ Adelantos.
- ☐ Penalidades.
- ☐ Ejecución de garantías.
- ☒ **Devolución de garantías.**
- ☐ Otros



ÍNDICE

I. ANTECEDENTES.....	3
II. LO ACTUADO EN EL PROCESO ARBITRAL	4
III. COSTOS DEL PROCESO.....	14
IV. PUNTOS CONTROVERTIDOS DEL PROCESO	15
V. DECLARACIONES PRELIMINARES.....	16
VI. HECHOS RELEVANTES Y NORMAS APLICABLES.....	16
ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA	17
VII. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA:	17
VIII. SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA	24
IX. TERCER PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA	27
X. CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA	30
XI. QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA.....	39
XII. LAUDO	40



Resolución N° 24

En Lima, a los 28 días del mes de marzo de 2016, realizadas las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos del Demandante y del Demandado, este Árbitro Único dicta el presente Laudo de Derecho.

I. ANTECEDENTES

1.1. El 14 de noviembre de 2012, las partes celebraron el Contrato N° 001-2012-MDC/ABAST para el "Acondicionamiento del Circuito Turístico Pastoruri la Ruta del Cambio Climático en el Sector Carpa del Parque Nacional Huascarán, distrito de Catac – Recuay- Ancash", en adelante nos referimos a este contrato como "el Contrato".

1.2. La Cláusula Décimo Octava del Contrato dispone que:

" 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 el artículo 144°, 170°, 175°, 176°, 177°, 199°, 201°, 209°, 210° y 211° del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley (...)"

1.3. El 27 de octubre de 2014, en la sede del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, el Árbitro Único, el representante del demandante, el representante del demandado y el abogado Fidel Cuba Inga, Subdirector de Asuntos Administrativos Arbitrales, en representación de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, participaron en la Audiencia de Instalación del Árbitro Único, en ese mismo acto el Árbitro Único ratificó su aceptación, señalando que no tiene ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes, obligándose a desempeñar con imparcialidad y probidad la labor encomendada; y expresando la parte asistente su conformidad con la

designación realizada, manifestando que al momento de la realización de dicha audiencia no tiene conocimiento de alguna causa que pudiera motivar una recusación. En esta audiencia se dejó constancia de la inasistencia de los representantes de la Procuraduría Pública de la Entidad, a pesar de encontrarse debidamente notificados, por lo que se otorgó el plazo de cinco (5) días hábiles a la Entidad para que se apersona a través de su Procurador Público.

- 1.4. En esta Audiencia, a la que en lo sucesivo nos referiremos como el "Acta de Instalación", el Árbitro Único fijó las reglas de este arbitraje estableciendo que es uno ad hoc, nacional y de Derecho.
- 1.5. Así también, este Árbitro Único encargó la secretaría del proceso a Arbitre Soluciones Arbitrales S.R.L., quien a su vez designó a la abogada Lucía Mariano Valerio, estableciendo como sede del arbitraje la oficina ubicada en Calle Río de la Plata N° 167, Oficina 102, distrito de San Isidro, provincia y departamento de Lima.

II. LO ACTUADO EN EL PROCESO ARBITRAL

- 2.1. Mediante escritos N°s 1 y 2 presentados ambos el 3 de noviembre de 2014, el Consorcio solicitó dos medidas cautelares de no innovar, a través de la primera solicitaba la suspensión de todos los efectos de cualquier pedido o acto de ejecución de la Carta Fianza N° 000550031278, emitida por el Banco Financiero, a favor de la Entidad por el monto de S/. 434,149.47 y a través de la segunda, solicitaba la suspensión de todos los efectos de los actos de ejecución, cobro, endoso u otros destinados al uso de los fondos hasta por el monto de S/: 150,000.00 derivado de la Carta Fianza de Adelanto de Materiales N° 000563688017, ofreciendo para ellos los medios probatorios que detalló en los mencionados escritos.

- 2.2. Asimismo, mediante el escrito N° 3 de fecha 10 de noviembre de 2014, el Consorcio presentó su demanda, solicitando el reconocimiento de sus

pretensiones para lo cual ofreció los medios probatorios que detalló y adjuntó.

- 2.3. Luego, mediante Resolución N° 1 de fecha 14 de noviembre de 2014, se corrió traslado a la Entidad de las solicitudes presentadas por el Consorcio mediante los escritos N 1 y 2 de fecha 3 de noviembre de 2014, para que dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, manifieste lo conveniente a su derecho.
- 2.4. Asimismo, mediante Resolución N° 2 de fecha 14 de noviembre de 2014, se otorgó a la Entidad, nuevamente, el plazo de cinco (5) días hábiles para que cumpla con apersonarse con su Procurador Público y mediante Resolución N° 3 de fecha 14 de noviembre de 2014, entre otros, se admitió a trámite la demanda interpuesta por el Contratista, teniendo por ofrecidos los medios probatorios que la acompañan y corriéndose traslado de la misma a la Entidad para que en el plazo de diez (10) días hábiles presente su contestación a la demanda y, de considerarlo conveniente, formule reconvencción.
- 2.5. Luego, mediante el escrito N° 4 de fecha 26 de noviembre de 2014, la Entidad señaló que habiéndose corrido traslado de 2 solicitudes de medida cautelar presentadas por el Consorcio, presento sus absoluciones el 24 de noviembre de 2014, dentro del plazo y por error, ante el OSCE, adjuntando copia de los cargos de presentación, por lo que solicitó se tengan por presentadas dichas absoluciones. Asimismo, mediante los escrito N° 6 y 7, reiteró los argumentos de sus absoluciones a las medidas cautelares.
- 2.6. Asimismo, mediante el escrito N° 5 de fecha 28 de noviembre de 2014, la Entidad, a través de su Procurador Público, se apersonó al arbitraje y señaló su domicilio procesal, reiterando la situación descrita anteriormente.



- 2.7. Al respecto, mediante Resolución N° 4 de fecha 5 de enero de 2015, se tuvo presente lo informado por la Entidad mediante el escrito N° 4 y se tuvo presente las absoluciones de las medida cautelares presentadas mediante escritos N°s 6 y 7, asimismo, se tuvo por apersonado al Procurador Público de la Entidad.
- 2.8. Posteriormente, la Entidad mediante escrito de fecha 9 de diciembre de 2015, fuera del plazo otorgado, presento su contestación de demanda.
- 2.9. Ante ello, mediante Resolución N° 5 de fecha 9 de enero de 2015, entre otros, se tuvo presente, en lo que fuera de ley, lo señalado por la Entidad en su escrito de fecha 9 de diciembre de 2014, sin tener por ofrecidos los medios probatorios presentados adjuntos a dicho escrito.
- 2.10. Luego, mediante Resolución N° 6 de fecha 9 de enero de 2015 se declaró no ha lugar la solicitud de medida cautelar presentada por el Consorcio mediante el escrito N° 1 de fecha 3 de noviembre y, mediante Resolución N° 7 de fecha 9 de enero de 2015, se declaró no ha lugar la solicitud de medida cautelar presentada por el Consorcio mediante el escrito N° 2 de fecha 3 de noviembre.
- 2.11. Posteriormente, mediante escrito de fecha 13 de febrero de 2015, el Consorcio solicitó se resuelvan la solicitudes de medida cautelares presentadas mediante los escritos N°s 1 y 2, asimismo, mediante otro escrito presentado el 13 de febrero de 2015, el Consorcio manifestó su posición respecto a los argumentos que la Entidad expuso en su contestación de demanda.
- 2.12. Ante ello, mediante Resolución N° 8 de fecha 16 de febrero de 2015, se resolvió que el Consorcio debía estar a lo resuelto en las Resoluciones N°s 6 y 7, asimismo, se citó a ambas partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos para el día viernes 6 de marzo de 2015, a las 16:00 horas en la sede arbitral, otorgándoles un plazo de tres (3) días hábiles para que de estimarlo



conveniente, formulen sus propuestas de puntos controvertidos, las mismas que podrían ser recogidas o no por el Árbitro Único, a su discreción.

- 2.13. Atendiendo a ello, mediante los escritos de fecha 2 de marzo de 2015, la Entidad presentó su propuesta de puntos controvertidos y solicitó la postergación de la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos.
- 2.14. Por su parte, el Consorcio mediante los escritos de fecha 2 de marzo de 2015 presentó su propuesta de puntos controvertidos e interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 7 por la cual se declaró no ha lugar la solicitud de la medida cautelar presentada el 3 de noviembre de 2014.
- 2.15. A las 16:00 horas del 6 de marzo de 2015, con la participación del Árbitro Único y el Consorcio, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos. En este acto, se dejó constancia de la inasistencia de la Entidad, pese a haber sido debida y oportunamente notificada con fecha 25 de febrero de 2015, conforme al cargo de notificación que obra en el expediente, asimismo, se emitió la Resolución N° 9, mediante la cual, se tuvo presente en lo que corresponda las propuesta de puntos controvertidos presentadas por ambas partes, se declaró no ha lugar la solicitud de reprogramación de la referida audiencia por parte de la Entidad y, se tuvo presente el recurso de reconsideración interpuesto por el Consorcio, corriéndose traslado de ello a la Entidad, para que en el plazo de 5 días hábiles, manifieste lo conveniente a su derecho.
- 2.16. Asimismo, no se pudo llegar a un acuerdo conciliatorio debido a la inasistencia de la Entidad; no obstante, se dejó abierta la posibilidad de que las mismas logren entablar un acuerdo conciliatorio en cualquier etapa del arbitraje.



2.17. En dicha audiencia, en función de las pretensiones demandadas, el Árbitro Único determinó los puntos controvertidos, los cuales son los siguientes:

1. Determinar si corresponde o no reconocer el consentimiento de la Liquidación Técnica Financiera de la Obra elaborada por la Entidad con las observaciones formuladas por el Consorcio mediante Carta N°002-2014/CP/RL, con un saldo de Liquidación a favor de la Entidad ascendente a S/.69,542.36.
2. Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad la devolución de la Carta Fianza N°000550031278 de Fiel Cumplimiento de S/.434,149.47, emitida por el Banco Financiero, con vencimiento al 03-01-2015, entregada a la Entidad mediante Carta N°009-2014/CP/RL del 24-10-2014.
3. Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad la devolución del monto de S/.80,457.64 por concepto de saldo a favor del contratista de la carta fianza ejecutada N°000563688017 de Adelanto de Materiales de S/.150,000.00, emitida por el Banco Financiero, y de la cual la Entidad se debe hacer cobro del saldo de Liquidación a su favor ascendente a S/.69,542.36.

4. Como primera pretensión accesorio, determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el pago del lucro cesante y daño emergente como indemnización de los daños y perjuicios y la retención innecesaria de las cartas fianzas por el monto de S/.1'500,000.00.

5. Como segunda pretensión accesorio determinar a qué parte y en qué proporción les corresponde asumir los costos arbitrales.

- 2.18. Asimismo, en la citada audiencia se admitieron todos los medios probatorios ofrecidos conforme lo detallado a continuación:

Del Consorcio:

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Consorcio en su escrito de fecha 10 de noviembre de 2014, los mismo que se encuentran descritos en el acápite X "Medios Probatorios y Anexos" desde el numeral 1.B hasta el 1.M.

De la Entidad:

Se dejó constancia que mediante Resolución N° 5 de fecha 9 de enero de 2016, se resolvió no admitir a trámite las pruebas presentadas por la Entidad mediante escrito de fecha 9 de diciembre de 2014.

- 2.19. Finalmente, se citó a las partes a la Audiencia de Ilustración de Posiciones para el día lunes 16 de marzo de 2015 a las 17:00 horas.
- 2.20. Así las cosas, el 16 de marzo de 2015 a las 17:00 horas, reunidos el Árbitro Único, la secretaria arbitral y el Consorcio, se suspendió la citada audiencia, debido a la inasistencia de la Entidad, reprogramándose la misma para el día jueves 9 de abril de 2015.
- 2.21. Luego, mediante el escrito N° 7 de fecha 16 de marzo de 2015, la Entidad se apersonó y puso en conocimiento la designación del nuevo Alcalde, el señor José Luis Maguiña Ortiz, con la finalidad de que participe en las diferentes audiencias que se programen en el presente proceso.
- 2.22. De otro lado, mediante el escrito el escrito de N° 8 de fecha 16 de marzo de 2015, la Entidad interpuso recurso de reconsideración al Acta de la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos



Controvertidos, en el extremo relacionado a la convocatoria para la Audiencia de Ilustración de Posiciones.

- 2.23. Asimismo, mediante el escrito N° 9 de fecha 26 de marzo de 2015, la Entidad presentó su oposición ante la reconsideración formulada por el Consorcio contra la Resolución N° 7.
- 2.24. Por su parte, mediante el escrito de fecha 6 de abril de 2015, el Consorcio solicitó la reprogramación de la Audiencia de Ilustración de Posiciones.
- 2.25. Atendiendo a ello, mediante Resolución N° 10 de fecha 8 de abril de 2015, se tuvo presente lo informado por la Entidad en relación a la designación del Alcalde, el señor José Luis Maguiña Ortiz, se declaró no ha lugar el recurso de reconsideración presentado por la Entidad, se tuvo presente lo expuesto por la Entidad referido a la reconsideración formulada por el Consorcio contra la Resolución N° 7 y se tuvo presente el escrito presentado por el Consorcio, reprogramándose la Audiencia de Ilustración de Posiciones para el día 30 de abril de 2015 a las 14:30 en la sede arbitral.
- 2.26. Luego, mediante escrito de fecha 30 de abril de 2015, el Consorcio presentó nuevos medios probatorios los mismos que fueron detallados en el acápite "MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS".
- 2.27. El 30 de abril de 2015 a las 14:30 horas, reunidos el Árbitro Único, la secretaria arbitral y el Consorcio, se dejó constancia de la inasistencia de la Entidad, pese a haber sido debida y oportunamente notificada con fecha 14 de abril de 2015, conforme al cargo de notificación que obra en el expediente. Asimismo, se emitió la Resolución N° 12, mediante la cual se tuvo presente el escrito presentado por el Consorcio el 30 de abril de 2015 y se corrió traslado a la Entidad para que en el plazo de diez (10) días hábiles, manifieste lo conveniente a su derecho.



- 2.28. En seguida, se otorgó el uso de la palabra al Consorcio para que exponga los argumentos que sustentan su reconsideración contra la Resolución N° 7, la misma que resolvió la medida cautelar presentada por éste, luego expuso sus fundamentos fácticos y técnicos.
- 2.29. Luego, mediante escrito de fecha 22 de mayo de 2015, la Entidad absolvió el traslado conferido, señalando que se debería declarar no haber lugar los medios probatorios adicionales presentados por el Consorcio conforme a los argumentos que expuso en el referido escrito, así como manifestó su posición respecto a la primera y segunda pretensión accesoria de la demanda, las mismas que fueron ampliadas por el Consorcio en su escrito N° 10.
- 2.30. Al respecto, mediante Resolución N° 13 de fecha 3 de junio de 2015, se admitieron como medios probatorios, los documentos detallados en el acápite "MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS" del escrito de fecha 30 de abril de 2015, asimismo se tuvo presente el escrito de fecha 22 de mayo de 2015, presentado por la Entidad.
- 2.31. Posteriormente, mediante Resolución N° 14, se suspendió el proceso arbitral por diez (10) días hábiles, el mismo que solo podría ser levantado con la verificación de los pagos correspondientes al Árbitro Único y a la Secretaría Arbitral.
- 2.32. Ante ello, mediante el escrito de fecha 14 de julio de 2015, el Consorcio cumplió con acreditar el pago correspondiente al segundo anticipo de honorarios arbitrales del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral en la parte que le correspondía, solicitando se continúe con el presente arbitraje.
- 2.33. Atendiendo a ello, mediante Resolución N° 15 de fecha 14 de julio de 2015, entre otros, se tuvo por acreditado el pago del segundo anticipo de honorarios arbitrales por parte del Consorcio, en consecuencia, se

levantó la suspensión del proceso arbitral y se continuó con su tramitación correspondiente.

- 2.34. Posteriormente, mediante el escrito de fecha 22 de julio de 2015, el Consorcio, presentó su posición respecto al escrito de fecha 22 de mayo de 2015.
- 2.35. Al respecto, mediante Resolución N° 16 de fecha 13 de agosto de 2015, se tuvo presente el escrito presentado por el Consorcio y se otorgó a las partes el plazo adicional de diez (10) días hábiles, a fin de que presenten los documentos adicionales que consideren pertinente para acreditar sus posiciones. Ante ello, mediante el escrito de fecha 28 de agosto de 2015, el Consorcio presentó documentación adicional que acredita su posición.
- 2.36. Luego, mediante Resolución N° 17 de fecha 21 de setiembre se declaró infundado el recurso de reconsideración planteado contra la Resolución N° 7 por el Consorcio, asimismo, mediante Resolución N° 18 de fecha 22 de setiembre, se tuvo por ofrecidos los medios probatorios presentados por el Consorcio y se corrió traslado de ellos a la Entidad, para que se pronuncie al respecto, además, se dejó constancia que la Entidad no presentó documentación adicional.
- 2.37. Posteriormente, mediante el escrito de fecha 21 de octubre de 2015, la Entidad solicitó se le otorgue un plazo de 10 días hábiles a fin de cumplir con absolver el traslado conferido mediante Resolución N° 18.
- 2.38. Ante ello, mediante Resolución N° 19, se tuvo presente lo expuesto por la Entidad y se le otorgó el plazo de ocho (8) días hábiles para que cumpla con absolver el traslado conferido mediante Resolución N° 18.
- 2.39. Al respecto, mediante el escrito de fecha 17 de noviembre de 2015, la Entidad cumplió con absolver el traslado conferido mediante Resolución N° 18 en los términos que ahí precisa adjuntando un documento



denominado "Observaciones al Informe Pericial Técnico Económico Contable".

- 2.40. Atendiendo a ello, mediante Resolución N° 20 de fecha 30 de noviembre de 2015, se tuvo por absuelto el traslado conferido mediante Resolución N° 18, por parte de la Entidad, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Consorcio mediante el escrito de fecha 18 de agosto de 2015, se prescindió de la Audiencia de Pruebas y, se declaró cerrada la etapa probatoria, concediéndose a las partes el plazo de cinco (5) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos, y a la Entidad el de tres (3) días hábiles, para que cumpla con acreditar el registro en SEACE de los nombres y apellidos del Árbitro Único.
- 2.41. Ante ello, mediante el escrito de fecha 10 de diciembre de 2015, el Consorcio presentó sus alegatos escritos.
- 2.42. Al respecto, mediante Resolución N° 21 de fecha 30 de diciembre de 2015, se tuvo por presentados los alegatos escritos por parte del Consorcio y se dejó constancia de que la Entidad no presentó los suyos, se declaró cerrada la etapa de instrucción y se estableció el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, el mismo que podría ser prorrogado por treinta (30) días hábiles adicionales, a entera discreción del Árbitro Único, asimismo, se requirió, nuevamente, a la Entidad para que para que, en el plazo de tres (3) días hábiles, cumpla con acreditar el registro en SEACE de los nombres y apellidos del Árbitro Único, bajo apercibimiento de informar a los órganos de control correspondientes.
- 2.43. Posteriormente, mediante escritos de fecha 31 de diciembre de 2015, la Entidad presentó sus alegatos escritos y amplió los mismos, respectivamente, adjuntando el documento elaborado por la C.P.C. Elizabeth Espíritu Castillo.



2.44. Al respecto, mediante Resolución N° 22 de fecha 13 de enero de 2016, se resolvió que la Entidad se esté a lo resuelto en la Resolución N° 21, sin perjuicio de ello, se tuvo presente lo expuesto por la Entidad en ambos escritos.

2.45. Finalmente, mediante Resolución N° 23 de fecha 2 de febrero de 2016, se prorrogó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales, computados a partir de finalizado el primer plazo. En consecuencia, el plazo para laudar vencerá indefectiblemente el 28 de marzo 2016.

III. COSTOS DEL PROCESO

3.1. En lo referente a los costos arbitrales, estos fueron fijados en los numerales 52 y 53 del Acta de Instalación del Arbitraje en la suma neta de S/. 13,000.00 netos para el Árbitro Único y en S/. 7,500.00 netos para la secretaria arbitral, debiendo cada parte asumir el 50% de dichos montos.

3.2. Mediante Resolución N° 4, se tuvo por acreditado el pago de los honorarios del Árbitro Único, por parte de la Entidad.

3.3. Mediante Resolución N° 11, se estableció un segundo anticipo de honorarios para el Árbitro único ascendente a la suma neta de S/. 15,301.12 y para la Secretaría Arbitral ascendente a suma de S/. 8,449.80, incluido IGV, debiendo cada parte asumir el 50% de dichos montos.

Mediante Resolución N° 15, se tuvo por acreditado el pago del segundo anticipo de honorarios arbitrales en la parte que le correspondía al Consorcio.

3.5. Mediante Resolución N° 16, se tuvo por acreditado el pago del primer anticipo de honorarios arbitrales en la parte que le correspondía al Consorcio y el pago del primer y segundo anticipo de honorarios de la

Secretaría Arbitral y, el segundo anticipo de honorarios del Árbitro Único, en la parte que le correspondía a la Entidad.

IV. PUNTOS CONTROVERTIDOS DEL PROCESO

4.1. Las pretensiones contenidas en la demanda han sido fijadas como puntos controvertidos en los siguientes términos:

1. Determinar si corresponde o no reconocer el consentimiento de la Liquidación Técnica Financiera de la Obra elaborada por la Entidad con las observaciones formuladas por el Consorcio mediante Carta N°002-2014/CP/RL, con un saldo de Liquidación a favor de la Entidad ascendente a S/.69,542.36.
2. Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad la devolución de la Carta Fianza N°000550031278 de Fiel Cumplimiento de S/.434,149.47, emitida por el Banco Financiero, con vencimiento al 03-01-2015, entregada a la Entidad mediante Carta N°009-2014/CP/RL del 24-10-2014.
3. Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad la devolución del monto de S/.80,457.64 por concepto de saldo a favor del contratista de la carta fianza ejecutada N°000563688017 de Adelanto de Materiales de S/.150,000.00, emitida por el Banco Financiero, y de la cual la Entidad se debe hacer cobro del saldo de Liquidación a su favor ascendente a S/.69,542.36.
4. Como primera pretensión accesoria, determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el pago del lucro cesante y daño emergente como indemnización de los y la retención innecesaria las cartas fianzas por el monto de S/.1'500,000.00.



5. Como segunda pretensión accesoria determinar a qué parte y en qué proporción les corresponde asumir los costos arbitrales.

V. DECLARACIONES PRELIMINARES

- 5.1. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde remarcar lo siguiente:

- (i) El Árbitro Único se ha instalado de conformidad con las normas que regulan la contratación estatal y con la conformidad de las partes.
- (ii) El Consortio interpuso su demanda dentro del plazo previsto, ofreciendo las pruebas correspondientes.
- (iii) La Entidad fue debidamente emplazado con la demanda, sin haberla contestado en el plazo correspondiente.
- (iv) Las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer sus pruebas.
- (v) Se han analizado todas las afirmaciones y todas las pruebas admitidas en el proceso, otorgándoles el mérito que les corresponde aun cuando no se haga mención expresa de ellas en este Laudo.
- (vi) El presente Laudo de Derecho se emite dentro del plazo previsto en el Acta de Instalación.

VI. HECHOS RELEVANTES Y NORMAS APLICABLES

- 6.1. El 14 de noviembre de 2012, las partes celebraron el Contrato N° 001-2012-MDC/ABAST, el cual tenía por objeto el "Acondicionamiento del Circuito Turístico Pastoruri la Ruta del



Cambio Climático en el Sector Carpa del Parque Nacional
Huascarán, distrito de Catac – Recuay- Ancash”.

- 6.2. En dicha Contrato se estableció que la vigencia del mismo sería a partir del día siguiente de la suscripción del mismo hasta el consentimiento de la liquidación final de la obra.
- 6.3. Además de ello, la Cláusula Décimo Octava del Contrato dispone que:

“ 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 el artículo 144°, 170°, 175°, 176°, 177°, 199°, 201°, 209°, 210° y 211° del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley (...)”

ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

VII. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA:

Determinar si corresponde o no reconocer el consentimiento de la Liquidación Técnica Financiera de la Obra elaborada por la Entidad con las observaciones formuladas por el Consorcio mediante Carta N°002-2014/CP/RL, con un saldo de Liquidación a favor de la Entidad ascendente a S/.69,542.36.

POSICIÓN DEL CONSORCIO:

- 7.1. Conforme lo establece el cuarto párrafo del art. 211° del Reglamento, la Entidad tenía el plazo de 15 días calendario de recibidas las observaciones para pronunciarse, plazo que venció indefectiblemente el 22 de febrero de 2014, sin embargo hasta dicha fecha no recibió ninguna comunicación de la Entidad razón por lo cual la Liquidación Final de Obra elaborada por la Entidad



con las observaciones formuladas por el Consorcio mediante Carta N°002-2014/CP/RL quedó consentida. Situación que hizo saber a la Entidad mediante Carta N° 004-2014/CP/RL recibida por la Entidad el 19-03-2014, y a través de la cual además solicitó la devolución de las Cartas Fianzas de Fiel Cumplimiento y Adelanto de Materiales, toda vez que el contrato quedaba concluido.

7.2. Con fecha 26-03-2014 recibió bajo puerta de su domicilio una Carta Notarial de la Entidad remitiéndole la supuesta subsanación a las observaciones, que, en opinión del Consorcio, a todas luces es extemporánea e inválida puesto que la Liquidación con sus observaciones ya había quedado consentida conforme a lo expuesto en el considerando anterior el 22 de Febrero de 2014.

7.3. Que, en la mencionada carta notarial de la Entidad también se pudo advertir que se incluía una ilegal penalidad al Consorcio que no fue considerada en la primera Liquidación que la propia Entidad elaboró y remitió en enero de 2014, hecho que también deviene en inválido toda vez que el acto de Liquidación es único e integral, no estando contemplado en la normativa de contrataciones la posibilidad de incluir unilateralmente nuevos conceptos de los considerados inicialmente. Por lo que también resulta irregular, en este sentido, la comunicación notarial de la Entidad con supuesta subsanación de observaciones.

En la referida carta notarial de la Entidad además se menciona extrañamente que la Entidad había intentado notificar al Consorcio hasta en 3 oportunidades de la subsanación de observaciones desde el 26 de Febrero, adjuntando inclusive la supuesta Carta fechada en febrero con sellos de la notaria que certifican la fecha, lo que le resulta por demás extraño puesto que la misma Notaría y la Entidad ya habían notificado un sin número de documentos en su domicilio, siendo posible dejarlo bajo puerta en caso nadie atiende al llamado; por lo que considera que no es más que una estrategia

legal para tratar de justificar la falta de pronunciamiento de la Entidad frente a las observaciones en el plazo de ley.

- 7.5. Finalmente, en relación a este documento de la Entidad, y como muestra de la irregularidad del mismo y su extemporaneidad e invalidez, es el mismo hecho de haber señalado que se intentó notificar supuestamente la carta notarial desde el 26 de febrero, sin embargo, el plazo de la Entidad para pronunciarse frente a las observaciones del Consorcio a la liquidación venció el 22 de febrero de 2014, por lo que incluso en el supuesto negado de considerar válida la notificación del 26 de febrero, ya resultaba extemporánea la comunicación de la Entidad.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

- 7.6. Si bien contaba con el plazo de quince días para pronunciarse, es errado el cómputo que hace el Consorcio, en el sentido que su plazo vencía el 22 de febrero de 2014.
- 7.7. El error del Consorcio deriva en una interpretación errada de la ley, pues considera que los días deben computarse como días calendarios. No teniendo en cuenta que diversos artículos de la Ley de Contrataciones del Estado establecen plazos en días hábiles, como se observa de los Arts. 144, 146, 148, 152, 170, 175, 176, 212, etc.
- 7.8. En ese sentido, de conformidad al Art. 142 del Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, solo en ausencia de éstas, las de derecho privado, en observancia de ello, las normas del derecho público prevén que cuando el plazo es señalado por días se entenderá por hábiles consecutivo, excluyendo del cómputo aquellos no laborables.



- 7.9. Por otro lado, de conformidad con el Art. 211° del Reglamento hay que tener en cuenta que no es lo mismo pronunciarse con notificar, es decir, que la Entidad debía expresar una decisión dentro de los 15 días hábiles, lo que es diferente a notificar esa decisión.
- 7.10. Además siendo que no se pudo notificar al Consorcio, porque, en opinión de la Entidad, éste eludió la notificación, lo que evidencia que las observaciones del Consorcio no quedaron consentidas.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO:

- 7.11. Conforme lo actuados, se evidencia que la Entidad remitió al Consorcio la Liquidación Técnica Financiera de la Obra, con fecha 24.01.2014, atendiendo a ello, el Consorcio con fecha 07.02.2014, formuló las observaciones a la Liquidación en el plazo de 15 días, mediante carta N° 002-2014/CP/RL recepcionada el 07.02.2014, donde se establecía un saldo a favor de la Entidad de S/. 69,542.36 Nuevos Soles.
- 7.12. Es así que, tratándose la presente controversia sobre el consentimiento de la liquidación de un Contrato de Obra, es preciso remitirnos al artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que establece lo siguiente:



"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 vigente de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo máximo de sesenta (60) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo 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. En el caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquélla 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 185 REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO ofertados; mientras que en las obras contratadas bajo el sistema a 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" (el resaltado es nuestro)

- 7.13. Atendiendo a ello, se desprende que para determinar si corresponde o no reconocer el consentimiento de la Liquidación Técnica Financiera de la Obra elaborada por la Entidad con las observaciones planteadas por el Consorcio es necesario que se configuren los siguientes actos:



1. Que la Entidad haya elaborado la liquidación dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra.
2. Que, el Contratista realice observaciones a la liquidación de la Entidad dentro de los quince (15) días siguientes de recibida ésta.
3. Que, la Entidad no se pronuncie respecto de las observaciones dentro del plazo de los quince (15) días de haber recibido la observación.

7.14. De ello que, si la Entidad no levantara las observaciones realizadas por el Consorcio dentro del plazo correspondiente (15 días), esta liquidación quedaría aprobada incluyendo las observaciones realizadas por el Consorcio.

7.15. En ese sentido, este Árbitro Único advierte que, el Consorcio fue notificado con la liquidación efectuada por la Entidad, el 24.01.14.

7.16. Ahora bien, el Consorcio señala que notificó a la Entidad con las observaciones a la liquidación de obra el 07.02.14, lo cual se comprueba de la revisión de los medios probatorios que obran en el expediente, en ese sentido, se verifica que el Consorcio cumplió con formular observaciones a la liquidación dentro del plazo establecido, en consecuencia, debemos tener por cumplido el segundo punto.

7.17. Respecto al último punto, y como se había señalado, se debe verificar si la Entidad levantó o no las observaciones planteadas por el Consorcio dentro del plazo de quince (15) días, con lo que se podría determinar si corresponde tener por aprobada la liquidación incluyendo o no las observaciones del Consorcio. Al respecto, lo que efectivamente se comprueba, es que la Entidad, recién notificó al Consorcio con el levantamiento de las observaciones efectuadas a la liquidación, el 26.03.14, cuando el plazo ya había vencido



largamente, pues atendiendo a la fecha en que se notificó las observaciones por parte del Consorcio a la Entidad (07.02.2014), este venció el 22.02.2014.

- 7.18. Al respecto, la Entidad señala que en reiterados oportunidades había intentado notificar sin éxito al Consorcio, siendo la fecha del primero de los intentos el 26.02.14, aduciendo que, el Consorcio había evitado ser notificado y que esta primera notificación se encontraba dentro del plazo, puesto los quince días con los que contaba debían computarse como hábiles y no calendarios.
- 7.19. En ese sentido, el Árbitro Único discrepa de lo manifestado por la Entidad, quien sostiene que el plazo de quince (15) para pronunciarse respecto a las observaciones, son días hábiles, ello pues, conforme al artículo 151º del mismo Reglamento, durante la vigencia del Contrato, los plazos se computan en días calendario, excepto en los casos en los que el Reglamento indique lo contrario, excepción esta última que no está contenida en el artículo 211º, por lo que el plazo para que la Entidad se pronuncie sobre las observaciones a la Liquidación, formuladas por el Consorcio, venció el 22.02.2014, indefectiblemente.
- 7.20. Sin embargo, la Entidad emite una carta notarial de fecha 26.02.2014; que es recepcionada por el Consorcio el 26.03.2014, la misma que al no haber sido notificada dentro del plazo legal establecido de 15 días calendario no surte efectos legales, siendo la Entidad la responsable de verificar el deber de cuidado de las acciones legales que plantea.
- 7.21. Atendiendo a ello, se verifica que la Liquidación Técnica Financiera de la Obra elaborada por la Entidad con las observaciones formuladas por el Consorcio mediante Carta N°002-2014/CP/RL, con un saldo de Liquidación a favor de la Entidad ascendiente a S/. 69,542.36, quedó consentida al vencimiento del plazo legal, motivo



por el cual la pretensión del Consorcio debe declararse fundada y, en consecuencia, reconocer el consentimiento de la Liquidación Técnica Financiera de la Obra elaborada por la Entidad con las observaciones formuladas por el Consorcio mediante Carta N°002-2014/CP/RL, con un saldo de Liquidación a favor de la Entidad ascendente a S/. 69,542.36.

VIII. SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA

Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad la devolución de la Carta Fianza N°000550031278 de Fiel Cumplimiento de S/.434,149.47, emitida por el Banco Financiero, con vencimiento al 03-01-2015, entregada a la Entidad mediante Carta N°009-2014/CP/RL del 24-10-2014.

POSICIÓN DEL CONSORCIO:

8.1. El Consorcio reitera que mediante Carta N° 004-2014/CP/RL comunicó a la Entidad que la Liquidación del Contrato de Obra que elaboraron había quedado consentida con las observaciones planteadas, ante su falta de pronunciamiento en el plazo de ley, asimismo, señaló que según lo establecido por el artículo 212° del Reglamento de la Ley de Contrataciones concordante con el artículo 158° del mismo cuerpo normativo que establecen que con la Liquidación consentida culmina definitivamente el contrato y se cierra el expediente, ya no se encontraba obligado a mantener la vigencia de nuestras cartas fianzas de fiel cumplimiento y adelanto de materiales, por lo que requiere la devolución de sus garantías.

8.2. Con fecha 24 de octubre 2014 alcanzó a la Entidad la última renovación de la Carta Fianza N° 000550031278, emitida por el Banco Financiero – Oficina de Jr. Sucre N°824 – Huaraz, a favor de la Entidad, por el monto de S/. 434,149.47, la cual garantiza el fiel



cumplimiento del Contrato, la cual se encuentra vigente hasta el 03 de enero de 2015.

- 8.3. En ese sentido, toda vez que la Liquidación de Obra elaborada por la Entidad quedó consentida con las observaciones planteadas y la Entidad se ha hecho cobro del saldo a favor de la mencionada Liquidación a través de la ejecución de la referida Carta Fianza de adelanto de materiales, de conformidad con lo establecido por el artículo 212° del Reglamento de la Ley de Contrataciones concordante con el artículo 158° del mismo cuerpo normativo es que la Entidad debe cumplir con devolver la Carta Fianza N°000550031278 de Fiel Cumplimiento de S/.434,149.47, emitida por el Banco Financiero, con vencimiento al 03-01-2015, cuya última renovación fue entregada a la Entidad mediante Carta N°009-2014/CP/RL del 24-10-2014, la misma que ha sido retenida ilegalmente desde su requerimiento.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

- 8.4. Siendo que las observaciones efectuadas por el Consorcio, no fueron consentidas, sino que fueron absueltas por su parte, el Consorcio tenía que someter a arbitraje la liquidación y no lo ha hecho, motivo por el que nuestra liquidación surte plenos efectos y no tiene obligación de devolver la carta fianza de fiel cumplimiento, sino el derecho de ejecutarla.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO:

- 8.5. Respecto a la devolución de la Carta Fianza N°000550031278 de Fiel Cumplimiento de S/.434,149.47, es necesario observar lo que dispone el artículo 212° del Reglamento:



"Luego de haber quedado consentida la liquidación y efectuado el pago que corresponda, culmina definitivamente el contrato y se cierra el expediente respectivo".

- 8.6. Asimismo, el artículo 149 del Reglamento referido a la Vigencia de Contrato, estipula :

"En el caso de ejecución y consultoría de obras, el contrato rige hasta el consentimiento de la liquidación y se efectúe el pago correspondiente".

- 8.7. De lo dispuesto en el reglamento se desprende que luego de haberse declarado el consentimiento de la liquidación, se tiene por terminado el Contrato, correspondiente el archivo del expediente, en consecuencia, correspondería que, la Entidad devuelva las cartas fianzas al Consorcio, entregadas en garantía, puesto que solo se encontraban en su custodia. De hecho el Reglamento solo establece que, ante un incumplimiento o falta de renovación, lo que procede es solicitar la ejecución de las cartas fianzas ante la Entidad financiera que las emitió.

- 8.8. Al respecto, OSCE¹ es de la opinión que cuando la liquidación ha quedado consentida, corresponde que el monto ejecutado le será devuelto al Consorcio sin dar lugar al pago de intereses, aunque en el presente caso no se haya alegado que la carta fianza en referencia haya sido ejecutada, la opinión de OSCE reafirma la posición de este Árbitro Único, puesto que sí corresponde la devolución de una carta fianza de fiel cumplimiento incluso cuando esta ha sido ejecutada, con más razón correspondería la devolución si no ha habido ejecución.



¹ ENRÍQUEZ ANAYA, Manuel Raúl y MURILLO HERRERA Carmen Manoli. Capítulo 2 del Módulo 4.- Las Garantías en la Ejecución Contractual y Penalidades en <http://www.aulavirtualosce.com/2010/09/capitulo-2-del-modulo-4-las-garantias.html>

8.9. En ese sentido, siendo que en el punto controvertido anterior se reconoció el consentimiento de la Liquidación Técnica Financiera de la Obra elaborada por la Entidad con las observaciones formuladas por el Consorcio, corresponde declarar fundada la presente pretensión, en consecuencia, ordenar a la Entidad la devolución de la Carta Fianza N°000550031278 de Fiel Cumplimiento de S/.434,149.47, emitida por el Banco Financiero, con vencimiento al 03-01-2015, entregada a la Entidad mediante Carta N°009-2014/CP/RL del 24-10-2014.

IX. TERCER PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA

Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad la devolución del monto de S/.80,457.64 por concepto de saldo a favor del contratista de la carta fianza ejecutada N°000563688017 de Adelanto de Materiales de S/.150,000.00, emitida por el Banco Financiero, y de la cual la Entidad se debe hacer cobro del saldo de Liquidación a su favor ascendente a S/.69,542.36.

POSICIÓN DEL CONSORCIO:

9.1. Como ya lo ha señalado, mediante Carta N°004-2014/CP/RL, comunicó a la Entidad que la Liquidación de Obra que ésta elaboró había quedado consentida con las observaciones planteadas ante su falta de pronunciamiento en el plazo de ley, asimismo, señaló que según lo establecido por el artículo 212° del Reglamento concordante con el artículo 158° del mismo cuerpo normativo que establecen que con la Liquidación consentida culmina definitivamente el contrato y se cierra el expediente, ya no se encontraba obligado a mantener la vigencia de las cartas fianzas de fiel cumplimiento y adelanto de materiales, por lo que requirió la devolución de sus garantías. Pese a tal requerimiento y otros posteriores, la Rntidad no hizo devolución oportuna de dichas fianzas.



- 9.2. Con fecha 06 de marzo de 2014 por medio de la Carta N°003-2014/CP/RL alcanzó a la Entidad la última renovación de la Carta Fianza N° 000563688017 de Adelanto de Materiales, emitida por el Banco Financiero – Oficina de Jr. Sucre N°824 – Huaraz, a favor de la Entidad, por el monto de S/. 150,000.00, en relación al Contrato, la cual se encontraba vigente hasta el 14 de agosto de 2014.
- 9.3. Resulta que, el Consorcio tomó conocimiento de los constantes requerimientos de la Entidad al Banco Financiero para la ejecución de las cartas fianzas como consta de los documentos adjuntos al escrito de demanda, alegando que *"CONSORCIO PASTORURI ha faltado al fiel cumplimiento de la licitación pública (...)"*, señalando en otro extremo de sus cartas que *"existe controversia respecto de las obligaciones incumplidas (...) motivo por el cual este último ha iniciado un proceso arbitral"*, lo que señala es totalmente falso, puesto que el motivo del inicio del proceso arbitral es el reconocimiento del consentimiento de la liquidación y consecuentemente la devolución de las fianzas, entre otros.
- 9.4. Que, tales comunicaciones, han generado que la Entidad financiera niegue la posibilidad de renovación de la Carta Fianza de Adelanto de Materiales ante una inminente ejecución de un cliente riesgoso por incumplimiento de contrato, que es la calificación negativa actual del Consorcio, en el sistema financiero; razón por la que al no haber podido renovar la carta fianza de adelanto de materiales la Entidad ha requerido la ejecución de la misma por tal motivo, insistiendo sin embargo en señalar en su carta de requerimiento al banco, que el Consorcio ha incumplido con sus obligaciones y que el arbitraje se ha originado por dicho motivo.
- 9.5. Es por ello, que la Entidad ejecuta la mencionada fianza de adelanto de materiales por la totalidad del valor de la fianza, esto es S/.150,000.00 pese a que por materiales a la Entidad se le tenía

que reconocer un monto muchísimo menor (S/.69,542.36), según el saldo de la Liquidación con observaciones consentida como ya se ha expuesto. Y a pesar de esto y de los requerimientos efectuados la Entidad hasta la fecha no ha devuelto el saldo de esa fianza ejecutada (S/.80,457.64), por lo que deberá ordenarse a la Entidad la devolución al Consorcio del monto de S/.80,457.64 por saldo a su favor de la carta fianza de adelanto de materiales ejecutada, y de la cual se hará cobro la Entidad de su saldo a favor resultante de la Liquidación Final de Obra con observaciones consentida.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

- 9.6. Manifiesta que su posición es la misma que respecto del punto controvertido anterior.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO:

- 9.7. En cuando a este punto controvertido, es necesario remitirnos a lo dispuesto en el artículo 164° del Reglamento referido a la ejecución de las cartas fianzas, el mismo que establece lo siguiente:

"1. Cuando el contratista no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento. Contra esta ejecución, el contratista no tiene derecho a interponer reclamo alguno.

Una vez culminado el contrato, y siempre que no existan deudas a cargo del contratista, el monto ejecutado le será devuelto a éste sin dar lugar al pago de intereses. Tratándose de las garantías por adelantos, no corresponde devolución alguna por entenderse amortizado el adelanto otorgado (...)"

- 9.8. Al respecto el Consorcio señala que esta carta fue ejecutada por la Entidad, por la no renovación de dicha carta, lo cual, según el Consorcio, se originó ante la negativa de la Entidad a permitirle renovación de la Carta Fianza de Adelanto de Materiales ante una



inminente ejecución de un cliente riesgoso por incumplimiento de contrato.

- 9.9. Siendo dicha negativa producto de las Cartas Notariales remitidas al Banco financiero con fecha 10 de julio de 2014 y 18 de agosto de 2014, en las cuales, la Entidad señalaba que existían controversias respecto al cumplimiento del Contrato por parte del Consorcio y que incluso, el Consorcio había iniciado un proceso arbitral.
- 9.10. En ese sentido, este Árbitro Único considera que, no existe suficiente certeza en que los requerimientos de la Entidad han sido la causa para que la Entidad financiera se niegue a renovar la carta fianza de adelanto, siendo que el Consorcio no ha acreditado las acciones asumidas a efectos de renovar oportunamente y conforme a ley la Carta Fianza de Adelanto de Materiales.
- 9.11. Asimismo, atendiendo al carácter de la carta fianza en referencia - una por adelanto de materiales- OSCE ² ha sido claro al manifestar que, a pesar de haberse declarado el consentimiento de la liquidación, en el caso de las garantías por adelantos, no corresponde devolución alguna, porque se considera amortizado el adelanto otorgado.
- 9.12. En ese sentido, corresponde declarar infundada la presente pretensión, en consecuencia, no corresponde ordenar a la Entidad la devolución del monto de S/.80,457.64 por concepto de saldo a favor del contratista de la carta fianza ejecutada N°000563688017 de Adelanto de Materiales de S/.150,000.00..

X.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA



² ENRÍQUEZ ANAYA, Manuel Raúl y MURILLO HERRERA Carmen Manoli. Capítulo 2 del Módulo 4.- Las Garantías en la Ejecución Contractual y Penalidades en <http://www.aulavirtualosce.com/2010/09/capitulo-2-del-modulo-4-las-garantias.html>

Como primera pretensión accesoria, determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el pago del lucro cesante y daño emergente como indemnización de los daños y perjuicios y la retención innecesaria de las cartas fianzas S/.1'500,000.00.

POSICIÓN DEL CONSORCIO:

- 10.1. De determinarse que efectivamente la Liquidación elaborada por la Entidad con las observaciones planteadas por el Consorcio quedó consentida con fecha 22 de Febrero de 2014 en que venció el plazo para la Entidad para pronunciarse al respecto, se deberá ordenar a la Entidad el pago del lucro cesante y daño emergente como indemnización de los daños y perjuicios causados al Consorcio y las empresas que lo integran.
- 10.2. Esto pues, en opinión del Consorcio, es el ilegal y arbitrario proceder de la Entidad al negarse a reconocer lo expuesto generando que se vea forzado a recurrir a un arbitraje largo y costoso con el cual además del gasto que este procedimiento arbitral implica (por pago de honorarios arbitrales, de abogados, tasas administrativas, costos de viaje, alojamiento, entre otros) y el gasto de renovación innecesaria de cartas fianza, también ha generado un lucro cesante puesto que el Consorcio y las empresas que lo integran han dejado de participar y contratar en diversos procesos de selección puesto que se debe desplegar todos sus recursos, tiempo y personal en solucionar las controversias sometidas a arbitraje, así mismo el hecho de encontrarse retenidas ilegalmente hasta por el monto de S/.584,149.47, con una garantía de inmuebles y efectivo para poder obtener dichas fianzas ascendente a S/. 1'850,000.00 -las mismas que hasta la fecha no se pueden liberar por la ilegal retención de la fianza de fiel cumplimiento y la ejecución de la fianza de adelanto de materiales- ha impedido que el Consorcio y las empresas que lo integran cuenten con los recursos necesarios para participar en procesos de selección cuyos requisitos eran cumplidos largamente.



por lo que se ve obligado a no poder participar en dichos procesos dejando de percibir importantes utilidades; esto sin perjuicio del daño al nombre e imagen del Consorcio y empresas integrantes las cuales antes no se han visto involucradas en ninguna situación similar menos aun arbitrajes o ejecución de fianzas en el banco lo que repercute también en un daño económico.

- 10.3. Asimismo, se debe considerar los gastos de renovación (comisiones, intereses, cargos, portes, mantenimiento, entre otros conceptos) desde el 19-03-2014 hasta la fecha en que se ejecutó la carta Fianza de Adelanto de Materiales, cuya información deberá proporcionar la Entidad quien solicitó la ejecución; así mismo se debe considerar los gastos de renovación desde el 19-03-2014 hasta la última renovación de la carta fianza de Fiel Cumplimiento que el Consorcio efectúe una vez concluido el presente arbitraje. Para ello, adjuntó un cálculo aproximado como referencia a este concepto que incluido en la indemnización por daños y perjuicios.
- 10.4. Como parte de su pretensión de indemnización por daños y perjuicios, señala que concurren los cuatro elementos esenciales: Comportamiento dañoso, el Daño causado, la Culpabilidad y la Relación causal.
- 10.5. Así, respecto al comportamiento dañoso, está demostrado que la Entidad se ha negado a reconocer el consentimiento de la liquidación con las observaciones planteadas por el Consorcio, pese a que oportunamente le hizo saber, y pese a estar establecida legalmente esta consecuencia en el Reglamento, por lo que como consecuencia del accionar de la Entidad se condujo a resultados perjudiciales para el Consorcio y sus integrantes, que como se ha señalado consisten entre otros en los gastos del arbitraje, de renovación innecesaria de fianzas, de imposibilidad de retirar nuestras garantías de las fianzas, y la imposibilidad de contratar en nuevos procesos de selección.

- 10.6. Que, respecto al Daño, entendido como el menoscabo padecido o el deterioro sufrido por el Consorcio y sus integrantes, está demostrado que se produjeron como consecuencia de la intervención del elemento anterior. Este daño queda acreditado con lo expuesto a lo largo de la presente demanda, así mismo la documentación adjunta que prueba los gastos por renovaciones innecesarias de las cartas fianzas, la retención de las garantías de la fianza que no permite la libre disposición de dichos recursos, y la no participación en procesos de selección, entre otros como el daño a su nombre e imagen que no pueden ser cuantificados con exactitud, pero finalmente un daño demostrado que asciende a la suma de S/.11'0397,967.13, según cálculo y sustentos que adjuntaron a la presente demanda.
- 10.7. Que, respecto a la Culpabilidad, entendida como la valoración de una determinada acción u omisión para establecer si es reprochable o no a su autor, queda claro que aun hasta la fecha la Entidad viene actuando de mala fe al desconocer el consentimiento de la liquidación con observaciones en los términos ya expuestos, inclusive con el hecho remitirnos una supuesta subsanación de observaciones de modo extemporáneo alegando que se intentó notificar en varias oportunidades e incluyendo una nueva penalidad, y de solicitar la ejecución de las cartas fianzas alegando falsamente que se trataba de un incumplimiento de obligaciones de parte del Consorcio.
- 10.8. Que, sobre la Relación Causal, elemento que configura el nexo de unión entre el comportamiento dañoso y el daño, este queda demostrado por las directas consecuencias causadas al Consorcio y empresas integrantes originadas desde la negativa de la Entidad a reconocer el consentimiento de la liquidación con observaciones y la indebida retención de nuestras cartas fianzas. En ese sentido, ha mediado una relación directa causa –efecto, por el ilegal actuar de



la Entidad generando un menoscabo patrimonial en la demandante.

- 10.9. Que, en ese sentido se han presentado los cuatro (04) elementos esenciales: Comportamiento dañoso, el daño causado, la Culpabilidad y la Relación causal, por lo que ante ese ilegal proceder de la Entidad y la retención innecesaria de nuestras fianzas, se le debe reconocer una Indemnización por los daños y perjuicios causados ascendente a la suma de S/.1'500,000.00

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

- 10.10. Siendo que en su opinión, las pretensiones principales del Consorcio son improcedentes, las accesorias deben seguir la suerte de dichas pretensiones.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO:

- 10.11. El Consorcio solicita el pago de una indemnización por daños y perjuicios que la Entidad le ha causado.
- 10.12. Al respecto, el Árbitro Único considera que a efectos de pronunciarse sobre este punto controvertido, es preciso determinar el marco teórico de la responsabilidad civil.
- 10.13. Tradicionalmente, en la responsabilidad civil se pueden distinguir dos tipos o clases: i) la responsabilidad civil contractual y ii) la responsabilidad civil extracontractual; las cuales se diferencian, entre otras razones, principalmente porque en el primer caso el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación contractual, y en el otro supuesto, el daño es producto del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a los demás.



10.14. En el caso materia de *litis*, al estar dentro de los parámetros de un Contrato, corresponde analizar el pedido del Consorcio desde la óptica de la responsabilidad civil contractual.

10.15. Para los casos de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de obligaciones contractuales o responsabilidad contractual, el artículo 1321° del Código Civil peruano dispone lo siguiente:

"Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve".

10.16. Ahora bien, la responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual, nace con la concurrencia de los siguientes elementos: (i) la antijuridicidad; (ii) el daño causado; (iii) la relación de causalidad; y (iv) el factor de atribución.

10.17. Con la finalidad de atribuir responsabilidad civil contractual a la Entidad, y, en consecuencia, otorgar una indemnización a favor del Contratista, es necesario verificar la concurrencia de los referidos elementos esenciales de la responsabilidad civil.

10.18. En relación al primer elemento, es decir, la ilicitud o antijuridicidad, Lizardo TABOADA³ señala lo siguiente:

"Modernamente existe acuerdo en que la antijuridicidad, 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."

³ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Editora Jurídica Grijley. 2ª Ed., p32.



*en el sentido de afectar los valores o principios sobre los
cuales ha sido construido el sistema jurídico (...)"*

- 10.19. En el mismo sentido, Espinoza Espinoza⁴ señala que la ilicitud o antijuricidad es lo "contrario al derecho" o que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico.
- 10.20. De lo antes mencionado, se infiere que el comportamiento dañoso generador de responsabilidad civil constituye un hecho antijurídico, siendo éste la contravención del ordenamiento jurídico que lesiona sin causa justificada la esfera jurídica ajena (o también denominada antijuridicidad). En tal sentido, la inejecución de una obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causa imputable a una de las partes, implica una conducta contraria a derecho o antijurídico, en la medida que se viola el derecho de crédito que tiene todo acreedor, situación que está proscrita por ley.
- 10.21. En atención a ello, el comportamiento dañoso referido por el Consorcio, sería que al negarse la Entidad a reconocer el consentimiento de la liquidación con las observaciones planteadas por el Consorcio, lo cual correspondía según lo dispuesto en ley, ha originado que el Consorcio incurra en gastos como los del arbitraje, de renovación innecesaria de fianzas, de imposibilidad de retirar nuestras garantías de las fianzas, y la imposibilidad de contratar en nuevos procesos de selección.
- 10.22. En relación al segundo elemento, el daño, OSTERLING PARODI señala que:

*"El daño es todo detrimento que sufre una persona por la
inejecución de la obligación. El Daño, para ser reparado,
debe ser cierto; no eventual o hipotético"⁵.*

4

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. 6ta edición. Editorial Rodhas. Lima. 2011. págs. 94-98.

- 10.23. En atención a lo señalado, se debe precisar que para la procedencia del pago de una indemnización, resulta indispensable que se verifique la existencia del daño; pues, el solo incumplimiento de lo establecido en la ley, por parte de la Entidad no origina necesariamente el derecho de una indemnización; tiene que haber un daño cierto.
- 10.24. En tal sentido, a juicio del Árbitro Único, en relación al caso concreto, los daños deben ser probados y cuantificados por la parte que los padece, esto es, el Consorcio. Más aun cuando el artículo 1331° del Código Civil peruano señala que *"la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso"*.
- 10.25. Ahora bien, conforme se puede advertir de la pretensión que da origen al presente punto controvertido, el Consorcio solicita el pago del lucro cesante y daño emergente como indemnización de los daños y perjuicios causados por el ilegal proceder de la Entidad y la retención innecesaria de las cartas fianzas, en una suma de S/.'500,000.00.
- 10.26. Al respecto, el Árbitro Único advierte que, el Consorcio ha alegado un supuesto daño emergente en base a los gastos incurridos por el presente arbitraje, sin embargo, sobre estos gastos, el Árbitro Único se pronunciará en el punto controvertido correspondiente, por lo cual no sería pertinente, pronunciarse dos veces sobre lo mismo; asimismo, no ha acreditado los gastos incurridos por la renovación de las cartas fianzas o los gastos que ha tenido que hacer al no ser

5

OSTERLING PARODI, Felipe. "Estudio Preliminar de la Responsabilidad Contractual". En SOTO COÁGUILA Carlos, *Tratado de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual. Comentarios a las normas del Código Civil*, Vol. I. Pacífico Editores. Lima. 2015. pág. 53.

14 SET. 2017

devueltas las mismas, en ese sentido, este Árbitro Único considera que no existe certeza en el supuesto daño emergente que ha sufrido el Consorcio.

- 10.27. Respecto al lucro cesante, este Árbitro Único considera que, el Consorcio, no ha acreditado fehacientemente que ha dejado de contratar con el Estado o lo que ha dejado de percibir producto de ello, no existen suficientes medios probatorios que acrediten dicha situación, en ese sentido, este Árbitro Único considera que no existe certeza en el supuesto lucro cesante que ha sufrido o sufrirá el Consorcio.
- 10.28. En este sentido, para la procedencia de la indemnización del daño resarcible, en su manifestación de daño emergente o lucro cesante, cobra especial relevancia la probanza de la certeza del daño, lo que significa decir que los únicos daños resarcibles serán los daños que tengan certeza fáctica y lógica y, además, hayan sido probados en su existencia.
- 10.29. Por lo antes señalado, resulta evidente para este Árbitro Único que tratándose del resarcimiento, el actor debe aportar la prueba de la certeza del daño, lo cual no obra en los actuados en el presente arbitraje.
- 10.30. En ese sentido, evidenciándose el incumplimiento de unos de los elementos de la responsabilidad contractual, carece de objeto analizar los siguientes pues basta que uno de ellos no se configure para que la pretensión indemnizatoria no sea reconocida.
- 10.31. Por las consideraciones antes expuestas, el Árbitro Único determina que se debe declarar infundada la pretensión indemnizatoria a favor del Consorcio.



XI. QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA

Como segunda pretensión accesoria determinar a qué parte y en qué proporción les corresponde asumir los costos arbitrales.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO:

- 11.1. En relación a los costos del arbitraje, los artículos 70º y 73º del Decreto Legislativo N° 1071, disponen que el árbitro tenga en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el árbitro podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
- 11.2. En adición a lo antes expuesto, los costos incluyen (i) los honorarios y gastos del Árbitro Único y (ii) los honorarios y gastos de la secretaría.
- 11.3. En el presente caso, ambas partes han asumido la parte que le correspondía conforme a lo detallado en el acápite III. Costos del Proceso.
- 11.4. En ese sentido, atendiendo a la inexistencia de pacto entre las partes y considerando el resultado o sentido de este laudo y, al mismo tiempo, que se ha evidencia que el Consorcio tenía motivos suficientes y atendibles para litigar, en razón de la incertidumbre jurídica en la que se encontraba —precisamente— motivó el presente arbitraje, habida cuenta de que debía defender sus pretensiones en vía arbitral; y que, además, el Árbitro Único considera a efectos de regular el pago de tales conceptos el comportamiento procesal de las partes, se estima razonable que:



- Cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar.
- Que la Entidad asuma en su totalidad los honorarios de los gastos arbitrales.

XII. LAUDO

Por tales consideraciones, el Árbitro Único **LAUDA:**

PRIMERO: DECLARAR fundada la primera pretensión principal, en consecuencia, reconocer el consentimiento de la Liquidación Técnica Financiera de la Obra elaborada por la Municipalidad Distrital de Catac con las observaciones formuladas por el Consortio Pastoruri mediante Carta N°002-2014/CP/RL, con un saldo de Liquidación a favor de la Entidad ascendente a S/.69,542.36.

SEGUNDO: DECLARAR fundada la segunda pretensión principal, en consecuencia, ordenar a la Municipalidad Distrital de Catac la devolución de la Carta Fianza N°000550031278 de Fiel Cumplimiento de S/.434,149.47, emitida por el Banco Financiero, con vencimiento al 03-01-2015, entregada a la Entidad mediante Carta N°009-2014/CP/RL del 24-10-2014.

TERCERO: DECLARAR infundada la tercera pretensión principal, en consecuencia, no corresponde ordenar a la Municipalidad Distrital de Catac la devolución del monto de S/.80,457.64 por concepto de saldo a favor del contratista de la carta fianza ejecutada N°000563688017 de Adelanto de Materiales de S/.150,000.00.

CUARTO: DECLARAR infundada la pretensión indemnizatoria a favor del Consortio Pastoruri.

QUINTO: DISPONER que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera



**Arbitraje:**

Consorcio Pastoruri – Municipalidad Distrital de
Catac

comprometido a pagar y, que la Entidad asuma en su totalidad los honorarios de los gastos arbitrales.

SEXTO: AUTORIZAR a la Secretaria Arbitral a remitir al OSCE dentro del séptimo día, copia del presente Laudo.



JUAN MANUEL REVOREDO LITUMA

Árbitro Único



LUCIA MARIANO VALERIO

Secretaria Arbitral
Arbitre Soluciones Arbitrales

