

Proceso arbitral seguido entre el CONSORCIO BARBA SEINCO y el GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD
Contrato de Ejecución de Obra N° 09-2007

Árbitro Único
Daniel Triveño Daza

Arbitraje seguido entre

CONSORCIO BARBA SEINCO
Y
GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD

LAUDO

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

Secretaría Arbitral Ad Hoc

Alberto Molero Rentería

Lima, 2017

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

RESOLUCIÓN No. 22

Lima, 28 de noviembre de 2017

VISTOS:

I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL.-

Con fecha 09 de noviembre de 2007, el CONSORCIO BARBA SEINCO (en adelante, “el Consorcio, el Contratista o el Demandante”) y el GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD (en adelante, “la Entidad o el Demandado”) suscribieron el Contrato Nº 09-2007 para la ejecución de la obra: “Instalación del Sistema de agua potable y alcantarillado El Carmelo”; en adelante, “EL CONTRATO”.

De acuerdo a la Cláusula Vigésima del CONTRATO, las partes acordaron lo siguiente:

“CLÁUSULA VIGÉSIMA: ARBITRAJE

- 20.1. *Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado.*
- 20.2. *Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 272º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.*
- 20.3. *El laudo arbitral emitido es vinculante para las partes y pondrá fin a procedimiento de manera definitiva, siendo inapelable ante el Poder Judicial o ante cualquier instancia administrativa”.*

De acuerdo a lo anterior queda establecida la competencia arbitral, al haberse

Proceso arbitral seguido entre el CONSORCIO BARBA SEINCO y el GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD
Contrato de Ejecución de Obra Nº 09-2007

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

verificado el convenio arbitral suscrito entre el CONSORCIO BARBA SEINCO y el GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD en el presente proceso arbitral.

II. DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO.-

Mediante Oficio Nº 2924-2013-OSCE/DAA de fecha 29 de mayo de 2013, el doctor Daniel Triveño Daza fue designado como Árbitro Único en el proceso arbitral seguido entre el CONSORCIO BARBA SEINCO y el GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD. Sobre el particular, el profesional de derecho declara haber sido debidamente designado de acuerdo a Ley y al convenio arbitral celebrado entre las partes, manifestando no tener ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con los mismos.

Asimismo, se obliga a desempeñar con justicia, imparcialidad y probidad la labor encomendada, tal como lo dispone el Código de Ética aprobado mediante Resolución No. 258-2008-CONSUCODE/PRE y publicado en el Diario Oficial El Peruano el 11 de junio de 2008.

III. TIPO DE ARBITRAJE.-

Con fecha 05 de agosto de 2013, se llevó a cabo en la sede institucional del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado - OSCE, la Audiencia de Instalación de Árbitro Único Ad Hoc. A dicha audiencia asistió en representación del CONSORCIO BARBA SEINCO, el abogado Roberto Carlos Benavides Pontex, acompañado por la señorita Josseline Lisset Yupanqui López. Por su parte, asistió en representación del GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD, el abogado César Augusto Cueva Castillo.

En la referida Audiencia de Instalación de Árbitro Único Ad Hoc, se estableció que en virtud de lo pactado en la Cláusula Vigésima del CONTRATO, el arbitraje sería Ad Hoc,

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

Nacional y de Derecho.

IV. REGLAS APLICABLES AL PRESENTE ARBITRAJE.-

En la referida Audiencia de Instalación de Árbitro Único Ad Hoc, el Árbitro Único se ratificó en su aceptación al cargo para el que fue nombrado y quedaron firmes las reglas procesales consignadas en dicha Acta.

Así, se estableció que para el proceso, serán de aplicación las reglas procesales establecidas por las partes en el convenio arbitral o instrumentos modificatorios en la medida que no contravengan la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante, "LA LEY"), su Reglamento (en adelante, "EL REGLAMENTO") y las Directivas que apruebe el OSCE. Supletoriamente, se aplicarán las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje.

Aunado a ello, en caso de insuficiencia, respecto a las reglas del proceso, el Árbitro Único quedará facultado para establecer reglas adicionales, mediante la aplicación de los principios generales de Derecho.

V. ALEGACIONES DE LAS PARTES.-

En el Acta de Instalación anteriormente referida, el Árbitro Único declaró abierto el proceso y otorgó al CONSORCIO BARBA SEINCO. un plazo de diez (10) días hábiles a fin de que cumpla con formular sus pretensiones y con ofrecer los medios probatorios que las respaldan.

Mediante escrito presentado con fecha 19 de agosto de 2013, el CONSORCIO BARBA SEINCO formuló las siguientes pretensiones:

Proceso arbitral seguido entre el CONSORCIO BARBA SEINCO y el GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD
Contrato de Ejecución de Obra N° 09-2007

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

5.1. Pretensiones formuladas en la Demanda presentada por el CONSORCIO BARBA SEINCO:

Las pretensiones planteadas por el DEMANDANTE se transcriben a continuación:

Primera Pretensión Principal: "Se declara aprobada la liquidación del contrato de ejecución de obra N° 09-2007 celebrado entre el Gobierno Regional La Libertad y el Consorcio Barba Seinco para la ejecución de la obra: "INSTALACIÓN DEL SISTEMA DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO EL CARMELO" liquidación que asciende a la suma de S/. 1'086,771.30 (Un Millón ochenta y seis mil setecientos setenta y uno con 30/100 nuevos soles). Más los respectivos Costos y Costas del Proceso".

Segunda Pretensión Principal: "Que se reconozca el pago por concepto de indemnización de daños y perjuicios por un monto de S/. 543,355.15 (Quinientos cuarenta y tres mil tres cientos cincuenta y cinco con 15/100 nuevos soles)".

5.2. Posición del CONSORCIO BARBA SEINCO:

El DEMANDANTE sustenta su posición en los siguientes fundamentos de hecho y derecho:

Sobre la Primera Pretensión Principal

Que, con fecha 23 de noviembre de 2007, el CONSORCIO refiere que la ENTIDAD procedió con la entrega del terreno, esto es, dentro del plazo legal establecido en el artículo 184º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Asimismo, en esa misma fecha, refiere que solicitó la entrega del Adelanto Directo; sin embargo, señala que ello fue efectuado por la ENTIDAD con fecha 24 de enero de 2008; es decir, cuarenta (40) días fuera del plazo establecido en el artículo 187º del

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. A pesar de ello, refiere que se habría dado por alto la referida falta, iniciando la ejecución de la obra con fecha 25 de enero de 2008.

Posteriormente, con fecha 28 de mayo de 2008, el DEMANDANTE refiere que la ENTIDAD otorgó el adelanto de materiales y, ese mismo mes, señala que lo habría obligado a amortizar los adelantos de manera autoritaria y desproporcional, dejándolo sin liquidez.

Por otro lado, debido a los vicios ocultos obrantes en el expediente técnico, el DEMANDANTE indica que el costo para la ejecución de la obra se habría elevado, lo cual le habría generado un perjuicio económico.

Efectivamente, en atención al cumplimiento de obligaciones contractuales, el DEMANDANTE alega que correspondería a la ENTIDAD abonarle lo siguiente:

De las Valorizaciones	Montos Recalculados	Montos Pagados	Dif. a Pagar
Presupuesto principal	1,601,815.61	1,386,949.57	214,866.04
Presupuesto Adicional N°01	221,749.63	199,418.23	22,331.40
Presupuesto Adicional N° 03	40,752.32	40,752.32	—
Presupuesto Adicional N° 04	—	—	—
TOTAL DE VALORIZACIONES	1864,317.56	1,627,120.12	237,197.44

Asimismo, el DEMANDANTE alega que el expediente técnico no habría sido elaborado de manera exacta, toda vez que contendría valorizaciones distintas a las inicialmente pactadas por las partes, por lo que correspondería un reajuste de precios, en virtud a

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

lo establecido en el artículo 198º de la Ley de Contrataciones del Estado, tal y como se señalaría en el siguiente cuadro:

Reajuste de Precios	Montos Recalculados	Montos Pagados	Dif. a pagar
Reintegro presupuesto Principal	57,754.88	16.618.24	41.136.64
Reintegro presupuesto Adicional N° 01	1.338.55	422.53	916.02
Reintegro presupuesto Adiciona N°03	1.330.32	1.357.20	-26.88
TOTAL DE REAJUSTES	60.423.75	18.397.97	42.025

Adicionalmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 197 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el DEMANDANTE precisa que las referidas valorizaciones estarían sujetas a intereses, los mismos que en el presente caso ascenderían a la suma de S/ 2,295.72 y que le correspondería a la ENTIDAD asumir.

Aunado a ello, el DEMANDANTE señala que existieron una serie de costos que no se advirtieron en el expediente técnico original y que serían necesarios para cumplir con su prestación contractual (ejecución de la obra), tales como la partida correspondiente al movimiento de tierras en redes existentes; trabajo que equivaldría a la suma de S/ 44,4419.69 y que le correspondería a la ENTIDAD asumir.

A pesar de dichas condiciones, con fecha 05 de junio de 2009, el DEMANDANTE alega que culminó la ejecución de la obra, por lo que, mediante Asiento N° 579 del Cuaderno de Obra, el Residente de Obra solicitó recepción de obra; ante lo cual la ENTIDAD alegó que no podía atender dicho pedido hasta que se realizaran las pruebas para garantizar el buen funcionamiento del sistema de agua potable y alcantarillado.



Árbitro Único
Daniel Triveño Daza

Sin embargo, el DEMANDANTE alega que dichas pruebas no podían ser realizadas, debido a que no se habría construido un nuevo pozo tubular y su respectiva instalación eléctrica, obras que la ENTIDAD se habría obligado a llevar a cabo, por lo que la demora en la recepción de la obra sería atribuible a la ENTIDAD.

Posteriormente, con fecha 25 de agosto de 2012, el DEMANDANTE refiere que la ENTIDAD recepcionó la obra, lo que habría generado mayores gastos generales, tal y como se detalla en el siguiente cuadro:

CONCEPTO	Mont recalculado	Mont. Pagados	Dif a Pagar
Mayores Gastos Giales. ampliaciones de plazo	147,867.89	0.00	147,867.89
Mayores Gastos Giales. Por no recepción de obra	339,282.31	0.00	339,282.31
Totales Mayores Gastos Generales	138,229.14	0.00	138,229.14

Sobre el particular, el DEMANDANTE precisa que dicho concepto sería de atribución exclusiva de la ENTIDAD, debido al defectuoso expediente técnico y a que, de no realizar cambios, la obra no hubiera sido culminada.

Finalmente, debido a dicha demora en la recepción de la obra, el DEMANDANTE señala que se habría visto obligado a mantener vigente la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento durante tres (3) años, un (1) mes y diez (10) diez días. No obstante, el DEMANDANTE precisa que en la liquidación realizada por la ENTIDAD se habría determinado un saldo favorable al CONTRATISTA, por lo que la referida carta fianza ya no tendría utilidad, por lo que solicita la devolución de dicha garantía, así como el monto correspondiente al mantenimiento innecesario de la misma.

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

En consecuencia, el DEMANDANTE sostiene que correspondería al Árbitro Único aprobar la liquidación del Contrato de Ejecución de Obra Nº 09-2007, ascendente a la suma de S/ 1'086,771.30 (Un Millón Ochenta y Seis Setecientos Setenta y Un con 30/100 soles).

Sobre la Segunda Pretensión Principal

Que, respecto al pago de una indemnización por daños y perjuicios, el DEMANDADANTE alega que las valorizaciones canceladas por la ENTIDAD constituían sumas ínfimas de dinero, por lo que tuvo que solicitar préstamos a terceros, a fin de continuar con la ejecución de la obra dentro del plazo contractual establecido, originando un mayor costo en el cumplimiento del CONTRATO. Aunado a ello, refiere que el daño por mantener la carta fianza de fiel cumplimiento por parte de la ENTIDAD le habría imposibilitado a postular a nuevas licitaciones, originando pérdidas económicas al no poder de emitir nuevas cartas fianzas.

Sin perjuicio de ello, a pesar de que la obra fue culminada dentro del plazo contractual establecido, la ENTIDAD habría omitido el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, dejando transcurrir tres (3) años hasta la recepción de la obra, luego de lo cual se podría cancelar lo adeudado con las entidades financieras y los proveedores; es decir, siendo que a la fecha estaría incurriendo en mora con los acreedores.

En consecuencia, el DEMANDANTE sostiene que correspondería al Árbitro Único ordenar al GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD el pago de una indemnización por daños y perjuicios, equivalente a la suma de S/ 543,355.15 (Quinientos Cuarenta y Tres Mil Trescientos Cincuenta y Cinco con 15/100 soles).

- 5.3. Admisión de la demanda arbitral presentada por el CONSORCIO BARBA SEINCO:

Árbitro Único
Daniel Triveño Daza

Mediante Resolución Nº 3 de fecha 11 de noviembre de 2013, el Árbitro Único resolvió admitir a trámite la demanda arbitral presentada por el CONSORCIO BARBA SEINCO y, en consecuencia, corrió traslado de la misma al GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD, a fin de que en el plazo de diez (10) días hábiles cumpla con contestarla y, de estimarlo pertinente, formule reconvención.

5.4. Posición del GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD:

El DEMANDADO sustenta su posición en los siguientes fundamentos:

5.4.1. Fundamentos de Hecho y de Derecho de la Contestación

Sobre la Primera Pretensión Principal de la Demanda

Que, respecto a la liquidación final obra presentada por el CONTRATISTA, el DEMANDADO refiere que dicho documento no habría sido presentado dentro del plazo legal, por lo que se tuvo por no presentado, procediendo a elaborar la liquidación correspondiente, la cual habría sido puesta en conocimiento del CONTRATISTA con fecha 03 de enero de 2013.

Que, ante las observaciones realizadas por el CONTRATISTA a dicho traslado, el DEMANDADO señala que reformuló la liquidación final con un saldo a favor del CONTRATISTA ascendente a la suma de S/ 12,953.80, la misma que no fue observada, quedando consentida, de conformidad con lo establecido en el artículo 211º del D.S. 184-2008-EF.

Sin perjuicio de ello, el DEMANDADO alega que la liquidación presentada por el CONTRATISTA habría sido elaborada de mala fe, toda vez que no habría cumplido con

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

acreditar los conceptos que formarían parte de su liquidación final de obra, según lo establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, tales como el presupuesto principal de la obra recalculado, el reajuste de precios, las partidas ejecutadas omitidas en el Proyecto, los mayores gastos generales por ampliaciones de plazo, los mayores gastos generales por no recepción de la obra y, finalmente, el resarcimiento en la entrega del adelanto directo.

Siendo ello así, luego de observar la referida liquidación, el DEMANDADO señala que se obtendría un saldo a favor del CONTRATISTA ascendente a la suma de S/ 238,347.57 incluido IGV.

De este modo, de conformidad con el artículo 165º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el DEMANDADO señala que se habría aplicado al saldo a favor del CONTRATISTA una penalidad por demora en la ejecución de obra ascendente a la suma de S/ 221,393.74, correspondiente el diez por ciento (10%) del monto contractual, toda vez que la obra fue concluida con cuatrocientos ochenta y un (481) días de atraso; así como los cargos por la elaboración de su liquidación, correspondiente a la suma de S/ 4,000.00, obteniendo la suma final de S/ 12,953.80.

En consecuencia, el DEMANDADO sostiene que correspondería la Árbitro Único declarar infundada la primera pretensión de la demanda y, como consecuencia de ello, declarar válida la Liquidación Final de Obra realizada por la ENTIDAD.

Sobre la Segunda Pretensión Principal de la Demanda

Que, respecto al pago de una indemnización por daños y perjuicios, el DEMANDADO refiere que la parte demandante no especificaría qué tipo de indemnización por daños estaría solicitando; es decir, contractual o extracontractual, a fin de determinar la actividad probatoria establecida en el Código Civil Peruana.

Árbitro Único
Daniel Triveño Daza

Aunado a ello, el DEMANDADO alega que el CONTRATISTA no habría cumplido con acreditar los elementos de la responsabilidad civil, tales como la antijuricidad, el daño, el nexo causal y el factor de atribución.

En consecuencia, el DEMANDADO sostiene que correspondería declarar infundada la segunda pretensión principal de la demanda.

5.4.2. Pretensiones formuladas en la Reconvención

Las pretensiones planteadas por el DEMANDADO se transcriben a continuación:

Primera Pretensión Reconvencional: "Se declare Válida y con efecto Legal la Liquidación final del Contrato de Obra "INSTALACIÓN DEL SISTEMA DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO EL CARMELO" reformulada por el Gobierno Regional de La Libertad".

Segunda Pretensión Reconvencional: "Que, se declare que el Gobierno Regional La Libertad adeuda a favor de la Contratista la suma de S/ 12,963.80 nuevos soles, como saldo de Liquidación final del Contrato de Obra "INSTALACIÓN DEL SISTEMA DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO EL CARMELO"".

Sobre la Primera Pretensión Reconvencional

Que, respecto a lo argumentado por la parte demandante en su escrito de demanda, la ENTIDAD refiere que dicha parte no habría cumplido con sustentar el pago de mayores gastos generales variables, ni el pago de mayores gastos generales por la supuesta demora en la recepción de la obra, ni los supuestos daños por la supuesta demora en la entrega del adelanto directo; lo que acreditaría la culminación de la obra y la presentación de la liquidación final fuera del plazo contractual establecido.

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

En consecuencia, el DEMANDADO sostiene que correspondería al Árbitro Único declarar fundada la primera pretensión reconvencional, determinando válida y eficaz la Liquidación Final realizada por la ENTIDAD.

Sobre la Segunda Pretensión Reconvencional

Finalmente, teniendo en cuenta el carácter accesorio de la segunda pretensión reconvencional, el DEMANDADO refiere que corresponde a Árbitro Único que la ENTIDAD adeuda a favor del CONTRATISTA la suma de S/ 12, 963.80, correspondiente al saldo de la Liquidación Final del CONTRATO.

VI. AUDIENCIAS Y DECISIONES ADOPTADAS EN EL PRESENTE PROCESO ARBITRAL.-

- 6.1. Mediante Resolución Nº 5 de fecha 28 de mayo de 2014, el Árbitro Único resolvió: (i) tener por contestada la demanda por parte del GOBIERNO REGIONAL DE LA LIBERTAD, y (ii) tener por formulada la reconvención por parte del GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD y, en consecuencia, correr traslado de la misma al CONSORCIO BARBA SEINCO, a fin de que en el plazo de diez (10) días hábiles cumpliera con manifestar lo pertinente a su derecho.

- 6.2. Mediante escrito presentado con fecha 04 de abril de 2014, el CONSORCIO BARBA SEINCO amplió su demanda arbitral, complementando los argumentos vertidos en el referido escrito y ofreciendo medios probatorios adicionales que sustentaban su posición.

Dicho escrito fue tramitado mediante Resolución Nº 6 de fecha 30 de mayo de 2014, donde el Árbitro Único resolvió admitir la ampliación de demanda formulada por el CONSORCIO BARBA SEINCO y, como consecuencia de ello,

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

corrió traslado de la misma al GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD, a fin de que en el plazo de diez (10) días hábiles cumpliera con manifestar lo pertinente a su derecho.

- 6.3. Mediante escrito presentado con fecha 13 de junio de 2014, dentro del plazo otorgado, el GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD cumplió con contestar la ampliación de demanda, deduciendo excepción de ambigüedad u oscuridad en el modo de proponer la pretensión principal.

Dicho escrito fue tramitado mediante Resolución Nº 8 de fecha 16 de junio de 2014, el Árbitro Único resolvió: (i) tener por contestada la ampliación de demanda por parte del GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD, y (ii) tener por deducida la excepción de ambigüedad u oscuridad del modo de proponer la pretensión principal por parte del GOBIERNO REGIONAL DE LA LIBERTAD y, como consecuencia de ello, correr traslado de la misma al CONSORCIO BARBA SEINCO, a fin de que en el plazo de diez (10) días hábiles cumpliera con manifestar lo pertinente a su derecho.

- 6.4. Mediante escrito presentado con fecha 24 de junio de 2014, el CONSORCIO BARBA SEINCO solicitó un plazo adicional de diez (10) días adicionales, a fin de cumplir con el pago en subrogación de los honorarios profesionales del Árbitro Único y el Secretario Arbitral.

Dicho escrito fue tramitado mediante Resolución Nº 9 de fecha 25 de junio de 2014, el Árbitro Único resolvió conceder el referido plazo solicitado por la parte demandante, bajo apercibimiento de declarar la suspensión del proceso.

- 6.5. Mediante escrito presentado con fecha 24 de marzo de 2015, el GOBIERNO

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

REGIONAL LA LIBERTAD solicitó al Árbitro Único hacer efectivo el apercibimiento de suspensión del proceso, en virtud a lo establecido en la Regla 11.7 del Acta de Instalación.

En atención a ello, y habiendo verificado la falta de pago en subrogación de los honorarios profesionales por parte del CONSORCIO BARBA SEINCO, mediante Resolución Nº 10 de fecha 18 de abril de 2016, el Árbitro Único resolvió decretar la suspensión del proceso por un plazo de diez (10) días hábiles, bajo apercibimiento de declarar el archivo definitivo de las actuaciones arbitrales.

- 6.6. Mediante escrito presentado con fecha 24 de mayo de 2016, el CONSORCIO BARBA SEINCO cumplió con acreditar el pago en subrogación de los honorarios profesionales anteriormente requeridos.

Dicho escrito fue tramitado mediante Resolución Nº 11 de fecha 06 de junio de 2016, donde el Árbitro Único resolvió levantar la suspensión del proceso, continuando con las actuaciones arbitrales según su estado.

- 6.7. Mediante escrito presentado con fecha 25 de agosto de 2016, el CONSORCIO BARBA SEINCO solicitó la notificación mediante acta a las partes con los puntos controvertidos, con la finalidad de continuar con el desarrollo del proceso.

- 6.8. Mediante Resolución Nº 12 de fecha 08 de setiembre de 2016, el Árbitro Único resolvió tener por no contestado el traslado de la excepción de oscuridad y ambigüedad formulada por el GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD y, en ese mismo acto, declaró infundada la misma.

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

6.9. Determinación de Puntos Controvertidos:

En ese mismo acto, el Árbitro Único determinó como puntos controvertidos del presente proceso, los siguientes:

1. Determinar si corresponde declarar aprobada la Liquidación del Contrato de Ejecución de Obra Nº 09-2007 practicada por el CONSORCIO BARBA SEINCO por la suma de S/ 1'986,771.30 soles.
2. Determinar si corresponde que el GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD pague a favor del CONSORCIO BARBA SEINCO la suma de s/ 543,355.15 por concepto de indemnización por daños y perjuicios.
3. Determinar si corresponde declarar válida la Liquidación final del Contrato reformulada por el GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.
4. Determinar si corresponde declarar que el GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD adeuda a favor del CONSORCIO BARBA SEINCO la suma de S/ 12,963.80 soles como saldo de la Liquidación final del Contrato.
5. Determinar a quién y en qué proporción deberán ser asumidos los costos y costas del proceso.

6.10. Admisión de Pruebas:

- En ese mismo acto, el Árbitro Único procedió a admitir los medios probatorios ofrecidos por la parte demandante en su escrito de demanda, descritos en el acápite denominado "MEDIOS PROBATORIOS DE LA DEMANDA", signados con los numerales 1 al 10.

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

Asimismo, admitió todos los medios probatorios ofrecidos en su escrito de ampliación de demanda, descritos en el acápite denominado “DE LOS MEDIOS PROBATORIOS”, signados con los numerales 1 al 10.

- Por su parte, el Árbitro Único procedió a admitir los medios probatorios ofrecidos por la parte demandada en su escrito de contestación de demanda y reconvención, detallados en el acápite VII denominado “MEDIOS PROBATORIOS”, consistentes en las documentales ofrecidas por la demandante, signados con los numerales 1 al 4; y las documentales que presentó la Entidad, signados con los numerales 1 al 7.

Asimismo, admitió los medios probatorios ofrecidos en su escrito de reconvención, detallados en el acápite V denominado “MEDIOS PROBATORIOS”, consistente en las ofrecidas en su escrito de contestación de demanda.

De igual manera, admitió todos los medios probatorios ofrecidos en su escrito de contestación de ampliación de demanda, detallados en el acápite VII denominado “MEDIOS PROBATORIOS”, consistentes en las documentales ofrecidas por la demandante, signados con los numerales 1 a 3; y las documentales que presentó la Entidad, signados con los numerales 1 al 7.

Asimismo, en atención al medio probatorio ofrecido en exhibición por parte del GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD, el Árbitro Único otorgó al CONSORCIO BARBA SEINCO el plazo de cinco (5) días hábiles, a fin de que cumpliera con presentar el calendario valorizado y actualizado del avance

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

de obra aprobado por la ENTIDAD.

Finalmente, en atención a que el proceso se habría reactivado a raíz del cumplimiento del pago en subrogación de los honorarios profesionales por parte del CONSORCIO BARBA SEINCO, el Árbitro Único estimó pertinente citar a las partes a la audiencia Especial de Ilustración para el día 03 de octubre de 2016, a las 10:00 horas.

- 6.11. Mediante escrito presentado con fecha 19 de setiembre de 2016, el CONSORCIO BARBA SEINCO informó variación de su domicilio procesal, así como el nombramiento de su nuevo abogado, doctor Smiles Raúl Leiva Aguirre.

Dicho escrito fue tramitado mediante Resolución N° 13 de fecha 20 de setiembre de 2016, donde el Tribunal Arbitral resolvió: (i) tener por variado el domicilio procesal del CONSORCIO BARBA SEINCO, (ii) tener presente en su oportunidad el nombramiento del doctor Smiles Raúl Leiva Aguirre, como nuevo abogado del CONSORCIO BARBA SEINCO, y (iii) reiterar que la Audiencia Especial de Ilustración sería llevada a cabo el día 03 de octubre de 2016, las 10:00 horas.

6.12. **Audiencia Especial de Ilustración**

Con fecha 03 de octubre de 2016, en atención al pedido formulado a través del escrito presentado en la misma fecha por el CONSORCIO BARBA SEINCO, el Árbitro Único estimó pertinente reprogramar la referida diligencia para el día 25 de octubre de 2016, a las 11:00 horas.

En ese sentido, con fecha 25 de octubre de 2016, se llevó a cabo la Audiencia Especial de Ilustración. En dicha oportunidad, el Árbitro Único concedió a las



Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

partes el uso de la palabra, a fin de que sustentaran sus respectivas posiciones sobre los hechos materia de controversia.

Finalmente, el Árbitro Único estimó pertinente conceder a las partes el plazo de cinco (5) días hábiles para que presentaran la documentación adicional y complementaria que estimaran pertinente.

- 6.13.** Mediante escrito presentado con fecha 10 de noviembre de 2016, el CONSORCIO BARBA SEINCO cumplió con presentar su documentación adicional que respaldaba su posición.

Dicho escrito fue tramitado mediante Resolución Nº 14 de fecha 29 de noviembre de 2016, donde el Árbitro Único resolvió: (i) tener presente la documentación adicional ofrecida por el CONSORCIO BARBA SEINCO y, (ii) declarar concluida la etapa probatoria y, en consecuencia, conceder a las partes el plazo de cinco (5) días hábiles, a fin de que cumplieran con presentar sus respectivos alegatos escritos.

- 6.14.** Mediante Resolución Nº 15 de fecha 03 de enero de 2017, pese a la falta de presentación de sus respectivos alegatos escritos, el Árbitro Único citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el día 25 de enero de 2017, a las 11:00 horas.

VII. ALEGATOS E INFORMES ORALES.-

- 7.1.** Sin embargo, mediante Acta de fecha 25 de enero de 2017, el Árbitro Único dejó constancia la inasistencia de los respectivos representantes de las partes. Asimismo, se dejó constancia que en la fecha el GOBIERNO REGIONAL LA

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

LIBERTAD presentó su escrito de alegatos finales, el mismo que se procedió a incorporar al expediente.

- 7.2. Mediante Resolución Nº 16 de fecha 17 de mayo de 2017, el Árbitro Único estableció reajuste de los honorarios profesionales del Árbitro Único y el Secretario Arbitral. Asimismo, teniendo en cuenta que las partes no asistieron a la Audiencia de Informes Orales programada para el día 25 de enero de 2017, el Árbitro Único reprogramó dicha diligencia para el día 01 de junio de 2017, a las 10:00 horas.

- 7.3. Mediante escrito presentado con fecha 25 de mayo de 2017, el GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD formuló recurso de reconsideración contra la Resolución Nº 16, en el extremo referido al reajuste de honorarios profesionales.

Mediante Resolución Nº 17 de fecha 29 de mayo de 2017, el Árbitro Único resolvió tener por formulado el recurso de reconsideración presentado contra la Resolución Nº 16 por parte del GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD, corriendo traslado del mismo al CONSORCIO BARBA SEINCO para que en el plazo de cinco (5) días hábiles cumpliera con manifestar lo conveniente a su derecho.

- 7.4. Mediante escrito presentado con fecha 01 de junio de 2017, el CONSORCIO BARBA SEINCO cumplió con absolver el traslado conferido mediante Resolución Nº 17.

Dicho escrito fue tramitado mediante Resolución Nº 18 de fecha 10 de agosto de 2017, el Árbitro Único resolvió declarar infundado el recurso de reconsideración formulado por el GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD; no obstante, estimó pertinente reconsiderar la decisión adoptada en la Resolución

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

Nº 16 y, como consecuencia de ello, estableció un nuevo reajuste de honorarios profesionales.

- 7.5. Mediante escritos presentados con fecha 01 de junio de 2017, las partes presentaron respectivamente argumentos adicionales para respaldar sus posiciones.

Dichos escritos fueron tramitados mediante Resolución Nº 19 de fecha 11 de agosto de 2017, donde el Árbitro Único resolvió tener presentados los mismos y, no habiéndose realizado en la fecha programada la Audiencia de Informes Orales, estimó pertinente reprogramar la referida diligencia para el día 04 de setiembre de 2017, a las 9:30 horas.

- 7.6. Con fecha 04 de setiembre de 2017, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales. En dicho acto, el Árbitro Único se dejó constancia de la inasistencia de los representantes del GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD, pese a encontrarse debidamente notificados, según cargo de notificación obrante en el expediente.

Seguidamente, el Árbitro Único concedió el uso de la palabra a los representantes de la parte asistente. Asimismo, formuló preguntas relacionadas con la materia controvertida, las mismas que fueron absueltas por la misma.

Finalmente, no habiendo actuación arbitral pendiente a realizar, el Árbitro Único estimó pertinente fijar el plazo para laudar en treinta (30) días, con prórroga de treinta (30) días hábiles adicionales, de ser el caso.

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

-
- 7.7. Mediante escrito presentado con fecha 04 de setiembre de 2017, el CONSORCIO BARBA SEINCO ofreció sus alegaciones finales en torno del presente caso.

Dicho escrito fue tramitado mediante Resolución Nº 20 de fecha 05 de setiembre de 2017, donde el Tribunal Arbitral resolvió tener presente el mismo al momento de laudar, con conocimiento de la parte contraria.

- 7.8. Mediante Resolución Nº 21 de fecha 9 de octubre de 2017, el Árbitro Único resolvió prorrogar el plazo para laudar en treinta (30) días adicionales. Asimismo, dejó constancia que el nuevo plazo para laudar vencería el día 28 de noviembre de 2017.

VIII. CUESTIONES PRELIMINARES.-

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, resulta pertinente confirmar lo siguiente: i) que, el presente proceso se constituyó de conformidad con las disposiciones establecidas en el CONTRATO; ii) que no se formularon recusaciones contra el Árbitro Único, o se efectuó algún reclamo contra las disposiciones establecidas en el Acta de Instalación de Tribunal Arbitral Ad Hoc de fecha 05 de agosto de 2013; iii) que, el DEMANDANTE presentó su escrito de demanda dentro de los plazos dispuestos, ejerciendo plenamente su derecho al debido proceso; iv) que, por su parte, el DEMANDADO fue debidamente emplazado, contestando la demanda y formulando reconvención dentro del plazo dispuesto para ello y ejerció plenamente su derecho de defensa y; v) que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos.

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

Asimismo, el Árbitro Único deja constancia de que los puntos controvertidos podrán ser ajustados, reformulados y/o analizados en el orden que considere pertinente para resolver las pretensiones planteadas por las partes sin que el orden empleado o el ajuste genere nulidad de ningún tipo y sin que exceda en la materia sometida a arbitraje.

En cuanto a las pruebas, el Árbitro Único expresa que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el árbitro respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba: necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad de la prueba.

Estos medios probatorios deben ser valorados de manera conjunta, utilizando su apreciación razonada y que, si no se prueban los hechos que fundamentan su pretensión, la demanda deberá ser declarada infundada.

Asimismo, el Árbitro Único hace notar que de conformidad con lo establecido en el Acta de Instalación, el Árbitro Único tiene la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas ofrecidas, estando en concordancia con lo establecido en el artículo 43º del Decreto Legislativo No. 1071.

Ello ha sido resaltado por HINOJOSA SEGOVIA y por los tribunales españoles cuando se ha indicado que “*(...) la actividad probatoria en el arbitraje ofrece una serie de peculiaridades respecto del proceso civil; (...) Los árbitros han de pronunciarse sobre la pertinencia y admisibilidad de los medios probatorios, pero no vienen vinculados por las peticiones de las partes...*” (Sentencia de fecha 30/11/87) ⁽¹⁾

¹ **HINOJOSA SEGOVIA, Rafael.** “El Recurso de Anulación contra los Laudos Arbitrales (Estudio Jurisprudencial)”. Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid. España. 1991. Pág. 309.

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

Siendo ello así, el Árbitro Único pasa a analizar los argumentos vertidos por las partes, así como la valoración de los medios probatorios que obran en el expediente.

IX. SOBRE LA MEDIDA CAUTELAR SOLICITADA POR EL CONSORCIO BARBA SEINCO

Que, mediante escrito presentado con fecha 27 de diciembre de 2013, el CONSORCIO BARBA SEINCO solicitó una medida cautelar no innovativa, con el propósito que el GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD devolviera la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, así como los montos correspondientes a las renovaciones efectuadas a la referida garantía por parte del CONSORCIO BARBA SEINCO.

Sobre el particular, este Árbitro considera que no existe peligro en la demora, toda vez que la presente controversia se encontrará disipada a través del presente Laudo, por lo que no corresponde emitir un pronunciamiento al respecto, salvo en lo relacionado a la materia controvertida.

X. ANÁLISIS.-

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, el presente proceso arbitral se deriva de las controversias surgidas del Contrato de Ejecución de Obra Nº 09-2017, suscrito entre el CONSORCIO BARBA SEINCO, parte demandante, y el GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD, parte demandada.

En este sentido, el Árbitro Único deja constancia que procederá a resolver las controversias surgidas entre las partes en el orden establecido en la Resolución Nº 12 de fecha 08 de setiembre de 2016.

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

SEGUNDO: Que, para tal efecto, es necesario precisar que constituye un principio general de todo proceso, el de la Carga de la Prueba, dicha norma elemental de lógica jurídica en materia de probanza se encuentra recogida en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 196º del Código Procesal Civil, norma que establece literalmente lo siguiente:

"Artículo 196.- Carga de la prueba.- Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos".

TERCERO: Que, los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el juzgador respecto a los puntos controvertidos, de acuerdo a los principios generales de la prueba referidos en párrafos anteriores; los mismos que se encuentran recogidos en el artículo 188º del Código Procesal Civil.

Por su parte, el artículo 43º del Decreto Legislativo N° 1071 otorga a los árbitros, de manera exclusiva, la facultad plena de determinar el valor de las pruebas, siempre que la valoración sea realizada en forma conjunta y utilicen su apreciación razonada.

CUARTO: Que, en ese orden de cosas, a efectos de realizar un análisis normativo integral, el Árbitro Único estima necesario hacer referencia a los aspectos generales que enmarcan la relación contractual. Así, es pertinente tener a vista lo dispuesto por el artículo 1351º del Código Civil Peruano de 1984 que en relación al contrato señala lo siguiente:

"Noción de contrato

Artículo 1351.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial".

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

Asimismo, el artículo 1402º del mismo cuerpo normativo señala:

"Objeto del contrato"

Artículo 1402.- El objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones".

Las normas jurídicas invocadas, permiten al Árbitro Único concluir que el contrato consiste en un acuerdo arribado entre dos partes, con el propósito de poner en movimiento una relación jurídica sustantiva generadora de obligaciones, ya sea creándola, regulándola, modificándola o extinguiéndola.

La doctrina se ha pronunciado respecto del contrato señalando que: *"Se puede definir como un acuerdo de voluntades, verbal o escrito, manifestado en común entre dos, o más, personas con capacidad (partes del contrato), que se obligan en virtud del mismo, regulando sus relaciones relativas a una determinada finalidad o cosa, y a cuyo cumplimiento pueden compelirse de manera recíproca, si el contrato es bilateral, o compelirse una parte a la otra, si el contrato es unilateral. Es el contrato, en suma, un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones relativos."*²

Valpuesta Fernández señala que: *"el contrato es el instrumento que confiere el ordenamiento jurídico a los particulares para que, en ejercicio de la autonomía de su voluntad privada y mediante la concordancia entre dos o más voluntades, regulen sus derechos creando, regulando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas patrimoniales, es lógico que produzca sus efectos entre los otorgantes. Es decir, la eficacia del contrato, en cuanto creador de normas jurídicas entre particulares (privados), queda limitada a las partes que han intervenido en su celebración y los herederos de éstas por ser quienes las suceden en todos sus derechos y obligaciones; los terceros no se pueden perjudicar ni beneficiar con un contrato en el cual no son parte."*³

² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y Gullón Ballesteros. Sistema de Derecho Civil. Volumen II. Teoría general del contrato. La relación obligatoria en general. Las relaciones obligatorias en particular. 1ª edición. Editorial Tecno. Madrid, 1977. Pág. 212.

³ VALPUESTA FERNÁNDEZ, Mario Rosario: "Derecho obligaciones y contratos", Tercer Edición, Tirante

Proceso arbitral seguido entre el CONSORCIO BARBA SEINCO y el GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD
Contrato de Ejecución de Obra N° 09-2007

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

Los Tribunales de Justicia también se han pronunciado en relación al contrato sosteniendo que: *"El artículo 1351 del Código civil define el contrato como el acuerdo de dos o más partes para crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial y se forma por la perfecta coincidencia entre la propuesta y la aceptación que es lo que se denomina consentimiento."*⁴

Que, por otro lado, es pertinente referirnos a los artículos 1352º y 1359º, los mismos que señalan textualmente:

"Perfección de contratos

Artículo 1352.- Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad".

"Conformidad de voluntad de partes

Artículo 1359.- No hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria".

Las normas citadas, hacen referencia al principio de consensualidad, que es entendido como: *"el resultado del consenso entre las partes respecto a las formas y condiciones de un negocio, de un acuerdo o compromiso.*

*Como es obvio, sólo existe consenso cuando todas las partes integrantes de un negocio aceptan, expresan su voluntad respecto a las condiciones pactadas en él."*⁵

El Estado, a través de los órganos estatales encargados de administrar justicia ha señalado que: *"la voluntad constitutiva del contrato puede manifestarse por los medios que se quiera (contratos consensuales), pero hay ciertos casos en que la ley prescribe un determinado medio de manifestación, una forma, la que persigue poner en claro la*

⁴ Lo Blanch, Valencia, 1998, Pág. 431.

⁵ Cas. 1345-98. Lima. Sala Civil de la Corte Suprema. El PERUANO, 20-01-1999.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y Gullón Ballesteros. Sistema de Derecho Civil. Volumen II. Teoría general del contrato. La relación obligatoria en general. Las relaciones obligatorias en particular. 1ª Edición. Editorial Tecno. Madrid, 1977. Pág. 312.

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

*voluntad, dar mayor margen a la reflexión, dificultar la manifestación de la voluntad, o asegurar la prueba del contrato, según el caso. Que en las formas del contrato se distinguen las de solemnidad de las probatorias, en que la ausencia de las primeras determinan la existencia del contrato mientras que las segundas pueden ser llenadas con posterioridad.*⁶ Igualmente se ha señalado que: "Nuestra legislación sustantiva en materia contractual recoge el principio del consensualismo, mediante el cual los contratos se perfeccionan con el consentimiento de las partes. En el proceso de formación del contrato deben distinguirse dos hechos distintos, la conclusión del contrato y su perfeccionamiento. La conclusión del contrato es consecuencia de las declaraciones de voluntad común o sea el consentimiento desde el momento en que la aceptación recoge la declaración contenida en la oferta, haciéndola suya y es conocida por el oferente, el contrato queda concluido, produciendo efectos."⁷

Que, en ese sentido, se desprende del expediente arbitral que con fecha 09 de noviembre de 2007, el CONSORCIO BARBA SEINCO y el GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD, celebraron el Contrato N° 09-2007 (en adelante, EL CONTRATO) derivado de la Licitación Pública por PSA N° 002-2007-LP-GR-LL-GRI/CE. Mediante el CONTRATO, el CONSORCIO BARBA SEINCO y el GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD tuvieron la finalidad de establecer la ejecución de la Obra: "Instalación del Sistema de Agua Potable y Alcantarillado El Carmelo", por un monto de S/ 2'193,235.64 (Dos Millones Ciento Noventa y Tres Mil Doscientos Treinta y Cinco con 64/100 soles).

Este marco contractual se encuentra regulado en nuestra legislación. En efecto, nuestra legislación vigente permite a las partes del contrato pactar según sus intereses con la única limitación de no atentar contra el orden ni el interés público. Bajo esta premisa, tenemos que los artículos 1354º, 1355º y 1356º del Código Civil se han preocupado por dejar expresa e indubitablemente clara esta posición, señalando:

⁶ Exp. 451.93. Callao, Normas Legales n. 232, p. J-17.

⁷ Exp. 451-93-Callao, Normas Legales. Tomo232, Pág. J-17.

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

"Contenido de los contratos"

Artículo 1354.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo".

"Regla y límites de la contratación"

Artículo 1355.- La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos".

"Primacía de la voluntad de contratantes"

Artículo 1356.- Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas".

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que: "La libertad para contratar, es la capacidad de toda persona para decidir si contratar o no y con quien contrata; y por otro lado, la libertad contractual es la capacidad de determinar el contenido de los contratos.⁸", agregando además que: "Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo."⁹

La doctrina señala que: "En ambos campos del Derecho privado y público pueden tener lugar los acuerdos de voluntad. Y si bien en el Derecho Público los acuerdos de voluntad tienen sus lógicas limitaciones, también los tienen en el Derecho privado, donde el orden público, por ejemplo, actúa como límite de la libertad contractual; en ninguno de los campos del derecho existe libertad ilimitada para contratar, en cada uno de esos campos hay limitaciones a la libre expresión de la voluntad propias de cada rama del derecho."¹⁰

⁸ CAS. 764-97-CAJAMARCA, SALA CIVIL DE LA CORTE SUPREMA .EL PERUANO, 21-01-1999.

⁹ CAS. 1964-T-96-LIMA, SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA, EL PERUANO ,16-03-1998, P.547.

¹⁰ MARIENHOFF, Miguel S: Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III. Buenos Aires: ABELEDO-PERROT; 1995.PAG121.

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

Se pone de manifiesto que nada obsta para que las partes puedan contratar en un determinado sentido, siempre que los alcances de sus acuerdos arribados no vayan a afectar el interés público ni ser contrarios a la legislación vigente; teniendo en cuenta ello, el Árbitro Único concluye que el propio ordenamiento jurídico prevé la existencia de una libertad contractual entre las partes del contrato, hasta el punto en el que no deje de respetarse el interés y el orden público.

Que, de otro lado, cabe señalar que los contratos (denominado convenio para el presente caso) son obligatorios para las partes, quienes al celebrarlos en mérito al principio de libertad contractual y respetando los límites de éste, se obligan a observar obligatoriamente todo aquello a lo que se han comprometido, dando cabal cumplimiento a sus obligaciones asumidas. Así, tenemos que el artículo 1361º del Código Civil señala:

"Obligatoriedad de los contratos"

Artículo 1361.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla".

Resulta pertinente resaltar que dicha norma debe ser entendida en concordancia con lo dispuesto por el artículo 1363º del Código Civil que señala:

"Efectos del contrato"

Artículo 1363.- Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no trasmisibles".

Sobre este punto, la Corte Suprema ha señalado que: "Los contratos son expresión del acuerdo de voluntad común de las partes, mediante los cuales se crean obligatoriamente de cumplimiento obligatorio en cuanto se haya expresado en ellos,

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

*aplicación del principio "pacta sunt servanda".*¹¹

Asimismo, ha señalado que: "Los contratos vinculan a las partes que lo celebran, palabra que viene del latín *vinculum* que quiere decir atadura y que es gráfico para explicar la fuerza del contrato, que evidentemente obliga a las partes que lo celebren."¹²

Sobre la fuerza vinculante del contrato que debe ser observada y acatada por ambas partes del presente proceso arbitral, Barbero ha señalado que: "El contrato produce sus efectos entre las partes contratantes. No tiene efectos frente a terceros, sino en los casos previstos por la ley. Si las partes celebran el contrato regulando sus propios intereses es lógico que los efectos contractuales sean para ellas."¹³

Este análisis doctrinal y normativo, permite dar cuenta de manera específica, sobre cada una de las pretensiones planteadas en el proceso, haciendo referencia a los puntos controvertidos.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR SI CORRESPONDE DECLARAR APROBADA LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA Nº 09-2007 PRACTICADA POR EL CONSORCIO BARBA SEINCO POR LA SUMA DE S/ 1'986,771.30 SOLES.

1. En primer Lugar, se debe tener en cuenta que el Contrato de Ejecución de Obra Nº 09-2007, celebrado entre la Entidad y el Contratista es de fecha 09 de noviembre de 2007, por consiguiente y en correspondencia con la cláusula quinta del contrato, la normativa aplicable es la contemplada en el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado

¹¹ Cas. 19564-T-96-Lima, Sala Civil transitoria de la Corte Suprema, El Peruano, 16-03-98. Pág. 547.

¹² CAS. 416-t-97-Cono Norte- Lima, El Peruano, 11-04-98, Pág. 652.

¹³ BARBERO, Doménico, Sistema del Derecho privado, t. I, Trad. de Santiago Sentis Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1967, Pág. 612.

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.

2. Habiéndose señalado esto, cabe precisar que, tal cual ha sido alegado en su oportunidad por la Entidad, el Contratista presentó su liquidación final del Contrato de Obra a la Entidad el día 25 de octubre de 2012, mediante la Carta N° 010-2012/BARBA-SEINCO; sin embargo, el plazo máximo para la presentación de la misma, según lo dispuesto por el Artículo 211 del Reglamento, vencía el 24 de octubre de 2012, es decir, el Contratista presentó su liquidación fuera del plazo de ley, por lo que la Entidad procedió a elaborar la liquidación correspondiente, la cual fue notificada al Contratista mediante el Oficio N° 2044-2012-GRLL-GRI, de fecha 21 de diciembre de 2012 y finalmente, el Contratista a través de la mediante carta N° 002-2013/BARBA-SEINCO, de fecha 03 de enero de 2013, procede a observar la liquidación efectuada por la Entidad.
3. Ante dicha observación, la Entidad mediante el Oficio N° 061-2013-GRLL-GRI, de fecha 17 de enero de 2013, notificado debidamente al Contratista, la Entidad procede a reformular la liquidación final del contrato con un saldo a favor del Contratista ascendente a la suma de S/ 12,953.80, liquidación a la cual el Contratista se opone y que dio inicio a la presente controversia.
4. Ahora bien, la liquidación propuesta por la Entidad da como resultado un saldo a favor del Contratista ascendente a S/ 238,393.74 soles, a lo cual es descontando una Penalidad por demora en ejecución de la obra por la suma de S/ 221,393.74 soles y el costo de la elaboración de la liquidación por un coste de S/ 4,000.00 soles, dando como saldo final la suma de S/ 12,953.80 soles.
5. Por otro lado, el Contratista al momento de observar la liquidación primigenia realizada por la Entidad, estableció un monto a su favor ascendente a S/

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

1'097,214.08, la cual difiere en la liquidación presentada por la Entidad en los siguientes aspectos:

- a) Intereses en el pago de las valorizaciones.
 - b) Gastos generales por paralización de obras.
 - c) Partidas omitidas.
 - d) Resarcimiento por la demora en la entrega del adelanto directo.
 - e) Aplicación indebida del 18% como Impuesto General a las Ventas (IGV).
6. Teniendo en cuenta ambas liquidaciones, así como todos los argumentos y el acervo documentario presentado durante todo el proceso arbitral, se procederá a analizar cada punto en discordia presente en ambas liquidaciones

MONTO DEL PRESUPUESTO PRINCIPAL

7. El Contratista al momento de presentar su liquidación, en el primer considerando respecto de las valorizaciones, lo detalla de la siguiente manera:

A) DE LAS VALORIZACIONES	MONTO RECALCULADOS (SIN IGV)	MONTOS PAGADOS	DIFERENCIA A PAGAR
Presupuesto Principal	S/ 1'601,815.61	S/ 1'386,949.57	S/ 214,866.04

8. Por su lado, la Entidad realiza el siguiente detalle:

A) DE LAS VALORIZACIONES	MONTO RECALCULADOS (SIN IGV)	MONTOS PAGADOS	DIFERENCIA A PAGAR
Presupuesto Principal	S/ 1'583,909.02	S/ 1'386,949.57	S/ 214,866.04

9. Como es posible evidenciarse y tal cual ha sido señalado en el escrito de la Entidad que contesta la ampliación de demanda arbitral de fecha 13 de junio de 2014, existe una clara diferencia de S/ 17,906.59 soles entre ambas

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

liquidaciones.

10. Al respecto, dicho monto corresponde al presupuesto principal que fue ejecutado en la obra, el cual responde al monto consignado en el calendario valorizado de obra aprobado por la Entidad y que es de común acuerdo para ambas partes, siendo parte integrante de las bases y del contrato.
11. En ese sentido, para poder verificar la congruencia de dicho monto, se debe verificar acorde a lo señalado en el calendario valorizado de obra, el cual la Entidad requirió su exhibición mediante su escrito que contesta la ampliación de demanda arbitral de fecha 13 de junio de 2014.
12. Ante dicho requerimiento, mediante Resolución N° 12, de fecha 08 de septiembre de 2016 y notificada a ambas partes con fecha 16 de septiembre de 2016, acorde a los cargos que obran en el expediente, entre otros puntos resolutivos, se le solicitó al Contratista cumplir con dicho requerimiento en un plazo de cinco (05) días hábiles.
13. Asimismo, por escrito presentado por el Contratista de fecha 03 de octubre de 2016, menciona que los documentos pertenecientes al calendario valorizado y actualizado del avance de la obra, aprobado por la Entidad, así como el cálculo de los reintegros, se encuentra en los archivos de la Entidad, estando en poder de la Entidad, señalando la imposibilidad de proceder a exhibir los mismos.
14. En el mismo sentido, la Entidad, mediante escrito con sumilla: *informe escrito de audiencia de ilustración de hechos* y escrito con sumilla: *merituar conducta procesal del Contratista*, ambos de fecha 03 de octubre de 2016, donde se señalan que a la fecha el Contratista no ha cumplido con adjuntar el calendario valorizado y en donde se solicita que dicha conducta deberá tenerse en cuenta al momento de resolver la controversia, respectivamente.

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

15. Como es posible observar, el Contratista hace mención que estuvo imposibilitado de hacer tal exhibición debido a que esos documentos fueron presentados a la Entidad al momento de presentar cada valorización, lo cual nos lleva a la siguiente interrogante, ¿Cómo es posible que, el Contratista si tuviera una copia del calendario para cada valorización mensual, pero que luego de haber presentado la liquidación del contrato, no cuente con los documentos que sustente lo detallado en su liquidación efectuada?

16. En ese aspecto, se debe tener en cuenta la figura jurídica de la carga de la prueba, la cual hace referencia que, quien alega un hecho es el encargado de probarlo.

17. Sobre este punto, cabe precisar que acorde a lo señalado en el artículo 196° del Código Procesal Civil, aplicable de manera supletoria, el cual detalla:

"Artículo 196.- Carga de la prueba. - Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos".

18. La carga de la prueba consiste en una conducta de realización facultativa realizada por una o ambas partes, las cuales están establecidas por los intereses propios de los sujetos, cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él. Asimismo, el objeto de la prueba se halla restringido a la comprobación de los hechos afirmados por los litigantes en la debida oportunidad procesal, toda vez que los hechos no alegados no pueden ser materia de acreditación y, por ende, se encuentra también vedada para el

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

juzgador la investigación de su existencia¹⁴.

19. A su vez, el maestro Alsina señala que, la carga de la prueba contiene las siguientes características: a) el juez no puede tener en cuenta hechos ni medios de prueba que no han sido aportados por las partes b) el juez debe tener por ciertos los hechos en que las partes están de acuerdo y c) la sentencia debe ser de acuerdo con lo alegado y probado¹⁵.
20. Teniendo en cuenta los señalados escritos por ambas partes al igual que los alcances doctrinarios correspondientes y habiendo el Contratista incumplido con presentar la prueba suficiente para demostrar que el presupuesto principal asciende al monto de S/ 1'601,815.61 soles, el presente Árbitro Único establece que el monto de S/ 1'583,909.02 soles, realizado por la Entidad en su liquidación del contrato de obra, es conforme.

REAJUSTE DE PRECIOS

21. Sobre el reajuste de precios, el OSCE señala que este presupone un contrato de ejecución periódica o continuada, en el que la distribución de la ejecución de las prestaciones en el tiempo pueda determinar la variación del precio pactado. Asimismo, presupone que en las Bases se haya previsto la posibilidad de reajustar los pagos al contratista, sin necesidad de establecerse una fórmula para ello, pues el reajuste estará dado por la variación del precio al que se cotiza el bien en el mes en el que se efectuará el pago, debiendo preverse en las Bases la forma en que se comprobará tal variación¹⁶.
22. Asimismo, la cláusula segunda del Contrato materia de controversia, en su acápite 2.2 señala lo siguiente:

¹⁴ LEDESMA NARVAEZ, Marianela. "Comentarios al Código Procesal Civil". Tomo I. Pág. 70.

¹⁵ ALSINA, Hugo "Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial". Tomo 1, 2º Edición. Pág. 105

¹⁶ Opinión N° 016-2011/DTN.

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

"A las valorizaciones se les aplicará el correspondiente reajuste de precios, calculados con la fórmula polinómica que se indica en el Expediente Técnico".

23. De la misma manera, el artículo 256 del Reglamento señala lo siguiente:

"En el caso de contratos de obras pactados en moneda nacional, las Bases establecerán las fórmulas de reajuste. Las valorizaciones de obra y de adicionales serán ajustadas multiplicándolas por el respectivo coeficiente de reajuste <<K>> que se obtenga de aplicar en la fórmula o fórmulas polinómicas, los Índices Unificados de Precios de la Construcción que publica el Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI correspondiente al mes en que se debe ser pagada la valorización.

Tanto la elaboración como la aplicación de las fórmulas polinómicas se sujetan a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 011-79-VC y sus modificatorias, ampliatorias y complementarias (...)".

24. Por su lado, el artículo 4 del Decreto Supremo N° 011-79-VC, respecto del reajuste de precios, indica que:

"(...) Por cada parte del presupuesto a la cual corresponda una fórmula de reajuste, deberá elaborarse su respectivo calendario de avance, cuando la modalidad de contratación así lo requiera. En la base correspondiente, se indicarán las partidas comprendidas en cada fórmula, así como la relación de materiales que, junto a con el o los materiales fijados como elementos representativos, determinan la incidencia de este o estos dentro del monomio respectivo".

(El subrayado es nuestro).

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

-
25. Como es posible observarse, para verificar la correcta aplicación del reajuste de precios realizado por el Contratista o la Entidad, se debe verificar cada valorización mensual, acorde con lo establecido en el calendario de avance de obra, así como al correcto monto de los coeficientes detallados por los Índices Unificados de Precios de la Construcción.
26. En ese sentido y acorde a lo señalado precedentemente respecto de las valorizaciones, debido a que en el presente proceso no se ha adjuntado los medios de prueba suficiente para poder corroborar si el cálculo efectuado por el Contratista es correcto o incorrecto. Motivo por el cual, se establece que el reajuste realizado en su oportunidad por la Entidad, conforme al siguiente detalle, es conforme.

REAJUSTE DE PRECIOS	MONTOS RECALCULADOS SIN IGV	MONTOS PAGADOS SIN IGV	DIFERENCIA A PAGAR
Reintegros Ppto. Principal	20,118.47	16,618.24	3,500.23
Reintegros Ppto. Adicional 01	1,338.55	422.53	916.02
Reintegros Ppto. Adicional 03	1,330.32	1,357.20	-26.88
TOTAL REAJUSTES	22,787.34	18,397.97	4,389.37

INTERESES DE LAS VALORIZACIONES

27. Respecto de este punto, el Contratista señala que la normativa establece que las valorizaciones están sujetas a intereses cuando por causa imputable a la Entidad el pago se haya hecho de manera tardía, detallando que el monto de los intereses asciende a:

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

CONCEPTO	Monto Recalculado	Monto Pagado	Diferencia a Pagar
INTERESES	2,295.72	0	2,295.72

28. Al respecto, cabe precisar que el último párrafo del artículo 255 del Reglamento, establece que:

"A partir del vencimiento del plazo establecido para el pago de estas valorizaciones, por razones imputables a la Entidad, el Contratista tendrá derecho al reconocimiento de los intereses pactados en el contrato y, en su defecto, al interés legal, de conformidad con los Artículos 1244°, 1245° y 1246° del Código Civil. Para el pago de los intereses se formulará una Valorización de Intereses y se efectuará en las valorizaciones siguientes.

29. No obstante, la Entidad en su escrito de contestación a la ampliación de demanda arbitral, de fecha 13 de junio de 2014, señala que dichos intereses si han sido calculados en la Liquidación Final elaborada por ellos, donde se consigna la misma suma de S/ 2,295.72.

30. En ese sentido y debido a que el monto es exactamente el mismo en ambas liquidaciones, se puede dilucidar que no existe controversia alguna en ese supuesto, razón por la cual, el presente árbitro no emitirá pronunciamiento al respecto.

PARTIDAS OMITIDAS

31. Respecto de este punto, el Contratista señala en su escrito de demanda, que se

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

ha ejecutado la obra y han aparecido vicios ocultos que no estaban presupuestados por la napa freática, que no estuvo prevista, debiendo cavar las zanjas en "V" y utilizando listones para evitar el deslizamiento de la arena, además de tener que poner cámaras como colchón para las tuberías por que como el fondo era inestable, no habría un soporte al momento de instalar la tubería, lo que generó un mayor gasto en la ejecución de la obra.

32. Asimismo, señala que el presente supuesto se encuentra inmerso dentro de las discrepancias respecto de valorizaciones o metrados, regulado en el artículo 257° del Reglamento¹⁷, por lo que la Entidad sabe que tiene una deuda pendiente a favor del Contratista.
33. Por su lado, la Entidad señala que el sistema de contratación en el caso concreto es de suma alzada y que cualquier partida no prevista en el proyecto requiere de un adicional de obra, lo cual no ha sido solicitado por el Contratista y mucho menos autorizado por la Entidad, sin embargo, aun cuando la demanda no ha observado el procedimiento correspondiente para su aprobación, no se ha adjuntado medio probatorio que acredite su ejecución.
34. Teniendo en cuenta lo manifestado por ambas partes, en primer lugar el artículo 56 del Reglamento señala con respecto al sistema de suma alzada que, el postor formulará su propuesta considerando los trabajos que resulten necesarios para el cumplimiento del objeto de la prestación requerida según los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra que forman parte del Expediente Técnico, en ese orden de prelación; considerándose que el desagregado por partidas que da origen a su propuesto y que deben presentar como parte de la misma, es referencial. Este sistema

¹⁷ Cabe precisar que, el Contratista en su escrito de ampliación de demanda, señala el artículo 199° del Reglamento de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF. Sin embargo, dicha normativa no es aplicable para la presente controversia, por lo que se está tomando en cuenta el artículo pertinente de la normativa aplicable.

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

solo será aplicable cuando las magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en los planos y especificaciones técnicas respectivas.

35. En sentido, Osvaldo Máximo sostiene que, "El contratista tiene la obligación de ejecutar la obra conforme al proyecto, pliegos y demás documentación que integra el contrato, a fin de concretar el resultado prometido, que es la construcción de la obra"¹⁸.

36. De la misma manera, el mismo autor, con referencia al sistema de contratación a suma alzada, señala que el mismo consiste en la realización de una obra cuyo precio se fija en forma global. Sin duda de ello, exige que a esa invariabilidad el precio corresponda una invariabilidad de la obra¹⁹.

37. Teniendo en cuenta los alcances doctrinarios citados, se procederá a dilucidar si es conforme la inclusión de las partidas ejecutadas por el Contratista al ser estas omitidas en el contrato y todos los documentos que forman parte de este.

38. Al respecto, en caso de que sean necesarias la ejecución de partidas que no estén contempladas en el contrato o en sus documentos anexos, se debe realizar la ejecución de una prestación adicional de obra, entendiéndose esta, según lo señalado por el OSCE, aquella no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato original, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional²⁰.

39. En el mismo sentido, para proceder con la ejecución de obras adicionales, previamente, se debe contar con la disponibilidad presupuestal y resolución del

¹⁸ BEZZI, Osvaldo. "El contrato de Obra Pública": Pág. 149.

¹⁹ Ídem. Pág. 20.

²⁰ Opinión 073-2017/DTN.

Árbitro Único
Daniel Triveño Daza

Titular o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, según corresponda, según lo regulado en los artículos 265° y 266° del Reglamento.

40. Teniendo en cuenta esto y acorde al acervo documentario presentado en el expediente, el Contratista no ha solicitado a la Entidad la aprobación de un expediente adicional relacionado con el movimiento de tierras en redes existentes. Cabe añadir que el Contratista remitió la Carta N° 095-2010/BARBA SEINCO a la Entidad, la cual fue recibida con fecha 14 de abril de 2010, en la que se solicita indicar al Contratista la fuente más viable para la provisión de agua potable para el sistema de El Carmelo. Asimismo, en el punto 6 de la referida carta, se hace mención a la aprobación del Adicional de obra N° 04, el cual no forma parte del expediente arbitral.
41. De esta manera, el Contratista ha procedido a ejecutar partidas que no estaban contempladas en el contrato sin contemplar el procedimiento respectivo para su aprobación y posterior ejecución, siendo estas incluidas al momento de la liquidación final del contrato, motivo por el cual, estas no pueden ampararse en la liquidación final del contrato y, en consecuencia, el presente árbitro declara infundada su inclusión en la liquidación del contrato.
42. No obstante lo señalado líneas arriba, cabe añadir que el OSCE ha señalado que, si una Entidad obtuvo una prestación por parte de un proveedor, este tendría derecho a exigir que la Entidad le reconozca el pago respectivo -aun cuando la prestación haya sido requerida o ejecutada sin observar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado-, pues el Código Civil²¹, en su artículo 1954, establece que "*Aquel que se enriquece*

²¹ De aplicación supletoria en la ejecución de los contratos que se ejecutaban bajo las disposiciones de la anterior normativa de contrataciones del Estado.

Árbitro Único
Daniel Triveño Daza

*indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo*²².

MAYORES GASTOS GENERALES

43. Sobre el presente, el Contratista señala que se han generado mayores gastos generales en la ejecución de la obra, que son atribución directa de la Entidad en virtud del defecto que tenía el expediente técnico. Es por causa de dichos errores atribuibles de manera directa a la Entidad, que el Contratista ha incurrido en mayores costos.
44. Por su lado, la Entidad señala que, de acuerdo al Reglamento, todo mayor gasto general debe ser acreditado por el Contratista, debiendo proceder a practicar una valorización de mayores gastos generales.
45. En primer lugar, teniendo en cuenta el Contratista ha dividido en la liquidación los mayores gastos generales en dos (02), por ampliaciones de plazo y por no recepción de obra, se procederá a hacer un análisis de cada uno.
46. Con relación a los mayores gastos generales por ampliaciones de plazo, se debe precisar que ambas liquidaciones contemplan dentro del plazo de ejecución de la obra, las siguientes ampliaciones aprobadas:
 - Ampliación de Plazo N° 01 por 36 d.c., aprobada por Resolución Ejecutiva Regional N° 2067-2008-GR-LL-PRE, de fecha 07 de julio de 2008.
 - Ampliación de Plazo N° 05 por 77 d.c., aprobada por la Resolución Ejecutiva Regional N° 3292-2008-GR-LL-PRE, de fecha 18 de noviembre de 2008.
 - Ampliación de Plazo N° 06 por 90 d.c., aprobada por Resolución Ejecutiva Regional N° 168-2009-GR-LL-PRE, de fecha 26 de enero de 2009.
 - Ampliación de Plazo N° 07 por 55 d.c., aprobada por Resolución Ejecutiva Regional N° 582-2009-GR-LL-PRE, de fecha 26 de febrero de 2009.

²² Opinión N° 116-2016/DTN.

Árbitro Único
Daniel Triveño Daza

- Ampliación de Plazo N° 08 por 60 d.c., aprobada por Resolución Ejecutiva Regional N° 1351-2009-GR-LL-PRE, de fecha 09 de junio de 2009.

TOTAL: 318 días calendarios.

47. Teniendo en cuenta que dichas ampliaciones ya han sido aprobadas, se procederá a analizar la viabilidad del reconocimiento de los mayores gastos generales durante la liquidación del contrato.

48. Al respecto, el artículo 262º del Reglamento, señala lo siguiente:

"Para el pago de los mayores gastos generales se formulará una Valorización de Mayores Gastos Generales, el cual deberá ser presentado por el Residente al inspector o supervisor; dicho profesional en un plazo máximo de cinco (5) días contados a partir del día siguiente de recibida la mencionada valorización lo elevará a la Entidad con las correcciones a que hubiere lugar para su revisión y aprobación. La Entidad deberá cancelar dicha valorización en un plazo máximo de 30 días contados a partir del día siguiente de recibida la valorización por parte del inspector o supervisor".

49. Sobre el mismo, el OSCE ha señalado en la Opinión N° 012-2014/DTN lo siguiente:

"De otro lado, es importante indicar que la liquidación de un contrato de obra puede definirse²³ como un proceso de cálculo técnico, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene por finalidad determinar, principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico, que puede ser a favor o en contra del contratista o de la Entidad.

Así, la liquidación de un contrato de obra debe contener todas las valorizaciones, los reajustes, los mayores gastos generales, la utilidad y los impuestos que afectan la prestación, conceptos que siempre forman parte del costo total de la obra. Adicionalmente, también pueden incorporarse otros conceptos autorizados por la normativa de contrataciones del Estado como las penalidades aplicables al contratista, los adelantos otorgados y

²³ SALINAS SEMINARIO, Miguel. *Costos, Presupuestos, Valorizaciones y Liquidaciones de Obra*, Lima: Instituto de la Construcción y Gerencia (ICG), 2003, 2º edición, pág. 44.

Árbitro Único
Daniel Triveño Daza

sus amortizaciones, entre otros conceptos que se incluyen al cumplirse determinados supuestos y que determinan el saldo económico a favor de una de las partes.

En esa medida, considerando que la liquidación de obra determina el costo total de la misma y el saldo económico pendiente de pago, en la liquidación de obra deben incluirse los mayores gastos generales pendientes de pago.

En virtud de lo expuesto, una vez aprobada una ampliación de plazo, el contratista puede solicitar el pago de los mayores gastos generales originados por dicha ampliación, en cualquier momento posterior a la aprobación de la ampliación de plazo correspondiente, pudiendo incluso requerirlos hasta en la etapa de liquidación final de obra".

50. No obstante, lo mencionado líneas arriba, de una revisión de cada una de las Resoluciones Ejecutivas Regionales donde se da por aprobadas las ampliaciones de plazo, específicamente se señala que en dichas ampliaciones de plazo no generarán mayores Gastos Generales, debido a que existe una renuncia expresa efectuada por el Contratista a través de su representante legal.

51. En ese sentido, el Contratista, libre y voluntariamente, sin que exista coerción o algún vicio al manifestar su voluntad²⁴, ha ejercido la renuncia a los mayores Gastos Generales, toda vez que el cobro de los mismos es un derecho de crédito del contratista y, en consecuencia, de su libre disposición; en efecto, éste podría renunciar²⁵ al mismo, máxime si la normativa de contrataciones del

²⁴ De conformidad con los artículos 201 y siguientes del Código Civil.

²⁵ En este punto, debe señalarse que, si bien la renuncia no está regulada expresamente en el Código Civil, la doctrina la define como "(...) un acto unilateral, ejercitado sólo por el acreedor de la relación obligacional, pues si contara con el asentimiento oportuno del deudor -sin dejar de encontrarnos dentro del campo de la renuncia- se trataría de una condonación." A su vez, de conformidad con el artículo 1295 del Código Civil, la doctrina también señala que "Condonar es perdonar una deuda o, en expresiones distintas, renunciar a un crédito, con la anuencia del deudor. Así, cuando el acreedor perdonar una deuda y el deudor conviene en ello, se extingue la obligación a cargo de este último." (El subrayado es agregado). OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. "Tratado de las obligaciones". Vol. XVI, Tercera Parte, Tomo IX, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, Segunda Edición, págs. 263 y 245.

Árbitro Único
Daniel Triveño Daza

Estado no ha prohibido tal renuncia²⁶, ni se vulnera alguna norma imperativa o de orden público.

52. Por las razones antes expuestas, el presente árbitro declara que no es procedente la incorporación en la liquidación final del contrato los mayores gastos generales por las ampliaciones de plazo aprobadas durante la ejecución del contrato materia de controversia.
53. Con respecto de los mayores gastos generales por la no recepción de la obra, el Contratista señala que solicitó la recepción de la Obra con fecha 05 de junio de 2009 mediante el Asiento N° 579 del cuaderno de obra, y es recién con fecha 25 de agosto del año 2012 cuando se da la misma a través del Acta de Recepción de Obra, siendo la demora atribuible a la Entidad.
54. Asimismo, el Contratista señala que se tuvo que afrontar durante 3 años, 1 mes y 10 días mayores gastos generales, siendo la demora causada por la propia Entidad, debido a que ellos eran los encargados de construir un nuevo pozo tubular y la instalación eléctrica al Pozo, gestiones necesarias para realizar las pruebas y asegurar el buen funcionamiento del sistema de agua potable y alcantarillado.
55. Al respecto, la Entidad señala que no se ha cumplido con la obra dentro del plazo contractual, debido a que no existe anotación alguna del supervisor que avale la supuesta culminación de la obra, con ocasión del Asiento N° 579. Añade también, que el Contratista solicitó la recepción de la obra con fecha 29 de septiembre de 2010, es decir, 481 días de vencido el plazo contractual, conforme a lo detallado en el Informe N° 01-2013/GRLL-GRI/SGSLO-MMM y

²⁶ Este criterio se sostiene en lo expresado en el literal a) del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, que señala expresamente que "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe". (El resaltado es agregado).

Árbitro Único
Daniel Triveño Daza

anexos.

56. Teniendo la posición de ambas partes, se procederá a realizar un análisis de los documentos presentados y del cumplimiento del procedimiento establecido en el Art. 268º del Reglamento, que regula la recepción de la obra.

57. En ese sentido, teniendo en cuenta que la fecha del inicio de la obra data del 25 de enero del 2008 y, contando las ampliaciones de plazo aprobadas, se computa como plazo contractual total 498 días calendario, por tanto, la fecha de término contractual final será el día 05 de junio de 2009.

58. Con fecha 05 de junio de 2009, el residente de obra anota con número de asiento 579 la solicitud al supervisor de la recepción de la obra, sin embargo, no se han adjuntado los asientos siguientes. De igual modo, no existe en el expediente respuesta del supervisor ni de la Entidad con ocasión de dicho asiento.

59. Mediante la Carta N° 010-2010/BARBA-SEINCO, recibida por la Entidad con fecha 29 de septiembre de 2010, donde señalan que, habiendo concluido con los trabajos de la obra, solicitan la recepción de la misma. Asimismo, en dicha carta se menciona que la construcción del pozo tubular será a cargo de la Entidad.

60. A través de Resolución Ejecutiva Regional N° 1975-2011-GRLL/PRE, de fecha 04 de julio de 2011, se da por aprobado el presupuesto deductivo de obra N° 03 relacionado a la partida de equipamiento del pozo tubular existente en la obra, el cual, entre otros puntos, menciona los siguientes documentos:

-Carta N° 002-2011-SUP-RVG, recepcionada por la Entidad el 29 de abril del 2011, donde el supervisor de la obra presenta el presupuesto deductivo de obra N° 03.

Árbitro Único
Daniel Triveño Daza

-Informe N° 054-2011-GRL-GRI-SGO/AVL, de fecha 04 de mayo de 2011, donde el Ingeniero Alfredo Vargas López, personal de la Sub Gerencia de Obras recomienda aprobar el presupuesto deductivo de obra N° 03.

-Informe N° 460-2011-GGR-GRI-SGO, de fecha 09 de mayo de 2011, donde la Sub Gerencia de Obras alcanza a la Gerencia Regional de Infraestructura el expediente deductivo de obra N° 03, recomendando su aprobación.

61. Mediante la Carta N° 006-2012-GRL-GGR-GRI-SGO, de fecha 05 de enero de 2012, la Entidad hace referencia que viene terminando la ejecución de las obras complementarias referidas a la implementación de la línea de alta tensión para el funcionamiento del pozo tubular de abastecimiento de agua potable y la conexión final del sistema de bombeo con el reservorio elevado.
62. Por medio de la Carta N° 38-2012-GRL-GRI/SGSLO de fecha 25 de junio de 2012, donde se señala fecha para la recepción de la obra.
63. Finalmente, el acta de recepción de obra, con fecha 25 de agosto de 2012, donde se señala que se han verificado el levantamiento de las observaciones efectuadas por el comité de recepción, con fecha 02 de julio de 2012 y, en consecuencia, se da por recepcionada la obra.
64. De los documentos citados cronológicamente líneas arriba se puede inferir que, el Contratista a través de su Carta N° 010-2010/BARBA-SEINCO, recibida por la Entidad con fecha 29 de septiembre de 2010, es donde finalmente se comienza con el procedimiento de recepción de obra establecido en el artículo 269° del Reglamento y es donde se señala la obligación de la Entidad con respecto al pozo tubular.
65. En ese mismo orden de ideas, se debe resaltar que el propio Contratista en su liquidación de Contrato establece como fecha de inicio del procedimiento de

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

recepción de obra el día 29 de septiembre de 2010, reconociendo que con la anotación en el cuaderno de obra en fecha 05 de junio de 2009 (plazo máximo para concluir la obra), la misma no había concluido.

66. Asimismo, tanto con la Resolución Ejecutiva Regional N° 1975-2011-GRLL/PRE, así como de la lectura de Carta N° 006-2012-GRLL-GGR-GRI-SGO, es posible observar que la Entidad no cuestiona en ningún momento la obligación con el Contratista respecto de la partida correspondiente al pozo tubular, todo lo contrario, señala que se encuentran en su ejecución y se deduce dicha partida del presupuesto total de la obra.

67. En ese sentido, se configura un retraso en el procedimiento de recepción de la obra, inmerso en el numeral 6 del artículo 269° del Reglamento, el cual establece lo siguiente:

"6. Si por causas ajenas al contratista la recepción de la obra se retardara, superando los plazos establecidos en el presente Artículo para tal acto, el lapso de la demora se adicionará al plazo de ejecución de la misma y se reconocerá al Contratista los gastos generales debidamente acreditados, en que se hubiese incurrido durante la demora".

(El subrayado es nuestro)

68. Así las cosas, para el cálculo de los mayores gastos generales por retraso en la recepción de la obra, estos deberán ser debidamente acreditados para que sean procedentes.

69. En ese sentido, cabe precisar que el Contratista respecto de esta pretensión, únicamente ha adjuntado una hoja de cálculo de los mayores gastos generales, inmerso como medio probatorio N° 6 en su escrito de demanda, de fecha 19 de agosto de 2013; sin embargo, no hay medio probatorio alguno que sustente el

Árbitro Único
Daniel Triveño Daza

gasto realizado por el Contratista por cada día de retraso en la no recepción de la obra.

70. Por las consideraciones antes expuestas, es improcedente la incorporación en la liquidación final del contrato el monto de S/ 308,114.91 sin incluir IGV por los mayores gastos generales por el retraso en la no recepción de la obra.

RESARCIMIENTO EN ENTREGA DE ADELANTO DIRECTO

71. Sobre este punto, el Contratista señala que ha existido una demora en el inicio de la obra, el cual ha sido generado por la entrega tardía del adelanto directo, siendo el retraso de 40 días, incumpliéndose así una de las condiciones para el inicio de la obra.

72. Por su lado, la Entidad señala que se ha efectuado un cálculo erróneo, debido a que no se ha usado la fórmula establecida en el último párrafo del artículo 184° del Reglamento de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF. Asimismo, el monto del resarcimiento se calcula una vez transcurridos los 15 días que la Entidad tenía para hacer la entrega del adelanto directo, por tanto, los días de retraso solo ascienden a 25 días.

73. En relación al resarcimiento en la entrega del adelanto directo solicitado por el Contratista en su liquidación, cabe precisar que la normativa aplicable a la presente controversia es el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.

74. En el presente contrato, se había pactado para que el inicio de la ejecución contractual comience, la Entidad debía entregar los adelantos directos al Contratista, sin embargo, estos fueron entregados con retraso, lo cual ha sido aceptado por la propia Entidad en su escrito de alegatos.

Árbitro Único
Daniel Triveño Daza

75. En ese sentido, el último párrafo del artículo 240° del Reglamento, establece que:

"(...) Si la Entidad no cumple con lo dispuesto en los incisos precedentes por causas imputables a ésta, en los quince (15) días siguientes al vencimiento del plazo previsto anteriormente, el Contratista tendrá derecho al resarcimiento de daños y perjuicios por un monto equivalente al cinco por mil (5/1000) del monto del contrato por día y hasta un tope de setenta y cinco mil (75/1000) de dicho monto contractual. Vencido el plazo indicado, el Contratista podrá además solicitar la resolución del contrato por incumplimiento de la Entidad".

76. Teniendo en cuenta el marco legal aplicable, se procederá a realizar el cálculo del resarcimiento, según la fórmula establecida en el Reglamento.

Monto del Contrato (sin IGV)	Resarcimiento Diario	Días de Retraso	TOTAL
	Monto Contractual s 5/1000		
S/ 1'843,055.16	S/ 9,215.28	25	S/ 230,382.00

No obstante lo anterior, siendo que el máximo de penalidad de conformidad con el artículo 240° del Reglamento es 75/1000, vale decir, 15 días de retraso, el cálculo de reconocimiento a favor del contratista es el siguiente:

Monto del Contrato	Resarcimiento Máximo
	Monto Contractual x75/1000
S/ 1'843,055.16	S/ 138,229.14

77. Así pues, de los cálculos efectuados, se puede dilucidar que cualquier retraso superior a 15 días supera el tope del resarcimiento máximo, motivo por el cual, el cálculo final respecto del resarcimiento asciende a la suma de S/ 138,229.14

Árbitro Único
Daniel Triveño Daza

soles sin IGV.

78. Acorde a lo señalado líneas arriba, el presente arbitro declara procedente la incorporación del monto de S/ 138,229.14 soles sin IGV por resarcimiento en la demora de la entrega del adelanto directo.

PENALIDAD

79. Con relación a la penalidad presente en la liquidación efectuada por la Entidad, esta es interpuesta debido a la demora en la ejecución de la obra, dado que, como lo señala la Entidad en su escrito de contestación de demanda arbitral, la obra no se recepcionó en la fecha por causas atribuibles al Contratista, en ese sentido, se procedió a computar la penalidad aplicable, la cual asciende al monto de S/ 221,393.74, siendo el monto máximo por penalidad.

80. Ahora bien, cabe precisar que la Entidad ha contabilizado el periodo de penalidad desde el 05 de junio de 2009 hasta la fecha de entrega de la obra, es decir, el 25 de agosto de 2012²⁷.

81. Sobre esto, cabe precisar que, acorde a lo especificado referente a los mayores gastos generales por no recepción de obra, el Contratista, acorde al acervo documentario contenido en el expediente arbitral, realizó el procedimiento de recepción de obra mediante la Carta N° 010-2010/BARBA-SEINCO, recibida por la Entidad con fecha 29 de septiembre de 2010, por tanto, el retraso atribuible al Contratista debe contabilizarse desde el 05 de junio de 2009 hasta el 29 de septiembre de 2010, siendo resultante únicamente 481 días de retraso.

82. En ese orden de ideas, la Cláusula Décima Quinta del Contrato, señala que, en caso de retraso injustificado del Contratista en la ejecución de la obra, se hará

²⁷ En la liquidación del contrato presentada por la Entidad, se señala la fecha de término real de la obra el 24 de agosto de 2012, fecha errónea considerando el acta de entrega de recepción de obra, de fecha 25 de agosto de 2012.

Árbitro Único
Daniel Triveño Daza

acreedor de una penalidad por mora, por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto contractual vigente.

83. En aplicación de la fórmula retratada en el contrato, la cual ha sido calculada por la Entidad en su liquidación del contrato de obra, con los 481 días de retraso imputables al Contratista, se ha llegado al monto de la penalidad máxima por mora, la cual asciende a la suma de S/ 221,393.74 soles, la cual es conforme.

DEDUCCIONES DE REINTREGRO

84. Sobre este punto, cabe precisar que tanto el Contratista como la Entidad no se han pronunciado sobre la diferencia entre ambos montos.

85. En ese sentido, ante la falta de pronunciamiento del Contratista respecto de las deducciones sobre la liquidación de la Entidad, el presente arbitro da la conformidad al monto señalado por la última en su liquidación.

IMPUESTOS

86. Respecto de la aplicación del Impuesto General a las Ventas a la liquidación del contrato, se debe señalar que, con la entrada en vigencia de la Ley N° 29666, publicado en el peruano el día 20 de febrero del 2011 y con vigencia a partir del 01 de marzo del 2011, se restituye la tasa del impuesto establecida por el artículo 17 del texto único ordenado de la ley del impuesto general a las ventas e impuesto selectivo al consumo, es decir, que desde esa fecha las operaciones que estén sujetas al IGV será de aplicación el monto del 18%.

87. En ese sentido, aunque al momento de la firma del contrato, se haya encontrado en vigencia la Ley N° 28033, de fecha 15 de julio de 2003, que

Árbitro Único
Daniel Triveño Daza

establecía el monto del IGV de 19%, al derogarse esta ley y con la entrada en vigencia de la Ley N° 29666, no es posible ir en contra de la norma y aplicar un monto distinto al legal. Por tales consideraciones, es conforme la aplicación del 18% de IGV a la liquidación final del contrato.

REFORMULACIÓN DE LA LIQUIDACIÓN

88. Habiéndose señalado punto por punto de la liquidación efectuada por la Entidad y observada por el Contratista, el presente árbitro declara FUNDADA en parte la primera pretensión y se procederá a reformular la liquidación final del contrato en base a los puntos precedentes, teniendo como resultado el presente:

CONCEPTO	MONTOS RECALCULADOS SIN IGV	MONTOS PAGADOS SIN IGV	DIFERENCIA A PAGAR
(A) DE LAS VALORIZACIONES			
Ppto Principal	1'583,909.02	1'386,949.57	196,959.45
Ppto Adicional 01	221,749.63	199,418.23	22,331.40
Ppto Adicional 03	40,752.32	40,752.32	0
Ppto Adicional 04	0	0	0
TOTAL VALORIZACIONES	1'846,410.97	1'627,120.12	219,290.85
(B) REAJUSTE DE PRECIOS			
Reintegros Ppto Principal	20,118.47	16,618.24	3,500.23
Reintegros Ppto Adicional 01	1,338.55	422.53	916.02
Reintegros Ppto Adicional 03	1,330.32	1,357.20	-26.88
TOTAL REAJUSTES	22,787.34	18,397.97	4,389.37
(C) ADELANTOS OTORGADOS			
Adelante Anticipo		368,611.03	
Amortización Adelanto directo		-368,611.02	0
Adelanto de Materiales		722,689.07	
Amortización Adel. Para Materiales		-722,033.78	
TOTAL ADELANTOS	0	655.30	-655.30
(D) INTERESES			
Por la demora en el Pago de ValORIZACIONES Contractuales +			
Adicionales	2,295.72	0	2,295.72
TOTAL INTERES	2,295.72	0	2,295.72
(E) DEDUCCION DE REINTEGROS			
Adelanto Directo	-7,189.71	0	-7,189.71
Adelanto para Materiales	-19,531.32	0	-19,531.32
TOTAL DEDUCCION DE REINTEGROS	-26,721.03	0	-26,721.03
(F) GASTOS DE ARBITRAJE			
Gastos Arbitraje	3,389.83	0	3,389.83
Total Gastos Arbitraje	3,389.83	0	3,389.83
(G) RESARCIMIENTO EN ENTREGA DE ADELANTO DIRECTO			
Resarcimiento por demora en pago de adelanto directo	138,229.14	0	138,229.14
TOTAL RESARCIMIENTO	138,229.14	0	138,229.14
SUB TOTAL GENERAL	1'986,391.97	1'646,173.39	340,218.58
	SUB TOTALS/	340,218.58	
	IGV. 18%	61,239.34	
	TOTAL S/	401,457.92	

Árbitro Único
Daniel Triveño Daza

(H) PENALIDADES	Multa por aplicar	Multa aplicada	Saldo por descontar
Penalidad demora ejecución de obra	221,393.74	S/ -	221,393.74
Por elaboración Liquidación de obra	4,000.00	S/ -	4,000.00
TOTAL PENALIDADES	225,393.74	0	225,393.74
(I) FONDO DE GARANTIA	Retenido	Devuelto	Saldo por devolver
Fondo Garantía	S/ -	S/ -	S/ -
(J) SALDO FINAL DE LIQUIDACION			Saldo Final
Monto a cancelar en efectivo			401,457.92
Aplicación de penalidades			-225,393.74
Devolución de Fondo de Garantía			0.00
TOTAL			176,064.18

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR SI CORRESPONDE QUE EL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD PAGUE A FAVOR DEL CONSORCIO BARBA SEINCO LA SUMA DE S/ 543,355.15 POR CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS.

89. Sobre esta pretensión, el Contratista señala que, debido a la demora en el pago de las valorizaciones, los gastos incurridos en mantener la carta fianza de fiel cumplimiento y por perdidas económicas atribuibles a la Entidad, no se ha podido postular a otras licitaciones.

90. Respecto del lucro cesante, el Contratista señala que se ha manifestado con los gastos por el mantenimiento de la carta fianza.

91. Con relación al daño emergente, este se materializó con el pago incorrecto de las valorizaciones solicitadas y el cobro de sumas ínfimas de dinero.

92. Asimismo, el Contratista presenta las utilidades dejadas de percibir desde el año 2010 hasta octubre del año 2016.

93. La Entidad, por su lado, alega que no se ha especificado qué tipo de indemnización se está solicitando, contractual o extracontractual, al igual que no se ha probado los elementos de la responsabilidad civil, entendiéndose estos como la antijuricidad, el daño, el nexo causal y el factor de atribución.

94. Que, en relación con este punto controvertido, el Árbitro Único identifica que el

Árbitro Único
Daniel Triveño Daza

pedido formulado por el Contratista está referido a que se declare el derecho a percibir una indemnización por daños y perjuicios, constituidos por el daño emergente y el lucro cesante.

95. Respecto al daño, el presente Árbitro manifiesta que el mismo es conceptualizado de manera general como todo perjuicio o menoscabo que sufre un individuo, ya sea en su entidad psicosomática o en su patrimonio. En tal sentido, el daño implica una calificación que realiza un sujeto respecto a las consecuencias que conlleva un determinado evento respecto a su situación precedente, es decir, luego "...de la formulación de un juicio de disvalor sobre el suceso dañoso y, por lo tanto, sobre la exigencia de intervenir..."²⁸.

96. Al respecto, cabe manifestar que el daño, dependiendo del interés que afecta, puede ser calificado como patrimonial y como no patrimonial, entendido esta última acepción como afectación a la integridad de todo sujeto de derechos.

97. Por tanto, tal y como ha sido aceptado pacíficamente en la doctrina comparada, el daño debe reunir determinadas características que incidirán en la calificación respecto a la aptitud que debe tener el mismo para efectos de su resarcimiento. Sobre el particular, se ha establecido que, a fin de ser resarcido, el daño debe cumplir con los requisitos de ser cierto; de ser subsistente, es decir, de no haber sido reparado; contar con una "especialidad", esto es, que se afecte el interés de una persona o entidad que haya merecido juridicidad por el ordenamiento jurídico; y debe ser injusto.

98. Que, respecto al requisito de la certeza del daño, el Árbitro Único debe indicar que este requisito requiere la demostración del daño como suceso, entendido éste de manera fáctica como lógica.

²⁸ SALVI, Cesare. "El Daño" En: "Estudios sobre la Responsabilidad Civil". Traducción y edición al cuidado de Leysser L. León. ARA Editores. Lima. Perú. 2001. Pág. 286.

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

99. Por otro lado, en cuanto al lucro cesante, se debe tener en cuenta que el lucro cesante es "...todo aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino..."²⁹; esto es, que dicho evento "...impide que nuevos elementos o nuevas utilidades sean adquiridas y gozadas por el damnificado..." o, lo que es lo mismo decir "...lo que el damnificado, desde el momento del siniestro, no conseguirá más, respecto a las utilidades que normalmente lo habrían beneficiado..."³⁰.

100. Resulta entonces claro para la doctrina sostiene el entendimiento uniforme que el lucro cesante se refiere a una utilidad que el damnificado presumiblemente hubiera adquirido en el futuro de no haber acaecido el evento dañoso. En este sentido, para la procedencia de la indemnización del daño resarcible, en su manifestación de 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.

101. Según lo anteriormente señalado, significa entonces que la problemática de la certeza del daño, en cuanto requisito del daño resarcible, apunta a la probanza de la existencia del daño (el "quid") y no a su monto o cuantía; problemática ésta (la del "quantum") vinculada más bien a la de la extensión del daño resarcible. La certeza del daño equivale, pues, a su existencia, la cual debe ser probada tanto como:

²⁹ DE TRAZEGNIES, Fernando. "La Responsabilidad Extracontractual". Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Perú. 1988. Pág. 37.

³⁰ FRANZONI, Massimo. "Fatti Illeciti". Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca a cura di Francesco Galgano. Libro quarto: Obbligazioni art. 2043°-2059°. Zanichelli Editore-Bologna e Il Foro Italiano - Roma. Italia. 1993. Pág. 181.

Árbitro Único
Daniel Triveño Daza

- Acaecer fáctico; esto es, "como suceso que provocará la privación efectiva de un bien jurídico"³¹; y como

- Acaecer lógico; esto es, que el daño -como hecho consecuencia- sea una derivación necesaria del hecho que lo produjo -hecho causal.

102. En este orden de ideas, la certeza del daño no significa que el daño sea actual, sino que su existencia pueda ser apreciada por el Juzgador, sea porque ya se dio, o porque es desarrollo y consecuencia lógica de un hecho determinado. La certeza del daño comprende pues tanto al denominado "daño actual", como al denominado "daño futuro" y, en ambos casos, significa comprobación fáctica y lógica: como suceso materialmente producido y como consecuencia necesaria del hecho causal. En palabras de ZANNONI, la "...certidumbre del daño (...) constituye siempre una constatación de hecho actual que proyecta, también al futuro, una consecuencia necesaria..."³².

103. Por estas razones, queda excluido como daño resarcible el denominado "daño eventual" o "hipotético", entendido como aquél que depende de acontecimientos imposibles de apreciar o determinar como consecuencia lógica y natural del hecho dañoso, lo que significa que el daño, como evento resultado, será material y lógicamente imposible de ser probado³³.

³¹ ZANNONI, Eduardo. "El Daño en la Responsabilidad Civil", Editorial Astrea. 2^a. Edición. Buenos Aires. Argentina. 1987. Pág. 51.

³² Ob. Cit. Pág. 52.

³³ Lo que diferencia, por ejemplo, el resarcimiento de la pérdida de una chance, como variante singular del "daño emergente", del resarcimiento de la pérdida del resultado que se "esperó" obtener, el cual, al constituir un resultado incierto, representa un "daño eventual" no resarcible. Constituye típico ejemplo de esto, los daños originados al propietario de un caballo de carrera que, por causa imputable a su transportista, no llega a tiempo al hipódromo para correr en un gran premio. No hay duda, que, al no correr en la carrera, pierde la posibilidad de ganarla (y, en este sentido, la pérdida de esta oportunidad es resarcible, pues el coste de la posibilidad constituye un daño cierto); empero, aún de haber corrido la carrera, nada aseguraría que la ganara (lo que significa que el resarcimiento

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

104. Por lo antes señalado, resulta evidente para este Árbitro Único que, tratándose del resarcimiento del lucro cesante, el actor debe aportar la prueba de la certeza del daño.

105. De ahí que, la probanza de la certeza del lucro cesante no puede estar referida a acreditar la existencia de utilidades perdidas que no se tenían al momento del siniestro. Más bien, como ha afirmado FRANZONI, "...en el lucro cesante, la prueba que va dada a los fines de la certeza del daño, no se refiere al lucro en sí, sino a los presupuestos y requisitos necesarios a fin de que el mismo se produzca. La certeza de la falta de ganancia no puede jamás ser obtenida del mismo modo que para las pérdidas sufridas, dado que estas últimas existen ya al momento del siniestro en el patrimonio del damnificado, mientras que el lucro cesante no ha entrado ni entrará en su patrimonio, sino en la forma de resarcimiento. Certeza del daño con relación al lucro cesante significa, pues, garantía acerca de la subsistencia de los presupuestos para su producción a futuro..."³⁴.

106. En consecuencia, en lo que atañe al lucro cesante, la doctrina comparada es unánime al señalar que constituye principio básico para su determinación que éste se delimite por un juicio de probabilidad. A estos efectos, el profesor SANTOS BRIZ ha señalado que "...a diferencia del daño emergente, daño real y efectivo, *el lucrum cessans* se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en caso de no haber tenido lugar el acontecimiento dañoso. Ese juicio de probabilidad plantea el problema del momento en que ha de hacerse, por quién ha de ser hecho y con qué criterio ha de hacerlo. En cuanto al primer punto, también a diferencia del daño

del resultado - pérdida del premio - no es posible de ser demandado, al constituir un daño incierto).

³⁴ FRANZONI, Massimo. "Fatti Illeciti". Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca a cura di Francesco Galgano. Libro quarto: Obbligazioni art. 2043°-2059°. Zanichelli Editore-Bologna e Il Foro Italiano - Roma. Italia. 1993. Pág. 823.

Árbitro Único
Daniel Triveño Daza

emergente que se produce en el momento del hecho que lo causa, para el lucro cesante ha de esperarse el curso ulterior de los sucesos. Este pronóstico ulterior nos ha de llevar a concretar un interés cierto del perjudicado, ya que no pueden protegerse intereses inseguros o inciertos, pero cuidando de no exigir una certeza absoluta incompatible con el concepto de 'ganancia frustrada'. Como dice el art. 252º, p. 2, del Código alemán, ha de tratarse de una ganancia frustrada que, con cierta probabilidad, fuera de esperar según el curso normal (ulterior) de las cosas o de las circunstancias del caso concreto..."³⁵.

107. En el presente caso, se está argumentando la existencia de un daño y lucro cesante en base a los gastos de mantenimiento de la carta fianza y a la demora en los pagos ofrecidos en la liquidación del contrato.
108. Respecto del mantenimiento de la carta fianza, esta es obligación del Contratista y se debe mantener vigente hasta el término del contrato. No obstante, en el presente proceso arbitral y en base a los documentos presentes en el expediente, debida al atraso del Contratista en la ejecución de la obra, la Entidad procedió a ejecutar la garantía de fiel cumplimiento por el máximo cómputo de la penalidad, lo cual se ha demostrado en la primera pretensión principal, que era conforme. Dicho esto, y al ser el mantenimiento de la carta fianza una obligación que el Contratista se somete a la firma del contrato, no es procedente la indemnización en ese supuesto.
109. Respecto de las declaraciones presentadas, cabe precisar que, conforme al Contrato de Consorcio, son partes integrantes del mismo el Ing. Barba Barahona José Luis y la empresa SEINCO S.A.C. Asimismo, conforme a la cláusula octava y decima del Contrato de Consorcio, la participación en las

³⁵ SANTOS BRIZ, Jaime. "La Responsabilidad Civil". Editorial Montecorvo S.A. Madrid. España. 1986. Pág. 267.

Árbitro Único
Daniel Triveño Daza

utilidades de los consorciados es en la proporción de 40% y 60% respectivamente, al igual que el operador tributario del Consorcio es el propio Consorcio Barba Seinco, cuyo número de ruc es el 20481701962.

110. En ese sentido, para demostrar que la demora en el pago de valorizaciones ha efectuado a todo el Consorcio, serían necesarias el reporte de Utilidades de ambos consorciados, así como de la existencia de que con la demora en el pago se hubiera menoscabada el derecho de ambos consorciados en la participación en diversos procesos de selección.
111. Bajo esos fundamentos, el presente Árbitro declara INFUNDADA la segunda pretensión.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR SI CORRESPONDE DECLARAR VÁLIDA LA LIQUIDACIÓN FINAL DEL CONTRATO REFORMULADA POR EL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD.

112. Sobre la presente pretensión y debido que, en los sustentos de la primera pretensión, se ha analizado de manera íntegra las liquidaciones de ambas partes, se debe estar a lo resuelto en la primera pretensión, por tanto, el presente Árbitro declara INFUNDADA la tercera pretensión.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR SI CORRESPONDE DECLARAR QUE EL GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD ADEUDA A FAVOR DEL CONSORCIO BARBA SEINCO LA SUMA DE S/ 12,963.80 SOLES COMO SALDO DE LA LIQUIDACIÓN FINAL DEL CONTRATO.

113. Sobre la presente pretensión, debido a la reformulación de la liquidación final del contrato, la obligación de pago por parte de la Entidad a favor del

Árbitro Único
Daniel Triveño Daza

Contratista de efectuar el pago de S/ 12,983.80 soles como saldo de liquidación final del contrato ha quedado sin efecto, por tanto, se debe estar a lo resuelto en la primera pretensión principal.

114. En ese sentido, el presente Árbitro declara INFUNDADA la cuarta pretensión.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR A QUIÉN Y EN QUÉ PROPORCIÓN DEBERÁN SER ASUMIDOS LOS COSTOS Y COSTAS DEL PROCESO.

115. En el presente proceso, consideramos que ambas partes han tenido interés en que se resuelva en tenor de sus pretensiones. Asimismo, atendiendo a que no existe pacto de las partes sobre las costas y costos, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los gastos o costos que le correspondían, esto es, sus propios costos y costas de defensa y representación, atendiendo cada una de ellas en un 50% los honorarios arbitrales y de la Secretaría Arbitral.

116. Cabe resaltar que, en el presente proceso, el Contratista ha asumido la integridad de los anticipos de los gastos arbitrales, tanto de los honorarios del tribunal arbitral, así como de la secretaría, incluyéndose los primeros y segundos anticipos de honorarios.

117. En ese sentido, la Entidad debe devolver al Contratista la suma de S/ 9,725.00 por honorarios de Árbitro Único y S/ 5,520.00, por gastos de Secretaría Arbitral, cual sumado arroja un monto de S. 15,245.00.

XI. DECISIÓN. –

Que, finalmente, el Árbitro Único deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado cada una de las pruebas aportadas por éstas de acuerdo a las reglas de la

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba y que el sentido de su Decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en las expediciones de este laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje y que fueron consignados en el Acta de Instalación del Árbitro Único.

En atención a ello y siendo que el Árbitro Único no representa los intereses de ninguna de las partes y ejerce el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción, así como que en el desempeño de sus funciones ha tenido plena independencia y no han estado sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional; por lo que, habiéndose agotado todas las etapas del proceso y no existiendo pretensión por analizar, el Árbitro Único **LAUDA EN DERECHO de la siguiente manera:**

PRIMERO: FUNDADA EN PARTE la primera pretensión y, en consecuencia, reformular la liquidación final del contrato, conforme al siguiente detalle:

CONCEPTO	MONTOS RECALCULADOS SIN IGV	MONTOS PAGADOS SIN IGV	DIFERENCIA A PAGAR
(A) DE LAS VALORIZACIONES			
Ppto Principal	1'583,909.02	1'386,949.57	196,959.45
Ppto Adicional 01	221,749.63	199,418.23	22,331.40
Ppto Adicional 03	40,752.32	40,752.32	0
Ppto Adicional 04	0	0	0
TOTAL VALORIZACIONES	1'846,410.97	1'627,120.12	219,290.85
(B) REAJUSTE DE PRECIOS			
Reintegros Ppto Principal	20,118.47	16,618.24	3,500.23
Reintegros Ppto Adicional 01	1,338.55	422.53	916.02
Reintegros Ppto Adicional 03	1,330.32	1,357.20	-26.88
TOTAL REAJUSTES	22,787.34	18,397.97	4,389.37
(C) ADELANTOS OTORGADOS			
Adelante Anticipo		368,611.03	
Amortización Adelanto directo		-368,611.02	0
Adelanto de Materiales		722,689.07	
Amortización Adel. Para Materiales		-722,033.78	
TOTAL ADELANTOS	0	655.30	-655.30

Árbitro Único
 Daniel Triveño Daza

(D) INTERESES			
Por la demora en el Pago de Valorizaciones Contractuales +			
Adicionales	2,295.72	0	2,295.72
TOTAL INTERES	2,295.72	0	2,295.72
(E) DEDUCCION DE REINTEGROS			
Adelanto Directo	-7,189.71	0	-7,189.71
Adelanto para Materiales	-19,531.32	0	-19,531.32
TOTAL DEDUCCION DE REINTEGROS	-26,721.03	0	-26,721.03
(F) GASTOS DE ARBITRAJE			
Gastos Arbitraje	3,389.83	0	3,389.83
Total Gastos Arbitraje	3,389.83	0	3,389.83
(G) RESARCIMIENTO EN ENTREGA DE ADELANTO DIRECTO			
Resarcimiento por demora en pago de adelanto directo	138,229.14	0	138,229.14
TOTAL RESARCIMIENTO	138,229.14	0	138,229.14
SUB TOTAL GENERAL	1'986,391.97	1'646,173.39	340,218.58
		SUB TOTAL S/	340,218.58
		IGV. 18%	61,239.34
		TOTAL S/	401,457.92
(H) PENALIDADES			
Penalidad demora ejecución de obra	221,393.74	S/ -	221,393.74
Por elaboración Liquidación de obra	4,000.00	S/ -	4,000.00
TOTAL PENALIDADES	225,393.74	0	225,393.74
(I) FONDO DE GARANTIA			
Fondo Garantía	Retenido S/ -	Devuelto S/ -	Saldo por devolver S/ -
(J) SALDO FINAL DE LIQUIDACION			
Monto a cancelar en efectivo			Saldo Final
Aplicación de penalidades			401,457.92
Devolución de Fondo de Garantía			-225,393.74
TOTAL			0.00
			176,064.18

SEGUNDO: INFUNDADA la segunda pretensión y, en consecuencia, no corresponde ordenar que el Gobierno Regional La Libertad pague a favor del Consorcio Barba Seinco la suma de s/ 543,355.15 por concepto de indemnización por daños y perjuicios.

TERCERO: INFUNDADA la tercera pretensión y, en consecuencia, no corresponde declarar válida la liquidación final del contrato reformulada por el Gobierno Regional La Libertad.

CUARTO: INFUNDADA la cuarta pretensión y, en consecuencia, no corresponde

Árbitro Único

Daniel Triveño Daza

declarar que el Gobierno Regional La Libertad adeuda a favor del Consorcio Barba Seinco la suma de s/ 12,963.80 soles como saldo de la liquidación final del contrato.

QUINTO: ORDENAR al Gobierno Regional La Libertad y al Consorcio Barba Seinco que asuman el pago de los Honorarios del Árbitro Único y Secretaría en un 50% cada una, así como los demás gastos en los que se hayan incurrido en el curso del proceso arbitral. Considerando que el Consorcio Barba Seinco se subrogó en el pago del primer y segundo anticipo de gastos arbitrales de su contraparte, se **ORDENA** al Gobierno Regional La Libertad a restituir a favor del Consorcio Barba Seinco las sumas de S/ 9,725.00 por concepto de honorarios arbitrales y S/ 5,520.00 por concepto de honorarios de la Secretaría Arbitral.



DANIEL TRIVEÑO DAZA
Árbitro Único

ALBERTO MOLERO RENTERÍA
Secretario Arbitral Ad Hoc