

Arbitraje Institucional de Derecho seguido entre

CONSORCIO EMANUEL
(DEMANDANTE)

Y

GOBIERNO REGIONAL DEL CUSCO
(DEMANDADO)

LAUDO

TRIBUNAL UNIPERSONAL
RENZO ESTEBAN SAAVEDRA VELAZCO

Secretario Arbitral
PIERO HUMBERTO ORDOÑEZ JAUREGUI

Lugar y fecha de emisión: Lima, 28 de enero del 2020

DECISIÓN N° 13

Lima, 28 de enero del 2020

En Lima, a los veintiocho días del mes de enero del año dos mil veinte, el Árbitro Único, luego de haber realizado todas las actuaciones arbitrales con sujeción a la ley y las normas aplicables, escuchado los argumentos sometidos a su consideración y evaluado las diversas pretensiones interpuestas en la demanda, las defensas de fondo y formo formuladas en la contestación de la demanda, las pretensiones opuestas en la reconvención y el contenido de la contestación a la reconvención, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

I. NOMBRES DE LAS PARTES Y DE SUS REPRESENTANTES

1. La parte demandante es el **Consorcio Emanuel**, el cual se encuentra conformado por: (a) Sucñier Ingenieros S.A.C y (b) el señor Franklin Sucñier Carrasco (a quien en adelante se denominará, de manera indistinta, el «Contratista», el «Demandante» o el «Consorcio»), representado por el señor Mario David Sucñier Carrasco.
2. La parte demandada es el **Gobierno Regional del Cusco**, quien actúa por su Procuraduría Pública (en adelante, la «Procuraduría») (a quien en adelante se denominará, de manera indistinta, el «Comitente», el «Demandado» o el «GRC»).
3. El **Contratista** y el **Comitente** son las partes del presente proceso arbitral (en adelante, las «Partes»).

II. CONVENIO ARBITRAL

4. El convenio arbitral que sustenta el presente procedimiento se encuentra en la cláusula Trigésimo Segunda del Contrato N°167-2016-GR CUSCO/GGR, Contrato de Ejecución de la Obra «Mejoramiento de Infraestructura Educativa» – Instalación, Mejoramiento y Ampliación de Servicios Educativos del Nivel Inicial Escolarizado Ciclo II de las I.E.I creadas en el año 2012 de los Distritos de Santo Tomás, Llusco y Quiñota de la Provincia de Chumbivilcas- Cusco- I.E.I. N° 56309-Huinquiri – celebrado entre las **Partes** con fecha 13 de marzo del 2016 (en adelante, el «Contrato»), el cual dispone:

CLÁUSULA TRIGÉSIMO SEGUNDA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a Conciliación la controversia que se pudiere suscitar, sin perjuicio de recurrir al Arbitraje en caso de que no se llegue a un acuerdo entre ambas partes, según lo señalado en el artículo 214º del Reglamento.

Las partes acuerdan que todos los conflictos que surjan, desde la suscripción, ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del presente Contrato, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante Arbitraje de Derecho organizado y administrado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de Conformidad con sus reglamentos vigentes, a los cuales las partes se someten libremente, señalando que el Laudo Arbitral es inapelable, definitivo y obligatorio. El Arbitraje estará a cargo de un Tribunal Arbitral. Ello en merito a lo establecido en el artículo 216º del Reglamento, y dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144º, 170º, 175º y 177º modificado del Reglamento, en su defecto, en el artículo 52º de la Ley.

5. El convenio arbitral señala que el arbitraje deberá ser organizado y administrado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontifica Universidad Católica del Perú (en adelante, el «Centro»).



III. TIPO DE ARBITRAJE

6. En virtud del convenio arbitral, así como del Reglamento de Arbitraje del **Centro** al cual las **Partes** se someten, el presente arbitraje es **INSTITUCIONAL, NACIONAL** y de **DERECHO**.

IV. SEDE DEL ARBITRAJE

7. De conformidad con el convenio arbitral, así como del Reglamento de Arbitraje del **Centro** al cual las **Partes** se someten, la sede del arbitraje es la ciudad de Lima, Perú.

V. REGLAS PROCESALES APLICABLES

8. Las reglas procesales aplicables son las contenidas en el vigente Reglamento de Arbitraje (en adelante, el «Reglamento») del **Centro**.
9. Asimismo, son de aplicación supletoria las reglas contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje.

VI. LEY APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA

10. La legislación aplicable para resolver el fondo de la controversia sometida al presente proceso arbitral es la legislación peruana; en especial, aquella que ha sido citada como marco legal en la cláusula Trigésimo Cuarta del **Contrato**: (a) la Ley de Contrataciones del Estado, (b) el Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado y (c) el Código Civil.

VII. TRIBUNAL ARBITRAL

11. Al haberse suscitado entre las **Partes** una controversia jurídica respecto de la ejecución del **Contrato**, el **Contratista**, con fecha 18 de enero del 2018, solicitó el inicio del presente proceso arbitral, precisando que la designación del árbitro único debía ser efectuada por la Corte de Arbitraje del **Centro**.
12. Con fecha 18 de febrero del 2018, el **Comitente** presentó su contestación a la solicitud de arbitraje interpuesta y afirmó que las pretensiones del **Consorcio** carecían de objetividad, razonabilidad y perjudicaban al **GRC**; sin embargo, en la contestación aceptó que fuese la Corte de Arbitraje del **Centro** quien designara al Árbitro Único.
13. La Corte de Arbitraje del **Centro** designó como árbitro único del proceso al señor Renzo Esteban Saavedra Velazco. El señor Saavedra Velazco remitió, con fecha 12 de abril del 2018, su aceptación al cargo. En tal sentido, y a partir de ese momento, quedó constituido de manera válida el Tribunal Arbitral.

VIII. DESARROLLO DEL PROCESO ARBITRAL

14. Con fecha 5 de junio del 2018, el Tribunal Unipersonal expidió la Decisión N°1 mediante la cual se fijaron las reglas aplicables al proceso arbitral y se otorgó al **Contratista** el plazo de quince (15) días hábiles para la presentación de su demanda.
15. Con fecha 25 de junio del 2018, el **Contratista** presentó su demanda en la que solicita:

- (a) La declaración de nulidad de la Carta N°178-2017-GR-CUSCO/GGR-ORSLTP1 y, por lo tanto, consentida la liquidación de obra contenida en la Carta N°157-EMANUEL-2017.
 - (b) Se ordene al **Comitente** restituya la Carta Fianza N°010578590-001 (Garantía de Fiel Cumplimiento).
 - (c) Se ordene al **Comitente** asumir los mayores costos financieros de la renovación de la N°010578590-001 (Garantía de Fiel Cumplimiento).
 - (d) Se ordene al **Comitente** pagar una indemnización al **Contratista**.
 - (e) Se ordene al **Comitente** el pago de los honorarios del árbitro, los gastos arbitrales, los costos y costas procesales
16. Con fecha 17 de julio del 2018, el Tribunal Unipersonal expidió la Decisión N°2 mediante la cual se admitió a trámite la demanda presentada por el **Contratista** y se tuvieron por ofrecidos los medios probatorios que sustentan la demanda. Asimismo, se corrió traslado al **Comitente** del escrito de demanda para que la conteste o formule reconvención en un plazo de quince (15) días hábiles.
17. Con fecha 17 de septiembre del 2018, el Tribunal Unipersonal expidió la Decisión N°3 por la cual amplió en un (1) día hábil el plazo otorgado al **Comitente** para la presentación de su contestación de demanda arbitral y, de ser el caso, formule reconvención, así como para la presentación de tachas. Asimismo, se le otorgó al **Comitente** un plazo de ocho (8) días hábiles a fin de que subsane las observaciones reseñadas en el numeral 5) de la parte de «Análisis» de la mencionada Decisión. En ese sentido, se mantuvo en custodia el escrito de contestación de la demanda arbitral, reconvención y tachas, hasta que se cumpla con subsanar lo señalado en dicha Decisión.
18. Con fecha 24 de octubre del 2018, el Tribunal Unipersonal expidió la Decisión N°4 por la cual le corrió traslado al **Comitente** del recurso de reconsideración de la Decisión N°3 que formuló el **Contratista** para que, dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, manifieste lo conveniente a su derecho.
19. Con fecha 24 de enero del 2019, el Tribunal Unipersonal expidió la Decisión N°5 por medio de la cual declaró infundado el recurso de reconsideración formulada por el **Contratista**. En consecuencia, se admitió a trámite la contestación de demanda presentada por el **GRC** el 9 de agosto del 2018 y su subsanación de fecha 27 de setiembre del 2018; asimismo, se tuvieron por ofrecidos los medios probatorios que acompañaron a dichos escritos.
20. Cabe mencionar que en Decisión N°5 también se admitió la reconvención interpuesta por el **Comitente** y se corrió traslado de esta y sus subsanaciones al **Contratista**; asimismo se tuvieron por ofrecidos los medios probatorios que acompañaron dicho escrito, para que manifieste lo conveniente a su derecho dentro del plazo de diecisésis (16) días hábiles.
21. Con fecha 28 de febrero del 2019, el Tribunal Unipersonal expidió la Decisión N°6 por la cual se admitió a trámite la contestación a la reconvención presentada por el **Contratista**; asimismo, se tuvieron por ofrecidos los medios probatorios que acompañaron el escrito. Por otro lado, se admitió el escrito que, con fecha 15 de febrero del 2019, presentó el **Contratista** y se le corrió traslado al **Comitente** para que manifieste lo conveniente a su derecho dentro del plazo de diez (10) días hábiles.

22. Con fecha 14 de mayo del 2019, el Tribunal Unipersonal expidió la Decisión N°7 por medio de la cual se: (a) fijaron las cuestiones controvertidas del proceso arbitral, (b) admitieron como medios probatorios los documentos listados en el numeral 13) del rubro «Análisis» de la Decisión y (c) declaró infundada la cuestión probatoria interpuesta por el **Comitente**.
23. Con fecha 17 de junio del 2019, el Tribunal Unipersonal expidió la Decisión N°8 por medio de la cual se tuvo por presentado el recurso de reconsideración de la Decisión N°6 por parte del **Comitente** y se le corrió traslado al **Contratista** para que en el plazo de cinco (5) días hábiles cumpla con manifestar lo conveniente a su derecho.
24. Con fecha 17 de julio de 2019, el Tribunal Unipersonal expidió la Decisión N°9 por medio de la cual se declaró infundada la reconsideración y se convocó a las **Partes** a la Audiencia Única programada para el 31 de julio del 2019.
25. Con fecha 24 de julio de 2019, el Tribunal Unipersonal expidió la Decisión N°10 por medio de la cual se reprogramó la Audiencia Única.
26. Con fecha 22 de agosto del 2019, se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración de Hechos y sustentación de Posiciones. En la Audiencia se otorgó el plazo de tres (3) días hábiles a las **Partes** a fin de que presenten sus alegatos finales.
27. Con fecha 21 de octubre del 2019, el Tribunal Unipersonal expidió la Decisión N°11 por la cual se tuvieron por presentados los alegatos de las **Partes**. Asimismo, se admitieron los escritos presentados por el **Comitente** y que se reseñaron en los numerales 2) y 4) de esta Decisión; otorgándose al **Contratista** el plazo de diez (10) días hábiles para que manifieste lo que considere pertinente a su derecho.
28. Con fecha 18 de noviembre del 2019, el Tribunal Unipersonal expidió la Decisión N°12 por la cual se declaró el cierre de las actuaciones arbitrales y se fijó el plazo para laudar en cuarenta (40) días hábiles.
29. Con fecha 13 de enero del 2020, el Tribunal Unipersonal expidió la Decisión N°13 por la cual prorrogó en diez (10) días hábiles el plazo para laudar, por lo que el plazo vencería indefectiblemente el 29 de enero del 2020.

IX. SOBRE LOS GASTOS ARBITRALES:

30. Con fecha 22 de octubre del 2018, el **Centro** efectuó una primera liquidación de los gastos arbitrales conforme a lo siguiente:

CONCEPTO	MONTO
Honorarios del árbitro	S/10,908.00 (neto)
Gastos Administrativos del Centro	S/9,219.00 más IGV

31. Sobre los pagos de la primera liquidación, el **Contratista** cumplió con acreditar el pago de la tasa administrativa del **Centro** y los honorarios del árbitro. Las constancias de los pagos se encuentran contenidos en las Comunicaciones N°6, 8 y 9, emitidas por la Secretaría General.

32. Con fecha 9 de abril del 2019, la Secretaría General de Arbitraje expidió la Comunicación N°12 por medio de la cual se remitió a las **Partes** una liquidación actualizada de la tasa administrativa del **Centro** y los honorarios del Árbitro Único. El reajuste se produjo debido a que el **Comitente** formuló reconvención, por lo que la liquidación final arrojó:

CONCEPTO	MONTO
Honorarios del árbitro	S/15,317.00 (neto)
Gastos Administrativos del Centro	S/ 9,500.00 más IGV

33. Sobre los pagos de la segunda liquidación, el **Contratista** cumplió con acreditar el pago de la tasa administrativa del **Centro** y los honorarios del Árbitro Único. Las constancias de los pagos se encuentran contenidos en la Comunicación N°13, la cual fue emitida por la Secretaría General.
34. Con fecha 11 de julio de 2019, la Secretaría General expidió la Comunicación N°15 por la cual autorizó al **Contratista** a cumplir con el pago de la tasa administrativa del **Centro** y los honorarios del Árbitro Único en subrogación del **Comitente**.
35. Sobre los pagos del **Contratista** en subrogación del **Comitente**, las constancias de dichos pagos, presentados por el **Contratista**, se encuentran contenidos en las Comunicaciones N°16 y 17 emitidas por la Secretaría General. Así, pues, todos los gastos arbitrales fueron pagados por el **Contratista**.

X. CUESTIONES CONTROVERTIDAS:

36. Con fecha 14 de mayo del 2019, el Tribunal Arbitral expidió la Decisión N°7 mediante la cual se fijaron los puntos controvertidos del presente arbitraje conforme a lo siguiente:

DEMANDA:

PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: Determinar si corresponde –o no– que se declare la invalidez, nulidad, de la Carta N°178-2017-GR-CUSCO/GGR-ORSLTPI y, consecuentemente, consentida la Liquidación de Obra contenida en la Carta N°157-EMANUEL-2017.

SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: Determinar si corresponde –o no– que se disponga la devolución de la Carta Fianza N°010578590-001 (Garantía de Fiel Cumplimiento) expedida por el Banco Scotiabank.

TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: Determinar si corresponde –o no– que se disponga que el **Comitente** asuma los costos de renovación de la Carta Fianza (Garantía de Fiel Cumplimiento), a partir del Consentimiento de la Liquidación Final de Obra –1 de noviembre del 2017– hasta la fecha de su devolución, en virtud de lo establecido en los artículos 158° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

CUARTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: Determinar si corresponde –o no– que se disponga el pago a cargo del **Comitente** de una indemnización.

QUINTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: Determinar si corresponde –o no– que sea el **Comitente** quien asuma el pago de los honorarios arbitrales, costos, costas procesales y gastos arbitrales generados como consecuencia de la tramitación del presente arbitraje

RECONVENCIÓN:

PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: Determinar si corresponde –o no– que se declare al **Contratista** responsable de los vicios ocultos y/o defectos, fallas o errores constructivos generados en la ejecución del **Contrato**.

SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: Determinar si corresponde –o no– ordenar al **Contratista** que abone la suma de S/46,551.45 soles a favor del **Comitente** por concepto de reparación de vicios ocultos o defectos, errores constructivos, generados en la ejecución del **Contrato**.

TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: Determinar si corresponde –o no– ordenar al **Contratista** que pague los intereses legales del monto reclamado desde la fecha de los vicios ocultos hasta la fecha de pago.

CUARTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: Determinar si corresponde –o no– ordenar al **Contratista** el pago de los costos y costas arbitrales.

37. A tal efecto, y con sujeción al artículo 56° del **Reglamento**¹, el Tribunal Unipersonal juzga necesario efectuar una breve reseña de los fundamentos de derecho y de derecho tanto de las pretensiones formuladas, cuanto de las defensas esgrimidas por el **Contratista** y el **Comitente** en sus escritos y en el debate materializado en las audiencias arbitrales:

36.1 Fundamentos de las pretensiones de la demanda del Contratista²

El **Contratista** sostiene lo siguiente:

¹ Artículo 56° del **Reglamento** del **Centro**. *Contenido del laudo*.

El laudo arbitral de derecho deberá estar motivado y contendrá:

- a) Lugar y fecha de expedición.
- b) Nombres de las partes y de los árbitros.
- c) La cuestión sometida a arbitraje y una breve referencia a las alegaciones y conclusiones de las partes.
- d) Valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión.
- e) Fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas.
- f) La decisión.
- g) La referencia sobre la asunción o distribución de los costos arbitrales.
- h) En caso de amparar pretensiones no valorizables en dinero, el monto equivalente a efectos de constituir la garantía de cumplimiento conforme señala el artículo 74° del **Reglamento**.

El laudo arbitral de equidad o conciencia debe contener lo dispuesto en los incisos a), b), c), f) y g) del presente artículo. Este laudo requiere además de una motivación razonada.

² Es necesario precisar que, el texto del **Contrato**, toma como Ley de Contrataciones con el Estado al Decreto Legislativo N°1017, mientras que toma como Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado al Decreto Supremo N°184-2008-EF.

- a) El **Comitente** no emitió, dentro del plazo de ley, una resolución por la cual se cuestione la liquidación de la **Obra** realizada por la **Contratista** (numerales 4, 8 y 9 de la demanda).
- b) El **Comitente** emitió una comunicación por la cual no se toma en consideración lo expedido por el Inspector de la Obra (numeral 7 de la demanda).
- c) El pronunciamiento sobre la liquidación de la obra debe ser realizado por el Gobernador Regional, en tanto titular de la entidad, o por aquel a quien dicha persona le hubiese delegado expresamente facultades (numerales 13 a 15 de la demanda).
- d) La comunicación descrita en b) no es expedida por alguien que carece de las competencias necesarias, por lo cual tal declaración es inválida. Así, se debe tomarse en consideración lo indicado en los artículos 3°, 10° y 42³ de la Ley de Contrataciones con el Estado, el artículo 5° y 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado y la Opinión N°050/2016/DTN emitida por la Dirección Técnico Normativa del OSCE (numerales 10, 11, 13, 17, 18, 20, 23 y 24 de la demanda).
- e) El consentimiento de la liquidación ocasiona que el **GRC** no pueda retener la garantía de fiel cumplimiento, de acuerdo con el artículo 158° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado⁴ (numerales 25, 26 y 27 de la demanda).
- f) El consentimiento de la liquidación liberó al **Contratista** del deber de renovar la garantía de fiel cumplimiento, pero dado que el **Comitente** observó de modo inválido la liquidación, lo forzó a asumir costos de renovación, los cuales deben ser asumido por el **Comitente** (numerales 28 y 29 de la demanda).
- g) La inmovilización de capital para mantener la carta fianza genera un daño de carácter emergente que debe repararse (numerales 35 y 36 de la demanda).
- h) Dado que el **Comitente** desconoce la liquidación sin fundamento fáctico y/o legal, dicha **Parte** deberá asumir los costos, costas y gastos arbitrales (numeral 38 de la demanda).

36.2 Fundamentos de las defensas del Comitente

El **Comitente** sostiene lo siguiente:

³ Artículo 42.- Culminación del contrato

Los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente. Tratándose de contratos de ejecución o consultoría de obras, el contrato culmina con la liquidación y pago correspondiente, la misma que será elaborada y presentada a la Entidad por el contratista, según los plazos y requisitos señalados en el Reglamento, debiendo aquélla pronunciarse en un plazo máximo fijado también en el Reglamento bajo responsabilidad del funcionario correspondiente. De no emitirse resolución o acuerdo debidamente fundamentado en el plazo antes señalado, la liquidación presentada por el contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales. El expediente de contratación se cerrará con la culminación del contrato.

⁴ Artículo 158°.- Garantía de fiel cumplimiento

Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismos. Esta 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 liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras.

- a) La **Obra** tenía observaciones, razón por la cual el **Acta de Recepción** se firmó el 11 de julio del 2017 (numeral 1.2 de la contestación).
- b) Es falso lo señalado por el Inspector de Obra respecto de la absolución de las observaciones (numeral 1.3 de la contestación).
- c) El incumplimiento persistiría tal como se acreditó en el viaje del 4 de diciembre del 2017, lo cual se registró en el Memorándum N°2848-2017-GRCUSCO/GGR-ORSLTPI de fecha 7 de diciembre del 2017 (en adelante, el «Memorándum») e Informe N°417-2017-GRCUSCO/GGR-ORSLTPI de fecha 29 de diciembre del 2017 (en adelante, el «Informe») (numeral 1.4 de la contestación).
- d) Lo relatado en el literal c) permitiría inferir que el Inspector de Obra no cumplió con sus funciones e indujo a error al **Comitente**. Lo dicho se vería confirmado por el Informe N°039-GRCUSCO-2017/GGR-ORSLTPI/COXC/YMM, de fecha 7 de diciembre del 2017, emitido por la Ingeniera Yanet Mora Molina⁵ (numeral 1.4 de la contestación).
- e) La Carta N°178-2017-GR-CUSCO/GGR-ORSLTPI emitida por el Director de la Oficina Regional de Supervisión, Liquidación, Transferencia de Proyectos de Inversión del **GRC** se equipara, en cuanto a sus efectos, a una Resolución o un acuerdo (página 6 de la contestación).
- f) El **Contratista** es quien no se pronunció respecto de la Carta N°178-2017-GR-CUSCO/GGR-ORSLTPI (páginas 7, 8 y 9 de la contestación).
- g) La garantía de fiel cumplimiento cubre al **Comitente** del riesgo de que la parte deudora incumpla con las obligaciones a su cargo. Dado que el **Contratista** aún no cumplió la totalidad de sus obligaciones no puede restituirse la carta fianza (páginas 13 y 14 de la contestación).
- h) Al amparo de lo indicado en el literal g), si corresponde que el Contratista sea compelido a renovar la carta fianza (páginas 14 y 15 de la contestación).
- i) El **Contratista** no acredita los daños que alega (página 15 de la contestación).
- j) El **Contratista** conoce que tiene obligaciones pendientes a su cargo, además de que tiene un proceso penal en curso por colusión con el Inspector de Obra, razón por la cual no tendría fundamento el inicio del presente arbitraje. Ante ello, debe ser dicha **Parte** quien asuma los costos, costas y gastos (página 16 de la contestación).

36.3 Fundamentos de las pretensiones de la reconvención del Comitente

El **Comitente** sostiene lo siguiente:

- a) El **Contratista** es responsable de los vicios ocultos y/o defectos, fallas o errores constructivos en la ejecución del **Contrato**.
- b) Ante ello, el **Contratista** debe asumir el pago de la suma de S/46,551.45 por los conceptos relatados en el literal a).

36.4 Fundamentos de las defensas del Contratista

El **Contratista** sostiene lo siguiente:

⁵

Es necesario destacar que el informe no es ofrecido como medio probatorio por el **Comitente** en su escrito de contestación de demanda. El documento era aludido como un antecedente en otros medios probatorios (por ejemplo, Informe N°037-2017-GRCUSCO-2017/GGR-ORSLTPI/COC/YSZA y el **Memorándum**), empero, el **Comitente** lo ofreció en el escrito presentado el 27 de setiembre del 2018.

- a) El **Comitente** usa de manera imprecisa la noción de vicio oculto, defecto, falla o error constructivo (numerales 1 y 2).
 - b) Los defectos que sostiene el **Comitente** no cumplen con los requisitos que la ley exige, por lo que no puede calificarse como vicio oculto (numerales 3 a 9).
 - c) El Expediente Técnico solamente hace referencia a la disposición longitudinal y transversal formando una red, más no a su colocación (numeral 13.4).
 - d) No corresponde los supuestos invocados como vicios ocultos. El monto al que alude el Comitente corresponde a todo el patio de honor, lo cual importaría el desconocimiento de toda la partida y no sólo de una parte de ella (numerales 15 y 16).
 - e) Al carecer de sustento técnico y legal de las pretensiones examinados, también carecerá de fundamento las pretensiones de intereses y costas y costas, las cuales presuponen que se ampare la argumentación del **Comitente**.
38. A continuación, el Tribunal Arbitral, tomando en cuenta todo lo expuesto, procederá a la resolución de las materias controvertidas objeto del presente arbitraje.

XI. ANTECEDENTES DEL CASO

39. Con fecha 13 de diciembre del 2016, las **Partes** suscribieron el **Contrato**. De conformidad con la cláusula Segunda, el objeto del **Contrato** era el mejoramiento de la infraestructura educativa del nivel inicial escolarizado ciclo II de las I.E.I. creadas en el 2012 en los distritos de Santo Tomás, Llusco y Quiñota (provincia de Chumbivilcas), según lo previsto en dicho documento y sus anexos (en adelante, la «Obra»). Las **Partes** estipularon que el plazo de ejecución de la **Obra** era de ciento cincuenta (150) días calendario (cláusula Undécima).
40. Con fecha 8 de agosto del 2017, los miembros del Comité de Recepción de Obras del **GRC**, designados por Resolución Ejecutiva N°044-2015-GR CUSCO/PR y el representante común del **Contratista** suscribieron el Acta de Recepción y Conformidad de Obra (en adelante, el «Acta de Recepción»).
41. Con fecha 1 de setiembre del 2017, el **Contratista** remitió la Carta N°157-EMANUEL-2017 por la que se efectuó la liquidación de la **Obra** con un saldo a favor de dicha **Parte** por la suma de S/2,352.78 (Dos Mil Trescientos Cincuenta y Dos con 78/100 Soles) (en adelante, la «Carta de Liquidación»).
42. Con fecha 9 de octubre del 2017, el Inspector de la **Obra**, el Ingeniero Ebert Vara Licona, emitió la Carta N°020-2017 GR-CUSCO/GGR-ORSLTPI/IO/EVL por la cual practicó su propia liquidación, cuyo resultado fue un saldo de S/5,961.77 (Cinco Mil Novecientos Sesenta y Uno con 77/100 Soles) a favor del **Comitente** (en adelante, la «Carta del IO»).
43. Con fecha 30 de octubre del 2017, el Ingeniero Néstor Medina Jordán –en su calidad de Director de la Oficina Regional de Supervisión, Liquidación y Transparencia de Proyectos de Inversión– remitió al **Contratista** la Carta N°178-2017-GR-CUSCO/GGR-ORSLTPI por la cual adjuntó un resumen de la liquidación (Anexo 1) y observaciones a la liquidación del contrato (Anexo 2) (en adelante, la «Liquidación del GRC»). La **Liquidación del GRC** arroja un saldo a su favor por la suma de S/50,507.58 (Cincuenta Mil Quinientos Siete con 58/100 Soles) conformado por: (a) la devolución por reducción de meta, S/46,551.45 (Cuarenta y Seis Mil Quinientos Cincuenta y Uno con 45/100 Soles) y (b) penalidades, S/3,956.12 (Tres

Mil Novecientos Cincuenta y Seis con 12/100 Soles). En la **Liquidación del GRC** no se hace referencia alguna a la **Carta del IO**.

44. Con fecha 2 de noviembre del 2017, el **Contratista** emitió la Carta N°165-EMANUEL-2017 por la cual señaló que habiendo transcurrido más de sesenta y tres (63) días calendario, plazo contado desde la notificación de la **Carta de Liquidación**, sin que exista un acuerdo o resolución del **Comitente**, entonces se debe tener por consentida.
45. Con fecha 4 de diciembre del 2017, el **Contratista** emitió, por vía notarial, la Carta N°174-EMANUEL-2017 por la cual expresó los fundamentos que sustentan el consentimiento de la **Carta de Liquidación**.

XII. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

46. En los siguientes numerales, el Árbitro Único procede a desarrollar su pronunciamiento respecto a los puntos controvertidos sometidos a su decisión y que fueron discutidos a lo largo del arbitraje.
47. El Árbitro Único deja expresa constancia de que, para la expedición del presente laudo, analizó todos los argumentos a favor de las pretensiones formuladas por el **Contratista** en su escrito de demanda, los argumentos de defensa expuestos por el **Comitente**, así como las pretensiones interpuestas por el **Comitente** en su escrito de reconvención y los argumentos que el **Contratista** esgrimió como defensa frente a aquellas, evaluando las pruebas presentadas por ambas **Partes**, de acuerdo con 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 de ese análisis y su convicción acerca de la controversia. Al margen de que eventualmente alguna de las pruebas y/o alguno de los argumentos esgrimidos por las **Partes** no sean expresamente citados en el presente laudo, los mismos han sido valorados durante la tramitación del proceso arbitral y fueron, en su oportunidad, tomados en cuenta para decidir los asuntos controvertidos.

XII.1 PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA: NULIDAD DE LA LIQUIDACIÓN DEL GRC Y CONSENTIMIENTO DE LA CARTA DE LIQUIDACIÓN

48. El **Contratista** solicita, en su primera pretensión principal, que el Árbitro Único declare la nulidad y/o invalidez de la **Liquidación del GRC**, por lo que la **Carta de Liquidación** habría quedado consentida.
49. Con relación a la pretensión de nulidad y/o invalidez, el **Contratista** afirma en su demanda que la **Carta de Liquidación** no recibió observaciones por parte del **Comitente** a través de una resolución o acuerdo emitida por el titular de la entidad (o de aquel a quien el titular le delegó facultades) dentro del plazo de ley (artículos 42° de la Ley de Contrataciones del Estado y artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones). Por su parte, la parte demandada (**Comitente**) reconoce que la **Liquidación del GRC** no es una resolución o un acuerdo (pues quien la emitió no tiene tal prerrogativa), pero precisa que, en cuanto a sus efectos legales, tal documento se equipara a una resolución o un acuerdo. A tal efecto, la **Comitente** efectúa un análisis para sustentar su aseveración y concluye que la **Liquidación del GRC** cumple con los requisitos de competencia, objeto-contenido, finalidad pública, motivación y procedimiento regular (es decir, sería un acto administrativo).

50. Dada la pretensión de invalidez/nulidad interpuesta por el **Contratista**, así como la propia defensa de fondo de la **Comitente**, se centra en rechazar o reconocer el carácter de acto administrativo de la **Liquidación del GRC**, lo primero que deberá determinar el Tribunal es evaluar:
- Si la **Liquidación del GRC** constituye un acto administrativo y si, en tal calidad, le son de aplicación las causales de nulidad previstas en el artículo 10° de la Ley N°27444⁶; y
 - En caso se verifique el punto anterior, determinar si la **Liquidación del GRC** incurrió en una de las causales de nulidad prevista en el artículo 10° de la Ley N°27444.

¿La Liquidación del GRC es un acto administrativo?

51. El primer punto por esclarecer es si la comunicación que cursa una entidad estatal (**GRC**) con el fin de cuestionar la liquidación efectuada por un contratista (**Consorcio**) constituye un acto administrativo disciplinado por la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N°27444 (en adelante, la «**LPAG**») o, por el contrario, es un acto jurídico disciplinado por el Código Civil (en tanto sería una manifestación de voluntad dirigida a producir algún efecto jurídico, tal como dispone el artículo 140° del Código Civil)⁷.
52. Al respecto, el artículo 1° de la **LPAG** define al acto administrativo con el siguiente tenor:

«Artículo 1°.- Concepto de acto administrativo

- Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.*
- No son actos administrativos:*
 - Los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios. Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones*

⁶ Artículo 10° Ley N°27444.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

- La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
- El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14.
- Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.
- Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

⁷ Artículo 140° del Código Civil

El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

- Agente capaz.
- Objeto física y jurídicamente posible.
- Fin lícito.
- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

⁸ No abordaremos, por no ser necesario para los fines de la presente controversia, la discusión de si resulta – o no – un acto jurídico en sentido amplio o un acto jurídico en sentido estricto.

del Título Preliminar de esta Ley y de aquellas normas que expresamente así lo establezcan.

1.2.2 *Los comportamientos y actividades materiales de las entidades».*

53. A su turno, el artículo 3º de **LPAG** establece cuáles son los requisitos de validez de los actos administrativos, a saber:

«Artículo 3º.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. **Competencia.**- *Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.*
2. **Objeto o contenido.**- *Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.*
3. **Finalidad Pública.**- *Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitársele a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.*
4. **Motivación.**- *El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.*
5. **Procedimiento regular.**- *Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación».*

54. A partir de las normas transcritas se aprecia que no todo acto o expresión de voluntad de la administración pública constituye un acto administrativo. En consecuencia, vale la pena destacar algunas características del acto administrativo a fin de determinar la naturaleza de la **Liquidación del GRC**, a saber:

- a) **El acto administrativo es un acto unilateral.**- En efecto, el acto administrativo no es producto de una negociación ni fruto del consenso entre individuos, sino que es la expresión unilateral de voluntad del órgano competente, quien, en cumplimiento de la ley y en ejercicio de las funciones que le fueron asignadas, emite una decisión que debe ajustarse a la constitución, las leyes y reglamentos. Tal apreciación se ve confirmada por la opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, quienes reconocen que «*el acto administrativo es, pues, esencialmente un acto unilateral*»⁹; y GORDILLO quien ha sostenido que «*podemos entonces decir que acto administrativo es una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa, que*

⁹

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Palestra Themis, Lima-Bogotá, 2006, p. 589.

produce efectos jurídicos en forma directa»¹⁰, precisando luego que los efectos jurídicos recaerán sobre un sujeto determinado.

Esta característica no es sólo de cariz teórico-doctrinal, sino que se desprende del concepto de acto administrativo contemplada en el artículo 1º de la Ley N°27444. La norma señala que son actos administrativos «*las declaraciones de las entidades que, en el marco de las normas de derecho público están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta*»; por lo que no cabe duda de que no se trata de declaraciones consensuadas o fruto del acuerdo de voluntades entre entidad y los particulares, sino que son declaraciones de las entidades que producen efectos en los administrados sin que estos últimos participen en la decisión.

- b) **El acto administrativo debe cumplir con el principio de competencia.** - Si, como se ha dicho, el acto administrativo es la forma a través de la cual el Estado ejerce su *ius imperium* frente a los administrados en casos concretos, es necesario que tales actos se encuentren reglados y se distribuyan tales prerrogativas entre las diversas entidades que forman la administración pública. En ese orden de ideas, es clarísima la razón por la cual el artículo 3º de la LPAG fija a la «competencia» como el primer requisito de validez del acto administrativo, después de todo el acto administrativo para ser tal tiene que ser emitido por el órgano facultado para ello atendiendo a la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, o bien a través de la autoridad a quien el titular le hubiese encargado la tarea; en el caso de órganos colegiados, se deberá agregar el cumplimiento de los requisitos legales aplicable a sus sesiones, quórum (de apertura y votación) y deliberación.

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ sobre el punto bajo examen han expresado que «*el acto administrativo sería así la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria*»¹¹. Comentando el requisito, MORÓN URBINA señala que «*en la definición del elemento competencia participan dos factores: la potestad atribuida al órgano u organismo a cargo de la función administrativa y el régimen de la persona o conjunto de personas que, revestidos de funciones administrativas, representan al órgano u organismo titular de la competencia. La noción de competencia precisa tanto la habilitación para la actuación del órgano que los dicta, como la corrección en la investidura de dicho órgano por las personas físicas*»¹².

En síntesis, el acto administrativo sería aquella decisión que, en ejercicio de cierta competencia previamente asignada por las normas legales a favor de la entidad y/o el funcionario, produce consecuencias jurídicas sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados en situaciones concretas. Dicho de otro modo, no se podrá atribuir la calidad de acto administrativo a las decisiones o expresiones de voluntad de la administración pública en las que ésta carezca de *ius imperium* o de

¹⁰ GORDILLO, Agustín, *Derecho administrativo de la economía*, en *Tratado de Derecho administrativo*, tomo 9, Fundación de Derecho administrativo, Buenos Aires, 2014, pp. 198-200.

¹¹ Ibídem, p. 587.

¹² MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Jurídica, segunda edición, 2015, p. 148.

una posición de primacía respecto de los administrados (excluyendo, desde luego la potestad reglamentaria), por lo que podría agregarse que siempre supondrán el ejercicio de una competencia o atribución asignada por las leyes para el ejercicio del *ius imperium* ante casos particulares (y no con carácter general).

- c) **El acto administrativo cumple una finalidad pública.**- El numeral 3º del artículo 3º de la Ley N°27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que el acto administrativo debe adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitársele a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, una finalidad personal de: (a) la propia autoridad, (b) un tercero u (c) otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley.

La ausencia de normas que indiquen los fines perseguidos con cierta prerrogativa no abre la puerta a la discrecionalidad de los operadores jurídicos. El requisito legal bajo análisis ratifica que el acto administrativo tiene por finalidad el ejercicio del *ius imperium* sólo en casos concretos. Precisamente por esta razón, el artículo 5º de la LPAG¹³ establece que el objeto o contenido del acto administrativo es aquello que decide, declara o certifica la autoridad. Tal decisión, declaración, o certificación se produce en ejercicio de la competencia atribuida por las normas legales vigentes a favor de la entidad que emite el acto administrativo y conlleva un fin público. Así, y en definitiva, no serán actos administrativos aquellos que no cumplan una finalidad pública o no constituyen el ejercicio del *ius imperium* para casos concretos.

55. En el presente caso, el **Contratista** celebró el **Contrato** con el **Comitente** para la ejecución de la **Obra**. Como consecuencia de la celebración y ejecución del **Contrato**, el **Contratista** efectuó la liquidación de la **Obra** por medio de la **Carta de Liquidación**, la cual habría sido rechazada con la **Liquidación del GRC** por considerarse que el **Contratista** no cumplió con las condiciones exigida en el **Contrato** y, por tanto, existía un saldo a favor del **Comitente** (situación que es opuesta a la contenida en la **Carta de Liquidación** en donde existía un saldo a favor del **Contratista**).
56. Conforme a los conceptos revisados, el cuestionamiento que hace el **Comitente** a la **Carta de Liquidación** no constituye un acto administrativo ni podría serlo el **Contrato**. Asimismo, los actos de ejecución del **Contrato** practicados por las **Partes** durante toda su vigencia no pueden calificarse de actos administrativos porque son actos que derivan de un acuerdo de voluntades (recordemos un acto administrativo es un acto unilateral) que no suponen, en sí mismos, el cumplimiento de un interés público (cuestión distinta es que la principal

¹³ Artículo 5º de la Ley N°27444.- Objeto o contenido del acto administrativo

- 5.1 El objeto o contenido del acto administrativo es aquello que decide, declara o certifica la autoridad.
- 5.2 En ningún caso será admisible un objeto o contenido prohibido por el orden normativo, ni incompatible con la situación de hecho prevista en las normas; ni impreciso, obscuro o imposible de realizar.
- 5.3 No podrá contravenir en el caso concreto disposiciones constitucionales, legales, mandatos judiciales firmes; ni podrá infringir normas administrativas de carácter general provenientes de autoridad de igual, inferior o superior jerarquía, e incluso de la misma autoridad que dicte el acto.
- 5.4 El contenido debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, pudiendo involucrar otras no propuestas por estos que hayan sido apreciadas de oficio, siempre que la autoridad administrativa les otorgue un plazo no menor a cinco (5) días para que expongan su posición y, en su caso, aporten las pruebas que consideren pertinentes

motivación del **Comitente** para la celebración del **Contrato** sea justamente la satisfacción de un interés público, pero esta motivación no es la común intención de las **Partes**). Todo lo dicho puede extenderse al cumplimiento contractual (incluida la liquidación de la **Obra**) pues ninguna de ellas es el producto de un procedimiento administrativo.

57. Es importante distinguir el proceso por medio del cual se formaliza la voluntad de una de las **Partes** (el proceso formativo de la voluntad de una de las partes), el cual puede estar sujeto a normas administrativas, civiles o corporativas; de la naturaleza del acto realizado a través de la voluntad exteriorizada. Así, no cabe duda que una sociedad anónima para formar y exteriorizar su voluntad deberá cumplir con el procedimiento previsto en la Ley General de Sociedad y en su Estatuto, pero ello no significa que la ejecución de la decisión tomada sea de naturaleza corporativa, sino que tendrá el carácter del acto realizado (por ejemplo, si importa la ejecución de cambios en el Estatuto será incuestionable que el acto a ser implementado tendrá naturaleza corporativa; en cambio si lo ejecutado es la emisión de una voluntad contractual tendrá entonces naturaleza civil o si lo ejecutado es el inicio de un proceso judicial tendrá carácter procesal; y así por el estilo). En palabras llanas, la naturaleza de lo ejecutado está dada por aquello que se realiza y no por el procedimiento interno seguido por el sujeto que llevará adelante la conducta, esto es lo que explica por qué la administración pública pese a que su conducta siempre tendrá que ajustarse a los procedimientos administrativos puede comportarse como un privado al interior de un contrato, en la detención de bienes y así por el estilo.
58. Conforme a lo expuesto, la **Liquidación del GRC** no califica como un acto administrativo, puesto que la carta no tiene por objeto producir algún efecto jurídico sobre los intereses, obligaciones o derechos de un administrado en una relación de subordinación con un ente público, sino tiene como fin que una parte (el **Comitente**) cuestiona la ejecución que su contraparte (el **Contratista**) realiza del contrato. Si se evalúa la situación desde este punto se caerá en la cuenta de que en la relación instaurada entre el **Comitente** y el **Contratista** no existe el ejercicio de *ius imperium*. El **Contrato** establece derechos y obligaciones para las **Partes** en una situación de paridad jurídica, siendo en realidad el fundamento de su vinculatoriedad el principio civil del *pacta sunt servanda*.
59. Si se calificase a la **Liquidación del GRC** como un acto administrativo se tendría que admitir que dicha carta constituye el ejercicio del *ius imperium* por parte del **Comitente** para un caso concreto, y que la relación existente entre el **Comitente** y el **Contratista** derivada del **Contrato** es de subordinación del administrado (**Contratista**) frente a la Administración Pública (**Comitente**) con base a una relación de derecho público. Asimismo, forzosamente debería reconocerse que dicha decisión no se sustentaría en el contenido y exigencias del **Contrato** (que, como es innegable, es un acuerdo de declaraciones de voluntad), sino que se originaría en las normas que atribuyen al **Comitente** competencias y prerrogativas de derecho público. Finalmente, sería preciso admitir que el **Comitente** puede emitir actos administrativos en el marco del **Contrato**¹⁴ y que los mismos se imponen por esa mera circunstancia al **Contratista**; como se advirtió no debe confundirse el procedimiento que se sigue para la formación de la voluntad de una de las **Partes** e inclusive el acto a través del cual se exterioriza esa decisión con la naturaleza del acto implementado: el acto que

¹⁴

En cambio, lo real es que el **Comitente** emite declaraciones de voluntad, en ocasiones con forma de un acto administrativo y en otras con forma de un acto jurídico civil; y en cualquier caso tales declaraciones pueden producir efectos jurídicos, salvo que la normativa aplicable exija imperativamente el cumplimiento de una forma (y no necesariamente una formalidad).

se ejecuta tendrá la naturaleza conforme a la relación que afecta, lo cual explica por qué la voluntad exteriorizada del Estado a partir de resoluciones administrativas en el marco de la ejecución de contratos públicos producen el efecto civil de consentir una liquidación, modificar un contrato, resolverlo, etc. En breve: no debemos, pues, confundir la voluntad contenida en una resolución administrativa con el documento que le sirve de sustento, ni confundir el procedimiento seguido para emitir esa voluntad con la relación jurídica sobre la cual actúa.

60. Conforme a lo expuesto, la **Liquidación del GRC** no constituye un acto administrativo, por lo que no puede aplicársele las causales de nulidad previstas en el artículo 10° de la **LPAG**. Así, la carta es un mero acto jurídico, el cual puede ser producido por cualquiera de las **Partes** de un contrato, sea una entidad pública o un particular.
61. Sin embargo, es innegable que el artículo 42° de la Ley de Contrataciones con el Estado exige que la observación a la liquidación emitida por un contratista en el marco de un contrato de obra se realice por medio de una resolución o acuerdo. Ante ello, es claro, en línea con lo afirmado hasta este punto, que el **Comitente** no habría cumplido con dicha formalidad, lo cual impediría que la **Liquidación del GRC** produzca el efecto jurídico que el **Comitente** perseguía. Por si fuese poco, en cuanto a los requisitos de fondo que dicha comunicación debería cumplir (incluso ignorando que debió ser canalizada a través de un acuerdo o resolución), la revisión de la **Liquidación del GRC** deja en claro que carece de motivación, máxime cuando tal comunicación desestima (de modo implícito) el sentido y el contenido de la **Carta del IO** (importaría, por tanto, que el **Comitente** intente negar sus propios actos)¹⁵.
62. La actuación de la administración pública y no sólo la emisión de actos administrativos se debe ajustar a los principios de predictibilidad y legalidad. Si la administración pública se debe desdecir de un acto realizado debe, cuanto menos, motivar adecuadamente dicho cambio de opinión; de lo contrario, no sólo se incumple el deber de motivación (exigido legal y constitucionalmente), sino que supone infringir la confianza legítima que se genera en los particulares (el cual es un principio general que se presenta tanto en sede civil como administrativo). Si la conducta del **Comitente** no cumple ni con el fondo ni con la forma que legalmente se exige para la observación de una liquidación, entonces la declaración no puede producir efectos.
63. La motivación de la observación realizada por el **Comitente** a la **Carta de Liquidación** que realizó el **Contratista** no ocurre dentro del plazo de sesenta (60) días calendario, contado a partir de la comunicación de la liquidación de la obra practicada por el particular, lo cual es expresamente exigido por el artículo 211° de la Ley de Contrataciones del Estado¹⁶.

¹⁵ Se cumplen los requisitos legales exigidos para ello: (i) conducta precedente (en este caso sería la **Carta del IO**, el cual, a estos efectos, representa al **Comitente**) válida y eficaz, (ii) conducta contradictoria (en este caso sería la **Liquidación del GRC**), e (iii) identidad de sujetos (siempre se trataría del **Comitente** y el **Contratista**): por lo que debería producirse el efecto jurídico: negar efectos a la conducta contradictoria.

¹⁶ 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 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

Como reconoce de manera implícita el **Comitente**, los fundamentos de su observación se encuentran en el texto del **Memorándum** y el **Informe**, los cuales son emitidos en el mes de diciembre del 2017 (incluso aquí puede discutirse si los documentos cumplen con la formalidad prevista en el artículo 42º de la Ley de Contrataciones del Estado y la interpretación de ella que se acoge en el presente laudo y en la Opinión 050-2016-DTN).

64. Si bien el Árbitro Único no puede acoger la pretensión de nulidad de la **Liquidación del GRC**, toda vez que no resulta un acto administrativo, sí reconoce que tal comunicación no cumple con la formalidad exigida por el artículo 42º de la Ley de Contrataciones del Estado y, por tanto, no puede producir el efecto jurídico de observar la **Carta de Liquidación**. En ese sentido, la **Carta de Liquidación** quedó consentida.

XII.2 SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA: DEVOLUCIÓN DE LA GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO

65. El **Contratista** solicitó en su demanda al Árbitro Único determine si corresponde –o no– que el **Comitente** le devuelva la carta fianza que entregó en garantía del fiel cumplimiento del Contrato.
66. A efectos de evaluar esta pretensión, es necesario recordar cuál es el propósito u objetivo que cumple la garantía de fiel cumplimiento al interior de un contrato. La garantía de fiel cumplimiento cumple una multiplicidad de funciones, a saber:
 - (a) preventiva, desincentiva el incumplimiento del **Contratista**;
 - (b) compensatoria, (pre)liquida daños y garantiza su pago; y
 - (c) punitiva, al permitir su ejecución inmediata.
67. Bien vistas las cosas, en línea con las finalidades de la garantía de fiel cumplimiento, así como lo previsto en el artículo 158º del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, el **Comitente** sólo tendrá derecho a conservar la garantía de fiel cumplimiento mientras que el **Contratista** no haya ejecutado la totalidad de las obligaciones a su cargo, sea porque las obligaciones aún no son exigibles, sea porque se encuentra en situación de incumplimiento.
68. Dado que el Árbitro Único ha declarado que la **Carta de Liquidación** quedó consentida por la falta de observación del **Comitente** de acuerdo con lo previsto en el **Contrato** y la ley aplicable, corresponde ordenar al **Comitente** la devolución de la carta fianza.

XII.3 TERCER PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA: COSTOS DE RENOVACIÓN DE LA CARTA FIANZA

69. En virtud de lo expuesto en las secciones precedentes, es decir, una vez acreditado que la **Carta de Liquidación** quedó consentida por la ausencia de observación del **Comitente** de acuerdo con lo estipulado en el **Contrato** y la ley aplicable, es menester reconocer que el

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.

(...)

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

(...)



Comitente retuvo indebidamente la garantía de fiel cumplimiento y, en consecuencia, le supuso al **Contratista** la asunción de los costos financieros vinculados con su renovación.

70. En ese sentido, el Árbitro Único ordena al **Comitente** a restituir al **Contratista** los costos que le significó a dicha **Parte** la renovación de la carta fianza desde el consentimiento de la **Carta de Liquidación** hasta la fecha efectiva de su devolución.

XII.4 CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA: PAGO DE INDEMNIZACIÓN A FAVOR DEL CONTRATISTA

71. El **Contratista** solicita que se le otorgue un resarcimiento por la inmovilización del capital necesario para mantener vigente la carta fianza, el cual estimó con base al interés que se podría haber recibido en una entidad financiera por un depósito a plazos. Empero, no se brindan razones por las cuales el daño debería ser calculado con base a este criterio, sin siquiera entrar a examinar la naturaleza del daño supuestamente sufrido.
72. Sobre el punto, el Árbitro Único debe señalar que el **Contratista** no cumplió con su carga probatoria respecto de los elementos de la responsabilidad civil, los cuales ni siquiera son identificados. Ante ello, el Árbitro Único se ve imposibilitado de efectuar un análisis sobre el fondo de la pretensión formulada por el **Contratista** y, en consecuencia, desestima la pretensión resarcitoria del **Contratista**.

XII.5 QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA: COSTAS Y COSTOS

73. Dado que el **Contratista** solicita que el Árbitro Único determine a quien le corresponde asumir las costas y los costos del arbitraje, debemos tomar en consideración las reglas del Decreto Legislativo N°1071 (artículo 73º)¹⁷, las cuales disponen que, en ausencia de pacto en el convenio arbitral, el Tribunal Arbitral dispondrá que la parte vencida asuma los costos y costas del arbitraje.
74. En virtud de lo indicado previamente, ante la ausencia de pacto expreso de las **Partes** en el **Contrato**, el Árbitro Único juzga que la controversia ha tenido como principal motivo la supuesta observación formulada por el **Comitente** a la **Carta de Liquidación**, quien, pese a no cumplir con las formalidades exigidas por la ley, se mantuvo reticente a declarar el consentimiento de la liquidación y las consecuencias legales anexas a ello.
75. Atendiendo a lo expuesto, el Árbitro Único juzga que el **GRC** debe asumir la totalidad de los gastos, costos y honorarios del presente arbitraje. La liquidación deberá realizarse en ejecución del Laudo Arbitral

XII.6 PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO DE LA RECONVENCIÓN: VICIOS OCULTOS

76. El **Comitente** sostiene en su reconvención que el **Contratista** no cumplió con parte de las obligaciones a su cargo y que ello supondría la verificación de vicios ocultos.

¹⁷ Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.

1. 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 prorrtear estos costos entre las partes, si estima que el prorrteo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

(...)

77. Sobre el punto es necesario recordar que el concepto de vicio oculto si bien supone una desviación del principio de identidad de lo comprometido por parte del transferente de la posesión y/o propiedad de un bien, no es menos cierto que, por su propia naturaleza, el defecto no debe poder ser percibido mediante el empleo de la diligencia ordinaria que se requiere de acuerdo con las circunstancias y la aptitud personal de las partes (artículo 1504° del Código Civil).
78. Así, en el caso de un contrato de obra, es responsabilidad del Supervisor o Inspector de la Obra quien controla los trabajos del contratista, por lo que es el responsable de velar por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la obra y del cumplimiento del contrato, además de la debida y oportuna administración de riesgos durante todo el plazo de la obra.
79. De acuerdo con lo expresado por el propio **Comitente** en el **Memorándum** y el **Informe**, la desviación del **Contratista** respecto de aquello que se estipuló en el **Contrato** resultaría evidente. A pesar de ello, el **Comitente** no brinda explicaciones acerca de por qué dichas desviaciones, si fueron tan evidentes, no fueron anotadas en el cuaderno de obra por el Supervisor de la Obra. Nótese que, en virtud de los artículos 190° y 193° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, el Supervisor de la Obra designado por el **Comitente** se encontraba habilitado a dejar asentada tal ocurrencia.
80. La diligencia ordinaria exigiría que el **Comitente** a través del Supervisor de la Obra haya dejado asentado en el cuaderno de obra las eventuales desviaciones que ahora exige sean declaradas vicios ocultos. La situación relatada dejaría en claro que el Comitente no habría cumplido con la diligencia exigible y por tanto no podría solicitar la aplicación del remedio del saneamiento por vicios ocultos.

XII.7 SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA RECONVENCIÓN: REPARACIÓN DE LOS VICIOS OCULTOS

81. Dado que el Árbitro Único desestimó que los defectos detectados por el **Comitente** sean un vicio oculto, no es posible acoger la pretensión de reparación solicitada por esa **Parte**, toda vez que el mismo presupone la existencia de un vicio oculto.

XII.8 TERCER PUNTO CONTROVERTIDO DE LA RECONVENCIÓN: INTERESES

82. Al igual que lo sucedido en el caso del segundo punto controvertido de la reconvenCIÓN, el Árbitro Único no puede profundizar en el análisis de esta pretensión en tanto la misma se construye sobre la base de que el primer punto controvertido de la reconvenCIÓN haya sido acogido, lo cual no ha sucedido. Con base a ello, la pretensión es declarada infundada.

XII.9 CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA RECONVENCIÓN: COSTAS Y COSTOS

83. Sobre el particular, el Árbitro Único se remite a lo expresado en la sección XII.5 del Laudo.

XIII. DECISIÓN

84. El Árbitro Único deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa de las **Partes** y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de la libre valoración de la prueba recogido en el artículo 43° de la Ley

de Arbitraje y que el sentido de su decisión es el resultado de este análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las **Partes** no hayan sido expresamente citados en el presente Laudo.

Por las consideraciones que preceden, el Árbitro Único **RESUELVE**:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la pretensión de invalidez/nulidad de la **Liquidación del GRC** interpuesta por el **Contratista**, por lo que se declara consentida la **Carta de Liquidación** al no haber sido impugnada oportunamente y de acuerdo con la ley aplicable por el **Comitente**.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la pretensión de devolución de la garantía de fiel cumplimiento solicitada por el **Contratista**, por lo que el **Comitente** deberá restituir de inmediato la carta fianza que le entregó el **Contratista**.

TERCERO: Declarar **FUNDADA** la pretensión de que el **Comitente** asuma los costos de la renovación de la carta fianza desde la fecha en que quedó consentida la **Carta de Liquidación** hasta la fecha de restitución de dicha garantía de fiel cumplimiento por parte del **Comitente**.

CUARTO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión resarcitoria solicitada por el **Contratista**.

QUINTO: Declarar **FUNDADA** la pretensión solicitada por el **Contratista** respecto de que sea el **Comitente** quien asuma los costos, costas y gastos arbitrales.

SEXTO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión de declaración de existencia de vicios ocultos y/o defectos constructivos en la **Obra** solicitada por el **Comitente** en su reconvención.

SÉTIMO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión de reparación de los vicios ocultos y/o defectos constructivos en la **Obra** solicitada por el **Comitente** en su reconvención.

OCTAVO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión de pago de intereses de los gastos de reparación de los vicios ocultos y/o defectos constructivos solicitada por el **Comitente** en su reconvención.

NOVENO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión solicitada por el **Comitente** en su reconvención respecto de que sea el **Contratista** quien asuma los costos, costas y gastos arbitrales.

Fdo. Renzo Esteban SAAVEDRA VELAZCO, Árbitro Único.

Notifíquese a las **Partes**.



RENZO ESTEBAN SAAVEDRA VELAZCO
Árbitro Único