

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Tribunal Arbitral Ad-Hoc
Dr. Elio Otiniano Sánchez (Presidente)
Dr. Raúl Salazar Rivera (Árbitro)
Dr. Rony Salazar Martínez (Árbitro)

DEMANDANTE: **CONSORCIO DE LA AMISTAD**

DEMANDADO: **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO**

CONTRATO: **CONTRATO N° 030-2014-MDEA, PARA LA
ELABORACIÓN DEL EXPEDIENTE TÉCNICO Y
EJECUCIÓN DE LA OBRA: "INSTALACIÓN DE
DEFENSA RIBEREA Y CONSTRUCCIÓN DE
MALECÓN DE LA AMISTAD EN EL MARGEN
IZQUIERDA DEL RÍO RÍMAC".**

Secretaria Arbitral
Srta. Carla Solange Chiang Huarachi

Sede Arbitral
Av. Alfredo Benavides N° 620, oficina 802, Miraflores, Lima.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO

RESOLUCIÓN N° 18

Lima, 27 de mayo de 2019

VISTOS: La demanda interpuesta por el **CONSORCIO DE LA AMISTAD** (en adelante **EL CONTRATISTA**) contra la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO** (en adelante **LA ENTIDAD**), se procede a expedir el siguiente laudo arbitral.

I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

Convenio Arbitral: Conforme a la Cláusula Décimo Octava, del contrato suscrito por las partes con fecha 30.07.2014 – Contrato N° 030-2014-MDEA, para la elaboración del Expediente Técnico y ejecución de la obra: “Instalación de defensa ribereña y construcción de Malecón de la Amistad en la margen izquierda del Río Rímac” (en adelante **EL CONTRATO**), cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 184, 199, 201, 209, 201 y 212 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Instalación del Tribunal Arbitral: En fecha 18.01.2018, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación de Tribunal Arbitral Ad Hoc, en la cual el Tribunal Arbitral ratificó su aceptación al cargo y reiteró que no estaba sujeto a incompatibilidad ni a hechos o circunstancias que le obligaran a inhibirse, al no haber mantenido ni mantener relación alguna con las partes y sus representantes.

Se deja constancia que ninguna de las partes impugnó o reclamó contra el contenido de la referida Acta de Instalación, habiéndola suscrito en señal de conformidad.

II. NORMATIVIDAD APLICABLE AL PROCESO ARBITRAL

Son de aplicación al presente proceso arbitral, referidos a la parte sustantiva para resolver las controversias, de acuerdo a lo establecido por el artículo 52º de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante la **LCE**), obligatoriamente con el siguiente orden de prelación en la aplicación del derecho: 1) Constitución Política del Perú, 2) La Ley de Contrataciones del Estado (en adelante **LCE**) – Decreto Legislativo N° 1017 (modificado por la Ley N° 29873), 3) el Reglamento de la LCE (en adelante el **RCE**) – Decreto Supremo N° 184-2008-EF (modificado por el D. S. N° 138-2012-EF), 4) las normas del derecho público; y, 5) las de derecho privado. La aplicación de las leyes especiales sobre arbitraje, como es el caso del Decreto Legislativo N° 1071, se realiza de manera supletoria y siempre que no se opongan a lo establecido en la Ley y el Reglamento.

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO**

En lo referido al proceso arbitral se aplicará a las reglas establecidas en el Acta de Instalación, por la LCE, el RLCE y las directivas que aprueba el OSCE para tal efecto; supletoriamente será de aplicación las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje. En caso de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral está facultado para establecer reglas adicionales, respetando el principio de legalidad y resguardando el derecho constitucional al debido proceso y al derecho de defensa.

III. DE LA DEMANDA ARBITRAL

Mediante escrito de fecha 02.02.2018, **EL CONTRATISTA** presenta su demanda ante el Tribunal Arbitral del presente proceso, contra **LA ENTIDAD**, señalando sus pretensiones y sus fundamentos de hecho y derecho.

A. PRETENSIONES:

PRIMERA PRETENSIÓN: Que, el Tribunal Arbitral declare la validez de la liquidación elaborada por el contratista respecto al Contrato de Obra N° 030-2014-MDEA, para la “Instalación de defensa ribereña y construcción de Malecón de la Amistad en la margen izquierda del Río Rímac – Distrito de El Agustino”, presentado con carta N° 051-17/CDLA el 26 de julio de 2017 en 160 folios y que tiene un saldo a favor del contratista de S/ 2'251.296.48 soles debido a que la entidad no está de acuerdo con la liquidación del contratista y con carta N° 181-2017-GDU-MDEA, notificada el 22 de setiembre de 2017 hizo llegar al contratista que la liquidación elaborada carece de sustento y fundamento lógico en la que consigna un saldo a favor del contratista de S/ 470,904.79 soles.

SEGUNDA PRETENSIÓN: Que, el Tribunal Arbitral ordene el pago a favor del contratista por los daños y perjuicios deducidos ascendentes a S/ 750,000.00 ocasionados por la ejecución indebida de las cartas fianzas del fiel cumplimiento, dicha ejecución ha generado la enajenación de una propiedad por parte del BBVA Banco Continental y el endeudamiento con INTERBANK y BCP.

TERCERA PRETENSIÓN: Que el Tribunal Arbitral orden el pago y/o reembolso íntegro de las costas, costos, gastos administrativos y asesoría legal que se ha contratado por parte del demandante para recurrir al proceso arbitral.

B. FUNDAMENTOS DE HECHO

Respecto a la Primera Pretensión, EL CONTRATISTA manifiesta que:

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO

Que, conforme se puede apreciar a los anexos adjuntos a la demanda, nuestro consorcio ha cumplido de forma estricta lo estipulado en la ley de contrataciones del estado y su reglamento asimismo también se ha cumplido con lo previsto en la ley de arbitraje. Nuestro consorcio en cumplimiento de la normativa ha presentado ante la entidad mediante carta Nº 051-17/CDLA el 26 de julio de 2017 en 160 folios el expediente propuesto de liquidación de obra Nº 030-2014-MDEA para la "INSTALACIÓN DE DEFENSA RIBEREÑA Y CONSTRUCCIÓN DE MALECÓN DE LA AMISTAD EN LA MARGEN IZQUIERDA DEL RÍO RÍMAC – DISTRITO DE EL AGUSTINO". Dicha liquidación se ha propuesto, conforme se puede evidenciar, debidamente fundamentada y la secuencia técnica y lógica que corresponde.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 211 del reglamento de la ley de contrataciones del estado, una vez recibida la propuesta de liquidación la entidad tiene la obligación de pronunciarse, ya sea observándola, elaborando otra, esto dentro de un plazo determinado. Es ante ello que la entidad habiendo tomado conocimiento de nuestra liquidación de obra procedió a responder mediante carta Nº 181-2017-GDU-MDEA. La entidad en dicha carta manifiesta su disconformidad sin mayor argumento y plantea una propuesta de liquidación de 3 hojas las cuales carecen de fundamento. Asimismo no contiene documentos que puedan dar sustento a su liquidación. Por ello manifestamos un desacuerdo con el monto propuesto por la entidad por lo antes mencionado.

Cada monto abordado en nuestra propuesta de liquidación de obra está debidamente sustentada y detallada conforme se puede apreciar en los documentos que son parte de la liquidación.

En ese extremo que, habiendo un desacuerdo evidente entre la entidad y el consorcio con respecto a la liquidación final de obra en cuanto al monto final a aprobar, es así que en ese estado de hechos y de conformidad con la normativa y el reglamento de la ley de contrataciones del estado será el Tribunal Arbitral que requiera lo necesario para determinar el monto final de la liquidación.

Respecto a la Segunda Pretensión, EL CONTRATISTA señala que:

Con respecto al pago de los daños y perjuicios ocasionados por la indebida ejecución de las cartas fianzas de fiel cumplimiento, lo cual ya ha sido determinado en un proceso arbitral que sí efectivamente existió una indebida ejecución. Como se puede advertir de los resuelto por el tribunal arbitral, la entidad nos ha ejecutado indebidamente nuestras cartas fianzas y ello como consecuencia nos ha ocasionado perjuicios económicos. Dicha ejecución ha ocasionado la enajenación de nuestras propiedades y una evidente desestabilización.

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO**

Para que exista un daño se debe de hacer un análisis de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil las cuales permitan la configuración del daño como tal, las cuales se detallan a continuación:

La conducta antijurídica: Conducta contraria al derecho, que en caso de responsabilidad civil es típica, entendida como aquella que no solo contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad en el sentido de afectar valores sobre los cuales está constituido el sistema jurídico.

Como se puede advertir, la conducta antijurídica ya ha sido determinado por un tribunal arbitral mediante laudo arbitral el mismo que ha quedado consentido por la entidad, el cual precisa de forma categórica que las cartas fianzas han sido ejecutadas de forma indebida. Por lo tanto la conducta antijurídica por parte de la entidad está plenamente configurada, toda vez que la conducta desplegada por la entidad contravino dispositivos previstos en la normativa.

La configuración de la conducta antijurídica ha quedado evidenciado por tribunal arbitral, “numeral 57° del laudo arbitral” – que la ejecución de las Cartas Fianzas fue realizada de forma indebida por parte de la Entidad por contravenir al artículo 164 del RLCE en tanto no se verificó ninguno de los supuestos por los cuales la Entidad estuviera facultado para su ejecución, correspondería que la entidad restablezca el statu quo de dichas Cartas Fianzas antes de su ejecución a fin de que, en la etapa de liquidación Final de obra, la parte puedan determinar el saldo económico final del contrato” – de lo que se podrá advertir que ha existido una indebida ejecución de las cartas fianzas por parte de la entidad.

Daño causado; respecto a este elemento se debe considerar que el daño es todo menoscabo a los intereses de los individuos en la vida de la relación social, que el derecho ha considerado merecedores de la tutela legal¹.

Como se puede corroborar en los anexos adjuntos a la demanda es consecuencia de la indebida ejecución de las cartas fianzas por parte de la entidad el banco nos ha enajenado una de nuestras propiedades, en vista de ello se configura el daño causado por la conducta única y exclusivamente atribuible a la entidad.

Por tanto a consecuencia de los argumentos expuestos se requiere el pago de S/ 750,000.00 el cual se sustenta en el hecho de la propiedad entregada en dación de pago al BBVA de acuerdo a la liquidación del préstamo recibido por la ejecución de la Carta Fianza de S/ 360,000.00 cuando el valor comercial real del terreno era de S/ 1'110.000.00; este pedido se sustenta con Tasación del terreno, hipoteca realizada por BBVA, Aviso de requerimiento de fianza de

¹ Lizardo Taboada Cordova “Elementos de la responsabilidad civil” editora jurídica GRILEY-2001, PG 29

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO

BBVA Carta MCG-GG-02-2017, Carta SMCG-GG-034-2017, y el Testimonio de Liquidación de préstamo realizada por el BBVA. En consecuencia ha quedado sustentado que corresponde a la entidad el pago de lo requerido.

Respecto al sustento de los prejuicios económicos, a consecuencia de la indebida ejecución de las cartas fianzas de fiel cumplimiento por parte de la entidad, nos ha ocasionado una desestabilidad económica no prevista. En tanto corresponde a la entidad nos pague el monto de S/ 276,580.00 ocasionado por el precipitado sobre endeudamiento de los socios de la Empresa Santa María Contratistas Generales S.R.L. conformante principal del Consorcio de la Amistad, en el que debe considerarse el listado de préstamos realizados por ellos en INTERBANK y BCP y que fueron utilizados en el refinanciamiento trimestral del préstamo recibido por la indebida ejecución de la Carta Fianza, este pedido se sustenta con el listado de préstamos personales del Anexo Nº 01 Listado de préstamos con tarjetas para cubrir renovaciones del préstamo principal del BBVA; y el detalle de gastos de refinanciación del préstamo cancelados al BBVA del Anexo 2.

Asimismo a consecuencia de la conducta antijurídica por parte de la entidad al ejecutar nuestra carta fianza se requiere el pago de S/ 236,101.59 que corresponden a los intereses dejados de percibir por la indebida ejecución de las cartas fianzas ejecutadas y que corresponden a los fondos fijos que contra garantía fueron ejecutados, S/ 360,000.00 del Scotiabank y S/ 111.260.65 del BBVA, este pedido se sustenta de conformidad al resumen general de cálculos de intereses no recibidos detallado en el Anexo Nº 03 adjunto y que da sustento a nuestro pedido, pues queda demostrado la crisis económica en la que nos hemos visto inmerso a consecuencia de la conducta únicamente atribuible a la entidad, por ello corresponde el pago de dichos montos señalados por estar de acuerdo a la ley.

Respecto a la Tercera Pretensión:

Con respecto a este punto, debemos señalar que a consecuencia de la controversia suscitada nos hemos visto en la necesidad de contratar los servicios profesionales de asesoría y consultoría externa, para que nos patrocine en las controversias del presente proceso, ocasionándonos más gastos económicos los mismos que deberán ser asumidos por la entidad, quien es directamente responsable de llegado a esta instancia. Cabe precisar que estaremos adjuntando en su oportunidad la liquidación final de los gastos administrativos, costas y costos del proceso arbitral ya que aún no se han pagado los honorarios del árbitro único y secretaría arbitral.

C. FUNDAMENTOS DE DERECHO

EL CONTRATISTA establece como fundamento de derecho de sus pretensiones los artículos 211° del RLCE, los artículos 215°, 221°, 269° y 270° del Decreto

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO**

Supremo Nº 083-2004-PCM, la Ley General de Arbitraje aprobada por D.L. Nº 1071, los artículos 1152º Y 1321º del Código Civil y la Constitución Política del Perú.

IV. DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA

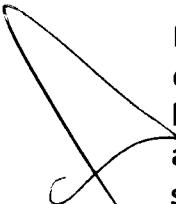
Mediante escrito de fecha 09.03.2018, dentro del plazo establecido, LA ENTIDAD contesta la demanda.

A. FUNDAMENTOS DE HECHO

Respecto a la primera pretensión de la demanda arbitral que señala que se declare la validez de la liquidación practicada del contrato de obra N° 030-2014-MDEA, para la instalación ribereña y construcción del malecón de la amistad en la margen izquierda del Río Rímac distrito de El Agustino, presentada con Carta Nº 051-17/CDLA, de fecha 26 de julio de 2017, el cual tiene un saldo a favor del contratista de S/ 2`251296.48 soles.

Sin embargo, la Municipalidad de El Agustino no está de acuerdo y conforme con la liquidación practicada por el Consorcio La Amistad, en tal sentido se remitió la Carta Nº 181-2017-GDU-MDEA, de fecha 22 de septiembre de 2017 en el cual declaramos la improcedencia de la liquidación de obra por parte del contratista, toda vez que presenta errores técnicos y legal de forma que no existe saldo a favor del Consorcio La Amistad, sino por el contrario existe un saldo diferente de nuestra pre liquidación.

La obra fue motivo de un proceso por la modalidad de concurso - oferta en la que el postor elabora el expediente técnico y luego ejecuta la obra, al respecto el contratista en su liquidación no efectúa la liquidación del servicio de elaboración del expediente técnico.

La entidad en la liquidación practicada ha determinado que el servicio de elaboración del expediente técnico no reúne las condiciones establecidas en las bases del proceso y que forman parte de su contrato porque no cuenta con autorización de la autoridad nacional del agua (ANA) quien se pronunció señalando que no es procedente autorizar dicho expediente técnico por contar con instalaciones definitivas como lo son los servicios higiénicos y la piscina, así mismo la aprobación de dicho expediente técnico es nulo por lo señalado en el artículo 6º del código civil, ya que no cuenta con las firmas de los especialistas en ingeniería eléctrica Ing. Julio Cesar Torres Montoya, Ing. Mecánico electricista e ingeniería sanitaria Ing. Denis Florencio Quinto Patiño especialista en diseño de redes de agua y desagüe.

Asimismo, no hay memoria de cálculo de máxima demanda de energía eléctrica, no hay memoria de cálculo hidráulico a nivel de agua y desagüe, los 



**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO**

presupuestos determinan que las instalaciones eléctricas es un global y las instalaciones sanitarias igualmente son global, debiendo la contratista haber determinado el total de las partidas que determinan el presupuesto para su ejecución, como lo es en el caso de instalaciones eléctricas, determinación de empalme a la red pública e instalación de medidor, caja de llaves de control termo magnéticas, caja de encendido y apagado automático de electrobomba, determinación de puntos de luz, puntos de tomacorriente, metros lineales de cableado eléctrico metros lineales de entubado eléctrico, determinación del número de interruptores y tomacorrientes, determinación del tipo de motor de recirculación de agua para la piscina, determinación de los postes de luz para iluminación exterior; respecto del agua y desagüe no se ha establecido punto de instalación y conexión a la red pública del agua, instalación y conexión a la red pública de desagüe, metros lineales y tipo de tubería de agua, metros lineales de tubería y tipo de red de desagüe, puntos de red agua, puntos de red de desagüe, determinación del sistema de recirculación de agua para la piscina, tipos y capacidad de los filtros para la limpieza del agua de la piscina, en ambos casos no se cuenta con la autorización del NA de las instalaciones definitivas propuestas por el contratista, por esta razón no se debió pagar el servicio de elaboración del expediente técnico y por ende el desarrollo de la obra tratándose de un concurso oferta el contratista no ha considerado en su liquidación la determinación de la validez de la elaboración del servicio de elaboración del expediente técnico hecho que ha sido considerado por nuestra representada como un saldo negativo por su mala ejecución.

Asimismo, en el expediente técnico el Ing. Rubén Esau Mogrovejo Gutiérrez especialista en hidráulica fluvial no ha tomado en cuenta el diseño hidráulico la ciclicidad de grandes avenidas para un periodo de retorno de 150 años, el cual se exige en diseños de este tipo de proyectos luego de lo acontecido en el norte del País cuando ocurrió el fenómeno del niño.

En relación a la liquidación de obra para la determinación de los metrados determinados por el contratista como ejecutados, no adjunta la planilla de metrados que sustente el resumen de metrados que aparece en su liquidación siendo ello imprescindible según reglamento de la ley de contrataciones del Estado, para establecer la veracidad de las partidas ejecutadas, no existe los planos de replanteo de las estructuras ejecutadas por el contratista.

Para el pago de la eliminación del desmonte no adjunta las boletas de ingreso a un botadero oficial que sustente la no contaminación del medio ambiente tal y como lo establecen las bases integradas del proceso de selección y que forman parte de su contrato tampoco adjunta la constatación notarial que justifique legalmente las partidas por el contratista determinado como ejecutados, tratándose de una liquidación, el contratista no adjunta los certificados de control de calidad, de la calidad del concreto utilizado, no adjunta los pagos de

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO**

impuestos y tributo a SUNAT, ESSALUD, ADP, FOAVI, CONAFOVICER, SENCICO de las valorizaciones tramitadas.

Igualmente debemos señalar que con posterioridad de la resolución del contrato invocado por el contratista el mismo reinicio las labores de ejecución de obra durante los meses de junio 2015, julio 2015 y agosto 2015, fuera del plazo legal de ejecución de obra siendo que estos avances han sido considerados por la entidad en su liquidación, independientemente de lo ejecutado en noviembre del 2014, no ajustándose a los hechos de la ejecución de obra como han quedado acreditados en el cuaderno en obra que se encuentra en poder de la entidad.

Por lo expuesto no se puede a solo pedido del contratista autorizar se les conceda el pago por la suma de S/ 2'251.296.48 soles que solicitan en su liquidación máxime si no ha tomado en cuenta en su liquidación el servicio de elaboración del expediente técnico el cual adolece de la autorización de la autoridad nacional del agua (ANA), firmas, memorias de cálculo y detalle del presupuesto de instalaciones eléctricas y de red de agua y de desagüe ya que no se puede validar un presupuesto global como el que aparece en su presupuesto, tampoco del hidráulico que no cuenta con estudio de ciclicidad de avenidas por un periodo de 150 años, no se cuenta con los informes de los profesionales comprometidos durante la ejecución de obra ni en la liquidación de las valorizaciones Ing. Luis Alberto Llacza Camargo gerente de obra, ing. Néstor Raúl Cárdenas Sánchez especialista en estructuras, Ing. Cesar Augusto Ayala Basurco, especialista en hidráulica fluvial, Ing. Olger Espinoza Villanueva especialista en sistemas integrados de gestión, Ing. Olger Espinoza Villanueva especialista en geotecnia y Melissa Sara Roa Calderón especialista en intervención social, especialistas que debieron intervenir durante la ejecución de obra y en la liquidación de obra, no hay planilla de metrados, planos post construcción, copia de boletas de eliminación de desmonte en botadero oficial, copia de pago de tributos e impuestos de ley, certificados de control de calidad del concreto y ensayos de laboratorio del material empleado en obra requisitos indispensables a ser presentados en la liquidación del contrato por modalidad de concurso, oferta en la que el postor oferta el servicio de elaboración del expediente técnico y la ejecución de la obra.

Respecto a que se pague los daños y perjuicios por la suma de S/ 750,000.00 soles ocasionados con la indebida ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento y que ha generado la enajenación de la propiedad por parte de BBVA y el precipitado endeudamiento con INTERBANK y el BCP.

Al respecto no existe responsabilidad extracontractual, toda vez que conforme al Art. 1960º inc. a) del Código Civil, se actuó en el ejercicio de un derecho, por lo tanto, estamos exceptuados de responsabilidad. Asimismo, conforme al Art. 36.1º de la Ley de contrataciones cualquiera de las partes puede resolver el

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO**

contrato por incumplimiento de contrato, y como se ha señalado en los primeros considerandos la empresa Consorcio La Amistad ha incumplido el contrato, por lo tanto, se ha actuado en cumplimiento de un deber.

Respecto a que se pague y/o reembolse el pago íntegro de costas, costos, gastos administrativos y la asesoría legal que se ha contratado, carece de sustento legal, toda vez que la entidad edil ha sido perjudicada.

Que, conforme al Acta de Constatación Notarial de fecha 04 de noviembre de 2015, el notario de Lima Lucio Alfredo Zambrano Rodríguez, notario de Lima, constató físicamente la obra que se denomina "Instalación de defensa Ribereña y construcción del malecón de la amistad en la margen izquierda del río Rímac", por resolución del contrato N° 030-2014-MDEA, dividiéndose en 03 tramos.

B. FUNDAMENTOS DE DERECHO

LA ENTIDAD establece como fundamento de derecho de su contestación de demanda la LCE y el RLCE.

V. DE LA RECONVENCIÓN

Mediante escrito de fecha escrito de fecha 09.03.2018, dentro del plazo establecido, **LA ENTIDAD** plantea reconvenCIÓN.

A. PRETENSIONES:

PRIMERA PRETENSIÓN: Que, el Tribunal Arbitral ordene el pago de las penalidades, por la suma de S/ 1'444,221.76 que deviene de la penalidad por mora y otras penalidades, conforme al artículo 166º del RLCE.

SEGUNDA PRETENSIÓN: Que, el Tribunal Arbitral ordene el pago de una indemnización por daños y perjuicios por la suma de S/ 500,000.00 soles por el incumplimiento del contrato N° 030-2014-MDEA.

TERCERA PRETENSIÓN: Que el Tribunal Arbitral orden el pago y/o reembolso íntegro de las costas, costos, gastos administrativos y asesoría legal que se ha contratado.

B. FUNDAMENTOS DE HECHO

Conforme a las penalidades por mora, la penalidad máxima asciende al 10% del monto contrato, la suma de S/ 722,110.88 soles, el cual se ha fijado de acuerdo a la cláusula décimo segunda del contrato. Asimismo conforme al artículo 166º del Reglamento de contrataciones con el Estado el pago de las penalidades es por la suma de S/ 722,110.88 soles.

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO**

Conforme a lo señalado en la contestación de la demanda no se ha tomado en cuenta en su liquidación el servicio de elaboración del expediente técnico el cual adolece de la autorización de la autoridad nacional del agua (ANA), firmas, memoria de cálculo y detalle del presupuesto de instalaciones eléctricas y red de agua y de desagüe ya que no se puede validar un presupuesto global como el que aparece en su presupuesto, tampoco del cálculo hidráulico que no cuenta con estudio de ciclicidad de avenidas para un periodo de 150 años, no se cuenta con los informes de los profesionales comprometidos durante la ejecución de obra ni en la liquidación ni en las valorizaciones Ing. Luis Alberto Llacza Camargo gerente de obra, ing. Néstor Raúl Cárdenas Sánchez especialista en estructuras, Ing. Cesar Augusto Ayala Basurco, especialista en hidráulica fluvial, Ing. Olger Espinoza Villanueva especialista en sistemas integrados de gestión, Ing. Olger Espinoza Villanueva especialista en geotecnia y Melissa Sara Roa Calderón especialista en intervención social, especialistas que debieron intervenir durante la ejecución de obra y en la liquidación de obra, no hay planilla de metrados, planos post construcción, copia de boletas de eliminación de desmonte en botadero oficial, copia de pago de tributos e impuestos de ley, certificados de control de calidad del concreto y ensayos de laboratorio del material empleado en obra requisitos indispensables a ser presentados en la liquidación del contrato por modalidad de concurso oferta en la que el postor oferta el servicio de elaboración del expediente técnico y la ejecución de la obra. Hecho que se encuentra constatado con el Acta de Constatación Notarial.

C. FUNDAMENTOS DE DERECHO

LA ENTIDAD establece como fundamento de derecho de su reconvención de la demanda la LCE y el RLCE.

VI. DE LA CONTESTACIÓN DE LA RECONVENCIÓN

Mediante escrito de fecha 14.05.2018, dentro del plazo establecido, **EL CONTRATISTA** contesta la reconvención.

A. FUNDAMENTOS DE HECHO

La entidad mediante escrito de contestación a nuestra demanda ha planteado una reconvención, y de los argumentos propuestos se puede advertir una improvisación total falta de seriedad, más aún cuando no cuentan con documentos válidos que den respaldo a sus argumentos. Por tanto, solicitamos respetuosamente al señor Presidente del Tribunal Arbitral declare improcedente sus pretensiones.

La entidad de forma absurda, incongruente en todos sus extremos y fuera de lugar pretende que se le haga el pago por aplicación de penalidades, ello sin

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO**

fundamento valido alguno. En este extremo se debe advertir que el contrato fue resuelto por el consorcio de la amistad por causas imputables a la entidad, en consecuencia no existe incumplimiento de contrato de nuestra parte y en ese contexto no procede el reconocimiento de daños perjuicios a favor de la entidad, por el contrario el agraviado ha sido el Consorcio de la Amistad.

La entidad de forma arbitraria pretende desconocer lo resuelto por un tribunal arbitral, que efectivamente en el laudo ha resuelto declarar la validez de la resolución de contrato efectuada por nuestra parte. Sin embargo, la entidad pese a ello pretende la aplicación de penalidades por incumplimiento de contrato. Cuando ello ya ha sido determinado y se puede advertir que la entidad planea pretensiones incongruentes y distantes a la realidad.

Ahora en cuanto a su segundo argumento la entidad pretende el pago por indemnización bajo el argumento que el expediente técnico no contaba autorización del ANA, dcha. aseveración es falsa como ya lo hemos manifestado y probado líneas arriba. Existen documentos emitidos por el ANA que, efectivamente lo aprueba y autoriza para su ejecución, osea sí se cuenta con autorización de la mencionada entidad (ANA) pero la entidad aun teniendo conocimiento de dicho documento, insiste en referir que no existe autorización. Por tanto, habiéndose desvirtuado una vez más lo señalado por la entidad corresponde declarar la improcedencia de las pretensiones precarias y destinadas de la entidad.

VII. DE LA AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Con fecha 27 de junio de 2018 se llevó a cabo la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios. En la referida Audiencia los puntos controvertidos a resolver por el Tribunal Arbitral quedaron determinados de la siguiente manera:

Respecto de la Demanda:

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde – o no – declarar la validez de la liquidación del Contrato de Obra N° 030-2014-MDEA comunicada mediante Carta N° 051-17/CDLA, de fecha 26.07.2017, con un saldo a favor de S/. 2' 251,296.48 Soles.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde – o no – el pago de S/. 750,000.00 Soles por concepto de daños y perjuicios ocasionados por la ejecución de las cartas fianzas de fiel cumplimiento.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar a quién corresponde el pago de los costos y costas del presente expediente arbitral.

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO**

Respecto de la Reconvención:

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde ordenar – o no – el pago de S/. 1'444,221.76 por concepto de penalidad por mora y otras penalidades, de conformidad con el artículo 166º del Reglamento de la LCE.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde ordenar – o no – el pago de S/. 500,000.00 Soles por incumplimiento de contrato.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar a quién corresponde el pago de los costos y costas del presente expediente arbitral.

ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS:

De conformidad con lo establecido en el artículo 42º del Decreto Legislativo 1071 que norma el arbitraje y Punto 31º del Acta de Instalación, el Tribunal Arbitral procedió a admitir los siguientes medios probatorios.

Medios Probatorios ofrecidos por el Consorcio de la Amistad:

Respecto a la demanda, se admiten los medios probatorios documentales ofrecidos en el escrito presentado el 08.02.2018, los que van del punto a). al punto v). del acápite “V. MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS”.

Medios Probatorios ofrecidos por la Municipalidad Distrital de El Agustino:

Respecto a la Contestación de Demanda y Reconvención, se admite el medio probatorio documental ofrecido mediante escrito de fecha 09.04.2018- precisado mediante escrito de fecha 09.04.2018, que se consigna como “Copia de Acta de Constatación Notarial”; además, por adquisición ofrece los medios probatorios ofrecidos en el escrito de demanda.

VIII. DESESTIMIEMTO DE LA RECONVENCIÓN.

Mediante Resolución Nº 12 de fecha 23 de julio de 2018, el Tribunal Arbitral dispuso tener por **DESISTIDA** la Reconvención planteada mediante escrito de fecha 09.03.2018 por parte de la Municipalidad de El Agustino, por lo que las pretensiones planteadas por la Entidad dejaron de formar parte de la materia controvertida.

La referida resolución no fue impugnada quedando consentida y válida en todos sus extremos.

IX. ILUSTRACIÓN DE HECHOS, ALEGACIONES FINALES Y PLAZO PARA LAUDAR

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO**

La Audiencia de Ilustración de Hechos se llevó a cabo el 05.10.2018 de conformidad con la citación mediante Resolución N° 13.

Con Resolución N° 14, de fecha 11.12.2018, el Tribunal Arbitral otorgó a las partes un plazo de cinco días hábiles para que presenten sus alegaciones y conclusiones finales por escrito.

Mediante escrito de fecha 21.12.2018, **EL CONTRATISTA** presentó sus alegatos finales.

La Audiencia de Informe Oral se llevó a cabo el 15.02.2019 de conformidad con la citación mediante Resolución N° 15.

Mediante Resolución N° 16 se fija el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles.

Mediante Resolución N° 17 se amplió el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles.

X. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

Y, CONSIDERANDO:

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

PRIMERO.- Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde hacer las siguientes afirmaciones: (i) Que el Tribunal Arbitral ha sido designado conforme a ley; (ii) Que en ningún momento se recusó a algún miembro del Tribunal Arbitral, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; (iii) Que ambas partes tuvieron la oportunidad de ejercer plenamente su derecho de defensa; (iv) Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar ante el Tribunal Arbitral; (v) Que de conformidad con las reglas establecidas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, las partes han tenido oportunidad suficiente para plantear recurso de reconsideración contra cualquier resolución distinta al laudo emitida en el presente proceso arbitral, que se hubiere dictado con inobservancia o infracción de una regla contenida en el Acta de Instalación, una norma de la Ley, del Reglamento o del Decreto Legislativo N° 1071, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar conforme lo señala la misma Acta de Instalación; y, (vi) Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO

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

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

*“... la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que propuso o lo proporcionó”.*²

CUARTO.- El Tribunal Arbitral deja constancia que al emitir el presente laudo arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado, por lo que el Tribunal Arbitral deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Tribunal Arbitral tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

QUINTO. - Que adicionalmente debe precisarse que los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar el Tribunal Arbitral,

²TARAMONA H., José Rubén. Medios Probatorios en el Proceso Civil. Lima: Rodhas, 1994. p. 35.

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO**

pudiendo en consecuencia realizar un análisis individual o en conjunto de los mismos en aquellos casos en los que se encuentren íntimamente ligados.

ANALISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

DETERMINAR SI CORRESPONDE - O NO – DECLARAR LA VALIDEZ DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA N° 030-2014-MDEA COMUNICADA MEDIANTE CARTA N° 051-17/CDLA, DE FECHA 26.07.2017, CON UN SALDO A FAVOR DE S/. 2'251,296.48 SOLES.

1.- El Consorcio de la Amistad, en adelante el Consorcio o el Contratista, señala en su escrito de demanda que en cumplimiento de la normativa aplicable ha presentado ante la Entidad mediante carta N° 051-17/CDLA el 26 de julio de 2017 en 160 folios el expediente de liquidación de obra N° 030-2014-MDEA para la “INSTALACIÓN DE DEFENSA RIBEREÑA Y CONSTRUCCIÓN DE MALECÓN DE LA AMISTAD EN LA MARGEN IZQUIERDA DEL RÍO RÍMAC – DISTRITO DE EL AGUSTINO”.

2.- Señala que la Municipalidad Distrital de El Agustino, en adelante la Entidad, habiendo tomado conocimiento de la liquidación de obra presentada por el Consorcio, procedió a responder mediante carta N° 181-2017-GDU-MDEA manifestando su disconformidad sin mayor argumento y plantea una propuesta de liquidación de 3 hojas las cuales carecen de fundamento. Asimismo no contiene documentos que puedan dar sustento a su liquidación. Por ello manifiestan su desacuerdo con el monto propuesto por la Entidad.

3.- Finalmente manifiestan que habiendo un desacuerdo evidente entre la Entidad y el Consorcio con respecto a la liquidación final de obra en cuanto al monto final a aprobar, solicitan al Tribunal Arbitral que determine el monto final de la liquidación.

4.- Por su parte, la Entidad indica que no está de acuerdo con la liquidación practicada por el Consorcio de la Amistad, en tal sentido remitió la Carta N° 181-2017-GDU-MDEA, de fecha 22 de septiembre de 2017 en el cual declaran la improcedencia de la liquidación de obra por parte del contratista, toda vez que presenta errores técnicos y legales de forma, que no existe saldo a favor del Consorcio de la Amistad, sino por el contrario existe un saldo diferente de su pre liquidación.

5.- Señalan que la obra fue motivo de un proceso por la modalidad de concurso - oferta en la que el postor elabora el expediente técnico y luego ejecuta la obra, al respecto el Contratista en su liquidación final no efectúa la liquidación del servicio de

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO**

elaboración del expediente técnico, no obstante que la Entidad en la liquidación practicada ha determinado que el servicio de elaboración del expediente técnico no reúne las condiciones establecidas en las bases del proceso y que forman parte de su contrato porque no cuenta con autorización de la Autoridad Nacional del Agua (ANA) quien se pronunció señalando que no es procedente autorizar dicho expediente técnico por no contar con instalaciones definitivas.

6.- Asimismo manifiestan que la aprobación de dicho expediente técnico es nulo por lo señalado en el artículo 6° del código civil, ya que no cuenta con las firmas de los especialistas en ingeniería eléctrica Ing. Julio Cesar Torres Montoya, Ing. Mecánico electricista e ingeniería sanitaria, Ing. Denis Florencio Quinto Patiño especialista en diseño de redes de agua y desagüe, entre otros aspectos de carácter técnico. Indican que por esta razón no se debió pagar el servicio de elaboración del expediente técnico y por ende el desarrollo de la obra tratándose de un concurso oferta, el contratista no ha considerado en su liquidación la determinación de la validez de la elaboración del servicio de elaboración del expediente técnico. Indican que por esta razón ha sido considerada como un saldo negativo por su mala ejecución.

7.- Manifiestan también que el expediente técnico no ha tomado en cuenta el diseño hidráulico, la ciclicidad de grandes avenidas para un periodo de retorno de 150 años, el cual se exige en diseños de este tipo de proyectos luego de lo acontecido en el norte del país cuando ocurrió el fenómeno del niño.

8.- En relación a la liquidación de obra para la determinación de los metrados determinados por el contratista como ejecutados, indica que no adjunta la planilla de metrados que sustente el resumen de metrados que aparece en su liquidación siendo ello imprescindible según Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, para establecer la veracidad de las partidas ejecutadas. Tampoco existen los planos de replanteo de las estructuras ejecutadas por el contratista.

9.- De otro lado, señala que para el pago de la eliminación del desmonte no adjunta las boletas de ingreso a un botadero oficial que sustente la no contaminación del medio ambiente, tal y como lo establecen las bases integradas del proceso de selección y que forman parte de su contrato tampoco adjunta la constatación notarial que justifique legalmente las partidas ejecutadas por el contratista, tratándose de una liquidación, el contratista no adjunta los certificados de control de calidad, de la calidad del concreto utilizado, no adjunta los pagos de impuestos y tributo a SUNAT, ESSALUD, ADP, FOAVI, CONAFOVICER, SENCICO de las valorizaciones tramitadas.

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO**

10.-Igualmente señala la Entidad que con posterioridad de la resolución del contrato invocado por el contratista el mismo reinicio las labores de ejecución de obra durante los meses de junio 2015, julio 2015 y agosto 2015, fuera del plazo legal de ejecución de obra siendo que estos avances han sido considerados por la entidad en su liquidación, independientemente de lo ejecutado en noviembre del 2014, no ajustándose a los hechos de la ejecución de obra como han quedado acreditados en el cuaderno en obra que se encuentra en poder de la entidad.

11.- Finalmente indica la Entidad que no se puede a solo pedido del contratista autorizar se les conceda el pago por la suma de S/ 2'251.296.48 soles que solicitan en su liquidación máxime si no ha tomado en cuenta en su liquidación el servicio de elaboración del expediente técnico el cual adolece de deficiencias de carácter técnico y no cuenta con los informes de los profesionales comprometidos durante la ejecución de obra ni en la liquidación de las valorizaciones.

12.- Establecidos los argumentos de las partes corresponde evaluar la pretensión, teniendo en consideración las pruebas que han aportado, las mismas que obran en el expediente arbitral, así como la normatividad sobre la materia. En tal consideración, el Tribunal Arbitral pasará a efectuar el análisis legal correspondiente.

13.- Con fecha 30 de junio de 2014, la Municipalidad de El Agustino y el Consorcio de la Amistad suscribieron el Contrato de Obra N° 030-2014-MDEA para la “Instalación Ribereña y Construcción del Malecón de la Amistad en la Margen Izquierda del Río Rímac, Distrito de El Agustino” cuyo monto contractual ascendió a la suma de S/. 7'180, 785 incluido IGV.

14.- Mediante Carta N° 017-15/CDLA de fecha 20 de marzo de 2015, el Consorcio resolvió el Contrato de Obra N° 030-2014-MDEA. La referida resolución de contrato fue materia de controversia entre las partes contractuales, siendo sometida a arbitraje. Es así, que mediante Laudo Arbitral de fecha 23 de marzo de 2017, el mismo que obra en autos, se declaró legalmente válida la resolución de contrato efectuada por el Contratista por causas imputables a la Entidad, determinándose que la misma había quedado consentida.

15.- Asimismo, según consta en el mencionado Laudo, se declaró improcedente la pretensión del Consorcio de la Amistad de declarar el consentimiento de la Liquidación del Contrato presentado por el Contratista con fecha 14 de octubre de 2015, entre otras razones por existir controversias pendientes de resolver. Siendo así, una vez finalizado el referido proceso arbitral y transcurrido el plazo de impugnación de Laudo,

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO**

al quedar éste consentido, se activó el derecho del Contratista de iniciar válidamente un nuevo procedimiento de liquidación del contrato.

16.- En efecto, habiéndose resuelto las controversias pendientes, el Consorcio mediante Carta N° 051-17/CDLA de fecha 26 de julio de 2017, presenta nuevamente a la Entidad la correspondiente Liquidación de Contrato, la misma que es declarada "improcedente" por la Entidad mediante Carta N° 181-2017-GDU-MDEA de fecha 21 de setiembre de 2017, señalando además que la liquidación presentada por el Consorcio difiere en el resultado respecto a la pre liquidación efectuada por la Entidad, la misma que forma parte de la citada misiva.

17.- Conviene indicar que la normatividad en contrataciones del Estado no contempla supuesto alguno mediante el cual se pueda calificar de "improcedente" la liquidación de obra presentada por un contratista, conforme lo ha hecho en el presente caso la Entidad en su Carta N° 181-2017-GDU-MDEA de fecha 21 de setiembre de 2017. En efecto, de conformidad con el primer párrafo del artículo 211 del Reglamento, dentro del plazo máximo de sesenta (60) días de recibida la liquidación elaborada por el contratista, la Entidad solo puede observarla o elaborar otra, sin estar habilitada a calificarla expresamente como "improcedente". No obstante, a criterio del Tribunal Arbitral, esta calificación efectuada erróneamente por la Entidad no invalida legalmente el documento que contiene sus observaciones y su pre liquidación.

18.- Con fecha 04 de octubre de 2017, el Consorcio de la Amistad mediante Carta Notarial N° 052-2017/CLDA, rechaza en todos sus extremos la pre liquidación efectuada por la Entidad y mediante Carta Notarial N° 053-2017/CLDA de fecha 25 de octubre de 2017 emplaza en arbitraje a la Municipalidad de El Agustino.

19.- Habiéndose producido la discrepancia respecto a la Liquidación del Contrato y sometida ésta a arbitraje, corresponde que el Tribunal Arbitral evalúe previamente si la Liquidación del Contrato efectuada por el Consorcio y las observaciones formuladas por la Entidad a través de su pre liquidación, cumplieron con el procedimiento y presupuestos regulados en el artículo 211º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que norma la Liquidación del Contrato de Obra.

20.- El artículo 211º del RLCE establece textualmente lo siguiente:

"Artículo 211.- Liquidación del Contrato de Obra:

El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra, el que

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO**

resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo máximo de sesenta (60) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

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

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

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

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

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

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

No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver.”

21.- Conforme apreciamos de la secuencia procedural de presentación de los documentos efectuados por las partes – presentación de la Liquidación del Contrato por parte del Consorcio (26.07.17), Observación de la liquidación formulada por la Entidad (21.09.17), rechazo del Consorcio a la posición de la Entidad (04.10.17) y emplazamiento a arbitraje (25.10.17) -, tanto el Consorcio como la Entidad se han ceñido a los plazos establecidos por el artículo 211º del RLCE, por lo que no existiendo observación a la formalidad legal de dicho procedimiento, corresponde que el Tribunal Arbitral pase a evaluar la controversia respecto a la validez legal – o no – de la liquidación del Contrato efectuada por el Contratista.

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO**

22.- Resulta importante señalar que la liquidación final del contrato de obra consiste en un proceso de cálculo técnico, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene por finalidad determinar, principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico que puede ser a favor o en contra del contratista o de la Entidad³.

23.- En ese sentido, el acto de liquidación tiene como propósito que se efectúe un ajuste formal y final de cuentas, que establecerá, teniendo en consideración intereses, actualizaciones y gastos generales – de ser el caso-, el quantum final de las prestaciones dinerarias a que haya lugar, a cargo de las partes del contrato. Transcurrida la etapa de liquidación, las relaciones jurídicas creadas por el contrato se extinguen. Esto sucede porque el contrato ha alcanzado su finalidad, cual es satisfacer los intereses de cada una de las partes. Es por ello que el procedimiento de liquidación de obra presupone que cada una de las prestaciones haya sido debidamente verificada por cada una de las partes, de manera que los sujetos contractuales hayan expresado de forma inequívoca su satisfacción o insatisfacción con la ejecución del contrato. Siendo que justamente al producirse discrepancias en la liquidación de un contrato, se prevé el sometimiento de las controversias a un medio de solución de controversias, como ha sucedido en el presente caso.

24.- Vemos entonces que la liquidación del 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 puede incorporarse otros conceptos autorizados por la normativa de contrataciones del Estado como las penalidades aplicables al contratista, los adelantos otorgados y 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.

25.- Cabe precisar que, si bien el artículo 213 del Reglamento señala que "*Con la liquidación, el contratista entregará a la Entidad los planos post construcción y la minuta de declaratoria de fábrica o la memoria descriptiva valorizada, según sea el caso, (...)*", dichos documentos no forman parte de la liquidación de obra, puesto que constituyen documentos adicionales que debe presentar el contratista como condición para el pago del monto de la liquidación – cuando ésta tiene un saldo a su favor -.

³ SALINAS SEMINARIO, Miguel. *Costos, Presupuestos, Valorizaciones y Liquidaciones de Obra*. Instituto de la Construcción y Gerencia (ICG), 2^a edición -2003. Pág. 44.

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO**

26.- Ahora bien, resulta relevante señalar que, en el presente caso, nos encontramos ante la Liquidación de un Contrato que ha sido resuelto por el Contratista ante el incumplimiento contractual de la Entidad, tal como lo ha determinado el Laudo Arbitral de fecha 23 de marzo de 2017, al que ya nos hemos referido anteriormente.

27.- Al respecto, debemos indicar que, si bien la liquidación de un contrato de obra se realiza, en circunstancias normales de ejecución contractual, cuando haya finalizado la ejecución de la obra y esta haya sido recibida por la Entidad⁴, resulta también necesario liquidar un contrato de obra cuando éste ha sido resuelto, tal y como se aprecia de los párrafos segundo y tercero del artículo 209 del Reglamento⁵. En tal sentido, para establecer los efectos de la resolución de un contrato de obra, en la liquidación que se realiza con posterioridad a la misma, es necesario tener en consideración el primer párrafo del artículo 209 del Reglamento, el mismo que indica que "*La resolución del contrato de obra determina la inmediata paralización de la misma, salvo los casos en que, estrictamente por razones de seguridad o disposiciones reglamentarias de construcción, no sea posible.*"

28.- Vemos entonces que la resolución de un contrato de obra implica la inmediata paralización de los trabajos en la obra en virtud a la extinción de la relación contractual. Sin embargo, esto no exime a la Entidad de cumplir con su obligación de pagar todos los trabajos efectivamente ejecutados hasta ese momento en la respectiva liquidación, esto en aplicación del Principio de Equidad⁶. Para efectos de valorizar dichos trabajos es indispensable emplear la información contenida en el acta de constatación física e inventario en el lugar de la obra, pues es el documento que contiene la descripción de la cantidad de metrados ejecutados por partidas, las partidas pendientes de ejecución o ejecutadas erróneamente, así como el detalle de materiales que se tienen en los almacenes de la obra, de ser el caso⁷.

⁴ De conformidad con lo indicado en el primer párrafo del artículo 211 del Reglamento.

⁵ "Artículo 209º.- Resolución del Contrato de Obras
(...)

La parte que resuelve deberá indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días. (...). Culminado este acto, la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad y se procede a la liquidación, conforme a lo establecido en el Artículo 21º." (El resaltado es agregado).

⁶ El literal I) del artículo 4 de la Ley establece que, en virtud al Principio de Equidad, "*Las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general.*"

⁷ De conformidad con lo indicado en la Opinión N° 116-2012/DTN.

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO**

29.- En efecto, el segundo párrafo del citado artículo 209 del Reglamento dispone que la parte que resolvía el contrato debía indicar en su carta de resolución, la fecha y la hora en la que se efectuaría la constatación física y el inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días. En dicha diligencia, las partes y el supervisor o inspector, según fuera el caso, se reunían en presencia de notario o juez de paz, y levantaban un acta donde se detallaban los avances de la obra realmente ejecutados, y procedían a realizar el inventario de materiales, insumos, equipamientos o mobiliarios respectivos en el almacén de obra; precisando que si alguna de las partes no se presentaba, la otra llevaba a cabo la diligencia y levantaba el acta, la cual tenía pleno efecto legal.

De esta manera, el acta de constatación física e inventario en el lugar de la obra constituye un documento que acompaña a todo contrato de obra y que contiene la descripción detallada de la cantidad de metrados ejecutados por partidas, las partidas pendientes de ejecución o ejecutadas erróneamente, así como el detalle de materiales almacenados, de ser el caso, los cuales debían tener como fin su posterior utilización durante la ejecución del saldo de obra.

30.- Habiendo establecido las premisas conceptuales aplicables al caso, podemos iniciar la evaluación de las liquidaciones formuladas por las partes, sin embargo debemos previamente analizar lo señalado por la Entidad en su escrito de contestación de demanda en cuanto refiere que la liquidación practicada por el Contratista no ha incluido el concepto de “Elaboración del Expediente Técnico”, indicando además que dicho servicio no reúne las condiciones establecidas en las bases del proceso y que forman parte de su contrato, porque no cuenta con autorización de la Autoridad Nacional del Agua (ANA) quien se habría pronunciado señalando que no es procedente autorizar dicho expediente técnico por no contar con instalaciones definitivas. Asimismo manifiestan que la aprobación de dicho expediente técnico es “nulo” por lo señalado en el artículo 6° del Código Civil, ya que no cuenta con las firmas de los especialistas en ingeniería eléctrica e ingeniería sanitaria, entre otros aspectos de carácter técnico. Indican que por esta razón no se debió pagar el servicio de elaboración del expediente técnico.

Al respecto, el Tribunal Arbitral considera que se debe tener en cuenta que no es materia controvertida en el presente arbitraje determinar si el Expediente Técnico de la Obra reúne las condiciones establecidas en las Bases que regularon el proceso de selección, menos aún establecer si dicho expediente técnico es “nulo”, como argumenta la Entidad. Siendo así, carece de objeto evaluar dichos extremos y emitir un pronunciamiento al respecto. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la Entidad aprobó en su oportunidad el Expediente Técnico elaborado por el Consorcio y le

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO**

canceló la suma de S/.80,000.00 que es el monto de contraprestación pactado en el Contrato.

En tales consideraciones la no inclusión de este concepto dentro de la Liquidación Final presentada por el Contratista, no es causal de impedimento para que el Tribunal Arbitral pueda evaluar la misma, máxime si tampoco fue incluida dentro de la Liquidación practicada por la Entidad.

31.- Ahora bien, si nos remitimos a las liquidaciones obrantes en autos que han sido presentadas tanto por el Consorcio como por la Entidad, determinamos, en primer lugar, que el Consorcio demanda que se le cancele como saldo a su favor la suma total de S/. 1'907,878.37 sin IGV (2'251,296.48 incluido IGV), la misma que está disgregada en los siguientes conceptos cuyos montos no incluyen IGV:

- Reajuste del Contrato Principal: S/. 78,592.81
- Reintegro por Factor F: S/. 276.76
- Reintegro por Factor V: S/. 210.67
- Gastos Generales: S/. 14,665.44
- Lucro Cesante: S/. 138,999.23
- Intereses de Valorizaciones: S/. 56,263.85
- Saldo de Metrados Ejecutados: S/. 873,509.02 (Valorización N° 02)
- Garantías de Fiel Cumplimiento: S/. 720,000.00
- Intereses por ejecución de garantías: S/. 24,179.89
- Costos Notariales por resolución de contrato: S/. 1,180.00

32.- Por su parte la Entidad consigna en su Liquidación que ha pagado a la Contratista la suma de S/. 469,759.65 (S/. 554,316.39 incluido IGV), monto que corresponde a la Valorización N° 01, el referido pago también es reconocido por el Contratista como cobrado a satisfacción, según se desprende de la documentación que obra en el expediente arbitral. Asimismo, la Entidad reconoce un saldo pendiente de pago a favor del Consorcio ascendente a S/. 470,904.79 incluido IGV, monto que incluye dos conceptos: Saldo de metrados ejecutados por un monto de S/. 430,581.04 más Reajustes del Contrato por la suma de S/. 40,323.75.

Asimismo, en su Liquidación consigna los siguientes conceptos:

- Multas a imponer: S/. 724,221.75.
- Otros Costos pendientes de cobro: S/. 7,400.00.
- Garantía de Fiel Cumplimiento retenida y ejecutada: S/. 720,000.00.

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO**

Cabe resaltar que la Entidad no ha sustentado en forma documentada la Liquidación presentada, lo que debe tenerse presente, ya que conforme hemos referido, la normatividad en materia de contrataciones del Estado exige que quien elabore una Liquidación de Contrato lo haga debidamente sustentado y documentado, lo que no sucede en el presente caso con la liquidación de la Entidad.

En ese contexto, no se pueden tener en cuenta los conceptos de Multas a imponer y Otros Costos pendientes de cobro, en razón a que el Tribunal Arbitral carece de elementos probatorios para considerarlos como válidos. Respecto a los conceptos Saldo de metrados ejecutados y Reajuste del Contrato, estos serán materia de análisis al momento de evaluar la Liquidación presentada por el Contratista, ya que en ésta se han incluido también estos conceptos.

Finalmente, debemos resaltar que no es materia de contradicción la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento, por cuanto la Entidad reconoce haber ejecutado las cartas fianzas, aspecto que el Tribunal Arbitral evaluará más adelante.

33.- Corresponde a continuación evaluar los conceptos incluidos en la Liquidación del Contratista y que éste considera pendientes de pago por parte de la Entidad, los mismos que ascienden a un total de S/.1'907,878.37 sin IGV, debiendo precisar que este Tribunal evaluará los referidos conceptos en el orden que considere adecuados para una mejor explicación de su criterio, pudiendo ser en forma individual o conjunta, según estime pertinente.

34.- En primer lugar corresponde abordar el concepto de Saldo de Metrados Ejecutados (Valorización 02) ascendente a la suma de S/. 873,509.02 sin IGV. Al respecto debemos señalar que las valorizaciones son la cuantificación económica de un avance físico en la ejecución de la obra en un periodo determinado, tienen el carácter de pagos a cuenta y serán elaboradas el último día de cada período previsto en las Bases o en el contrato, debiendo ser aprobadas tanto por el contratista como por el supervisor. En caso de discrepancias en las valorizaciones, estas deberán ser determinadas y solucionadas en la liquidación del contrato, tal como lo establece el artículo 199º del reglamento de la LCE, de no ser así podrán ser sometidas a mecanismos de solución de controversias, de acuerdo a la normatividad en contrataciones del Estado.

Vemos entonces que toda liquidación de contrato de obra debe comprender las valorizaciones realizadas y como sucede en el presente caso, la liquidación también debe contemplar los metrados ejecutados y valorizados que pudieron haber quedado pendientes de aprobación por parte de la Entidad, como podría ser el caso de la

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO**

valorización 02 ascendente a S/. 873,509.02 sin IGV efectuada por el Contratista para efectos de la liquidación del contrato, la misma que no habría sido materia de aprobación en razón de haberse resuelto el contrato de obra.

Resulta importante señalar que el primer y antepenúltimo párrafo del artículo 197 del Reglamento, establece que corresponde al contratista y al supervisor o inspector, de forma conjunta, formular y valorizar los metrados de obra ejecutados. Es así que, a efectos de realizar una valorización, el supervisor o inspector y el residente, se constituyen en la obra y personalmente determinan los avances por cada partida.

En el presente caso, el Contratista consigna en su liquidación un saldo de metrados ejecutados que no han sido pagados por la Entidad, siendo que los mismos no son reconocidos por ésta en su totalidad. En efecto, se encuentra consignado en la liquidación formulada por el Contratista el concepto de Saldo de Metrados Ejecutados ascendentes a la suma de S/. 873,509.02, también consignada en algunos documentos como Valorización 02. Si bien este monto ha sido presentado en cuadros de estimación numérica, debidamente calculados y detallados, resulta ser una declaración de parte en tanto no presenta ningún documento que acredite su aprobación por parte de la supervisión del contrato, conforme lo exige el artículo 197º del Reglamento al que hemos hecho referencia.

Si bien podemos colegir que la aprobación de la supervisión no ha sido posible por negativa de ésta, el Contratista debió presentar la correspondiente Acta de Constatación física efectuada en el lugar de la obra, para efectos de acreditar y valorizar dichos trabajos o metrados ejecutados, pues es el documento que contiene la descripción de la cantidad de metrados ejecutados por partidas y las partidas pendientes de ejecución. Conforme hemos referido anteriormente, en casos de resolución de contratos, como es el que nos ocupa, el segundo párrafo del citado artículo 209 del Reglamento dispone que la parte que resolvía el contrato debía indicar en su carta de resolución, la fecha y la hora en la que se efectuaría la constatación física y el inventario en el lugar de la obra.

Nos encontramos entonces, ante la inexistencia de prueba en el expediente que acredite fehacientemente el monto total reclamado por el Contratista por concepto de Saldo de Metrados Ejecutados, por lo que el Tribunal no puede asumir que es el monto efectivamente ejecutado.

Sin embargo, resulta relevante indicar que la Entidad en su liquidación sí reconoce un saldo por ejecución de metrados a favor del Contratista, reconociendo un pago pendiente ascendente a la suma de S/. 430,581.04 incluido IGV. Al respecto, el artículo

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO

199º del Reglamento señala lo siguiente: "Si surgieran discrepancias respecto de la formulación, aprobación o valorización de los metrados entre el contratista y el inspector o supervisor o la Entidad, según sea el caso, se resolverán en la liquidación del contrato, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida". Es así que en el presente caso, resulta posible aplicar la referida norma pues nos encontramos ante un monto no controvertido ascendente a la suma de S/. 430,581.04 incluido IGV por concepto de saldo de metrados ejecutados, monto que el Tribunal Arbitral no puede dejar de reconocer. Consecuentemente, resulta amparable dar por válida la parte no controvertida ascendente a la suma de S/. 430,581.04 incluido IGV (S/. 364,899.19 sin IGV).

35.- El segundo punto a evaluar de la liquidación presentada por el Contratista es el correspondiente al concepto de Reajuste de Contrato por la suma de S/. 78,592.81. Al respecto, conviene remitirnos al primer párrafo del numeral 2) del artículo 49 del Reglamento, el mismo que señala que, "*En el caso de contratos de obras pactados en moneda nacional, las Bases establecerán las fórmulas de reajuste. Las valorizaciones que se efectúen a precios originales del contrato y sus ampliaciones 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 debe ser pagada la valorización.*"

36.- Además de la obligación de la Entidad de incluir en las Bases las fórmulas de reajuste en los contratos de obra cuyo pago deba realizarse en moneda nacional, corresponde que las valorizaciones realizadas deban ser ajustadas multiplicándolas por el coeficiente "K" que se obtiene de aplicar la fórmula o fórmulas polinómicas, los Índices Unificados de Precios de la Construcción publicados por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), correspondientes al mes en que debía ser pagada la valorización.

Ahora bien, conviene precisar que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 198º del Reglamento, "*En el caso de obras, dado que los Índices Unificados de Precios de la Construcción son publicados por el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI con un mes de atraso, los reajustes se calcularán en base al coeficiente de reajuste "K" conocido a ese momento. Posteriormente, cuando se conozcan los Índices Unificados de Precios que se deben aplicar, se calculará el monto definitivo de los reajustes que le corresponden y se pagarán con la valorización más cercana posterior o en la liquidación final sin reconocimiento de intereses.*"

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, en vista de que los Índices Unificados

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO**

de Precios de la Construcción se publicaban con un mes de atraso y que estos eran necesarios para calcular el coeficiente de reajuste "K", los índices Unificados que se aplicaban son aquellos vigentes al momento de efectuarse la respectiva valorización, no obstante, una vez que se conocían los Índices Unificados de Precios de la Construcción que se debían aplicar, se calculaba el monto definitivo del reajuste para cada valorización, debiendo efectuarse el pago correspondiente con la valorización posterior más cercana o, en su defecto, en la liquidación final de obra, lo que debe tenerse presente en el caso que nos ocupa.

Vemos entonces que el reajuste de las valorizaciones tiene por objeto actualizar el valor de los elementos que intervinieron en un avance físico en la ejecución de la obra durante un periodo determinado, esto en razón a que el valor original de dichos elementos varía en el tiempo, desde que se contrajo la obligación. Este aspecto tiene evidentemente relación con la necesidad de mantener el equilibrio económico del contrato de obra.⁸

Estando a la validez legal del concepto Reajuste de Contrato incluido en la liquidación elaborada por el Contratista y remitiéndonos a los montos detallados que ha presentado, se establece que el cálculo de reajuste que solicita le sea reconocido es el siguiente: Valorización 01 por el monto de S/. 18,320.63 sin IGV y por la Valorización 02 el monto de S/. 60,272.18. Siendo así, determinamos, en primer lugar, que la aplicación del coeficiente "k" de acuerdo a la fórmula polinómica es correcto para ambos cálculos. En segundo lugar, que no existe controversia respecto al reajuste correspondiente a la Valorización 01 pues ambas partes han expresado que dicha valorización - ascendente a la suma de S/. 469,759.65 sin IGV- fue cancelada por la Entidad al Contratista. Sin embargo, no sucede lo mismo respecto al reajuste de la Valorización 02 en razón a que el monto de la referida valorización ascendente a la suma de S/. 873,509.02 sin IGV no ha sido amparada en su totalidad por este Tribunal Arbitral.

Consecuentemente sólo se puede amparar el reajuste correspondiente a la suma valorizada de S/. 364,899.19 sin IGV (S/. 430,581.04 con IGV) que ha sido reconocida

⁸ Conforme a lo expuesto en el numeral 2.1 de la Opinión N° 58-2016/DTN, "(...) la normativa de Contrataciones del Estado ha contemplado la posibilidad de efectuar el reajuste de precios a efectos de actualizar el valor de las prestaciones a cargo del contratista; ello con el propósito de restablecer el equilibrio económico financiero de la contratación cuando resulte necesario.".

Artículo 34. Modificaciones al contrato.

34.1 "(...) Dichas modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad".

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO**

por este Tribunal Arbitral. En tal consideración, efectuado el cálculo correspondiente, se determina que corresponde reconocer por reajuste de la Valorización 02 la suma de S/. 32,830.96.

Es importante precisar que la Entidad en su Liquidación reconoce adeudar la suma total de S/. 40,323.75 por concepto de reajuste de contrato, sin embargo no ha sustentado el cálculo efectuado por lo que este monto no puede ser considerado.

Estando a lo expuesto, el monto total por Reajuste de Contrato que debe reconocerse asciende a la suma de S/. 51,151.59 sin IGV.

37.- El tercer punto a evaluar son los conceptos Reintegro por Factor F ascendente a S/. 276.76 y Reintegro por Factor V por el monto de S/. 210.67. Al respecto la liquidación efectuada por el Contratista incluye los reajustes referidos a variaciones del factor "F" creado mediante Resolución N° 033-90-VC-9200 para el cálculo de la compensación por tiempo de servicios de los trabajadores de construcción civil y el factor "V" creado mediante Resolución N° 022-94 INEI para el cálculo de la compensación vacacional de los trabajadores de construcción civil, siendo que las mismas además se ajustan a lo dispuesto por la Resolución N° 344-2015-INEI y Resolución N° 345-2015-INEI respectivamente, por lo que corresponde otorgar la validez legal a estos dos conceptos.

38.- Respecto a los Gastos Generales por la suma de S/. 14,665.44, debemos señalar que los mismos, según el anexo correspondiente de la liquidación, están referidos a la renovación de Cartas Fianzas que respaldan el fiel cumplimiento de sus obligaciones.

Al respecto, la normativa de contrataciones del Estado establece como requisito para la celebración de un contrato⁹, que el postor ganador de la Buena Pro constituya y entregue a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento, por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original, con la finalidad de cautelar el correcto y oportuno cumplimiento de sus obligaciones durante la ejecución contractual.

El artículo 158 del Reglamento precisa que la garantía de fiel cumplimiento "(...) deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original y tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la

⁹ Salvo las excepciones establecidas en el artículo 161 del Reglamento.

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO**

liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras." De acuerdo con la disposición citada, en el caso de los contratos de ejecución de obra, la garantía de fiel cumplimiento debe mantenerse vigente hasta el consentimiento de la liquidación final.

En el caso de autos, la Entidad ejecutó las cartas fianzas, y en tal sentido, el Contratista no tuvo que incurrir en mayores gastos de renovación por un periodo mayor de vigencia, más allá de lo inicialmente previsible, en cuya consideración no resulta procedente amparar como gasto general el concepto de "daño emergente por renovación de cartas fianzas".

39.- La liquidación del Contratista incluye el concepto de Lucro Cesante por un monto de S/. 138,999.23. Al respecto, conforme hemos señalado en forma precedente, la liquidación del contrato de obra solo puede incluir conceptos que forman parte del costo de la obra y otros que han sido autorizados expresamente por la normativa de contrataciones del Estado. Es así que en el presente caso, está acreditado que el Contrato fue resuelto por causa imputable a la Entidad, tal como lo ha establecido el Laudo Arbitral de fecha 23 de junio de 2017, el mismo que corre en autos, por lo que resulta aplicable lo establecido en el segundo párrafo del artículo 44° de la Ley de Contrataciones del Estado, que señala lo siguiente: "*Cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados.*"

En el caso específico de contrato de obra, el cuarto párrafo del artículo 209° del Reglamento precisaba que "*En caso que la resolución sea por incumplimiento del contratista, en la liquidación se consignarán las penalidades que correspondan, (...).*" Asimismo, en los casos en que la resolución del contrato sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, en atención a lo indicado en el quinto párrafo del artículo 209° del Reglamento. En este caso, la Entidad debía reconocer dicho porcentaje de la utilidad en atención al daño por lucro cesante ocasionado al contratista.

De esta manera, en atención a que la resolución de un contrato de obra por incumplimiento origina el derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, la normativa de contrataciones del Estado establece que en la liquidación de obra derivada de la resolución del contrato debe incluirse los conceptos resarcitorios señalados expresamente (penalidades o el cincuenta por ciento -50%- de la utilidad dejada de percibir, según corresponda). En el presente caso corresponde que se reconozca el 50% de la utilidad dejada de percibir por el contratista calculada sobre el saldo restante de la obra, es decir sobre la parte no ejecutada. Siendo así el

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO**

Tribunal Arbitral considera válido reconocer concepto de Lucro Cesante por un monto de S/. 138,999.23, cifra que ha sido correctamente calculada.

40.- En lo que respecta al concepto de Intereses por demora en el pago de Valorizaciones por un monto ascendente a S/. 56,263.85, debemos señalar que en el primer y penúltimo párrafo del artículo 197° del Reglamento, se establecen las disposiciones sobre los plazos para la formulación, aprobación y pago de las valorizaciones de obra, disposiciones que resultan aplicables independientemente del sistema de contratación bajo el cual se ejecuta la obra.

Así, el primer párrafo de artículo 197 establece que las valorizaciones son “*elaboradas el último día de cada período previsto en las Bases*”; por su parte, el penúltimo párrafo del referido artículo establece que “*El plazo máximo de aprobación por el inspector o el supervisor de las valorizaciones y su remisión a la Entidad para períodos mensuales es de cinco (5) días, contados a partir del primer día hábil del mes siguiente al de la valorización respectiva, y será cancelada por la Entidad en fecha no posterior al último día de tal mes. Cuando las valorizaciones se refieran a períodos distintos a los previstos en este párrafo, las Bases establecerán el tratamiento correspondiente de acuerdo con lo dispuesto en el presente artículo.*” Una vez formulada la valorización de un periodo mensual, el inspector o supervisor debe aprobarla y remitirla a la Entidad, dentro de los cinco (5) primeros días hábiles del siguiente periodo mensual, correspondiendo a la Entidad cancelar dicha valorización hasta el último día de este periodo mensual, pues, de lo contrario, se generaría la obligación de reconocer intereses legales al contratista, según lo dispuesto en el último párrafo¹⁰ del artículo 197° del Reglamento.

En el caso que nos ocupa, se encuentra acreditado la existencia de demora en el pago de la Valorización 01 por lo que la liquidación de intereses ascendente a la suma de S/. 4,201.84, resulta válidamente aplicada. En cuanto a los intereses que devenguen el pago de la segunda valorización ascendente a la suma de S/. 364,899.19 sin IGV correspondiente a ejecución de metrados que aún no han sido cancelados (aspecto desarrollado en el numeral 34), estos deberán calcularse en ejecución de laudo hasta la fecha efectiva de pago.

¹⁰ “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 legales, 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.”

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO**

41.- De otro lado, la liquidación formulada por el Contratista ha incluido la devolución del monto ejecutado y retenido por la Entidad correspondiente a las cartas fianzas que constituyeron la Garantía de Fiel Cumplimiento por la suma de S/. 720,000.00.

Respecto a este punto, debemos remitirnos a lo dispuesto en el Laudo Arbitral de fecha de fecha 23 de junio de 2017, el mismo que ha determinado que el Contrato fue resuelto válidamente por el Contratista por causas imputables a la Entidad. En tal consideración no existía un supuesto habilitante para que la Entidad ejecutara las Cartas Fianzas de Fiel cumplimiento, menos aún si éstas se encontraban vigentes, sin perjuicio de lo cual, se aprecia que el monto ejecutado está en poder de la Entidad, por lo que, ante una ejecución indebida de las cartas fianzas y habiéndose sometido al presente arbitraje la determinación de validez de los conceptos que conforman la liquidación final del Contrato, el Tribunal Arbitral considera legalmente válida la devolución de los importes ejecutados correspondientes a las cartas fianzas de garantía de fiel cumplimiento, cuanto más si se ha determinado que no existe saldo alguno a favor de la Entidad, no resultando aplicable lo establecido en el numeral 3. del artículo 164º del Reglamento.

42.- En lo que respecta al pago de Intereses por ejecución de garantías ascendente a S/. 24,179.89, se debe tener en cuenta que, a criterio de este Colegiado, corresponde el reconocimiento de intereses cuando: (i) La ejecución de la fianza no obedeció a causa imputable al Contratista sino debido a un actuar arbitrario de la Entidad; (ii) Producto de la liquidación, exista un saldo a favor del Contratista; (iii) El periodo desde el cual debe computarse el reconocimiento de intereses, debe iniciarse luego del vencimiento del plazo que debió tomar la liquidación del contrato conforme a los plazos que el Reglamento prevé para el Contratista y la Entidad.

Sobre la ejecución de las fianzas, ya el laudo emitido por otro Tribunal, ha determinado la arbitrariedad de la ejecución.

Si la Entidad, hubiera realizado una liquidación adecuada a Derecho, hubiera podido llegar al mismo resultado que la liquidación del presente laudo o a un resultado similar, es decir, reconociendo un saldo a favor del Contratista.

Sobre el cómputo del inicio de reconocimiento de intereses, tenemos la siguiente secuencia: El Consorcio presentó la liquidación el 26.07.17; luego, la Entidad observó la liquidación el 21.09.17 y, el rechazo del Consorcio a la posición de la Entidad fue el 04.10.17 y, como ha sido dicho, si la Entidad, hubiera realizado una liquidación adecuada a Derecho, entonces, habría concluido en este caso reconociendo un saldo a favor del Contratista igual o similar al que se está reconociendo en este laudo. Por

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO**

tanto, es a partir del 05.10.17, que empieza a computarse los Intereses por ejecución de garantías.

Sin embargo, el reclamo de intereses que el Contratista pretende, abarca el periodo del 10.12.15 hasta 27.07.17 (fecha en que presentó la liquidación), lo que no encaudra dentro del periodo que este Colegiado considera como inicio del cómputo de intereses, por lo que no corresponde incluir como parte de la liquidación, el pago de Intereses por ejecución de garantías ascendente a S/. 24,179.89.

43.- Finalmente, la liquidación incluye el reconocimiento de Costos Notariales por resolución de contrato por un monto de S/. 1,180.00, los mismos que han sido acreditados con la factura N° 133100 emitida por el Notario Aurelio Díaz Rodríguez con fecha 16 de abril de 2015.

De acuerdo a lo establecido en el sexto párrafo del artículo 209 del Reglamento, los gastos incurridos en la resolución del contrato, como son los gastos notariales, son de cargo de la parte que incurrió en la causal de resolución. En el presente caso está acreditado que la parte que incurrió en causal de resolución de contrato fue la Entidad, por lo que el reconocimiento del pago de gastos notariales a favor del Contratista resulta procedente.

44.- De acuerdo a lo establecido en los puntos precedentes este Tribunal Arbitral considera que debe reconocerse como validos los siguientes conceptos que conforman la Liquidación Final del Contrato de Obra N° 030-2014-MDEA para la “Instalación Ribereña y Construcción del Malecón de la Amistad en la Margen Izquierda del Río Rímac, Distrito de El Agustino”, cuyos montos consignados no incluyen IGV:

- Reajuste del Contrato Principal: S/. 51, 151.59
- Reintegro por Factor F: S/. 276.76
- Reintegro por Factor V: S/. 210.67

Lucro Cesante: S/. 138,999.23

Intereses de Valorizaciones:

Valorización 01: S/. 4,201.84

Valorización 02: Resta calcular los intereses respecto al saldo pendiente de pago ascendente a S/. 364,899.19 sin IGV correspondiente a ejecución de metrados que aún no han sido cancelados, los mismos que deberán calcularse en ejecución de laudo hasta la fecha efectiva de pago.

- Saldo de Metrados Ejecutados: S/. 364,899.19
- Garantías de Fiel Cumplimiento: S/. 720,000.00
- Costos Notariales por resolución de contrato: S/. 1,180.00

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO**

45.- Estando a lo expuesto, el Tribunal Arbitral considera que debe declararse Fundada en Parte la Primera Pretensión de la Demanda, habiéndose determinado los conceptos que deben ser declarados válidos de la Liquidación Final del Contrato conforme al detalle establecido en el numeral precedente, estableciéndose un saldo a favor del Contratista ascendente a la suma de S/. 1'280,919.28 más IGV, al que deberá adicionarse los intereses legales que se generen hasta la fecha efectiva de pago de la suma de S/. 364,899.19 correspondiente al saldo de metrados ejecutados (Valorización 02).

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

DETERMINAR SI CORRESPONDE – O NO – EL PAGO DE S/. 750,000.00 SOLES POR CONCEPTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS POR LA EJECUCIÓN DE LAS CARTAS FIANZAS DE FIEL CUMPLIMIENTO.

46.- Con respecto al pago de los daños y perjuicios reclamados por el Contratista en su demanda, éste señala que los mismos han sido ocasionados por la indebida ejecución de las cartas fianzas de fiel cumplimiento, indicando que en un proceso arbitral se ha determinado que efectivamente existió una indebida ejecución. Indica además que dicha ejecución ha ocasionado la enajenación de sus propiedades y una evidente desestabilización.

47.- Refiere el Contratista que conforme se puede corroborar en los anexos adjuntos a la demanda que como consecuencia de la indebida ejecución de las cartas fianzas por parte de la entidad el banco les ha enajenado una de sus propiedades, en vista de ello se configura el daño causado por la conducta única y exclusivamente atribuible a la entidad.

48.- Como consecuencia de los argumentos expuestos, el Contratista requiere el pago de S/ 750,000.00 el cual se sustenta en el hecho de que la propiedad entregada en dación de pago al BBVA de acuerdo a la liquidación del préstamo recibido por la ejecución de la Carta Fianza de S/ 360,000.00, siendo que el valor comercial real del terreno era de S/ 1'110,000.00, lo que le ocasionó un perjuicio. Sustenta su pedido con la Tasación del terreno, hipoteca realizada por BBVA, aviso de requerimiento de fianza de BBVA Carta MCG-GG-02-2017, Carta SMCG-GG-034-2017, y el Testimonio de Liquidación de préstamo realizada por el BBVA.

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO**

49.- El Contratista señala que la indebida ejecución de las cartas fianzas de fiel cumplimiento por parte de la entidad, les ha ocasionado una desestabilidad económica no prevista, por lo que consideran que la Entidad les pague el monto de S/ 276,580.00 ocasionado por el sobre endeudamiento de los socios de la Empresa Santa María Contratistas Generales S.R.L. conforme principal del Consorcio de la Amistad, en el que debe considerarse el listado de préstamos realizados por ellos en INTERBANK y BCP y que fueron utilizados en el refinanciamiento trimestral del préstamo recibido por la indebida ejecución de la Carta Fianza, este pedido se sustenta con el listado de préstamos personales del Anexo Nº 01 Listado de préstamos con tarjetas para cubrir renovaciones del préstamo principal del BBVA; y el detalle de gastos de refinanciación del préstamo cancelados al BBVA del Anexo 2.

50.- Asimismo señalan que por la conducta antijurídica por parte de la entidad al ejecutar la carta fianza requieren el pago de S/ 236,101.59 que corresponden a los intereses dejados de percibir por la indebida ejecución de las cartas fianzas ejecutadas y que corresponden a los fondos fijos que contra garantía fueron ejecutados, S/ 360,000.00 del Scotiabank y S/ 111.260.65 del BBVA, este pedido lo sustentan con el resumen general de cálculos de intereses no recibidos detallado en el Anexo Nº 03.

51.- Por su parte la Entidad indica que no existe responsabilidad extracontractual, toda vez que conforme al Art. 1960º inc. a) del Código Civil, actuó en el ejercicio de un derecho, por lo tanto refiere que esta exceptuada de responsabilidad. Asimismo, indica que conforme al Art. 36.1º de la Ley de contrataciones cualquiera de las partes puede resolver el contrato por incumplimiento de contrato, y la empresa Consorcio de la Amistad ha incumplido el contrato, por lo tanto considera que ha actuado en cumplimiento de un deber.

52.- Respecto al pedido del Contratista de reconocimiento de daños y perjuicios, el Tribunal Arbitral considera que la responsabilidad contractual es la que procede ante la infracción de un contrato válido o, es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Esta comprende dos partes: Una de ellas es la reparación del daño y la segunda es la indemnización por los perjuicios ocasionados. Así, el artículo 1321º del Código Civil señala lo siguiente:

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

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

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO**

53.- En el presente caso, nos encontramos ante un hecho objetivo ejecutado por la Entidad contraviniendo el ordenamiento legal en materia de contrataciones con el Estado, que es el haber ejecutado cartas fianzas sin tener habilitada la condición para hacerlo. En efecto, las cartas fianzas se encontraban vigentes y no se había declarado válidamente resuelto el contrato por causas imputables al Contratista. Esto ha sido debidamente determinado en el Laudo Arbitral de fecha 23 de marzo de 2017, el mismo que además ha establecido como válida la resolución de contrato efectuada por el Contratista por causas atribuibles a la Entidad. Sin embargo, como se verá más adelante, el monto reclamado como concepto de “daños y perjuicios” no está debidamente acreditado.

54.- En ese sentido, la responsabilidad civil contractual tiene como finalidad obtener la reparación económica de los daños efectivamente causados por un agente determinado ante el incumplimiento de un pacto preexistente y contenido en un contrato; siendo los elementos que la configuran: (i) la imputabilidad; (ii) la ilicitud o antijuricidad; iii) el factor de atribución; (iv) el nexo causal; y (v) el daño; los mismos que serán analizados para determinar si la Entidad ha causado algún daño que merece ser indemnizado.

55.- En relación a (i) “la imputabilidad”, ésta está referida a la capacidad de un determinado sujeto, persona natural o jurídica, de poder ser responsable o imputable del daño que ocasione; es decir, en este elemento se toma en cuenta la capacidad de la persona (jurídica en este caso) de poder responder ante el daño que se le imputa y por el que se pretende que responda. Señalado ello, el Tribunal Arbitral establece que no hay ninguna causal por la que, en el supuesto de haberse configurado un daño, el mismo no pueda imputársele a la Entidad; por lo que, el primer elemento configurativo de la Responsabilidad Civil se cumple.

56.- Respecto a (ii) “la ilicitud o antijuricidad”, LIZARDO TABOADA¹¹ señala lo siguiente:
“Modernamente existe acuerdo en que la antijuricidad, o mejor dicho, que una conducta es antijurídica no sólo cuando contraviene un norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico (...)"

Es decir, el comportamiento dañoso generador de responsabilidad civil constituye un hecho antijurídico, entendido este último concepto como la contravención del ordenamiento jurídico que lesiona sin causa justificada la esfera jurídica ajena

¹¹ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Editora Jurídica Grijley. 2^a Ed., p32.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO

(también denominado antijuricidad). Al respecto tenemos que, en el presente caso, el daño alegado por el Contratista deviene de una conducta antijurídica o acto dañoso, que consiste en la ejecución indebida de las Cartas Fianzas que constitúan la Garantía de Fiel Cumplimiento, hecho que en efecto ha sido determinado por el Laudo Arbitral de fecha 23 de junio de 2017, el mismo que establece que no existía causal para que la Entidad ejecute las fianzas, siendo que además la resolución del contrato ha sido realizada por el Contratista en forma válida por causal imputable a la Entidad. Siendo así, se configura este elemento de responsabilidad civil.

57.- En relación al punto (iii) “factor de atribución” – la culpa, dicho elemento nos va a indicar en función a qué es responsable la Entidad, para lo cual se debe determinar si nos encontramos ante un factor de atribución objetivo (Artículo 1970 C.C.) o subjetivo (Artículo 1969 C.C.). En la presente controversia, la Entidad ejecutó indebidamente las cartas fianzas que el Contratista mantenía vigentes referidas a la Garantía de Fiel Cumplimiento, configurándose por ende un actuar doloso, haciendo ello que este elemento configurativo de la responsabilidad civil también esté acreditado objetivamente.

58.- En cuanto al punto (iv) “nexo causal”, LIZARDO TABOADA CÓRDOVA¹² señala que:

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

Asimismo, el artículo 1321º del Código Civil señala:

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

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

En este caso en concreto y de lo desarrollado hasta este punto, siendo que el supuesto daño alegado se produjo como consecuencia de la ejecución indebida de las cartas

¹² TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Editora Jurídica Grijley. 2ª Ed., p35.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO

fianzas, se concluye que el actuar de la Entidad sería la causa directa de la producción del supuesto daño alegado, esto es, sería la causa inmediata y directa de la producción del mismo.

59.- Por último, en relación al punto (v) “daño”, la determinación del mismo tiene diversas acepciones. En efecto, GUILLERMO CABANELAS¹³ lo define como “*el detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda o persona. El daño puede causarse por dolo o malicia, por culpa o por caso fortuito*”.

En el mismo sentido, FERRI¹⁴ precisa aún más el concepto, al establecer que: “*(...) El daño no puede ser entendido como la lesión de un interés protegido, por cuanto ello resulta equívoco y substancialmente impreciso. El daño más bien incide en las consecuencias, aquellos efectos negativos que derivan de la lesión del interés protegido (...)*”.

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

Una definición clásica y objetiva de daño la encontramos en Larenz, quien lo define como “todo menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”. También de forma clásica, Scognamiglio considera que el daño es similar a la lesión de un interés o la alteración de un determinado bien que sirve para satisfacer dicho interés, o la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que por lo demás permanece inalterado. Por su parte Roca Trias enfoca su estudio a partir del derecho de daños, y lo define como “un perjuicio que puede derivar del incumplimiento del contrato, o de la lesión causada a través de acciones u omisiones que tengan como base una intención de dañar”.

Una principal característica del daño es que este sea cierto, refiriéndose principalmente a la existencia del mismo al momento de la reclamación y a la cuantía reclamada. Este es un tema principalmente probatorio, y quien lo alega debe probar su existencia.

¹³ CABANELAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. 1^a Ed. Editora Atalaya, p. 152

¹⁴ FERRI, G.B. Citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *El Tratamiento de los Derechos de la Persona en el Código Civil Peruano de 1984*. 2^a Ed., p. 273.

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO**

60.- Sobre el particular, Arteaga Zegarra precisa que “(...) en el caso del contratista, se aplican las reglas del derecho común: los daños y perjuicios deben haberse producido efectivamente y, por ello, deben ser probados y cuantificados por quien alega haberlos sufrido; además, debe existir un nexo causal entre el incumplimiento o cumplimiento inexacto de las obligaciones a cargo de la Entidad y el daño efectiva y directamente irrogado por aquél.”¹⁵

Pues bien, conforme se ha indicado al inicio del análisis del presente punto controvertido, siendo que estamos bajo la figura del reconocimiento de daños y perjuicios es necesario que el Contratista sea quien pruebe debidamente los mismos, siendo de su exclusiva responsabilidad la carga de la prueba.

61.- Ahora bien, resulta importante reiterar que si bien en el presente caso se ha determinado que la ejecución de las cartas fianzas de garantía de fiel cumplimiento fueron indebidamente ejecutadas por la Entidad, esto no exime que la parte que los solicita deba probar fehacientemente que el monto reclamado como concepto de “daños y perjuicios” esté debidamente acreditado, de modo tal que el juzgador pueda tener la convicción de que la suma a otorgar esté ajustada a derecho. En el presente caso, corresponde al Contratista acreditar el monto del daño causado como consecuencia de la indebida ejecución de las cartas fianzas por parte de la Entidad.

62.- Al respecto, el Contratista refiere que la propiedad inmueble entregada en dación de pago al BBVA se realizó para cubrir la liquidación del préstamo recibido por la ejecución de la Carta Fianza de S/ 360,000.00, habiéndosele ocasionado un perjuicio en razón de que el valor comercial real del inmueble era de S/ 1'110.000.00 según la tasación presentada como medio de prueba.

63.- Según se desprende de la Carta SMCG-GG-034-2017 de fecha 07 de julio de 2017, la dación en pago del inmueble ubicado en la urbanización El Rosal de Salamanca de Monterrico, Calle 2 Mz. C, Lote 10, tuvo por objeto “cancelar en su totalidad los dos créditos comerciales contraídos por Santa María Contratistas Generales SRL y las de Tarjetas de Crédito de sus socios Luz Rina Encalada Sánchez y José Eduardo Castro Vargas”. Esto dio lugar a una escritura de compraventa, reconocimiento de deuda y levantamiento de hipoteca, por medio de la cual se materializa la dación en pago de la deuda que tenían tanto la empresa antes referida como sus socios. El precio de venta del inmueble ascendió a la suma de US\$ 155,000.00 dólares americanos. Asimismo se levantó una hipoteca constituida con fecha 03 de junio de 2015 hasta por la suma de

¹⁵ ARTEAGA ZEGARRA, Mario. El incumplimiento en materia de contratación pública, en: Actualidad Jurídica. Tomo 138, Lima: Gaceta Jurídica, Mayo 2005, p. 33.

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO**

US\$ 315,696.80. Cabe resaltar que la referida hipoteca, según consta de la escritura presentada, tuvo por objeto garantizar a la empresa Santa María Contratistas Generales SRL por la emisión de cartas fianzas técnicas y económicas por la suma de S/. 3'000,000.00 (Tres millones de soles).

64.- De la evaluación de los documentos presentados, se desprende que en efecto el Contratista tuvo que recurrir a dar en pago un inmueble de su propiedad a efectos de cubrir deudas con el banco, deudas que habían sido contraídas por la empresa y también por tarjetas de crédito de sus accionistas. Si bien esto denota la existencia de problemas de carácter económico financiero, no tiene un nexo determinante vinculado directamente a la ejecución de las cartas fianzas efectuadas por la demandada y que es materia de la presente controversia, al menos, así se desprende de la evaluación de la documentación presentada.

65.- Además, conforme se aprecia de la escritura de constitución de hipoteca, la empresa había requerido emisión de cartas fianzas por la suma de tres millones de soles en junio del 2015, lo que demuestra que se encontraba incurso en otros negocios y/o actividades comerciales, por lo que su actividad económica y financiera podría haberse visto afectada por muchos otros factores y no únicamente por la ejecución de la fianza por parte de la Entidad, lo que le resta certeza a la actividad probatoria, careciendo de verosimilitud respecto al monto específico del daño que se reclama. Abunda en este sentido el hecho que la dación en pago del inmueble también fue para cubrir deudas por tarjetas de crédito, que si bien el Contratista indica que las tarjetas de crédito sirvieron para refinanciar la deuda contraída por la ejecución de la carta fianza por parte de la Entidad, lo cierto es que no está probado este aspecto, haciendo débil el mecanismo de certeza.

66.- En efecto, si bien el Contratista en su carta MCG-GG-020-2017 de fecha 20 de marzo de 2017 indica que las obligaciones principales con el Banco Continental BBVA se originaron a raíz de la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento del contrato suscrito con la Municipalidad Distrital de El Agustino, lo cierto es que, el sólo dicho del Contratista resulta insuficiente para crear convicción de que la deuda con el banco haya sido producida únicamente por la referida ejecución de la fianza.

67.- De otro lado, respecto a lo señalado por el Contratista en el sentido que parte del monto reclamado como indemnización – ascendente a la suma de S/ 236,101.59 – corresponde a los intereses dejados de percibir por la indebida ejecución de las cartas fianzas ejecutadas y que corresponden a los fondos fijos que contra garantía fueron ejecutados, S/ 360,000.00 del Scotiabank y S/ 111.260.65 del BBVA. Este pedido lo sustenta con el resumen general de cálculos de intereses no recibidos detallado en el

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO**

Anexo Nº 03. Sin embargo, no sustenta documentadamente la ejecución de los fondos de garantía, limitándose a presentar una liquidación de cálculo elaborado por la propia Contratista.

68.- En ese sentido, no causa convicción en el Tribunal Arbitral la suma demandada por concepto de indemnización de daños y perjuicios, por lo que se concluye que el Contratista no ha demostrado idóneamente cuál es el monto del daño causando como consecuencia de la ejecución de las cartas fianzas por parte de la Entidad, por lo que la presente pretensión deviene en infundada al carecer el Tribunal Arbitral de elementos probatorios que acrediten en forma fehaciente la suma reclamada, estando además impedido de sustituirse como mecanismo de argumentación y de convicción probatoria.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

DETERMINAR A QUIÉN CORRESPONDE EL PAGO DE LOS COSTOS Y COSTAS DEL PRESENTE EXPEDIENTE ARBITRAL.

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

70.- En el presente caso no se ha establecido pacto alguno acerca de los costos del arbitraje, en tal consideración, atendiendo a que se estableció que los honorarios sean asumidos por cuerda separada por cada una de las partes, el Tribunal Arbitral determina que cada parte asuma sus propios costos.

PARTE RESOLUTIVA

Por las razones expuestas, de conformidad con el Acta de Instalación y lo previsto en el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje, el Tribunal Arbitral resolviendo en Derecho, **LAUDA:**

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONSORCIO DE LA AMISTAD – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL AGUSTINO**

PRIMERO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la Primera Pretensión de la Demanda, en consecuencia, válidos los conceptos de la Liquidación Final del Contrato detallados en el numeral 44 de la parte considerativa del presente Laudo, estableciéndose un saldo a favor del Consorcio de la Amistad ascendente a la suma de S/. 1'280,919.28 más el IGV que deberán ser pagados por la Municipalidad Distrital de El Agustino, debiendo adicionarse a este monto los intereses legales por el concepto de Saldo de Metrados Ejecutados que se generen hasta la fecha efectiva de pago, conforme a lo establecido en los considerandos del presente Laudo.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la Segunda Pretensión de la Demanda, conforme a lo establecido en los considerandos del presente Laudo.

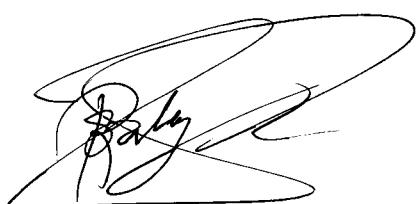
TERCERO: Disponer que cada parte procesal asuma sus propios gastos arbitrales.

Notifíquese a las partes y remítase una copia al OSCE.



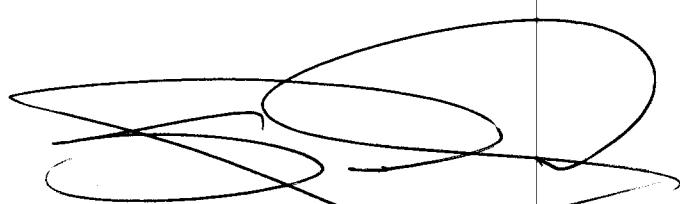
ELIO OTINIANO SÁNCHEZ

Presidente del Tribunal



RAÚL SALAZAR RIVERA

Árbitro



RONY SALAZAR MARTÍNEZ

Árbitro

CARLA SOLANGE CHIANG HUARACHI

Secretario Arbitral