

LAUDO ARBITRAL

Laudo dictado por el Tribunal Arbitral presidido por Halley Esterhazy Lopez Zaldívar e integrado por Angélica María Andía Arias y Wilder Daniel Lira Moscoso (en adelante, en conjunto, el Tribunal Arbitral o Tribunal, indistintamente), en la controversia surgida entre el Consortio Mercurio (en adelante, el Contratista) y el Gobierno Regional de Junín (en adelante, la Entidad).

Resolución N° 20

Huancayo, 14 de octubre de 2019.

I. Antecedentes

1. Convenio arbitral

El convenio arbitral está constituido por la cláusula vigésima del Contrato N° 320-2015-GRJ/GGR, para la "Instalación de los servicios de educación inicial escolarizada en la I.E. N° 1113, barrio La Libertad, distrito de Sicaya, provincia de Huancayo, región Junín" (en adelante, el Contrato). En dicha cláusula las partes acuerdan expresamente que cualquier controversia que surja desde la celebración de dicho Contrato será resuelta mediante arbitraje de derecho, conforme a las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, la Ley),

aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, y su Reglamento (en adelante, el Reglamento), aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

2. Sede del Tribunal Arbitral

Las instalaciones ubicadas en el Jr. Nemesio Ráez N° 519 del distrito de El Tambo, provincia de Huancayo, departamento de Junín, república del Perú.

3. Hechos del caso

En el presente acápite se describen los hechos del caso que van desde los antecedentes del contrato materia de litigio, pasando por la ejecución del mismo hasta las controversias originadas a partir de ello. Estos hechos han sido elaborados teniendo en cuenta los documentos presentados por las partes así como lo alegado por las partes a lo largo del proceso; siendo que por ello su inclusión en esta sección no significa el reconocimiento de la veracidad de los hechos reseñados.

1. Con fecha 16 de octubre de 2015, mediante acta, El Comité Especial adjudicó la buena pro a favor del Contratista.

2. Con fecha 29 de octubre de 2015, mediante documento, las partes suscribieron el Contrato.

3. Con fecha 11 de noviembre de 2015, la Entidad hace entrega del terreno al Contratista.
4. Con fecha 18 de diciembre de 2015, se inicia la obra y el cómputo del plazo para la ejecución de la misma.
5. Con fecha 02 de enero de 2016, mediante Carta N° 062-2016-CMERCURIO-PERU, el Contratista emite la carta en la que comunica a la Entidad la ocurrencia respecto a los trabajos de soldadura y la instalación de un nuevo medidor de suministro eléctrico por consulta realizada a Electrocentro S.A.
6. Con fecha 10 de junio de 2016, mediante Acta de paralización parcial de obra, el Contratista y la Supervisión acuerdan paralizar la obra.
7. Con fecha 15 de junio de 2016, la Entidad comunica al Contratista el pronunciamiento de la Supervisión respecto a la ocurrencia y paralización de obra contenida en la Carta N° 053-2016/SE-ALOT/ALOT-RL.
8. Con fecha 11 de agosto de 2016, mediante Carta N° 077-2016/ALOT/ALOT-RL, la Supervisión de Obra opina el reinicio de la obra, adjuntando la Carta N° 1933-2016-GRJ/GRI/SGSLO y la Carta N° 056-2016/SE-ALOT-RL.
9. Con fecha 15 de agosto de 2016, mediante Acta de reinicio de obra, el Contratista y la Supervisión de Obra acuerdan el reinicio de obra.

10. Con fecha 16 de agosto de 2016, mediante Carta N° 068-2016-CMERCURIO-PERU, el Contratista solicita a la Entidad la emisión de la resolución de paralización de obra y de ampliación de plazo N° 01.

11. Con fecha 31 de agosto de 2016, mediante Carta N° 580-2016-GRJ/SG, la Entidad comunica al Contratista la Resolución Gerencial General Regional N° 273-2016-GRJ/GGR del 31 de agosto de 2016, por la cual deniega la ampliación de plazo N° 01 solicitada por el Contratista.

12. Con fecha 03 de enero de 2017, mediante Carta N° 001-2017-CMERCURIO-PERU, el Contratista presenta a la Entidad la liquidación técnico financiera de la obra.

13. Con fecha 17 de marzo de 2017, mediante Carta N° 002-2017-CMERCURIO-PERU, el Contratista comunica la observación de la liquidación técnico financiera practicada por la Entidad.

14. Con fecha 29 de marzo de 2017, mediante Carta N° 748-2017-GRJ/GRI/SGSLO, la Entidad comunica al Contratista la Carta N° 016-2017-L.O./MART, por la cual se comunica observaciones a la liquidación practicada por el Contratista.

15. Con fecha 07 de abril de 2017, mediante escrito, el Contratista solicita el inicio de la conciliación extrajudicial.

16. Con fecha 17 de abril de 2017, mediante acta, las partes suspenden la audiencia de conciliación extrajudicial de mutuo acuerdo.

17. Con fecha 25 de abril de 2017, mediante Carta N° 452-2017-GRJ/SG, la Entidad comunica al Contratista la Resolución Gerencial Regional de Infraestructura N° 165-2017-GRJ/GRI, por la cual se aprueba la liquidación técnico financiera practicada por la misma Entidad.

18. Con fecha 26 de abril de 2017, mediante Carta N° 037-2017-CMERCURIO-PERU, el Contratista comunica a la Entidad su disconformidad a las observaciones practicadas por la Entidad y comunicadas mediante Carta N° 748-2017-GRJ/GRI/SGSLO, además de dar cuenta de la conciliación extrajudicial promovida por la penalidad aplicada.

19. Con fecha 02 de mayo de 2017, mediante Carta N° 1034-2017-GRJ/GRI/SGSLO, la Entidad comunica al Contratista que no es procedente dejar sin efecto la Resolución Gerencial Regional de Infraestructura N° 165-2017-GRJ/GRI.

20. Con fecha 02 de mayo de 2017, se retoma la Audiencia de conciliación extrajudicial.

21. Con fecha 19 de mayo de 2017, mediante Carta N° 039-2017-CMERCURIO-PERU, el Contratista a la Entidad comunica su oposición a la penalidad aplicada.

22. Con fecha 09 de junio de 2017, mediante Informe N° 106-2017/GRJ/GRI/SGSLO/CO-EHL, el Arq. Huamán León comunica a la Entidad que el Contratista culminó la obra oportunamente, sin que corresponda aplicar penalidad alguna.

23. Con fecha 14 de junio de 2017, mediante Informe Técnico N° 216-2017-GRJ-GRI/SGSLO, el Sub Gerente de Supervisión y Liquidación de Obras comunica a la Gerencia Regional de Infraestructura que el Contratista culminó la obra oportunamente, sin que corresponda aplicar penalidad alguna.

24. Con fecha 06 de marzo de 2018, mediante Carta N° 036-2018-GRJ/ORO/OAF/CT, la Entidad solicita al Contratista la renovación de la carta fianza otorgada como garantía del fiel cumplimiento del Contrato.

25. Con fecha 13 de marzo de 2018, mediante Carta N° 007-2018-CM-PERU, el Contratista comunica a la Entidad la renovación de la carta fianza otorgada como garantía del fiel cumplimiento del Contrato.

26. Con fecha 27 de marzo de 2018, mediante carta N° 002-2018-CMERCURIO-PERU, el Contratista comunica a la Entidad que no corresponde ejecutar la garantía del fiel cumplimiento del Contrato al existir un proceso arbitral pendiente.

27. Con fecha 27 de marzo de 2018, mediante Carta Notarial N° 001-2018-CMERCURIO-PERU, el Contratista comunica a la Entidad que no corresponde ejecutar la garantía del fiel cumplimiento del Contrato al existir un proceso arbitral pendiente.

4. Hechos del presente arbitraje

En el presente acápite, se describen los hechos del arbitraje, los mismos que van desde la solicitud de arbitraje, pasando por la presentación de los escritos más relevantes, así como las audiencias más importantes, concluyendo con la emisión del presente Laudo.

1. Con fecha 15 de agosto de 2017, mediante escrito, el Contratista dio inicio a las actuaciones arbitrales.

2. Con fecha 15 de mayo de 2018, mediante Acta, se consignó la realización de la Instalación del Tribunal Arbitral Ad Hoc, conformado por los árbitros Halley Esterhazy Lopez Zaldívar, Presidente, y Angélica María Andía Arias y Wilder Daniel Lira Moscoso.

3. Con fecha 29 de mayo de 2018, mediante escrito 01, el Contratista interpuso demanda contra la Entidad.
4. Con fecha 31 de mayo de 2018, mediante Resolución N° 01, el Tribunal Arbitral emite la Resolución N° 01, por la cual se admite a trámite la demanda interpuesta por el Contratista y se corre traslado de la misma a la Entidad para su absolución y, de ser el caso, formulación de reconvención.
5. Con fecha 01 de junio de 2018, mediante escrito, el árbitro Halley Esterhazy Lopez Zaldívar amplía su deber de revelación.
6. Con fecha 11 de junio de 2018, mediante Resolución N° 02, se tienen por pagados los costos arbitrales asignados al Contratista y se otorga a la Entidad un plazo para cumplir con tal actuación, bajo apercibimiento de facultar al Contratista al pago de dicho porcentaje, ante la renuencia de la Entidad.
7. Con fecha 15 de junio de 2018, mediante escrito, la Entidad formula nulidad y excepción de caducidad, contesta la demanda y formula reconvención.
8. Con fecha 21 de junio de 2018, mediante Resolución N° 03, se tienen por formuladas la nulidad y excepción de caducidad por la Entidad, dándose traslado de las mismas al Contratista para su absolución. Asimismo, se admite a trámite la contestación de demanda de la Entidad con conocimiento al Contratista y se

admite a trámite la reconvención formulada con traslado de la misma a su contraparte para su respectiva absolución.

9. Con fecha 25 de junio de 2018, mediante Resolución N° 04, se faculta al Contratista al pago de los costos arbitrales no realizado por la Entidad.

10. Con fecha 27 de junio de 2018, mediante escrito 03, el Contratista absuelve el traslado realizado mediante Resolución N° 03.

11. Con fecha 05 de julio de 2018, mediante escrito, la Entidad cumple con lo requerido mediante Resolución N° 03.

12. Con fecha 09 de julio de 2018, mediante escrito 03, el Contratista absuelve el traslado de la excepción de caducidad y de la reconvención trasladada.

13. Con fecha 19 de julio de 2018, mediante resolución N° 05, se admiten los escritos presentados por el Contratista el 27 de junio y 09 de julio de 2018, se declara improcedente la nulidad formulada por la Entidad, se tienen por pagados los costos arbitrales por parte del Contratista y se requiere a la Entidad la presentación de disco compacto conteniendo el escrito presentado el 15 de junio de 2018 y sus respectivos recaudos.

14. Con fecha 27 de julio de 2018, mediante Resolución N° 06, se declara la excepción de caducidad formulada por la Entidad.

15. Con fecha 30 de julio de 2018, mediante escrito, la Entidad formula reconsideración a la Resolución N° 05.

16. Con fecha 31 de julio de 2018, mediante Resolución N° 07, se da traslado al Contratista del escrito presentado por la Entidad el 30 de julio de 2018 para su absolución.

17. Con fecha 09 de agosto de 2018, mediante escrito, la Entidad formula reconsideración a la Resolución N° 06.

18. Con fecha 21 de agosto de 2018, mediante Resolución N° 08, se declara improcedente la reconsideración formulada por la Entidad por ser extemporánea. Asimismo, se cita a las partes a la Audiencia de determinación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios y se les otorga un plazo para que presenten sus propuestas de puntos controvertidos.

19. Con fecha 27 de agosto de 2018, mediante escrito 04, el Contratista formula propuesta de puntos controvertidos.

20. Con fecha 04 de setiembre de 2018, mediante escrito, la Entidad formula propuesta de puntos controvertidos.

21. Con fecha 07 de setiembre de 2018, mediante Acta, se consigna la suspensión de la Audiencia de conciliación, determinación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios.
22. Con fecha 04 de octubre de 2018, mediante escrito 06, el contratista solicita la adición de un nuevo punto controvertido.
23. Con fecha 12 de octubre de 2018, mediante Acta, se consigna la realización de la Audiencia de conciliación, determinación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios.
24. Con fecha 05 de noviembre de 2018, mediante Resolución N° 09, se otorga a las partes un plazo para que precisen los puntos controvertidos anotados en la parte considerativa de dicha providencia.
25. Con fecha 13 de noviembre de 2018, mediante escrito, el Contratista los puntos controvertidos.
26. Con fecha 15 de noviembre de 2018, mediante Resolución N° 10, se da traslado a la Entidad del escrito presentado por el Contratista 13 de noviembre de 2018.
27. Con fecha 20 de noviembre de 2018, mediante escrito, la Entidad formula alegaciones para ser consideradas al momento de resolver.

28. Con fecha 26 de noviembre de 2018, mediante Resolución N° 11, se da traslado al Contratista del escrito presentado por la Entidad el 20 de noviembre de 2018.

29. Con fecha 04 de diciembre de 2018, mediante escrito 08, el Contratista absuelve el traslado realizado mediante Resolución N° 11.

30. Con fecha 13 de diciembre de 2018, mediante Resolución N° 12, se tienen por cumplidos los requerimientos realizados al Contratista en el Acta de la Audiencia de determinación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios, se tiene por desistida la sexta pretensión principal de la demanda y se deja sin efecto el punto controvertido quinto fijado en la aludida Acta, y se requiere a la Entidad la precisión dispuesta en dicha Acta.

31. Con fecha 20 de diciembre de 2018, mediante escrito, la Entidad cumple lo dispuesto por la Resolución N° 12.

32. Con fecha 28 de diciembre de 2018, mediante escrito, la Entidad solicita ampliación de plazo para el registro del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral Ad Hoc en el SEACE.

33. Con fecha 08 de enero de 2019, mediante Resolución N° 13, se tienen por precisadas las pretensiones reconvencionales por parte de la Entidad y se otorga a

la Entidad un plazo para el registro del Acta de Instalación del tribunal Arbitral Ad Hoc en el SEACE.

34. Con fecha 19 de febrero de 2019, mediante Resolución N° 14, se informa al órgano de Control Institucional de la Entidad el incumplimiento en el registro del Acta de Instalación del tribunal Arbitral Ad Hoc, se prescinde la realización de una Audiencia de Pruebas y se otorga a las partes un plazo para la presentación de sus alegaciones y conclusiones finales, además de solicitar el uso de la palabra en audiencia.

35. Con fecha 01 de marzo de 2019, mediante escrito, la Entidad presenta sus alegaciones y conclusiones finales por escrito.

36. Con fecha 01 de marzo de 2019, mediante escrito 08, el Contratista presenta sus alegaciones y conclusiones finales.

37. Con fecha 11 de marzo de 2019, mediante Resolución N° 15, se tienen por presentados los escritos de alegaciones y conclusiones finales de ambas partes y se las cita a la Audiencia de Informes Orales.

38. Con fecha 26 de marzo de 2019, mediante escrito 09, el Contratista solicita la reprogramación de la Audiencia de Informes Orales.

39. Con fecha 28 de marzo de 2019, mediante Resolución N° 16, se da conocimiento a la Entidad del escrito presentado por el Contratista el 26 de marzo de 2019 y se reprograma la Audiencia de informes Orales.
40. Con fecha 15 de abril de 2019, mediante Acta, se deja constancia de la suspensión de la Audiencia de Informes Orales.
41. Con fecha 06 de mayo de 2019, mediante escrito, la Entidad apersona su Procurador Público y presenta ayuda memoria.
42. Con fecha 06 de mayo de 2019, mediante Acta, se consigna la realización de la Audiencia de Informes Orales, además de dar traslado al Contratista del escrito presentado por la Entidad el 06 de mayo de 2019.
43. Con fecha 13 de mayo de 2019, mediante Resolución N° 16, se declara nulo de oficio el primer punto decisorio de la Resolución N° 13. Asimismo, se otorga a la entidad un plazo adicional para que realice la precisión dispuesta en el Acta de la audiencia de determinación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios, esto es, bajo apercibimiento de tener por no fijado el punto controvertido correspondiente y por no formulada la pretensión reconvencional.
44. Con fecha 20 de mayo de 2019, mediante escrito, la Entidad formula aclaraciones a su defensa.

45. Con fecha 24 de julio de 2019, mediante Resolución N° 18, se hace efectivo el apercibimiento y se tiene por no formulada la pretensión reconvenzional de la Entidad y por no fijado el punto controvertido correspondiente. Asimismo, se prescinde de la realización de la Audiencia de Pruebas, actuándose los medios de prueba ofrecidos y admitidos en el arbitraje. Asimismo, se fija el plazo para laudar.

46. Con fecha 10 de setiembre de 2019, mediante resolución N° 19, se prorroga el plazo para laudar.

II. Análisis de los puntos controvertidos

El Tribunal Arbitral procederá a realizar el análisis de los puntos controvertidos determinados en el Acta de la Audiencia de conciliación, determinación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios del 12 de octubre de 2019, en el orden que estime conveniente y valiéndose de los medios de prueba admitidos, así como los dispositivos normativos aplicables, tanto al fondo como la forma.

No obstante, es de precisar que no se emitirá pronunciamiento alguno respecto del punto controvertido quinto, ya que mediante Resolución N° 12 se tuvo por desistida la pretensión que lo fundamenta y sin efecto el punto controvertido reflejo.

Asimismo, no se emitirá pronunciamiento respecto del sétimo punto controvertido, ya que mediante resolución N° 18 se hizo efectivo el apercibimiento

dispuesta en la providencia anterior, en consecuencia, se tuvo por propuesta la pretensión reconvencional y su respectivo punto controvertido.

Finalmente, El Tribunal deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba, y que el sentido de su decisión es el resultado del análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el laudo.

1. Primer punto controvertido

"1. Determinar si corresponde o no estimar la excepción de caducidad formulada por la Entidad en el escrito presentado el 15 de junio de 2018."

1.1. Análisis del Tribunal

Teniendo en consideración lo decidido en la Resolución N° 06 del 27 de julio de 2018, carece de objeto emitir pronunciamiento respecto de la excepción deducida por la entidad en el escrito presentado el 15 de junio de 2018, toda vez que ésta fue desestimada en su oportunidad, no habiendo caducidad respecto a la pretensión de cuestionar la validez y eficacia de la Resolución Gerencial Regional de Infraestructura N° 165-2017-GRJ/GRI del 10 de abril de 2017.

2. Segundo punto controvertido y accesorios

"2. Determinar si corresponde o no declarar la invalidez e ineficacia de la Resolución Gerencial General N° 273-2016-GRJ/GGR del 31 de agosto de 2016 que deniega la ampliación de plazo N° 01 por 65 días.

2.1. Consecuentemente, determinar si corresponde o no otorgar la ampliación de plazo N° 01 por 65 días, por causal atribuible a la Entidad.

2.2. Asimismo, determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el pago a favor del Contratista del concepto de mayores gastos generales devenidos de la ampliación de plazo N° 01."

2.1. Posición del Contratista

a. La tensión eléctrica para la soldadura no daba el abasto suficiente para dicha actividad, por lo que se solicitó a Electrocentro S.A., manifestando que correspondía la instalación de un nuevo suministro eléctrico, hecho que no estaba previsto en el expediente técnico.

b. En tal sentido se procedió a la paralización de la obra a los efectos de que el proyectista se pronuncie al respecto. Esta paralización fue consignada en un acta suscrita conjuntamente con el Supervisor de Obra.

c. Esta paralización contaba con el visto bueno de la Sub Gerencia de Supervisión y Liquidación de Obras, así como del Supervisor de Obras (cartas N° 1526-2016-GRJ/GRI/SGSLO y 053-2016/SE-ALOT/ALOTS-RL).

d. A petición de la Supervisión de Obra, la obra es reiniciada, hecho que es consignado mediante Acta suscrita entre el Contratista y la Supervisión de Obra. Al día siguiente, antes de la culminación del plazo, se solicita la emisión de la resolución que aprueba la paralización de obra y la ampliación de plazo N° 01 por 65 días.

e. Mediante Carta N° 580-2016-GRJ/SG la Entidad comunica al Contratista la denegatoria de la solicitud de ampliación de plazo N° 01.

2.2. Posición de la Entidad

a. Desde la fecha en que la Resolución Gerencial General Regional N° 273-2016-GRJ/GGR fue notificada al Contratista, dicha parte no la ha observado, por lo que ha quedado consentida de pleno derecho de conformidad al artículo 201 del Reglamento.

b. El Contratista no ha manifestado que la causal de la paralización de la obra es atribuible a las omisiones del expediente técnico, no habiendo sido manifestado por el Contratista, quien tan solo ha señalado que es una causal atribuible a la Entidad la falta de abastecimiento de energía eléctrica.

c. Asimismo, el Contratista ha solicitado su ampliación de plazo cuando el plazo contractual habría vencido, situación que no logra ser amparada por la normativa aplicable.

2.3. Análisis del Tribunal

a. Este Tribunal Arbitral considera pertinente iniciar un análisis formal de los citados puntos controvertidos, para luego de haber superado exitosamente dicho filtro, realizar un estudio material de lo pretendido por el Contratista.

b. Así bien, el numeral 52.2 del artículo 52 de la Ley prescribe lo siguiente:

“Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. **Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento.** La parte que solicita la conciliación y/o el arbitraje debe ponerla en conocimiento del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en el plazo establecido en el reglamento, salvo cuando se trate de un

arbitraje administrado por dicho organismo o cuando éste designe a los árbitros.

Para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, el plazo de caducidad es el que se fije en razón del artículo 50 de la presente ley, y se computa a partir de la conformidad otorgada por la Entidad.

Todos los plazos previstos son de caducidad.” (Énfasis agregado).

De su parte, el último párrafo del artículo 201 del Reglamento dispone lo siguiente:

“Cualquier controversia relacionada con el pronunciamiento de la Entidad respecto a las solicitudes de ampliación de plazos podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje **dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión.**” (Énfasis agregado).

De ambas citas se comprende claramente que, frente a un conflicto relacionado con la decisión de la Entidad respecto a la ampliación del plazo contractual, deberá ser sometida a conciliación o arbitraje dentro del plazo de 15 días hábiles siguientes a la notificación de dicha decisión.

Por supuesto, por regla general, la caducidad es deducida por el demandado, a más tardar, con la contestación de la demanda.

b. De la revisión de los actuados en el expediente arbitral, se advierte que la única excepción formulada en el presente proceso es aquella formulada en el escrito presentado por la Entidad el 15 de junio de 2018, el mismo que contiene su absolución a la demanda interpuesta por el Contratista.

No obstante, es de señalar que dicha excepción guardaba relación directa con la impugnación de la Resolución Gerencial Regional de Infraestructura N° 165-2017-GRJ/GGR, la misma que fue declarada infundada mediante Resolución N° 06 emitida por este Colegiado.

Así también, es de precisar que la caducidad alegada no tenía relación alguna con la Resolución Gerencial General Regional N° 273-2016-GRJ/GGR, que es aquella actuación que deniega el pedido de ampliación de plazo N° 01 formulado por el Contratista.

Es decir, la excepción formulada por la Entidad no guarda relación con los puntos controvertidos (y, consecuentemente, con las pretensiones que los originan) que son materia de análisis en el presente apartado.

c. Entonces, considerando que la Entidad no ha formulado excepción alguna en este extremo, no se constituye en limitante para que el Tribunal pueda deducir la caducidad de oficio, máxime si el artículo 2006 del Código Civil prescribe que "[l]a caducidad puede ser declarada de oficio o a petición de parte."

Esto es, aun cuando ninguna de las partes haya formulado la caducidad de alguna pretensión, el juzgador puede invocarla de oficio, siempre que advierta qué dentro del plazo legalmente señalado, el demandante (o reconviniente) no haya formulado la excepción correspondiente. La justificación de esta forma de aplicación está relacionada con el orden público que respalda la caducidad, el mismo que obliga al juzgador a invocarla en defecto de las partes.

d. Es de precisar que, en virtud del numeral 52.3 del artículo 52 de la Ley, el árbitro puede valerse de normas de derecho privado (como el Código Civil) en los casos en los que las normas constitucionales, de contrataciones públicas o de derecho pública no prevean una salida al respecto.

Por tanto, la aplicación del Código Civil resulta totalmente coherente con el orden prelatorio en la aplicación de las normas jurídicas señalado por el aludido numeral de la Ley.

e. El Tribunal Arbitral observa que la Carta N° 580-2016-GRJ/SG, que adjunta la Resolución Gerencial General Regional N° 273-2016-GRJ/GGR, fue notificada al Contratista el 31 de agosto de 2016 (precisamente, a las 4:40 p. m.), por lo que el Contratista tenía hasta el 21 de setiembre de 2016 para cuestionar dicha resolución administrativa mediante el inicio de una conciliación o arbitraje.

Ahora, de la información aportada por las partes, así como de la revisión de cada actuación arbitral, se advierte que el Contratista inició el procedimiento

conciliatorio extrajudicial el 07 de abril de 2017. El arbitraje fue iniciado posteriormente a la conciliación extrajudicial (15 de agosto de 2017).

Es decir, aun cuando la conciliación extrajudicial haya tenido por objeto el cuestionamiento de la Resolución Gerencial General Regional N° 273-2016-GRJ/GGR, ésta fue planteada habiendo superado largamente el plazo de 15 días hábiles dispuestos por la Ley y el Reglamento, por lo que corresponde declarar la caducidad de la acción (*rictus*, pretensión) y el derecho respecto de los puntos controvertidos que son materia de análisis.

Por lo expuesto, corresponde desestimar las pretensiones que sirven de sustento a los puntos controvertidos que son materia de análisis en el presente apartado por el Tribunal.

3. Tercer punto controvertido y accesorio

"3. Determinar si corresponde o no declarar la invalidez e ineficacia de la Resolución gerencial General Regional N° 165-2017-GRJ/GRI del 10 de abril de 2017 que aprueba el expediente de liquidación de obra e impone penalidades al Contratista, señalando un saldo a favor de la Entidad.

3.1. De estimar la pretensión que fundamenta el punto controvertido 3, el Tribunal deberá determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el pago a favor del Contratista del concepto de reajustes de la obra y los intereses

legales generados por el supuesto retraso injustificado en el pago de las valorizaciones de obra."

3.1. Posición del Contratista

a. Habiendo presentado la liquidación técnico financiera y logrando su absolución oportuna, se indica a la Entidad que existe un saldo favorable al Contratista.

b. No obstante ello, mediante Carta N° 452-2017-GRJ/SG se nos comunica la Resolución N° 165-2017-GRJ/GRI, por la cual se aprueba la liquidación practicada por la Entidad, lo que motivó nuestra solicitud de que sea dejada sin efecto al existir un procedimiento conciliatorio extrajudicial en trámite. Sin embargo, la Entidad rechaza el pedido del Contratista.

c. Sobre ello, existen informes (216-2017-GRJ-GRI/SGSLO y 106-2017-GRJ/GRI/SGSLO/CO-EHL) que determinan que la obra fue concluida en el plazo contractual y que no ha causado perjuicio alguno a la Entidad.

3.2. Posición de la Entidad

a. El fundamento de la Resolución Gerencial Regional de Infraestructura N° 165-2017-GRJ/GRI se fundamenta en la Resolución Gerencial General Regional N° 273-2016-GRJ/GGR, la misma que se encuentra consentida de pleno derecho.

b. Al no haber reconocido el periodo de ampliación, así como la solicitud de ampliación de plazo N° 01, el tiempo de paralización se convierte en atraso injustificado, sustento para la aplicación de las penalidades determinadas en la Resolución que es objeto de cuestionamiento.

3.3. Análisis del Tribunal

a. En el análisis de los puntos controvertidos anteriores se reafirmó la validez y eficacia de la Resolución Gerencia General Regional N° 273-2016-GRJ/GGR, por la cual deniega el pedido de ampliación de plazo N° 01 realizado por el Contratista.

Es de precisar que la solicitud de ampliación de plazo N° 01 es por 65 días, teniendo como fecha de culminación (para el Contratista) el 16 de agosto de 2016.

b. Por tanto, se determina que a partir de la denegatoria de la solicitud de ampliación de plazo N° 01, el tiempo de paralización no es un plazo computable para efectos del cumplimiento del Contrato, cayendo el Contratista en mora en la ejecución de sus prestaciones.

En otras palabras, la Entidad, al haber denegado el pedido de ampliación hecho por el Contratista, no reconoce el espacio temporal existente entre el 14 de junio de 2016 (que es el plazo original de culminación del Contrato) y el 16 de agosto de

2016 (que es el plazo de finalización para el Contratista). Este mismo hecho es el que determina la aplicación de penalidades por parte de la Entidad.

c. Se tiene presente que uno de los componentes de la liquidación técnico financiera practicada por la Entidad es la penalidad aplicada por la suma de S/ 135 408,46, el mismo que no puede ser objeto de revisión por este Tribunal, toda vez que nace de una resolución administrativa que, por el transcurso del tiempo, ha adquirido firmeza y plena eficacia.

d. Por su parte, queda la suma de S/ 37 681,17, la cual es la representación monetaria del componente que se constituye como la diferencia entre el costo real de la obra y el monto pagado al Contratista.

Aun cuando dicho componente no se encuentra bajo la cobertura de la caducidad (como lo es respecto a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación del Contratista), el Contratista no ha realizado ninguna alegación ni ha ofrecido ningún medio probatorio que permita a este Colegiado revisar dicho concepto para establecer un monto mayor o menor al determinado por la Entidad a la liquidación que elaboró.

Por ello, frente a la ausencia de argumentos y de pruebas del Contratista respecto a este componente, el Tribunal Arbitral lo tiene por válido, así como su representación económica, y, consecuentemente, corresponde que el Contratista realice el pago a favor de la Entidad del saldo favorable a ésta última, pudiendo ser

descontado de la ejecución de la carta fianza ofrecida como garantía del fiel cumplimiento del Contrato.

e. En razón a lo expuesto, corresponde desestimar las pretensiones demandadas, las mismas que solventan los puntos controvertidos objeto de análisis.

4. Cuarto punto controvertido y accesorio

"4. Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad la devolución de la carta fianza N° 0011-0235-98000907555-94 de fiel cumplimiento del Contrato a favor del Contratista."

4.1. En su defecto, determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad la devolución del monto ejecutado de la carta fianza N° 0011-0235-98000907555-94 de fiel cumplimiento del Contrato a favor del Contratista."

4.1. Posición del Contratista

a. Pese a la existencia de un arbitraje en curso, así como a haber respondido a la solicitud de arbitraje, la Entidad ha ejecutado la carta fianza, además de haber solicitado su renovación.

4.2. Posición de la Entidad

a. Considerando que la liquidación técnico financiera de la obra ha sido realizada de manera adecuada, corresponde entender que la ejecución de la garantía se ha realizado de conformidad a la normatividad aplicable.

4.3. Análisis del Tribunal

a. Aun cuando no exista medio probatorio que dé cuenta de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento, de las alegaciones de las partes se logra entender claramente que la garantía de fiel cumplimiento fue ejecutada por la Entidad, por lo que corresponde realizar el análisis del punto controvertido subordinado (4.1) y determinar si corresponde o no que la Entidad efectúe la devolución del monto ejecutado a favor del Contratista.

b. Al respecto, el numeral 3 del artículo 164 del Reglamento señala lo siguiente:

"Igualmente, la garantía de fiel cumplimiento y, de ser necesario, la garantía por el monto diferencial de propuesta, **se ejecutarán cuando transcurridos tres (3) días de haber sido requerido por la Entidad, el contratista no hubiera cumplido con pagar el saldo a su cargo establecido en el acta de conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el**

caso de bienes y servicios, o en **la liquidación final del contrato debidamente consentida o ejecutoriada, en el caso de ejecución de obras.**

Esta ejecución será solicitada por un monto equivalente al citado saldo a cargo del contratista." (Énfasis agregado).

De la cita se colige que, cuando el Contratista no asume el pago del saldo a favor de la Entidad resultante de la liquidación, ésta podrá ejecutar la garantía de fiel cumplimiento, correspondiendo la devolución al Contratista de la diferencia.

c. En el caso objeto de análisis, a partir del análisis de los puntos controvertidos anteriores, se ha logrado ratificar la validez y eficacia de la liquidación de la obra practicada por la Entidad mediante Resolución Gerencial Regional de Infraestructura N° 165-2017-GRJ/GRI, por lo que la Entidad ha obtenido un saldo a favor por la suma de S/ 97 727,29.

d. En tal sentido, la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento sólo tendrá como efecto la cobranza del saldo a favor de la Entidad, debiendo ésta proceder a la devolución de la diferencia, esto es, la suma de S/ 37 681,17 a favor del Contratista.

e. Asimismo, corresponde entender que, al estar frente a una obligación dineraria que requería de la determinación por parte de éste Tribunal, resulta ser aplicable lo señalado por el artículo 1334 del Código Civil, esto es, que al monto señalado en el literal precedente cabría añadir el pago de intereses a partir del

inicio del arbitraje, de conformidad a la disposición complementaria octava del Decreto Legislativo N° 1071.

Es decir, la Entidad deberá añadir el interés moratorio, cuya tasa es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú, a la suma dineraria señalada anteriormente desde el 15 de agosto de 2017 hasta la fecha efectiva de cancelación.

5. Sexto punto controvertido

"6. En caso sean denegadas las pretensiones que fundamentan el punto controvertido 3.1, el Tribunal deberá determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el pago a favor del Contratista del concepto de enriquecimiento sin causa ascendente a todas las sumas demandadas."

5.1. Posición del Contratista

a. No existe argumento alguno que sustente este punto controvertido o la pretensión que lo motiva.

5.2. Posición de la Entidad

a. No existe argumento alguno que sustente este punto controvertido o la pretensión que lo motiva.

5.3. Análisis del Tribunal

a. La categoría del enriquecimiento sin causa no encuentra fundamento jurídico en la normativa en contrataciones del Estado, por lo que se hace necesario acudir a las disposiciones del Código Civil, así como a la doctrina para entender su extensión y su forma de aplicación.

b. Así, el artículo 1954 del Código Civil prescribe lo siguiente:

“Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo.”

Palacios señala que “[l]a idea central que gira en torno al enriquecimiento sin causa puede ser extraída a partir de considerar a este como un arreglo en favor del que ha sido perjudicado por un desplazamiento patrimonial eficaz.”¹

Se tiene entonces que el enriquecimiento sin causa es una categoría que permite la restitución de un desplazamiento patrimonial ausente de justificación normativa, retomando el equilibrio económico anterior de los involucrados.

c. El mismo autor refiere que el enriquecimiento sin causa necesita de la constitución de diversos requisitos para su configuración, a decir:

¹ Palacios, E. Comentario al artículo 1954. En: Código Civil Comentado. Tomo IX. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, p. 637.

- El enriquecimiento,
- El daño,
- La correlación entre daño y enriquecimiento,
- La ausencia de causa justa, y
- La subsidiariedad.

El enriquecimiento es entendido como el aumento del activo de un sujeto o la disminución de su pasivo. Por su parte, el daño es la disminución del activo o el aumento del pasivo patrimonial. La correlación es el nexo inversamente proporcional entre el enriquecimiento y el daño, esto es, que el daño sea consecuencia del enriquecimiento de otro sujeto. La ausencia de causa justa es entendida como aquella situación en la que el desplazamiento no tiene un sustento jurídico y fáctico (por ejemplo, al no existir contrato alguno entre las partes que justifique tal desplazamiento). Finalmente, la subsidiariedad es el requisito que determina que el uso de esta categoría sólo será posible si es que el ordenamiento no ha previsto una salida en particular.

d. Por lo expuesto hasta aquí, quien pretende la restitución en vía de enriquecimiento sin causa deberá probar cada uno de los requisitos antes señalados, esto es, a partir de sus alegaciones y medios de prueba ofrecidos.

De la revisión de los actuados (y de conformidad a lo anotado), no existe ninguna alegación del Contratista destinada a probar alguno de los requisitos antes señalados, razón por la cual, dicha pretensión debe ser desestimada por completo.

e. Aunado a ello, debe anotarse que, considerando la lógica del total de las pretensiones demandadas, la finalidad del presente arbitraje para el Contratista es el cuestionamiento de los actos de la Administración Pública y que se declare una obligación dineraria a favor de éste.

Al respecto, el ordenamiento jurídico y, particularmente, las normas de la contratación estatal han previsto los mecanismos suficientes para lograr un resultado como el querido por el Contratista, siempre que existan los elementos fácticos suficientes para lograr tal resultado.

Es decir, la norma ya ha previsto una salida para el Contratista (impugnar los actos dentro del plazo de caducidad dispuesto y con elementos favorables para la declaración de invalidez e ineficacia de dichos actos), por lo que no habría espacio para demandar el enriquecimiento sin causa de forma subsidiaria.² Asimismo, no sería un escenario aprobado por el ordenamiento jurídico (lo que incluye a los principios generales), aquel en el que el Contratista consiga de forma indirecta (a través del enriquecimiento sin causa) lo que por la vía directa no ha podido obtener.

² Aun cuando el Contratista ha señalado que la pretensión de enriquecimiento sin causa tiene naturaleza alternativa, del análisis del conglomerado de pretensiones, es posible identificar que la acumulación objetiva demandada por el accionante tiene calidad subsidiaria, esto es, en caso que el Tribunal Arbitral desestime las pretensiones dinerarias anteriores, entonces corresponderá analizar la pretensión de enriquecimiento torticero.

6. Octavo punto controvertido

"8. Determinar a quién corresponde el pago de los costos arbitrales generados en el presente proceso."

6.1. Posición del Contratista

- a. No existe argumento alguno que sustente este punto controvertido o la pretensión que lo motiva.

6.2. Posición de la Entidad

- a. No existe argumento alguno que sustente este punto controvertido o la pretensión que lo motiva.

6.3. Análisis del Tribunal

- a. El artículo 70 del Decreto Legislativo N° 1071, decreto que norma el arbitraje (en adelante, Ley de Arbitraje) señala lo siguiente:

"El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.
- b. Los honorarios y gastos del secretario.

- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.”

De su parte, el numeral 1 del artículo 73 de la misma ley determina lo siguiente:

“El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, **el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.**” (Énfasis agregado).

De ambas citas se concluye que el Tribunal puede disponer de una condena de costos que incluya todo concepto en el que las partes incurrieron para solventar su propia defensa, además de lograr distribuirla de conformidad a las circunstancias del caso.

- b. Ahora bien, en principio correspondería que la parte vencida asuma la totalidad de los costos del arbitraje. Es decir, entendiendo que el Contratista fue

desfavorecido con el presente laudo, corresponde a dicha parte asumir la totalidad de los costos generados.

Sin embargo, del análisis de la conducta procesal demostrada por la Entidad respecto al pago de los costos arbitrales, se observa una total renuencia al cumplimiento de dicha actuación. Esto es, pese a que el Colegiado solicitó el pago mediante Acta de Instalación del Tribunal Arbitral Ad Hoc y requirió el mismo a través de la Resolución N° 02, además de provocar que se faculte al Contratista al pago de los costos arbitrales no asumidos por la Entidad mediante Resolución N° 04, la Entidad no dio cuenta de intención de pago alguna.

c. Por tales razones, el Tribunal Arbitral estima pertinente que, más allá del resultado de esta contienda, cada parte asuma sus propios costos arbitrales (en toda la extensión de los conceptos señalados en el artículo 70 de la Ley de Arbitraje), debiendo la Entidad reembolsar al Contratista los costos facultados mediante Resolución N° 04 del 25 de junio de 2018, incluyendo los tributos que sean aplicables.

III. Resolución

Por las consideraciones expuestas, este Tribunal resuelve:

Primero: Declarar **INFUNDADAS** la primera, segunda, tercera, cuarta y sétima, pretensiones principales demandadas por el Contratista.

Segundo: Declarar **INFUNDADA** la tercera pretensión accesoria demandada por el Contratista.

Tercero: Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión alternativa a las pretensiones principales demandada por el Contratista.

Cuarto: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la quinta pretensión principal alternativa demandada por el Contratista; en consecuencia, se ordena a la Entidad la devolución a favor del Contratista de la suma de S/ 37 681,17 (treinta y siete mil seiscientos ochenta y uno con 17/100 Soles) como diferencia resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento y el saldo de la liquidación técnico financiero aprobada mediante Resolución Gerencial Regional de Infraestructura N° 165-2017-GRJ/GGR.

Quinto: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la primera pretensión principal accesoria demandada por el Contratista; en consecuencia, se ordena a la Entidad el pago a favor del Contratista del interés legal moratorio sobre la suma de S/37 681,17 (treinta y siete mil seiscientos ochenta y uno con 17/100 Soles), esto es, desde el 15 de agosto de 2017 hasta la fecha efectiva de cancelación de dicha suma, la que será calculada a una tasa de interés fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

Sexto: Declarar que **CARECE DE OBJETO** emitir pronunciamiento sobre la sexta pretensión principal demandada, pues la misma fue desistida por el Contratista y aceptada por el Tribunal mediante Resolución N° 12.

Sétimo: Declarar que **CARECE DE OBJETO** emitir pronunciamiento sobre la pretensión reconvenida por la Entidad, pues la Resolución N° 18 la tuvo por no formulada ante la renuencia de la Entidad a su requerida precisión.

Octavo: DISPÓNGASE que cada una de las partes asuma sus propios costos arbitrales originados en el presente proceso; en consecuencia, **SE ORDENA** a la Entidad el reembolso a favor del Contratista de las sumas de S/ 8 187,00 (ocho mil ciento ochenta y siete con 00/100 Soles) por concepto de honorarios de los integrantes del Tribunal Arbitral y de S/ 2 400,00 (dos mil cuatrocientos con 00/100 Soles) por concepto de los honorarios de la Secretaría Arbitral.

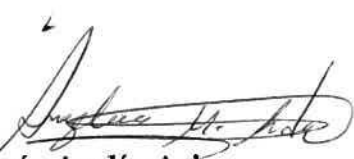
Noveno: PRECÍCESE que La Entidad deberá adicionar el impuesto a la renta correspondiente solamente al reembolso de los honorarios de los integrantes del Tribunal Arbitral.

Décimo: REMÍTASE una copia del laudo arbitral al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado para su publicación.


Notifíquese a las partes.-



Halley Esterhazy Lopez Zaldívar
Presidente del Tribunal Arbitral



Angélica María Andía Arias
Árbitro



Wilder Daniel Lira Moscoso
Árbitro



Patricia Janeth Huaylinos Portocarrero
Secretaria Arbitral

