

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO POR EL TRIBUNAL ARBITRAL
INTEGRADO POR EL ABOG. VICTOR MANUEL BELAUNDE GONZALES,
ABOG. MARIO COLBERTH REYNA RODRIGUEZ Y ABOG. RAMIRO RIVERA
REYES, EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR CONSORCIO M&C ASOCIADOS Y
GOBIERNO REGIONAL DE LA LIBERTAD**

RESOLUCIÓN N° 09

I. LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN.-

El presente Laudo Arbitral se expide en la ciudad de Trujillo a los diecisiete días del mes de abril del año dos mil diecisiete.

II. LAS PARTES.-

- **Demandante:** CONSORCIO M&C ASOCIADOS (en adelante el Supervisor, la Supervisión o el Demandante).
- **Demandado:** GOBIERNO REGIONAL DE LA LIBERTAD (en adelante la Entidad o el Demandado).

III. DEL TRIBUNAL ARBITRAL.-

- VICTOR MANUEL BELAUNDE GONZALES - Presidente del Tribunal
- MARIO COLBERTH REYNA RODRIGUEZ - Árbitro
- RAMIRO RIVERA REYES - Árbitro
- JORGE GIANCARLO DIONICIO BAZÁN - Secretario Arbitral.

IV. TRAMITACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL.-

1. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

Con fecha 28/01/13, CONSORCIO M&C ASOCIADOS y GOBIERNO REGIONAL DE LA LIBERTAD, suscribieron el Contrato N° 028-2013-GRLL-

GRAB, Contrato de Consultoría para la Supervisión de la Obra "Mejoramiento de Tramos Críticos de los Canales de Riego San José de Cultambo, Jequetepeque, Santa María Y el Palmo del Valle Jequetepeque, Provincia de Pacasmayo – La Libertad".

En la cláusula Décima Quinta del citado Contrato, se estipuló que, cualquiera de las partes tiene el derecho de iniciar al 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° y 179° del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado. Asimismo, se acordó que facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegué a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

2. DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Al haberse suscitado una controversia entre las partes CONSORCIO M&C ASOCIADOS, designó como árbitro al ABOG. RAMIRO RIVERA REYES y el GOBIERNO REGIONAL DE LA LIBERTAD, designó como árbitro al ABOG. MARIO COLBERTH REYNA RODRIGUEZ y; mediante Res. No.179-2016-OSCE/PRE, se designó como tercer miembro y Presidente del Tribunal Arbitral al ABOG. VICTOR MANUEL BELAUNDE GONZALES.

Con fecha 17/10/16, se instaló el Tribunal Arbitral, con asistencia de ambas partes. En dicha oportunidad, los miembros del Tribunal Arbitral declararon haber sido debidamente designados de acuerdo a Ley y al convenio arbitral celebrado entre las partes. Asimismo señalaron que no tienen ninguna

incompatibilidad, ni compromiso con las partes y que se obligan a desempeñar con imparcialidad y probidad la labor encomendada.

3. ACTA DE AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Mediante Resolución N° 05, se citó a las partes para la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, la misma que se realizó el 13/01/17.

3.1 CONCILIACIÓN

El Tribunal Arbitral señala que, a pesar de haber invitado a las partes a conciliar sobre las materias controvertidas, no ha podido arribarse a acuerdo conciliatorio alguno, por lo que debe continuarse con el trámite del proceso. No obstante, se informó a las partes de la posibilidad que tienen de conciliar parcial o totalmente sus pretensiones en cualquier momento del proceso arbitral.

3.2 FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

Teniendo en cuenta las pretensiones de la demanda, contestación de demanda y la propuesta de puntos controvertidos presentada por la Supervisión con escrito de fecha 11/01/17, el Tribunal Arbitral procede a fijar los siguientes puntos controvertidos:

1. Determinar si corresponde declarar o no la NULIDAD de los descuentos aplicados indebidamente, por la suma de S/.28,888.02 (VEINTIOCHO MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO Y 02/100 NUEVOS SOLES), así como la NULIDAD de la liquidación de la Supervisión de Obra elaborada por la entidad, en la cual se consigna ejecutar adicionalmente descuentos

por la suma de S/.39,013.33 (TREINTA Y NUEVE MIL TRECE Y 33/100 NUEVOS SOLES).

2. Determinar si corresponde declarar o no la APROBACION de la Liquidación Final presentada por la Supervisión.
3. Determinar si corresponde declarar o no el reconocimiento del pago de los Intereses Legales generados a favor del Contratista desde la fecha de la aplicación de los descuentos, hasta la fecha de la devolución de los descuentos.
4. Determinar si corresponde ordenar o no que la entidad asuma el integro de los Costos Arbitrales y las Costas del Proceso que incluyen el pago de los honorarios del Asesor Jurídico del Consortio M&C Asociados, equivalente al 15% del Monto de la Controversia.
5. Determinar si corresponde ordenar o no que el Gobierno Regional de La Libertad otorgue la Conformidad del Servicio de Consultoría de Supervisión de obra a favor del Consortio M&C Asociados.
6. Determinar o no el monto de la Indemnización por daños y perjuicio, a favor del Contratista Consortio M&C Asociados.
7. Determinar a quién y en qué proporción corresponde, ordenar el pago de gastos arbitrales.

3.3 REGLAS PARA EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL ARBITRAL SOBRE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

- El Tribunal Arbitral deja constancia que, una vez fijados los puntos controvertidos, éstos constituyen una pauta de referencia y se reserva el derecho de modificarlos, ampliarlos y analizarlos en el orden que considere más conveniente, conforme a lo establecido en el artículo 39° del Decreto Legislativo 1071, Ley de Arbitraje.
- Que, en el caso de llegar a la conclusión de que, para resolver la presente controversia, careciese de objeto pronunciarse sobre alguno de los puntos

controvertidos previamente establecidos, podrá prescindir de tal pronunciamiento motivando las razones de tal decisión.

3.4 ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

De conformidad con lo establecido en numeral 31 del Acta de Instalación de fecha 17 de octubre de 2016, el Tribunal Arbitral procedió a admitir los siguientes medios probatorios:

- **CONSORCIO M&C ASOCIADOS:**

Los medios probatorios documentales referidos en los anexos 1B al 1N del escrito de Demanda, presentado con fecha 08 de Noviembre del 2016.

- **PROCURADURÍA PÚBLICA DEL GOBIERNO REGIONAL DE LA LIBERTAD:**

Los medios probatorios documentales referidos en los anexos 2.b al 2.g del escrito de Contestación de Demanda, presentado con fecha 13 de Diciembre del 2016.

3.5 PRUEBAS DE OFICIO

El Tribunal Arbitral se reservó el derecho de disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier otro medio probatorio que considere conveniente, al amparo de lo establecido en los numerales 31 – tercer y cuarto párrafo, 32 y 33 del Acta de Instalación de fecha 17 de octubre del 2016.

4. PRESENTACIÓN DE ALEGATOS ESCRITOS

Mediante Resolución No. 06, se declaró culminada la etapa probatoria y de conformidad con el numeral 44 de las reglas del proceso arbitral, se concedió

a las partes un plazo de cinco (05) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos y de considerarlo necesario soliciten informar oralmente.

Con fecha 27/01/17, la Supervisión presentó sus alegatos escritos; del mismo modo la Entidad con escrito de fecha 30/01/17 formuló sus alegatos finales.

5. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

Teniendo en cuenta que ninguna de las partes solicitó hacer uso de los informes orales, el Tribunal Arbitral mediante resolución No. 07, prescindió de la Audiencia de Informes orales.

6. PLAZO PARA LAUDAR

De conformidad con el numeral 45 del Acta de instalación del Tribunal Arbitral, mediante Resolución No. 07, se fijó en treinta (30) días hábiles, el plazo para laudar, el mismo que fue extendido mediante Resolución No. 08 por treinta (30) días adicionales.

V. LA DEMANDA.-

Con fecha 08/11/16, CONSORCIO M&C ASOCIADOS presentó su demanda contra GOBIERNO REGIONAL DE LA LIBERTAD, formulando las siguientes pretensiones:

PRETENSIONES ARBITRALES

1. Que se declare la NULIDAD de los descuentos aplicados indebidamente, por la suma de VEINTIOCHO MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO Y 02/100 NUEVOS SOLES (S/. 28,288.02), así como la NULIDAD de Liquidación de la Supervisión de Obra, elaborada por la Entidad, en la cual se consigna ejecutar adicionalmente descuentos por la suma de TREINTA Y NUEVE MIL TRECE Y 33/100 NUEVOS SOLES (S/. 39,013.33) lo cual

hace un Total a descontar, equivalente a la suma de SESENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS UNO Y 35/100 SOLES, (S/. 67,301.35) según la Liquidación practicada por el Gobierno Regional de la Libertad por no haber sido acogida por la Supervisión.

2. Que se declare APROBADA la Liquidación Final presentada por la Supervisión.
3. Que la Entidad reconozca el pago de los Intereses Legales generados a favor del Contratista desde la fecha de la aplicación de los descuentos, indebidamente aplicados, hasta la fecha de la devolución de los descuentos indebidamente aplicados.
4. Que la Entidad asuma el integro de los Costos Arbitrales y las Costas del Proceso que incluyen el pago de los honorarios del Asesor Jurídico del Consortio M & C Asociados, equivalente al 15 % del Monto de la Controversia, por cuanto ésta se ha generado por culpa imputable a la Entidad
5. Que el Gobierno Regional de La Libertad otorgue la Conformidad del Servicio de Consultoría de Supervisión de Obra, a favor del CONSORCIO M & C ASOCIADOS
6. Que el Tribunal Arbitral determine el monto de la Indemnización por Daños y Perjuicios, a favor del Contratista CONSORCIO M & C ASOCIADOS

FUNDAMENTOS DE HECHO

Que, los fundamentos que sustentan sus pretensiones, se encuentran detalladas en el escrito de su propósito, los cuales serán tomados en cuenta al momento de analizar y resolver cada una de sus pretensiones.

VI. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

El Tribunal Arbitral deja constancia que con fecha 13/12/16, el GOBIERNO REGIONAL DE LA LIBERTAD, contestó la demanda, interpuesta por el CONSORCIO M&C ASOCIADOS, poniendo de manifiesto su posición y solicitando se declare INFUNDADA la demanda en todos sus extremos conforme a los fundamentos detallados en el citado escrito y que el Tribunal Arbitral evaluará al momento de analizar y resolver cada una de sus pretensiones.

VII. MARCO LEGAL APLICABLE PARA RESOLVER LA CONTROVERSIA.-

En el numeral 6 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, se estableció que la **legislación aplicable para resolver el fondo de la controversia** sometida al presente arbitraje, de acuerdo a lo establecido en el numeral 52.3) del artículo 52 de la Ley, deben mantener obligatoriamente el siguiente orden de prelación en la aplicación del derecho: 1) La Constitución Política del Perú, 2) La Ley de Contrataciones del estado – aprobada por Decreto Legislativo 1017 y modificada por Ley No. 29873-; 3) el Reglamento de la Ley –aprobada por Decreto Supremo No. 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo No. 138-2012-EF-, 4) las normas de derecho público y 5) las de derecho privado. Asimismo se indicó que la aplicación del Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje se realizará de manera supletoria y siempre que no se oponga a lo establecido en la Ley y el Reglamento.

Asimismo en el numeral 8 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, se estableció que, **para el proceso arbitral**, serán de aplicación las Reglas Procesales establecidas por las partes, la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1071 y modificada por la Ley N° 29873, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF y las Directivas que apruebe el OSCE para tal efecto. Supletoriamente, regirán las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto legislativo que norma el arbitraje. Adicionalmente se indicó que en caso de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral queda facultado en todo momento para establecer las reglas procesales adicionales que sean necesarias, respetando el principio de legalidad y resguardando el derecho constitucional al debido proceso y al derecho de defensa de las partes, velando porque el procedimiento se desarrolle bajo los principios de celeridad, equidad, inmediación, privacidad, concentración economía procesal y buena fe.

VIII. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES Y DE LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

Y CONSIDERANDO:

A. CUESTIONES PRELIMINARES


Previo a analizar la materia controvertida, corresponde señalar lo siguiente: (i) Que, este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad a las reglas establecidas en el Acta de Instalación, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1071 y modificada por la Ley N° 29873, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF y por el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje; (ii) Que, **CONSORCIO M&C ASOCIADOS**, presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de defensa (iii) Que, el

GOBIERNO REGIONAL DE LA LIBERTAD, fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa (iv) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos y (v) Que, el tribunal Arbitral procede a laudar dentro del plazo establecido.

Por lo antes manifestado, el Tribunal Arbitral procede a evaluar los puntos controvertidos establecidos en la audiencia de fecha 13/01/17, cuyo pronunciamiento será a su criterio evaluado de manera indistinta, en orden y agrupación que permita la emisión del pronunciamiento acorde al desarrollo de las pretensiones incoadas.

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde a este Tribunal pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos del proceso, teniendo en cuenta el mérito de las pruebas aportadas al mismo, para determinar, en base a la valoración conjunta de ellas, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso.

En ese sentido, debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el juzgador respecto de tales hechos.



B. ANALISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

1. ANALISIS CONJUNTO DEL PRIMER Y SEGUNDO PUNTOS CONTROVERTIDOS

1. Determinar si corresponde declarar o no la NULIDAD de los descuentos aplicados indebidamente, por la suma de S/.28,888.02 (VEINTIOCHO MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO Y 02/100 NUEVOS SOLES), así como la NULIDAD de liquidación de la Supervisión de Obra elaborada por la entidad, en la cual se consigna ejecutar adicionalmente descuentos por la suma de S/.39,013.33 (TREINTA Y NUEVE MIL TRECE Y 33/100 NUEVOS SOLES).
2. Determinar si corresponde declarar o no la APROBACION de la Liquidación Final presentada por la Supervisión.

POSICION DE LA SUPERVISION

- Indica la Supervisión que, con fecha 28/01/13, el GOBIERNO REGIONAL DE LA LIBERTAD y el CONSORCIO M&C ASOCIADOS suscribieron el Contrato de Consultoría para la Supervisión de la Obra "MEJORAMIENTO DE TRAMOS CRITICOS DE LOS CANALES DE RIEGO SAN JOSE DE CULTAMBO, JEQUETEPEQUE, SANTA MARIA, Y EL PALMO DEL VALLE JEQUETEPEQUE, PROVINCIA DE PACASMAYO – LA LIBERTAD" en la modalidad contractual de Suma Alzada.
- Que, el monto Total del Contrato original, asciende a la suma de Doscientos Setenta y Ocho Mil Ochocientos Veinte y Ocho con 10/100 Nuevos Soles (S/.278,828.10).

- Que, existe un Adicional de la prestación del Servicio, según ADDENDA 003 – 2014 al Contrato N° 028 – 2013 – GRLL-GRAB por la suma de Cuarenta y Un Mil Ochocientos Veinte y Cuatro con 21/100 Nuevos Soles (S/.41,824.21).
- Que, la Controversia surge por la presunta inexecución parcial del Servicio de Supervisión al no haberse encontrado 1 Topógrafo y al Especialista en Geotecnia en el lugar de la ejecución de la Obra, razón por la cual se ha descontado indebidamente las remuneraciones por estos dos profesionales, equivalente a un período de tres (3) meses, (correspondiente a las valorizaciones 6, 7 y 9, de los meses de Setiembre, Octubre y Diciembre del 2013 respectivamente) lo cual asciende a un Total de S/. 28,288.02 Nuevos Soles, esto es, han descontado como si no hubieran trabajado durante ese período lo cual no corresponde a la verdad ya que dicho profesional si ha tenido permanencia durante todo ese período y por cuanto el Coordinador de Obra se apersona en campo una sola vez por mes para verificar el avance de obra del mes anterior, por lo que es imposible haber verificado en el mes siguiente en cada uno de los tres meses, la presunta falta de los Técnicos, en el mes anterior.
- Que, la presunción de no prestación de los servicios contratados no corresponde a la realidad de los hechos por cuanto el servicio de Consultoría de Obra se ejecutó al 100%, cuenta con Acta de Recepción de Obra, y Liquidación de Ejecución de Obra.
- Que, así mismo en la Liquidación practicada por la Entidad, encuentran que se les pretende aplicar otros descuentos por el monto

ascendente a la suma de S/. 39,013.33 correspondiente a las valorizaciones 3, 4, y 5 (de los meses Mayo – Junio, Julio, Agosto del 2013, respectivamente), sin que se les haya notificado las causales en las que se ha incurrido, y que den lugar para aplicar una penalidad, pese a que la Sub Gerencia de Contrataciones en el Oficio N° 2324-2013-GRLL-GGR-GRAB/SGCT, de fecha 20/09/13, Oficio N° 2338-2013-GRLL-GGR-GRAB/SGCT, de fecha 23/09/13, Oficio N° 2351-2013-GRLL-GGR-GRAB/SGCT, se ha pronunciado manifestando que esas penalidades no corresponde aplicar, por haberse verificado que en los términos de referencia y en el Contrato no se han establecido y/o considerado las obligaciones que el supervisor habría incumplido, y tampoco se ha señalado en qué consistiría las penalidades a aplicar.


- Que, adicionalmente la Liquidación Final de la Consultoría de Obra, elaborado por el Gobierno Regional de La Libertad, se consigna la ejecución de un descuento indebido de las remuneraciones de 1 Geotecnista, por un período de Cuatro (4) meses, (Mayo – Junio, Julio, Agosto del 2013) lo cual asciende a un Total de S/. 39,013.33 Nuevos Soles, esto es, han descontado como si no hubiera trabajado durante ese período lo cual no corresponde a la verdad ya que dicho profesional si ha tenido permanencia durante todo ese período y por cuanto el Coordinador de Obra se apersona en campo una sola vez por mes para verificar el avance de obra del mes anterior, siendo imposible haber verificado en el mes siguiente la permanencia de dicho profesional en el mes anterior.


- Que, la actitud asumida por el Gobierno Regional de la Libertad es un acto arbitrario, ya que atenta contra el Principio de Legalidad y el

Principio del Debido Procedimiento y constituye abuso de autoridad, por lo cual se reservan su legítimo derecho de interponer denuncia penal ante el Poder Judicial.

POSICION DE LA ENTIDAD

- Sostiene la Entidad que con la finalidad de lograr el mayor grado de eficiencia en las contrataciones públicas -esto es, que las Entidades obtengan los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, contratando en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad- y la observancia de principios básicos que aseguren la transparencia en las transacciones, la imparcialidad de la Entidad, la libre concurrencia de proveedores, así como el trato justo e igualitario el artículo 76 de la Constitución Política dispone que la contratación de bienes, servicios u obras con fondos públicos se efectúe obligatoriamente por licitación o concurso, de acuerdo con los procedimientos y requisitos señalados en la normativa de contrataciones del Estado.

- 
- Que, en este sentido, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto los requisitos, formalidades y procedimientos que deben observarse para llevar a cabo las contrataciones bajo su ámbito, por lo que su incumplimiento conllevaría la responsabilidad de los funcionarios involucrados, correspondiendo al Titular de la Entidad determinar responsabilidades y, de ser el caso, imponer las sanciones que corresponda, de conformidad con el artículo 46 de la Ley.

- 
- Que, de otro lado, debe indicarse que el artículo 2 del Reglamento establece que "La Ley y el presente Reglamento son aplicables a la contratación de

bienes, servicios y obras, siempre que sean brindados por terceros y que la contraprestación sea pagada por la Entidad con fondos públicos.”

- Que, del artículo citado se desprende que una de las características principales de los contratos sujetos a la normativa de contrataciones del Estado, es que estos involucran prestaciones recíprocas. Así, si bien es obligación del proveedor ejecutar las prestaciones pactadas a favor de la Entidad, es obligación de la Entidad cumplir con las obligaciones que ha asumido; entre estas, el pago por la efectiva contraprestación al contratista.
- Que, al respecto, cabe precisar que si bien en los contratos celebrados bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado prima el interés público cuya satisfacción persigue la Entidad contratante, ello no afecta el hecho que, desde la perspectiva del contratista, el interés en participar en una contratación estatal sea el de obtener una retribución económica a cambio de las prestaciones ejecutadas en favor de la Entidad contratante.
- Que, de esta manera, la normativa de contrataciones del Estado reconoce que los proveedores son agentes de mercado que colaboran con las Entidades al satisfacer sus necesidades de abastecimiento de bienes, servicios y obras para cumplir con sus funciones, pero dicha colaboración implica el pago del precio de mercado de la prestación, aquel ofertado por el contratista en su oferta económica -teniendo como referencia el valor referencial y sus límites- durante el proceso de selección, el cual debe incluir todos los costos que incidan en la prestación.
- Que, en este sentido se precisa que el pago es la consecuencia directa de una obligación válidamente contraída; es decir, que el monto a ser reconocido por la Entidad al proveedor es aquel que tendrá el carácter de

contraprestación, siempre y cuando el contratista haya observado las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, así como el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

- Que, es importante tener en cuenta que según lo dispuesto en el artículo 40 del Reglamento, el sistema de contratación a suma alzada es aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos y especificaciones técnicas respectivas. En este sistema, el postor formulará su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución.
- Que, el sistema de precios unitarios, tarifas o porcentajes es aplicable cuando la naturaleza de la prestación no permita conocer con exactitud o precisión las cantidades o magnitudes requeridas. En este sistema, el postor formulará su propuesta ofertando precios unitarios, tarifas o porcentajes en función de las partidas o cantidades referenciales contenidas en las Bases y que se valorizan en relación a su ejecución real y por un determinado plazo de ejecución.
- Que, de este modo, las Entidades deberán observar el sistema de contratación elegido en las Bases del proceso de selección, a efectos de proceder con los pagos de la contratación; es decir, si se efectuará el pago por un monto fijo integral, o si se realizará sobre la cantidad efectivamente consumida. Asimismo, de acuerdo a cada sistema, determinarán qué documentación presentará el contratista a fin de acreditar como ejecutada la prestación parcial, cuando en las Bases se hayan previsto realizar pagos periódicos.

- Que, en virtud de lo expuesto, debe señalarse que las Entidades se encuentran facultadas a realizar pagos periódicos, siempre y cuando dicha posibilidad se haya previsto en las Bases del proceso de selección, y el contratista lo solicite presentando la documentación que lo justifique y acredite el cumplimiento de la prestación, siendo la Entidad la que -teniendo en cuenta las características del sistema de contratación elegido- determina qué tipo de documentación debe presentar el contratista a fin de justificar los pagos
- Que, de conformidad con el artículo 180° del Reglamento, todos los pagos que la Entidad deba realizar a favor del contratista por concepto de los bienes o servicios objeto del contrato, se efectuarán después de ejecutada la respectiva prestación; salvo que, por razones de mercado, el pago del precio sea condición para la entrega de los bienes o la realización del servicio.
- Que, en esa línea, el referido artículo establece que la Entidad puede realizar pagos periódicos por el valor de los bienes y servicios contratados en cumplimiento del objeto del contrato, siempre que ello esté establecido en las Bases y que el contratista lo solicite presentando la documentación que justifique el pago y acredite el cumplimiento de la prestación.
- Que, de las disposiciones citadas, se puede advertir que la normativa de contrataciones del Estado ha previsto que las Entidades, para efectuar pagos periódicos, deben observar las siguientes condiciones: i) que las Bases hayan determinado esta forma de pago; y, ii) que el contratista lo solicite presentando la documentación que justifique el pago y acredite el cumplimiento de la prestación.

- Que, en tal sentido, respecto a la segunda condición es importante indicar que el contratista debe solicitar el pago de las prestaciones parciales que ha ejecutado, para ello necesita presentar la documentación que justifique el pago y acredite el cumplimiento de la prestación; circunstancias que no ha acontecido en el presente caso; toda vez que el contratista no ha demostrado que los especialistas en Geotecnia (Ingeniero Civil) y el personal de Topografía, se hayan encontrado en obra los días en los que se realizó la constatación correspondiente.
- Que, conforme se precisara líneas arriba, el pago a ser reconocido por la Entidad al proveedor tendrá el carácter de contraprestación, siempre y cuando el contratista haya observado las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado; de tal forma que el contratista tendrá derecho sólo al pago de las prestaciones efectivamente ejecutadas.
- Que, en el presente se ha acreditado la inasistencia en obra de los especialistas en Geotecnia (Ingeniero Civil) y el personal de Topografía, los mismos que (de acuerdo con la Cláusula Segunda del Contrato N° 028-2013-GRLL-GRAB), formaban parte del equipo de profesionales encargados de la Supervisión de la Obra denominada: "Mejoramiento de Tramos Críticos de los Canales de Riego San José de Cultambo Jequetepeque Santa María y El Palmo del Valle Jequetepeque, Provincia de Pacasmayo - La Libertad"; por lo que esto sólo genera en la Entidad la obligación de pago por las prestaciones efectivamente realizadas y no por la totalidad del monto valorizado mensualmente.
- Que, pretender que se efectúe el pago por prestaciones que no han sido ejecutadas, implicaría transgredir el Principio de Proscripción del Abuso del Derecho, positivizado en artículo el 103° de La Constitución Política del Perú

y el Artículo II del Título Preliminar del Código Civil, en virtud de los cuales se establecido que, la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho, transgresión de la cual hablaremos más adelante

- Que, la proscripción genérica, que tiene como punto de partida la figura del abuso del derecho, es categórica desde el análisis constitucional: la Constitución no ampara el abuso del derecho, afirmación que se encuentra en el párrafo final del artículo 103° de la Constitución. La figura del abuso del derecho tiene la propiedad de lograr combatir el formalismo que sirve de cubierta para transgredir el orden jurídico constitucional. El abuso del derecho se presenta un conflicto entre, por un lado, las reglas que confieren atributos al titular de un derecho subjetivo, y por otro, los principios que sirven de razones últimas para su ejercicio.
- Que, según Juan Espinoza Espinoza, el abuso del derecho es un principio general del Derecho que, como toda institución jurídica, atraviesa por dos momentos, uno fisiológico y el otro patológico. En el momento fisiológico, el abuso del derecho debe ser entendido, junto con la buena fe, como un límite intrínseco del mismo derecho subjetivo. En cambio, en el momento patológico, el abuso del derecho se asimila, bien a los principios de la responsabilidad civil (cuando se produce un daño o hay amenaza del mismo) o bien a las reglas de la ineficacia (cuando nos encontramos frente a una pretensión procesal abusiva).
- Que, al respecto, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, mediante Resolución N° 104-96-TDC, del 23.12.96, estableció las siguientes notas características del abuso del derecho:

"Para que un acto se encuentre dentro del supuesto de abuso de derecho es necesario que: (i) el derecho esté formalmente reconocido en el ordenamiento, (ii) que su ejercicio vulnere un interés causando un perjuicio, (iii) que al causar tal perjuicio el interés que se está viendo afectado no esté protegido por una específica prerrogativa jurídica y (iv) que se desvirtúe manifiestamente los fines económicos y sociales para los cuales el ordenamiento reconoció el derecho que se ejerce dentro del marco impuesto por el principio de buena fe".

- Que, ha quedado debidamente demostrado que en el presente caso se han configurado los presupuestos antes mencionados; toda vez que el demandante pretende valerse de un derecho formalmente reconocido en el artículo 180° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, para solicitar por esta vía el pago de prestaciones que no han sido ejecutadas; desvirtuándose manifiestamente los fines económicos y sociales por los que el ordenamiento reconoció el derecho invocado por el demandante por lo que este sentido, las pretensiones demandadas por el contratista deben ser desestimada por el Tribunal Arbitral.

DECISION DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Según lo expuesto por las partes, la controversia se centra en establecer, si corresponde declarar la nulidad de los descuentos aplicados indebidamente por la Entidad por la suma de S/. 28,888.02, la nulidad de la liquidación de la Supervisión de Obra elaborada por la Entidad en la cual se efectúan descuentos adicionales por la suma de S/. 38,013.33. Así como determinar si corresponde aprobar la Liquidación final presentada por la Supervisión.

1. Al respecto se debe señalar, en primer lugar, que el Contrato N° 028-2013-GRILL-GRAB, "Contrato de Consultoría para la Supervisión de la Obra "Mejoramiento de Tramos Críticos de los Canales de Riego San José de Cultambo, Jequetepeque, Santa María y el Palmo del Valle

Jequetepeque "Provincia de Pacasmayo – La Libertad", mediante el cual se origina la relación jurídica existente entre las partes en conflicto, tiene como base legal la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo No. 1017 y su modificatoria la Ley 29873; así como el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo No. 184-2008-EF; modificado por el D.S No, 138-2012-EF.

2. En efecto, la CLAUSULA DECIMA CUARTA del contrato aludido precisa que "Sólo en lo no previsto en el Contrato, en la Ley de Contrataciones y su Reglamento, en las Directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, se utilizarán las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente y demás normas concordantes".
3. De lo indicado, queda claro que para la solución de las controversias sometidas al presente arbitraje, se tomará en cuenta en primer orden lo establecido en el Contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento y en todo aquello que no esté previsto en las normas indicadas, se aplicará supletoriamente lo dispuesto en el Código Civil y demás normas concordantes.
4. En ese sentido teniendo en cuenta que el Supervisor está solicitando la Nulidad de los descuentos aplicados indebidamente por la Entidad en su Liquidación Final en la suma de S/. 28,288.02; así como la nulidad de la propia liquidación elaborada por la Entidad por pretender ejecutar otros descuentos adicionales por la suma de S/. 39,013.33; corresponde al Tribunal evaluar si la Entidad ha cumplido con lo pactado en el Contrato y en las normas pertinentes al aplicar los descuentos aludidos por el

Contratista y de esta manera determinar si corresponde declarar la nulidad de los descuentos y/o la nulidad de la liquidación.

Respecto a la Nulidad de los descuentos aplicados por la suma de S/. 28,288.02

5. Que, fluye de autos la Liquidación Final del Contrato de Supervisión elaborada por la Entidad, en la cual se consigna como punto (E), el Concepto denominado PENALIDAD, respecto del cual al Contratista se le ha descontado un monto total ascendente a S/. 28,288.02.
6. Al respecto el Supervisor ha indicado que la Entidad le ha descontado en forma indebida en las valorizaciones 6, 7 y 9 correspondiente a los meses de Setiembre, Octubre y Diciembre del 2013 las remuneraciones de 1 topógrafo y de 1 especialista en Geotecnia ante una presunta inexecución parcial del servicio de supervisión al no haberse encontrado a dichos profesionales en el lugar de ejecución de la obra.

Que, el descuento se ha realizado como si dichos profesionales no hubieran trabajado durante 3 meses, lo cual no corresponde a la verdad ya que los profesionales mencionados han estado permanentemente en la obra, además que el Coordinador se apersona a la obra una vez al mes, para verificar el avance de la obra del mes anterior, siendo imposible verificar la presunta falta en una fecha posterior de ocurrida la supuesta falta.

7. Que, la Entidad por su parte ha señalado que se encuentra acreditada la inasistencia en obra de los especialistas en Geotecnia y Personal de Topografía, que de acuerdo a la cláusula segunda del Contrato formaban

parte del equipo de profesionales encargados de la Supervisión de la obra, por lo que esto genera que la Entidad se encuentre obligada a pagar sólo las prestaciones efectivamente realizadas y no por la totalidad del monto valorizado mensualmente.

8. Que, fluye del Resumen de Valorizaciones pagadas a la Supervisión, que la Entidad, ha efectuado descuentos por las sumas de S/. 11,628.82, S/. 12,503.47 y S/. 4,155.73 en las valorizaciones 06, 07 y 09 correspondiente a los meses de Setiembre, Octubre y Noviembre de 2013, argumentando la inasistencia en obra del Especialista en Geotecnia y del Personal de Topografía, que fueron ofertados por la Supervisión en su propuesta económica, con lo cual dichas prestaciones no pueden ser pagadas por ser prestaciones no prestadas y teniendo en cuenta que la Entidad no puede verse perjudicada económicamente por servicios contratados no prestados.
9. Que, dichos montos suman en total S/. 28,288.02 y ha sido considerada en la Liquidación Final elaborada por la Entidad en el rubro (F) como PENALIDADES.
10. Al respecto, la CLAUSULA DECIMA PRIMERA del Contrato, establece únicamente el pago de una penalidad por Mora por cada día de atraso del Supervisor en la ejecución de la prestación objeto del Contrato, hasta por un monto máximo equivalente al 10% del monto del contrato, en concordancia con el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
11. Que, el Contrato no contempla otro tipo de penalidad, tampoco lo establecen las bases del Contrato, por lo que dicha denominación, no

encuentra sustento ni en el Contrato ni en ninguno de los documentos que también forman parte del Contrato, como son las bases integradas, la oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes. (Cláusula Quinta del Contrato)

12. Ahora bien, de los Oficios Nros. 748-2013-GRLL-GRAB, de fecha 20/11/13, No. 753-2013-GRLL-GRAB, de fecha 21/11/13 y No. 959-2013-GRLL-GRAB, remitidas por el Gerente de la Gerencia Regional de Abastecimiento a la Sub Gerente de Servicios Auxiliares, se desprende, que son los mismos funcionarios del Gobierno Regional de La libertad, quienes reconocen que la penalidad por concepto de mora establecida en la cláusula Décima Tercera del Contrato, sólo podrá verificarse a la culminación de la ejecución de la obra, dejando constancia que en el Contrato no se ha establecido la cláusula correspondiente a "otras penalidades", y que en ese sentido se ha determinado que no le corresponde penalidad al Consortio M&C Asociados.

13. No, obstante a dicha afirmación, en los citados oficios se señala que teniendo en cuenta que el Equipo de Supervisión ofertado estaba conformado por 4 profesionales, de los cuales sólo 2 de ellos han asistido a la obra, corresponde que la Entidad descuente a la Supervisión los servicios no prestados, el mismo que deberá ser determinado en función al desglosado de cada especialista y al avance físico de la obra, según la valorización presentada.

Refiere finalmente que el monto a descontar por la no permanencia en obra del Especialista en Geotecnia y el Personal en topografía, que

PROCESO ARBITRAL
Consortio MELC Asociados
Gobierno Regional de la Libertad

deberá ser deducido del pago de las valorizaciones Nros. 06, 07 y 09,
son los siguientes:

Especialista en Geotecnia	=	75,189.60
<u>Personal de Topografía</u>	=	<u>28,196.10</u>

Total de personal que no participo

En obra	=	103,385.70
---------	---	------------

Avance físico : 11.248%	=	0.11248
-------------------------	---	---------

103,385.70 x 0.11248	=	11,628.82
----------------------	---	------------------

Especialista en Geotecnia	=	75,189.60
---------------------------	---	-----------

<u>Personal de Topografía</u>	=	<u>28,196.10</u>
-------------------------------	---	------------------

Total de personal que no participo

En obra	=	103,385.70
---------	---	------------

Avance físico : 12.094%	=	0.12094
-------------------------	---	---------

103,385.70 x 0.12094	=	12,503.47
----------------------	---	------------------





<u>Especialista en Geotecnia</u>	=	<u>75,189.60</u>
----------------------------------	---	------------------

Total de personal que no participo

En obra	=	75,189.60
---------	---	-----------

Avance físico: 5.527%	=	0.05527
-----------------------	---	---------

103,385.70 x 0.05527	=	4,155.73
----------------------	---	-----------------

14. Como se puede advertir la Entidad ha calculado los descuentos por una supuesta inconcurrencia de personal de la Supervisión, aplicando fórmulas y criterios unilaterales que no están previstas ni en el Contrato ni en las bases integradas, ni en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento; es decir, aplica descuentos, denominándolos indebidamente como "penalidades" cuando estas no han sido pactadas por las partes, ni reguladas en las normas especiales sobre contratación pública; constituyéndose en un procedimiento ilegal, que acarrea su nulidad y perjuicio económico para la supervisión.
15. Por otro lado, la Entidad no ha demostrado con documento probatorio idóneo las inasistencias del personal de la Supervisión en la obra, tantas veces alegada, por lo que dicha afirmación, no genera convicción en el Colegiado; máxime si se ha dado cuenta de ello al momento de formularse las valorizaciones, lo cual se realiza con posterioridad al mes materia de valorización, por lo que no queda claro para éste Tribunal como pudo la Entidad haber verificado la inasistencia en obra del personal ocurrido en fecha anterior.
16. Por los fundamentos expuestos, el Tribunal Arbitral considera que los descuentos efectuados por la Entidad en las valorizaciones Nros. 06, 07 y 09, que en total suman S/. 28,288.02 y que han sido consideradas en la Liquidación elaborada por la Entidad como "(E) PENALIDAD", son irregulares y constituyen un procedimiento unilateral, por cuanto su aplicación no está regulada ni en el Contrato ni en las Bases ni en las normas legales ya mencionadas, por lo cual corresponde declarar su nulidad y como consecuencia de ello, amparar la pretensión de la Supervisión en éste extremo.
- 
- 
- 
- 

Respecto a la Nulidad de la Liquidación practicada por la Entidad al haber aplicado descuentos por la suma de S/. 39,013.33

17. Que, revisada la liquidación final elaborada por la Entidad, punto (F) "OTROS DESCUENTOS", se puede advertir que se está considerando aplicar al Supervisor "Descuentos de Servicios por ausencia de profesionales" por un monto total de S/. 39,013.33.
18. Que, al respecto el Supervisor ha señalado que la Entidad ha consignado en su Liquidación un descuento indebido de las remuneraciones de 1 Geotecnista por un período de 4 meses (mayo, junio, julio y agosto de 2013), como si no hubiera trabajado en dicho periodo, lo cual no corresponde a la verdad, ya que dicho profesional si ha tenido permanencia durante dicho periodo y que el Coordinador de Obra sólo se ha apersonado en campo una sola vez al mes para verificar el avance de la obra del mes anterior, siendo imposible verificar la permanencia de dicho profesional en el mes anterior.
19. Por su parte la Entidad ha argumentado que el Supervisor no ha demostrado que los especialistas en Geotecnia y el Personal de Topografía, se hayan encontrado en obra los días en que se realizó la constatación correspondiente, por lo que pretender el pago de prestaciones que no han sido ejecutadas implicaría transgredir el principio de proscripción del abuso del derecho previsto en el art. 130º de la Constitución Política del Perú.
20. Al respecto, fluye en autos el documento denominado "Descuentos de servicios de Supervisión autorizado por la Sub-Gerencia de Obras",

firmado por el Ing, Hans A. Castillo Alva de la Gerencia de Liquidaciones,
en el cual se indica lo siguiente:

- El coordinador de obra, mediante informe No. 383-2013-GRLL-GRI-SGO/RGBS, autorizó descontar a la supervisión el monto de S/. 21,334.18
- La Sub Gerencia de Obras, mediante informe No. 384-2013-GRLL-GRI-SGO/RGBS, autorizó descontar a la supervisión los montos de S/. 6,203.14 y S/. 2,201 correspondiente a los pagos de las valorizaciones Nros. 04 y 03, respectivamente.
- Con informe No, 385-2013-GRLL-GRI-SGO/RGBS, se descontó a la supervisión el monto de S/. 9,275.01.

RESUMEN:

21,334.80

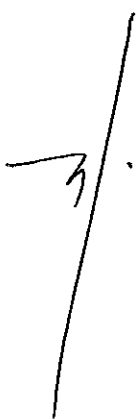
6,203.14

2,201.00




9,275.01

39,013.95"

21. Que, el Informe No. 383-2013-GRLL-GRI-SGO/RGBS, refería que se aplique a la Supervisión de Obra, penalidades por los siguientes montos y conceptos:



- Falta por 3 días del equipo de Supervisión	3,098.09
- No se hace presente el Ing. Geotecnista	19,384.82
- Descuento de monto considerando en los 3 días	<u>1,148.73</u>
Total	21,334.18

22. Que, el Informe No. 384-2013-GRLL-GRI-SGO/RGBS, del Coordinador de Obra recomendaba que se aplique a la Supervisión de Obra, multas por los siguientes montos y conceptos:
- 
- 
- 

- Saldo Multa pago No. 03	2,098.09
- Multa pago No. 04	<u>6,203.14</u>
Total	8,328.33

Multa pago No. 04, debido a que no se hace presente el Ingeniero Geotecnista (especialista en Suelos)

23. Que, el Informe No. 385-2013-GRLL-GRI-SGO/RGBS, recomendaba que se aplique a la Supervisión de Obra, multa por el siguiente monto y concepto:

- Multa pago No. 05	<u>9,275.01</u>
Total	8,328.33

Multa pago No. 05, por 7 días, debido a que el Ing. Jefe de Supervisión de Obra no se encontró en obra, según acta de verificación. Porque la Supervisión no cuenta en obra con los especialistas en Geotecnia (Ingeniero Civil) y los dos personales de Topografía.

24. Dichos informes fueron el sustento para que posteriormente la Subgerencia de Obras mediante Informes Nros. 674, 677, y 679-2013-GRLL-GGR-GRI-SGO, recomendara que se aplique a la Supervisión de obra las penalidades y/o multas ya mencionados, sin embargo, la Sub-Gerencia de Contrataciones, a través del Sub-Gerente Lic. Víctor Raúl Prado Cardona, en los oficios Nros. 2324 y 2338-2013-GRLL-GGR-GRAB-SGCT, ha precisado lo siguiente:

"Al respecto debo informar que se ha verificado que en los Términos de Referencia y contrato, no se ha establecido y/o considerado que

las obligaciones que el Supervisor habría incumplido generan penalidad y tampoco se ha detallado en qué consistiría las penalidades a aplicar, por lo que al no haber sido establecidas en los términos de referencia y contrato, no corresponde aplicarlas. Asimismo de conformidad con lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, el procedimiento a realizar por incumplimiento de obligaciones contractuales es el apercibimiento contractual y de ser el caso de persistir, se debe dar inicio a la resolución del Contrato."

25. Que, de lo señalado por las partes y la documentación obrante en el expediente arbitral, se ha podido verificar que efectivamente ni en el Contrato, ni en las bases administrativas y/o términos de referencia, se han establecido la aplicación de penalidades ante la falta de personal de la Supervisión en obra; tampoco se encuentra considerada dicha sanción en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento; por lo que independientemente de que sea cierto o no lo alegado por la Entidad, respecto a la ausencia del personal de la Supervisión en obra, la aplicación de penalidades, multas y/o descuentos por dicho concepto constituye un procedimiento irregular, debido a que no se ha pactado por las partes, no se ha establecido en las bases y tampoco lo regulan las normas especiales sobre Contratación.

26. Por otro lado, no se encuentra acreditada con documento probatorio idóneo las afirmaciones de la Entidad. No existen actas de verificación y/o constancias y/o cualquier otro documento que corroboren o den fe de la inasistencia del personal de la supervisión en la obra; por lo que no se

puede tomar como cierta dicha afirmación; asimismo, no se puede determinar cuál es el criterio adoptado por la Entidad para el cálculo de las multas, penalidades y/o descuentos, debido a que ello no se encuentra regulado en el Contrato ni en los documentos que forman parte del mismo, por lo que su aplicación no tiene amparo legal.


27. Que, la única penalidad establecida por las partes, es la referida a la Penalidad por mora y ello se sanciona ante la demora de la Supervisión, respecto al cumplimiento de la prestación en el plazo establecido en el contrato, lo cual no es materia de la presente controversia. Cualquier otro incumplimiento por parte de la Supervisión, debe ser tratada de conformidad a lo previsto en el artículo 168º y 169º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
28. Por los fundamentos expuestos, el Tribunal Arbitral considera que los descuentos que la Entidad ha considerado en su Liquidación Final, en el ítem (F) como "OTROS DESCUENTOS", en la suma de S/. 39,013.33, son irregulares y constituyen un procedimiento unilateral, por cuanto su aplicación no está regulada ni en el Contrato ni en las Bases (términos de referencia) ni en la Ley de Contrataciones del Estado, ni en su Reglamento, por lo cual corresponde declarar la nulidad de la Liquidación Final elaborada por la Entidad, debiéndose por lo tanto declarar fundada la pretensión de la Supervisión.

En cuanto a la Aprobación de la Liquidación Final presentada por la Supervisión

29. Que, Miguel Salinas Seminario, señala que la liquidación final del contrato de obra, consiste en un proceso de cálculo técnico bajo las

condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, cuya finalidad es determinar, principalmente, el costo total de la obra, y el saldo económico que puede ser a favor o en contra del contratista o de la Entidad¹.

30. Que, la liquidación, además, tiene como propósito verificar la corrección de las prestaciones a cargo de la Entidad y del contratista, constituyendo un ajuste formal y final de cuentas, que establecerá, teniendo en consideración intereses, actualizaciones y gastos generales, el quantum final de las prestaciones dinerarias a que haya lugar a cargo de las partes del contrato.
31. Que, transcurrida la etapa de liquidación, las relaciones jurídicas creadas por el contrato se extinguen. Esto último sucede porque el contrato ha alcanzado su finalidad, cual es satisfacer los intereses de cada una de las partes. Es por ello que el procedimiento de liquidación debe garantizar que cada una de las prestaciones haya sido debidamente verificada por cada una de las partes, de manera que los sujetos contractuales tengan la oportunidad de expresar en forma inequívoca su satisfacción o insatisfacción con la ejecución del contrato.
32. Que, la Supervisión solicita que el Tribunal Arbitral apruebe su propia Liquidación, por considerarla que es la que se ajusta a derecho.
33. Que, las partes no han formulado cuestionamiento alguno respecto a la formalidad del procedimiento de Liquidación, por lo tanto el Tribunal Arbitral se limitará a analizar los puntos que son materia de controversia, que en éste caso, están relacionados a algunos conceptos contenidos en


¹ "Costos, Presupuestos, Valorizaciones y Liquidaciones de Obra" [Instituto de la Construcción y Gerencia (ICG), 2ª edición -2003. Pág. 44].

la Liquidación elaborada por la Entidad, los cuales a decir de la Supervisión son ilegales.

34. Que, consta en el expediente la Carta No. 054-CM&C/AMC29-2014, de fecha 23/12/14, recepcionada por la Entidad con fecha 24/12/14, mediante el cual la Supervisión presenta la Liquidación Final del Servicio de Supervisión con un saldo a su favor (incluyendo IGV) en la suma de S/. 66,007.89, conforme se muestra a continuación:

38

RESUMEN DE LIQUIDACION DE CONSULTORIA						
A.M.C. N°	029-2012-GRLL-GRAB-PRIMERA CONVOCATORIA DERIVADA DE LA A.D.P. N° 0014-2012-GRLL-GRAB					
OBRA	MEJORAMIENTO DE TRAMOS CRÍTICOS DE LOS CANALES DE RIEGO SAN JOSE DE CULTAMBO, JEQUETEPEQUE, SANTA					
MODALIDAD EJECUCION	MARÍA Y EL PALMO DEL VALLE DE JEQUETEPEQUE. PROVINCIA DE PACASMAYO-LA LIBERTAD					
ENTIDAD	A SUMA ALZADA					
SUPERVISION	GOBIERNO REGIONAL DE LA LIBERTAD					
	CONSORCIO MAC ASOCIADOS					
DESCRIPCION	(sin IGV)	AUTORIZADO	ADELANTO	VALORIZADO/ AMORTIZADO	PAGADO	SALDO POR PAGAR
1.00 CONTRATO PRINCIPAL		234,598.40		229,808.38		4,792.04
2.00 REINTEGRO DE CONTRATO PRINCIPAL		0.00		0.00		0.00
3.00 MAYORES PRESTACIONES DE SERVICIO (40.50 D.C.)		35,444.25		35,444.25		0.00
4.00 REINTEGRO MAYORES PRESTACIONES DE SERVICIO		0.00		0.00		0.00
SUB TOTAL	S/.	270,042.65		265,252.61		4,792.04
IGV 18 %		48,607.87		47,745.08		862.59
TOTAL		318,650.52		312,997.69		5,652.83
5.00 ADELANTO DIRECTO				0.00		0.00
6.00 ADELANTO DE MATERIALES				0.00		0.00
SUB TOTAL	S/.			0.00		0.00
IGV 18 %				0.00		0.00
TOTAL				0.00		0.00
7.00 RETENCIÓN FONDO DE GARANTIA F.G. 10% CONTRACTUAL				23,628.50		23,628.50
8.00 RETENCIÓN FONDO DE GARANTIA 10% MAYORES PRESTACIONES SUPERVISION				3,544.43		3,544.43
SUB TOTAL	S/.			27,172.93		27,172.93
IGV 18 %				4,891.31		4,891.31
TOTAL				32,064.24		32,064.24
9.00 RETENCIÓN INDEBIDA (APLICACIÓN OTRAS PENALIDADES)				23,972.90		23,972.90
SUB TOTAL	S/.			23,972.90		23,972.90
IGV 18 %				4,315.12		4,315.12
TOTAL				28,288.02		28,288.02
LIQUIDACION						
SUB TOTAL	S/.	270,042.65		214,108.78		55,933.87
IGV 18 %		48,607.87		38,536.65		10,069.02
TOTAL		318,650.52		252,645.43		66,007.89

35. Asimismo fluye en autos la Carta No. 015-2015-GRLL-GRI/SGL, de fecha 20/02/15, mediante el cual la Entidad remite a la Supervisión una nueva Liquidación Final del Contrato, con un saldo a cargo de la Supervisión en la suma de S/. 1.653.81, conforme se muestra a continuación:

LIQUIDACION FINAL DE CONTRATO DE SUPERVISION

OBRA : "MEJORAMIENTO DE TRAMOS CRITICOS DE LOS CANALES DE RIEGO SAN JOSE DE CULTAMBO JEQUETEPEQUE SANTA MARIA Y EL PALMO DEL VALLE JEQUETEPEQUE, PROVINCIA DE"

MODALIDAD : "AMC N° 0029-2012-GRLL-GRAB, derivada de ADP N°0014-2012-CONSORCIO M&C ASOCIADOS"

CONSULTOR :

CONCEPTO	MONTO RECALCULADO CON IGV 18% S/.	MONTO PAGADO CON IGV 18% S/.	DIFERENCIA A PAGAR S/.
(A) DE LAS VALORIZACIONES			
Ppto.Principal - Reduccion de meta (Reduccion de meta 0.718%)	234,293.01	229,806.34	4,486.68
TOTAL VALORIZACIONES	<u>234,293.01</u>	<u>229,806.34</u>	<u>4,486.68</u>
B) PRESTACION ADICIONAL	35,444.25	35,444.25	0.00
(C) TOTAL GENERAL (I.G.V. 18%)	<u>269,737.26</u> 48,652.71	<u>265,250.59</u> 47,745.10	<u>4,486.67</u> 807.60
(D) COSTO OBRA TOTAL	<u>318,289.97</u>	<u>312,995.69</u>	<u>5,294.28</u>

	Aplicada	Por Aplicar	Saldo por descontar
(E) PENALIDAD			
Penalidades aplicadas	-28,288.02	-28,288.02	0.00
			0.00

	Aplicada	Por Aplicar	Saldo por descontar
(F) OTROS DESCUENTOS			
Descuentos de Servicios por ausencia de profesionales	-39,013.33	0.00	-39,013.33
			-39,013.33

	Retenido	Devuelto	Saldo por devolver
(G) FONDO DE GARANTIA			
Fondo Garantia (Ppto principal)	27,882.81	0.00	27,882.81
Fondo Garantia (Ppto Adicional)	4,182.43	0.00	4,182.43
			32,065.24

(H) SALDO FINAL DE LIQUIDACION			5,294.28
Monto a cancelar en Efectivo			0.00
Saldo de Penalidades			-39,013.33
Otros descuentos			32,065.24
Devolucion Fondo de Garantia			
TOTAL S/.			-S/ 1,653.81

RESUMEN:

SALDO A CARGO DEL SUPERVISOR S/ -1,653.81

COSTO TOTAL DE SUPERVISION S/ 318,289.97

REGION "LA LIBERTAD"
 GERENCIA REGIONAL DE INFRAESTRUCTURA
 Ing. Mons A. Castillo Alva
 SUB GERENCIA DE LIQUIDACIONES

36. Que, al respecto el Supervisor con fecha 24/02/15, remite a la Entidad la Carta No. 002-CM&C/AM29-2015, comunicándole que no se encuentra conforme con la Liquidación Final elaborada por la Entidad y por lo tanto no ACOGE las observaciones formuladas, procediendo a objetar los siguientes conceptos:

- a) Indica que el monto que la Entidad pagó a la Supervisión es de solamente S/. 252,642.43 y no la suma de S/. 312,995.69, considerada por la Entidad, por lo que existe un saldo a favor de la supervisión de S/. 66,007.89
- b) Refiere que no corresponde la aplicación de penalidades en la suma de S/. 28,288.02, por no haberse establecido y/o considerado en las bases, términos de referencia y Contrato las obligaciones que el Supervisor habría incumplido.
- c) Que, no corresponde la aplicación de los descuentos (penalidad) autorizados por la Sub Gerencia de Obras en la suma de S/. 39,013.33 por las supuestas obligaciones que el Supervisor habría incumplido.

37. En efecto revisando el contenido de la Liquidación Final elaborada por la Entidad se puede verificar que se ha incluido en los ítems (E) y (F), los conceptos referidos a "PENALIDAD" por la suma de S/. 28,288.02 y "OTROS DESCUENTOS" por la suma de S/. 39,013.33, conceptos que de acuerdo al análisis efectuado en los puntos precedentes resultan ilegales; por lo tanto no deben ser considerados en la Liquidación Final.

38. En cuanto al monto pagado por la Entidad; se ha podido advertir que efectivamente descontándose la penalidad indebidamente ejecutada por la Entidad en la suma de S/. 28,288.02 y el fondo de garantía en la suma

de S/. 32,065.24, que corresponde devolver a la Supervisión, el monto realmente pagado a la Supervisión asciende a la suma de S/. 252,642.43; por lo tanto el saldo por pagar es favorable a la Supervisión y éste asciende a la suma de S/. 66,007.89, monto que coincide con lo liquidado por el CONSORCIO M&C ASOCIADOS, por lo que corresponde aprobar su Liquidación Final y en consecuencia amparar su pretensión en éste extremo.

2. ANALISIS DEL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

"Determinar si corresponde declarar o no el reconocimiento del pago de los Intereses Legales generados a favor del Contratista desde la fecha de la aplicación de los descuentos, hasta la fecha de la devolución de los descuentos".

POSICION DE LA SUPERVISION

- La Supervisión sostiene que el descuento efectuado por la Entidad en la suma de S/. 28,888.02 es ilegal, por lo tanto corresponde que se le reconozca los intereses legales correspondientes desde la fecha de su aplicación, hasta el momento en que se produzca la devolución de los citados descuentos.

POSICION DE LA ENTIDAD

- La Entidad refiere que dicha pretensión debe ser desestimada por el Tribunal Arbitral en virtud a que la Supervisión habría efectuado la prestación parcialmente, con el equipo incompleto de profesionales encargados de la Supervisión.

DECISION DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Según lo expuesto por la Supervisión, la controversia está referida a determinar si corresponde declarar el reconocimiento de los intereses legales a favor de M&C Asociados, respecto a la aplicación de los descuentos por parte de la Entidad.

1. Que, de acuerdo al análisis efectuado respecto al primer punto controvertido, el Tribunal Arbitral ha podido determinar que los descuentos aplicados por la Entidad, en las valorizaciones Nros. 06, 07 y 09, correspondiente a los meses de Setiembre, Octubre y Noviembre de 2013, por un monto total de S/. 28,288.02, no tienen amparo legal, por lo tanto dichos descuentos no debieron producirse y deben ser restituidos a la Supervisión, adicionados de los intereses correspondientes.
2. Al respecto es preciso determinar la tasa aplicable y el momento a partir del cual deben ser calculados.
3. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1324° del Código Civil, las obligaciones dinerarias devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva desde que el deudor incurre en mora.

"Artículo 1324°.- Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios."

Si se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido el respectivo resarcimiento”.

4. En consecuencia, en opinión del Tribunal Arbitral, los intereses que se devenguen por los montos materia de reclamo, califican como intereses legales moratorios, pues los mismos constituyen el resarcimiento a que tiene derecho el demandante de un importe dinerario por no tener dicho capital a tiempo. En tal sentido, los intereses moratorios constituyen una especie del género referente a los daños moratorios derivados del incumplimiento de deudas dinerarias. Ahora bien, no existiendo un pacto sobre la tasa de interés aplicable, corresponde aplicar el interés legal, el mismo que deberá ser considerado desde el día en que el deudor incurre en mora.
5. Que, teniendo en cuenta que los descuentos irregulares se han efectuado en el siguiente orden:
 - a) La suma de S/. 11,628.82 en la valorización No. 06, correspondiente al mes de setiembre de 2013.
 - b) La suma de S/. 12,503.47 en la valorización No. 07, correspondiente al mes de octubre de 2013; y,
 - c) La suma de S/. 4,155.73 en la valorización No. 09, correspondiente al mes de Noviembre de 2013.

Los intereses legales deberían ser calculados a partir del vencimiento del plazo que tenía para cancelar la Entidad las citadas valorizaciones, de conformidad a lo dispuesto en la cláusula Tercera del Contrato hasta la fecha efectiva del pago.

6. No obstante, a ello, la Supervisión ha solicitado que los intereses legales se liquiden a partir de la fecha de la aplicación de los descuentos, los mismos que han ocurrido el 06/12/13, 09/12/13 y 20/01/14, conforme a los Comprobantes de Pago Nros. 006160, 006167 y 006617, que corren en el expediente arbitral, por lo que teniendo en cuenta que el Tribunal Arbitral no puede ir más allá de lo solicitado por las partes, considera que corresponde amparar la pretensión de la Supervisión a los extremos solicitados, es decir, que los intereses deberán calcularse desde la fecha de su aplicación hasta la fecha de la devolución de los descuentos.

3. ANALISIS DEL QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

"Determinar si corresponde ordenar o no que el Gobierno Regional de La Libertad otorgue la Conformidad del Servicio de Consultoría de Supervisión de obra a favor del Consortio M&C Asociados".

POSICION DE LA SUPERVISIÓN

- Indica la Supervisión que, los servicios contratados se han ejecutado al 100%, cuenta con Acta de Recepción de Obra y Liquidación de Ejecución de obra, por lo tanto corresponde se otorgue la Conformidad de la Prestación del Servicio de Consultoría".

POSICION DE LA ENTIDAD

- La Entidad argumenta que dicha pretensión debe ser desestimada por el Tribunal Arbitral en virtud a que la Supervisión pretende el pago de prestaciones que no han sido ejecutadas por la inasistencia de los profesionales encargados de la Supervisión.

DECISION DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Según lo expuesto por la Supervisión, la controversia está referida a determinar si corresponde que la Entidad otorgue la Conformidad del Servicio al "Consortio M&C Asociados"

1. Que, la cláusula OCTAVA del Contrato, establece lo siguiente:

"La conformidad de la prestación se regula por lo dispuesto en el Artículo 176° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y la otorgará la Sub Gerencia de Supervisión y Liquidación de Obras, debiendo contar previamente con los siguientes documentos:

- *Recepción y Conformidad de la Sub-Gerencia de Supervisión y Liquidación de Obras.*
- *Informe del funcionario responsable del área usuaria, emitiendo su conformidad de la prestación efectuada.*
- *Factura o comprobante de pago debidamente autorizado por la Sunat.*

De existir observaciones se consignará en el acta respectiva, en la que se indicará el sentido de las mismas, dándose a EL CONTRATISTA un plazo prudente para su subsanación, en función a la complejidad del servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de 02 (dos) ni mayor de 10 (diez) días calendario. Si pese al plazo otorgado a EL CONTRATISTA no cumplierse a cabalidad la subsanación, LA ENTIDAD podrá resolver el contrato sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.

Este procedimiento no será aplicable cuando los servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso LA ENTIDAD no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan.

Asimismo la liquidación del presente contrato, se sujetará a lo establecido en el artículo 179° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.”

2. Que, el artículo 176° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, precisa lo siguiente:

“Artículo 176°.- Recepción y conformidad

La recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o, en su caso, del órgano establecido en las Bases, sin perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización interna de la Entidad.

La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias. Tratándose de órdenes de compra o de servicio, derivadas de Adjudicaciones de Menor Cuantía distintas a las de consultoría y ejecución de obras, la conformidad puede consignarse en dicho documento.

De existir observaciones se consignaran en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de estas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.

Este procedimiento no será aplicable cuando los bienes y/o servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones

ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan.

Las discrepancias en relación a la recepción y/o conformidad, así como la negativa de la Entidad de efectuarlas podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles de ocurrida la recepción, la negativa o de vencido el plazo para otorgar la conformidad, según corresponda.

La recepción conforme de la Entidad no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos."

3. Que, por su parte el artículo 181° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado indica que "el responsable de otorgar la conformidad de recepción de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser estos recibidos, a fin que la Entidad cumpla con la obligación de efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendario siguientes, siempre que se verifiquen las demás condiciones establecidas en el contrato".
4. Que, de la cláusula contractual mencionada y las normas legales invocadas precedentemente, se desprende lo siguiente:
 - a. Que, la conformidad de la prestación se regula por el artículo 176° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
 - b. Que, la Conformidad de la prestación la otorgará la Sub Gerencia de Supervisión y Liquidación de Obras.
 - c. Que, el responsable de otorgar la conformidad de la prestación, en éste caso la Sub Gerencia de Supervisión y Liquidación de Obras, deberá hacerlo en un plazo que no excederá los 10 días calendario.

5. Que, en el presente caso, se advierte que la Sub Gerencia de Supervisión y Liquidación de Obras, no ha cumplido con dicha obligación contractual y legal, habiéndose vencido en exceso el plazo de 10 días establecido en la norma, correspondiendo al Titular de la Entidad ordenar la determinación de responsabilidades, de conformidad con el primer párrafo del artículo 46 de la Ley de Contrataciones del Estado.
6. No obstante a ello la Supervisión ha cumplido con sus obligaciones contractuales, habida cuenta que la Entidad no ha cuestionado de modo alguno la prestación del servicio de supervisión, tan sólo se ha limitado a señalar que hubo inasistencia del personal que conformaba la Supervisión en la obra, pero jamás ha alegado y/o demostrado que la Supervisión no hubiera cumplido con los servicios materia de contrato.
7. En efecto, la Cláusula SEGUNDA del Contrato, precisa que dicho acto jurídico tiene como finalidad que "M&C Asociados" se encargue de la Supervisión de la Obra "Mejoramiento de Tramos Críticos de los Canales de Riego San José de Cultambo Jequetepeque Santa María y el Palmo del Valle Jequetepeque, Provincia de Pacasmayo-La Libertad"; estableciéndose para dicho efecto en la Cláusula Sexta del Contrato, un plazo de 270 días calendario.
8. Que, de los medios probatorios que corren en el expediente, se ha podido establecer que la Supervisión ha cumplido con su obligación contractual, teniendo en cuenta que con fecha 18/12/2014, la Entidad recepcionó la obra a su conformidad, suscribiéndose el Acta correspondiente, que la revisión y aprobación de la Liquidación Final de Obra, estuvo a cargo de la Sub-Gerencia de Liquidaciones, conforme a lo coordinado con el

responsable Ing. Gilmar Mostacero Lescano, que mediante Carta No. 053-CM&C/AMC29-2014, se presentó el Informe Final de Supervisión y que con posterioridad se emitió la Resolución Gerencial Regional No. 41-2015-GRLL/GRI, mediante el cual se resuelve APROBAR la Liquidación Final del Contrato de Ejecución de Obra, con un saldo a favor de la Empresa CONSORCIO NORTE (Contratista ejecutor de la obra).

9. Que, por otro lado, con la emisión del presente laudo, se está aprobando la Liquidación Final elaborada por la Supervisión, sin penalidades y con un saldo a su favor en la suma de S/. 66,007.89 (incluido IGV), con lo cual su derecho queda expedito para que la Entidad proceda al pago correspondiente y con ello se verifique la culminación del Contrato.
10. Que, estando a lo expuesto y teniendo en cuenta que el otorgamiento de la conformidad de la prestación constituye una obligación contractual y legal de la Entidad, de conformidad a lo dispuesto en la Cláusula OCTAVA del Contrato y artículo 176° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, obligación que no se puede extender en el tiempo, por decisión unilateral de la Entidad, el Tribunal Arbitral, considera que corresponde amparar la pretensión de la supervisión en éste extremo y en consecuencia disponer que la Entidad otorgue la conformidad del Servicio de Consultoría de Supervisión de la obra a favor del Consorcio M&C Asociados.

4. ANALISIS DEL SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

"Determinar o no el monto de la Indemnización por daños y perjuicio, a favor del Contratista Consorcio M&C Asociados".

POSICION DE LA SUPERVISION

- La Supervisión solicita que el Tribunal determine el monto de la indemnización por daños y perjuicios en su favor, sin formular mayor argumentación que la de su propia pretensión.

POSICION DE LA ENTIDAD

- Refiere la Entidad que, la responsabilidad contractual es la que procede ante la infracción de un contrato válido o es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Ésta comprende dos partes: Una de ellas es la reparación del daño y la segunda es la indemnización por los perjuicios ocasionados. Así, el Artículo 1321° del Código Civil señala lo siguiente:

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

- Que, asimismo, debe tenerse en cuenta que para que se configure la responsabilidad contractual, debe de cumplirse con lo siguiente: Primero, debe existir un contrato válidamente celebrado, el cual debe ser eficaz; segundo, debe producirse un incumplimiento absoluto o relativo de las obligaciones por parte del deudor, incumplimiento que debe ocasionar un daño; tercero, debe existir una relación de causalidad entre el incumplimiento del deudor y el daño ocasionado al acreedor; y cuarto, deben configurarse los factores de atribución subjetivos y objetivos.
- Que, en el caso de la responsabilidad extracontractual, ésta se determina cuando se produce un daño a un tercero con el cual no existe vínculo contractual. Así, los elementos de la responsabilidad civil extracontractual surgen de los sujetos de esta responsabilidad: la víctima, el perjudicado por

el daño (o sus causahabientes); y el responsable, autor culpable o doloso de los hechos. El elemento objetivo lo configura el daño y el elemento subjetivo lo integra la culpa y la negligencia, el descuido, la ignorancia o la imprudencia sin deseo de causar el perjuicio.

- Que, es necesario señalar que para este tipo de responsabilidad debe haber primero un daño causado; segundo, la existencia de la relación de causalidad entre la conducta del agente y el daño causado a la víctima y los actos de atribución (subjetivos u objetivos).
- Que, entre ambos tipos de responsabilidad civil, es fundamental el daño (acto) causado. Si el daño causado no existe no hay responsabilidad contractual ni extracontractual, el daño es el que identifica las responsabilidades; en el campo extracontractual el daño es a cualquier persona, mientras en el contractual el daño es siempre al acreedor. Por otro parte, en la responsabilidad extracontractual se regula la doctrina de la reparación integral del daño que existe. Es por ello que en este campo se indemniza todos los daños causados a la víctima; mientras que en el ámbito contractual no se reparan, en principio, todos los daños; solamente se reparan, en principio, aquellos que sean consecuencia directa del incumplimiento del deudor.
- Que, el monto indemnizatorio en el campo extracontractual no depende de la culpabilidad del autor del acto, mientras que en el campo contractual el monto depende del daño y la culpabilidad del deudor, pues será mayor si es producto de culpa grave o dolo, y será menor si es producto de culpa leve.

- Que, en el presente caso se advierte que la pretensión de indemnización solicitada por el demandante se configura en una responsabilidad civil contractual, toda vez que el supuesto perjuicio habría surgido como consecuencia de una supuesta inejecución de las obligaciones contenidas en el Contrato, como consecuencia de la resolución del contrato efectuada por la Gerencia Regional de Educación.
- Que, en principio debe tenerse en cuenta que la responsabilidad contractual, es la que proviene de la violación de un contrato y consiste en la obligación de indemnizar al acreedor, el perjuicio que le causa el incumplimiento de contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto. Lo antes expuesto no implica que esta entidad administrativa, esté reconociendo expresamente haber causado daños al Contratista.
- Que, de lo anterior se infiere que la responsabilidad contractual supone una obligación anterior, es decir, se produce entre personas ligadas por un vínculo jurídico preexistente. En la responsabilidad contractual, la obligación de indemnizar es la sanción impuesta por la ley, al incumplimiento de una obligación anterior, lo que constituye uno de los efectos de que la ley atribuye a la fuerza obligatoria de los contratos.
- Que, la doctrina moderna señala que básicamente existen elementos comunes a la responsabilidad civil contractual y extracontractual; y que de consecuencia conviene abandonar las distinciones arbitrarias. Así por ejemplo, Santos Briz señala como elementos comunes:
 - La antijuridicidad
 - La producción de un daño
 - La culpa del agente (factor de atribución).
 - Relación causal entre la acción u omisión y el daño.

- Que, la ausencia de uno de los elementos antes mencionados; evita se configure el supuesto de responsabilidad civil contractual y por ende desaparece la obligación de indemnizar.
- Que, la antijuricidad es aceptada en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, porque incluye las conductas típicas y atípicas. Nace la obligación de indemnizar cuando se causa daño a otro u otros mediante un comportamiento no amparado en el derecho, por contravenir una norma de carácter imperativo, por contravenir los principios que conforman el orden público o las reglas de convivencia social que constituyen las buenas costumbres. Resulta evidente que siempre es necesaria una conducta antijurídica o ilegítima para poder dar nacimiento a la obligación de indemnizar.
- Que, se entiende, entonces, que la antijuridicidad es toda manifestación, actitud o hecho que contraría los principios básicos del derecho, por lo cual el autor del daño no será responsable si la conducta realizada se efectuó dentro de los límites de lo lícito, como ocurre en el presente caso toda vez y conforme se ha expuesto líneas arriba.
- Que, por otro lado el daño es todo menoscabo que experimenta una persona, sea en ella misma, sea en su patrimonio, y que no necesariamente se refiera a un menoscabo por la pérdida de un derecho. En términos generales pueden definir el daño o perjuicio como la disminución o detrimento del patrimonio o los detrimentos morales sufridos por una persona.

- Que, el daño, según lo ha definido el distinguido autor alemán Karl Larenz "es la alteración desfavorable de las circunstancias que a consecuencia de un hecho determinado se produce contra la voluntad de una persona, y que afecta a los bienes jurídicos que le pertenecen, sean estos respecto de su personalidad, libertad, honor o patrimonio".
- Que, en este sentido, tradicionalmente se ha clasificado el daño en dos tipos: el daño emergente, que comprende la pérdida o disminución patrimonial sufrida por la víctima como consecuencia de un hecho ilícito, implica siempre un empobrecimiento, comprende tanto los daños inmediatos como los daños futuros, pues no siempre las consecuencias van a ser inmediatas. Es en consecuencia la disminución de la esfera patrimonial; mientras que el llamado lucro cesante está constituido por todos aquellos montos que dejaron de ingresar en su patrimonio por efectos del evento dañoso. Sin embargo no debe perderse de vista que todo daño a efectos de ser indemnizado debe ser cierto, esto implica que quien alegué haber sufrido un daño debe demostrar su ocurrencia, tal como lo exige además la legislación; circunstancias que no han acontecido en el presente caso, puesto que el demandante no ha presentado medio probatorio alguno que acredite la existencia del supuesto daño ocasionado por esta entidad, menos aún a preciado si se trata de un daño emergente o de un lucro cesante.
- Que, en esa línea, el Artículo 1331° del Código Civil señala lo siguiente: "La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación o por cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".

- Que, con lo antes transcrito, queda claro que quien tiene la carga de la prueba según el Artículo 1331° del Código Civil, es quien afirma que ha sido perjudicado por la inejecución de la obligación contractual. Asimismo, se desprende del mismo artículo que quien solicita una indemnización debe probarlo. Así, y estando a lo indicado, queda claro que quien tiene la carga de probar, si se le provocó un daño por alguna inejecución en las obligaciones contractuales, es el demandante.
- Que, el demandante se encuentra pretendiendo una indemnización por supuestos daños y perjuicios, la cual no ha sido probada, pues no se ha cumplido con demostrar el acto antijurídico, el perjuicio o daño, la culpa y el nexo causal de la responsabilidad, toda vez que dicha parte se ha limitado únicamente a indicar que existe un daño y perjuicio, pero no ha indicado, por ejemplo, cual es exactamente ese daño ni cuál es el nexo de causalidad entre el hecho que provoca el daño y el propio perjuicio.

DECISION DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Según lo expuesto por la Supervisión, la controversia está referida a que el Tribunal Arbitral determine el monto de la indemnización por Daños y Perjuicios a favor de M&C Asociados.

1. Que, nos hallamos ante un supuesto de responsabilidad civil de naturaleza contractual, debiendo por ello aplicársele las normas relativas a la inejecución de obligaciones previstas en nuestro Código Civil, a fin de determinar cuáles son los daños que deben ser indemnizados.

2. Sobre el particular el Artículo 1321° del mencionado cuerpo legal señala lo siguiente:

"Artículo 1321.-

(...) el resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.(...)"

3. Que, de acuerdo con la norma legal antes citada, el responsable debe indemnizar tanto el daño emergente como el lucro cesante, pero únicamente si son una consecuencia directa e inmediata de su inejecución.
4. Que, para que se configure un supuesto de responsabilidad civil, es necesario que concurren conjuntamente algunos elementos (daño, relación causal y factor de atribución); en caso los referidos elementos no coexistan simultáneamente, no se configuraría un supuesto de responsabilidad civil, y por lo tanto no será atendible lo solicitado por la Supervisión.
5. Ahora bien, el Supervisor solicita que el Tribunal Arbitral determine el monto de la indemnización por Daños y Perjuicios a su favor; sin embargo no ha fundamentado ni probado el daño alegado, tampoco ha cuantificado el monto de su pretensión indemnizatoria, aspectos que corresponden ser definidos por la propia Supervisión y respecto de las cuales el Tribunal Arbitral no se puede sustituir.

6. En efecto, el artículo 1331° del Código Civil, prescribe que la carga de la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponden al perjudicado, por lo que al no haberse acreditado la existencia de los supuestos daños, ni mucho menos determinado el monto de su pretensión indemnizatoria, no corresponde que la Entidad pague suma alguna referente a éste extremo.
7. Por los fundamentos expuestos el Tribunal Arbitral considera que la pretensión indemnizatoria de la Supervisión debe ser desestimada.

5. ANALISIS CONJUNTO DEL CUARTO Y SEPTIMO PUNTOS CONTROVERTIDOS

"4. Que la Entidad asuma el integro de los Costos Arbitrales y las Costas del Proceso que incluyen el pago de los honorarios del Asesor Jurídico del Consortio M & C Asociados, equivalente al 15 % del Monto de la Controversia, por cuanto ésta se ha generado por culpa imputable a la Entidad"

"7. Determinar a quién en qué proporción corresponde, ordenar el pago de los gastos arbitrales"

DECISION DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Según lo expuesto por las partes, la controversia se centra en establecer, si corresponde ordenar que la Entidad asuma el integro de los costos arbitrales y las costas del proceso, que incluyen el pago de honorarios del asesor jurídico y determinar a quién y en qué proporción corresponde ordenar el pago de los gastos arbitrales.

1. De acuerdo con el Artículo 70° del D. Leg. No. 1071, Ley de Arbitraje, el tribunal arbitral, fijará en el laudo los costos del arbitraje.
2. Según la citada norma legal, los costos del arbitraje comprenden:
 - a) Los honorarios y gastos del tribunal arbitral
 - b) Los honorarios y gastos del secretario.
 - c) Los gastos administrativos de la institución arbitral.
 - d) Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.
 - e) Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
 - f) Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.
3. Asimismo el Artículo 73°, en su numeral 1, señala que, el tribunal arbitral, tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
4. Que, la Supervisión en su escrito de demanda solicita que la Entidad asuma el íntegro de los Costos Arbitrales y las Costas del Proceso, que incluye el pago de los honorarios del Asesor Jurídico del Supervisor, equivalente al 15% del monto en controversia

5. Que, todos los conceptos reclamados por el Supervisor se encuentran contenidos dentro de los **Costos del Arbitraje**, precisados en el Artículo 70° del D. Leg. No. 1071, Ley de Arbitraje.
6. Que, sin embargo los pagos de los honorarios del Asesor Jurídico equivalente al 15% del monto de la controversia, que reclama el Consorcio, no podrá ser atendido en virtud a que no se ha acompañado documento probatorio alguno que acredite dicho extremo, por tanto su pretensión debe ser desestimada; debiéndose considerar únicamente aquellos costos arbitrales que se encuentren debidamente acreditados.
7. Que, en ese sentido el Tribunal Arbitral considera a efectos de regular el pago de los conceptos contenidos en los costos del arbitraje, el desarrollo de las actuaciones arbitrales, el resultado del proceso y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje, al margen del hecho de que en concepto del Tribunal Arbitral ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en vía arbitral, en consecuencia, este Tribunal estima que cada parte debe asumir los costos y costas que incurrió como consecuencia del presente proceso arbitral.
8. Que, teniendo en cuenta que los Honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaria Arbitral que correspondían cancelar a la Entidad y que ascienden a la suma de S/. 5,339.50, han sido cubiertos íntegramente por la Supervisión, corresponde que la Entidad le reintegre dicho monto, más los impuestos de Ley que hayan sido cubiertos y los intereses legales correspondientes.

Honorarios del Tribunal Arbitral	S/.	4,260.00 (más impuestos)
Honorarios del Secretario Arbitral	S/.	<u>1,079.50</u> (más impuestos)
TOTAL	S/.	5,339.50

Por las razones expuestas, el Tribunal Arbitral, en DERECHO,

LAUDA:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la primera pretensión del demandante, contenida en el primer punto controvertido, en consecuencia, nulo el descuento aplicado indebidamente por la suma de S/. 28,882.02 y nula la liquidación final, elaborada por la Entidad; por los fundamentos expuestos en los considerandos.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA**, la segunda pretensión del demandante, contenida en el segundo punto controvertido, en consecuencia, declarar aprobado la liquidación final presentada por la Supervisión; por los fundamentos expuestos en los considerandos.

TERCERO: Declarar **FUNDADA**, la tercera pretensión del demandante, contenida en el tercer punto controvertido, en consecuencia, reconocer el pago de los Intereses Legales generados a favor del CONSORCIO M&C ASOCIADOS desde la fecha de la aplicación de los descuentos, hasta la fecha de su devolución; por los fundamentos expuestos en los considerandos.

CUARTO: Declarar **IMPROCEDENTE** la cuarta pretensión del demandante, contenida en el cuarto punto controvertido, referida a que la entidad asuma el integro de los Costos Arbitrales y las Costas del Proceso que incluyen el pago de los honorarios del Asesor Jurídico del Consortio M&C Asociados, equivalente al 15% del Monto de la Controversia, por los fundamentos expuestos en los considerandos.

QUINTO: Declarar **FUNDADA** la quinta pretensión del demandante, contenida en el quinto punto controvertido, en consecuencia, disponer que el GOBIERNO REGIONAL DE LA LIBERTAD otorgue la Conformidad del Servicio de Consultoría de Supervisión de Obra a favor del CONSORCIO M&C ASOCIADOS; por los fundamentos expuestos en los considerandos.

SEXTO: Declarar **INFUNDADA** la sexta pretensión del demandante, contenida en el sexto punto controvertido, referida a que el Tribunal Arbitral determine el monto de la indemnización por Daños y Perjuicios a favor del CONSORCIO M&C ASOCIADOS; por los fundamentos expuestos en los considerandos.

SEPTIMO: Respecto a los costos arbitrales, el Tribunal determina que cada parte deberá asumir los costos en que ha incurrido como consecuencia del presente arbitraje, por lo que teniendo en cuenta que los Honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaria Arbitral que correspondía asumir a la Entidad, han sido cubiertos íntegramente por la Supervisión, corresponde que EL GOBIERNO REGIONAL DE LA LIBERTAD, le reintegre dicho monto que asciende a la suma de S/. 5,339.50, más los impuestos de Ley que hayan sido cubiertos y los intereses legales correspondientes, por los fundamentos expuestos en los considerandos.

PROCESO ARBITRAL
Consortio M&C Asociados
Gobierno Regional de la Libertad

OCTAVO: Remítase al Organismo Superior de las Contrataciones del Estado
OSCE, copia del presente laudo arbitral.

Notifíquese a las partes.



VICTOR MANUEL BELAUNDE GONZALES
Presidente del Tribunal Arbitral



MARIO COLBERTH REYNA RODRIGUEZ
Árbitro



RAMIRO RIVERA REYES
Árbitro



JORGE GIANCARLO DIONICIO BAZÁN
Secretario Arbitral