



LAUDO ARBITRAL

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR EL CONSORCIO PUENTE MAJES (E. REYNA C. S.A.C. CONTRATISTAS GENERALES, CONSTRUCCIONES CIVILES Y PORTUARIAS S.A., CORPORACIÓN CROMOS S.A.C.) CONTRA EL GOBIERNO REGIONAL DE AREQUIPA, ANTE EL ÁRBITRO ÚNICO, ENRIQUE A. JOHANSON CERVANTES.

Resolución número diez.

Lima, 28 de noviembre de 2012.

VISTOS:

I. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

1.1. Como resultado de la Licitación Pública Nº 0012-2008-GRA, con fecha 05 de marzo de 2009 el CONSORCIO PUENTE MAJES (en adelante, el Contratista o el Consorcio) y el GOBIERNO REGIONAL DE AREQUIPA (en adelante, la Entidad) celebraron el Contrato Nº 57-2009-GRA/PR (en adelante, el Contrato), por el monto de S/. 14'538,251.73 (Catorce millones quinientos treinta y ocho mil doscientos cincuenta y uno con 73/100 Nuevos Soles) y el plazo de 270 días calendario.

El Contrato fue celebrado a fin que el Consorcio ejecute la obra "Construcción del Puente Punta Colorada y Accesos Departamento de Arequipa" (en adelante, la Obra), la misma que se desarrollaría en el Departamento de Arequipa.

1.2. De acuerdo a la Cláusula Décimo Novena del Contrato, las partes establecieron que cualquier controversia que pudiera surgir durante su ejecución se resolvería mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado.

II. DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO E INSTALACIÓN DEL ARBITRAJE

- 2.1. De conformidad con lo establecido en la Cláusula Decimo Novena del Contrato, mediante Carta -011-11-GG-CPM de fecha 06 de mayo de 2011, el Contratista solicitó el inicio del proceso arbitral para resolver la presente controversia.
- 2.2. Ante la falta de respuesta de la Entidad, mediante comunicación de fecha 22 de agosto de 2011, el Contratista solicitó a la Presidencia Ejecutiva del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE la designación de un árbitro único a fin que resuelva la controversia.
- 2.3. Así, mediante Resolución N° 618-2011-OSCE/PRE de fecha 14 de octubre de 2011, el OSCE designó como Árbitro Único al abogado Enrique A. Johanson Cervantes, quien oportunamente manifestó su aceptación al cargo sin que las partes objeten su participación.
- 2.4. Con fecha 20 de enero de 2012, en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, se llevó a cabo la instalación del arbitraje contando con la presencia del árbitro designado, abogado Enrique A. Johanson Cervantes; la Directora encargada de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, doctora Fabiola Paulet Monteagudo; el representante del Contratista, doctora Giuliana Patricia Paredes Mardales y el representante y Procurador Público de la ENTIDAD, señor Jesús Vilca Iquiapaza.

En el Acta de Instalación se estableció que, en atención al Convenio Arbitral del Contrato y a lo señalado en el artículo 272º y siguientes del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo No. 084-2004-PCM (en adelante, RLCAE), el arbitraje sería **NACIONAL, AH HOC** y de **DERECHO**.



Asimismo, se estableció que las reglas aplicables al arbitraje serían las establecidas en la referida acta, y en su defecto, lo dispuesto por el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM (en adelante, la LCAE); el RLCAE, sus modificatorias; y el Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje (en adelante, la Ley de Arbitraje).

Adicionalmente, se dispuso que en caso se produjera deficiencia o vacío en las reglas establecidas, el Árbitro Único sería quien resuelva en forma definitiva del modo que considerara apropiado, mediante la aplicación de principios generales de Derecho.

III. PRETENSIONES Y POSICIONES EXPUESTAS POR LAS PARTES EN SUS ESCRITOS DE DEMANDA Y CONTESTACIÓN DE DEMANDA

3.1. Pretensiones planteadas por el Contratista en su escrito de demanda:

3.1.1 El 25 de enero de 2012, el Contratista presentó su demanda arbitral planteando las siguientes pretensiones:

"PRIMERA PRETENSIÓN.- Que, el Tribunal Arbitral declare Procedente el Resarcimiento por Daños y Perjuicios, presentado al Gobierno Regional de Arequipa mediante Carta N° 006-11-GG-CPM y que en consecuencia a ello ordene el pago por concepto de Daños y Perjuicios por el monto de S/. 1'081,206.12 (Un Millón Ochenta y Un Mil Doscientos Seis con 12/100 Nuevos Soles), incluido IGV."

"SEGUNDA PRETENSIÓN.- Que, el Tribunal Arbitral ordene a la demandada asumir la integridad de los Costos y Costas que generen el presente Proceso Arbitral."

3.1.2 El Contratista sustentó sus pretensiones en los siguientes antecedentes generales:



- a.1 Con fecha 05 de marzo de 2009 el Contratista y la Entidad suscribieron el Contrato N° 57-2009-GRA/PR para la ejecución de la Obra, por el monto de S/. 14'538,251.73 (Catorce Millones Quinientos Treinta y Ocho Mil Doscientos Cincuenta y Uno y 73/100 Nuevos Soles) y el plazo de ejecución de 270 días calendarios.

La fecha máximo para que la Entidad cumpliera las condiciones necesarias para dar inicio a la Obra era el 04 de abril de 2009. Entre estas condiciones se encontraba: la presentación del Inspector de Obra, la entrega del terreno y la entrega del expediente técnico.

- a.2 Según el Consorcio, la Entidad cumplió las condiciones extemporáneamente. Presentó al Inspector de Obra el fecha 16 de abril de 2009, mediante Oficio N° 326-2009/GRA/GRI. Entregó el terreno mediante Acta de Entrega de fecha 17 de abril de 2009, fecha en la que las partes acordaron que se daría inicio a la ejecución de la Obra el día 20 de abril de 2009; y, finalmente, hizo entrega del expediente técnico de la OBRA mediante Oficio N° 328-2009/GRA/GRI recibido con fecha 20 de abril de 2009.
- a.3 Por Carta N° 066-11-GG-CPM de fecha 18 de marzo de 2011 el Contratista solicitó el pago de los daños y perjuicios ocasionados por la demora en el inicio de la OBRA, solicitud que fue rechazada.

- 3.1.3 Sobre la base de estos antecedentes, el Contratista sustentó su demanda con los siguientes argumentos:

Sobre la primera pretensión principal

- a.1 El artículo 240 del RLCAE establece las condiciones para dar inicio a la obra, facultando al Contratista a solicitar el resarcimiento por daños y perjuicios en caso de producirse demoras en el inicio de la obra por causas imputables a la Entidad. Esta demora se contabiliza desde el día siguiente de la suscripción del contrato, hasta la fecha del último cumplimiento de cualquiera de las condiciones señaladas en la norma.



- a.2 Estableciendo las fechas de cumplimiento de cada una de las condiciones indicadas en el RLCAE, tenemos lo siguiente:

Fecha de suscripción del contrato	:	05.03.09
<u>Fecha máxima para el inicio de obra</u>	:	<u>04.04.09</u>
Fecha de pago de Adelanto Directo	:	31.03.09
Fecha de presentación de inspector de obra	:	16.04.09
Fecha de entrega de terreno	:	17.04.09
Fecha de entrega de expediente técnico	:	20.04.09

- a.3 La Obra pudo iniciarse a partir del 21 de abril de 2009, computándose 16 días de retraso atribuible a la Entidad. Es así que se cumple el supuesto de hecho establecido en el artículo 240 del RLCAE, el mismo que solo exige el vencimiento del plazo ahí indicado para que sea procedente el resarcimiento reclamado, sin necesidad de demostrar o acreditar el monto que resulte del cálculo previsto en ese artículo.
- a.4 El cumplimiento de esta disposición es de carácter imperativo, situación que se sustenta en el artículo 4.1 de la LCAE¹ que establece la especialidad de las normas sobre contratación pública sobre aquellas de derecho común que resulten aplicables. Esto se corrobora con lo dispuesto en el artículo 1356 del Código Civil².
- a.5 En relación al artículo 231 del Código Civil³, alegado por la Entidad para aducir que el Contratista ha perdido el derecho a reclamar el pago, el Contratista señala que su reclamo es oportuno en la medida que aún no se ha presentado

¹ Artículo 4.- Especialidad de la Norma y Delegación
4.1. Especialidad de la Norma: La presente Ley y su Reglamento prevalecen sobre las normas generales de procedimientos administrativos y sobre aquellas de derecho común que le sean aplicables.

² Artículo 1356.- Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas.

³ Artículo 231 del Código Civil.- El acto queda también confirmado si la parte a quien correspondía la acción de anulación, conociendo la causal, lo hubiese ejecutado en forma total o parcial, o si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad.

la Liquidación de Obra. Ello, en atención a lo dispuesto en los artículos 53.2⁴ y 43⁵ de la LCAE.

- a.6 Finalmente, con relación al cálculo del monto demandado, el Contratista señala que éste se obtiene del siguiente modo: por un monto equivalente al 5/1000 del monto del Contrato por cada día de demora y hasta por un tipo de 75/1000 de dicho monto contractual.

Sobre la segunda pretensión principal

- b.1 Según el Contratista, corresponde a la demandada asumir el pago de las costas y costos del arbitraje, toda vez que por la discrepancia suscitada bajo su responsabilidad, el Contratista ha incurrido en diversos gastos administrativos, así como el pago de honorarios de abogados.

La demanda fue admitida a trámite mediante Resolución N° 3 de fecha 23 de abril de 2012. A través de esta misma resolución se tuvo por ofrecidos los medios probatorios ahí ofrecidos y se confirió traslado de la demanda a la Entidad, a fin que proceda a contestarla; y, de ser el caso, formule reconvencción.

3.2. Contestación de la demanda

- 3.2.1 De forma extemporánea, por escrito de fecha 22 de mayo de 2012, el Procurador Público de la Entidad se apersonó al proceso y en su representación procedió a contestar la demanda arbitral, solicitando que se la declare

⁴ Artículo 53.- "Las controversias que surjan entre las partes, desde la suscripción del contrato, sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato. Este plazo es de caducidad.

⁵ Artículo 43.- Tratándose de contratos de ejecución o consultoría de obras, el contrato culmina con la liquidación, la misma que será elaborada y presentada a la Entidad por el Contratista, según los plazos y requisitos señalados en el Reglamento debiendo aquella 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. La conformidad de recepción de la última prestación o liquidación debidamente aprobada, según corresponda, cerrará el expediente de la adquisición o contratación.

infundada en todos sus extremos, por los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

Sobre la primera pretensión principal

- a.1 De la lectura de los artículos 240 del RLCAE y 231 del Código Civil⁶, se desprende que el Contratista tenía expedito su derecho al resarcimiento de daños y perjuicios dentro de los 15 días siguientes al vencimiento del plazo establecido en la primera parte del artículo 240 del RLCAE. Al no haberlo solicitado dentro de dicho plazo y al haber cumplido posteriormente con el Contrato, el Contratista ha renunciado tácitamente a su derecho al pago de los daños y perjuicios solicitados, convalidando cualquier hecho producido.
- a.2 En relación al artículo 53 de la LCAE invocado por el Contratista, se precisa que este se refiere a "controversias que surjan" entre las partes, y no se refiere a que el Contratista puede presentar su pedido de daños y perjuicios en cualquier momento. En este caso, el Contratista ha solicitado el pago de daños y perjuicios mediante una carta de fecha 18 de marzo de 2011, casi dos años después de sucedidos los hechos.
- 3.2.3 Por Resolución N° 4 de fecha 07 de junio de 2012 se declaró parte renuente a la Entidad y se admitieron de oficio los medios probatorios indicados en el numeral 4 del escrito de contestación. Si bien la calificación de "parte renuente" implica que los argumentos de la Entidad podrían no ser tomados en cuenta, el Árbitro Único considera pertinente incorporar dicha defensa, máxime si a lo largo de las Audiencias la Entidad reiteró los argumentos ahí expuestos.



⁶ Artículo 231 del Código Civil.- El acto queda también confirmado si la parte a quien correspondía la acción de anulación, conociendo la causal, lo hubiese ejecutado en forma total o parcial, o si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad.

IV. AUDIENCIA DE SANEAMIENTO PROCESAL, CONCILIACIÓN, DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y SANEAMIENTO PROBATORIO

- 4.1. Por Resolución N° 4 el Árbitro Único citó a las partes a la "Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos", la cual se llevaría a cabo el día lunes 25 de junio de 2012, en la sede del arbitraje. Asimismo, se otorgó a las partes el plazo de tres días a fin que, de considerarlo pertinente, presentaran sus propuestas de puntos controvertidos.
- 4.2. Con fecha 13 de junio de 2012 y 14 de junio de 2012, la Entidad y el Contratista presentaron sus propuestas de puntos controvertidos, respectivamente; siendo que por Resolución N° 5, de fecha 25 de junio de 2012, se resolvió tener presente las propuestas con conocimiento de las partes.
- 4.3. La Audiencia de "Saneamiento Procesal, Conciliación, Determinación de puntos controvertidos y Saneamiento probatorio" se llevó a cabo el día lunes 25 de junio de 2012, contando con la presencia del Árbitro Único; la participación de la Directora de Arbitraje Administrativo OSCE, Fabiola Paulet Monteagudo; los representantes del Contratista, los señores Federico Walter Zambrano Olivera, Brenda Cotera Vilca, y Juan Antonio Reyna Peña, debidamente representados por el doctor Nicolás Fernando Vargas Pastor; y el representante de la Entidad, el doctor Daniel Enrique Del Carpio Medina.

En la Audiencia se declaró saneado el proceso y se dejó constancia que las partes no arribaron a un acuerdo conciliatorio, procediendo entonces a fijarse los siguientes puntos controvertidos:

"1. Determinar si, conforme a la primera pretensión de la demanda, corresponde declarar procedente el resarcimiento de daños y perjuicios a favor de la CONTRATISTA, presentado mediante Carta N° 066-11-GG-CPM, y que, en consecuencia, determinar si corresponde ordenar el pago por concepto de



daños y perjuicios, por el monto de S/. 1`081,206.12 (Un millón ochenta y un mil doscientos seis con 12/100 Nuevos soles), incluido IGV.

2. Determinar qué parte deberá asumir los gastos arbitrales (costas y costos), y en qué proporción".

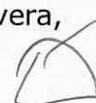
4.4. El Árbitro Único admitió a trámite todos los medios probatorios ofrecidos por la CONTRATISTA y la ENTIDAD en sus escritos de demanda y contestación, respectivamente. Finalmente, solicitó a las partes, de oficio, la presentación de los siguientes documentos, otorgando el plazo de cinco días hábiles para ello:

- i. Bases integradas de la Licitación Pública Nº 0012-2008-GRA, convocada para la ejecución de la obra Construcción del Puente Punta Colorada y Accesos, en versión electrónica e impresa.
- ii. Se informe sobre la situación actual del Contrato Nº 57-2009-GRA/PR de ejecución de la obra "Construcción del Puente Punta Colorada y Accesos Departamento de Arequipa".
- iii. Se informe sobre si existen arbitrajes pendientes entre las partes sobre el Contrato Nº 57-2009-GRA/PR de ejecución de la obra "Construcción del Puente Punta Colorada y Accesos Departamento de Arequipa".
- iv. De existir arbitrajes entre las partes, informar sobre qué pretensiones se encuentran pendientes de ser resueltas y cuáles han sido ya resueltas.

4.5. Por Resolución Nº 6 de fecha 05 de julio de 2012 se tuvo por presentada la documentación alcanzada por el Contratista y se convocó a las partes a una Audiencia de Ilustración para el día 05 de julio de 2012, a fin que informen sobre los hechos que dieron lugar a la controversia.

V. AUDIENCIA DE ILUSTRACIÓN

5.1. La Audiencia de Ilustración se llevó a cabo el día jueves 05 de julio de 2012, contando con la presencia del Árbitro Único; la participación de la Directora de Arbitraje Administrativo del OSCE, Fabiola Paulet Monteagudo; los representantes del Contratista, los señores Federico Walter Zambrano Olivera,



y Juan Antonio Reyna Peña, debidamente representados por el doctor Nicolás Fernando Vargas Pastor; y el representante de la Entidad, el doctor Daniel Enrique Del Carpio Medina.

5.2. En la Audiencia de Ilustración se otorgó el uso de la palabra por un lapso de veinte (20) minutos al representante del Contratista para que exponga las cuestiones de hecho que sustentan sus pretensiones. De igual manera, se otorgó el uso de la palabra al representante de la Entidad por el lapso de veinte (20) minutos, a fin que exponga sus argumentos de defensa. Seguidamente el Árbitro Único realizó las preguntas que estimó pertinentes y otorgó a las partes un plazo de diez (10) días hábiles a fin que presenten el resumen escrito de sus exposiciones orales.

5.4 Cumpliendo dicho mandato, mediante escrito presentado con fecha 19 de julio de 2012 el Contratista presentó el resumen de su posición. Al respecto, mediante Resolución Nº 7 de fecha 01 de agosto de 2012, el Árbitro Único tuvo por presentado el escrito presentado por el Contratista e incorporó al expediente los documentos adjuntados, con conocimiento de la Entidad.

En el resumen presentado, el Contratista sustentó lo siguiente:

- a.1 Que durante la Audiencia de Ilustración se hizo referencia a las siguientes normas: i) El Artículo 4º de la LCAE, que establece la prevalencia de la ley de contrataciones sobre normas generales y de derecho común; ii) El Artículo 43º de la LCAE, que establece que la liquidación aprobada da por concluido el contrato; iii) El Artículo 53º de la LCAE, que señala que el plazo de caducidad para iniciar acciones es antes de la culminación del contrato, y, iv) El Artículo 1356º del Código Civil, que establece su aplicación supletoria.
- a.2 Que el Artículo 240º del RLCAE establece las condiciones que deben ser cumplidas para dar inicio a la ejecución de la Obra, así como la fórmula para obtener el monto del resarcimiento de los daños y perjuicios en caso de retraso del inicio de las actividades por la demora de la Entidad en el cumplimiento de dichas condiciones. El artículo en mención no señala que deban acreditarse los

daños, a diferencia del artículo 1333 del Código Civil que no resulta aplicable toda vez que la LCAE y el RLCAE son normas imperativas que prevalecen sobre normas de derecho de común. Esto de conformidad con el Artículo 4.1 de la LCAE.

- a.3 Que el Laudo Arbitral emitido con fecha 22 de agosto de 2008 en el Caso seguido entre el Consorcio Tumbes y el Proyecto Especial de Infraestructura Descentralizado (PROVIAS descentralizado) se pronunció sobre la exigibilidad del resarcimiento previsto en el último párrafo del artículo 240 del RLCAE. En el Laudo se aplicó la penalidad establecida en dicho artículo utilizando como monto base el monto contractual.
- a.4 Que la Obra debió iniciar el 04 de abril de 2009; sin embargo, debido a la demora por parte de la Entidad en presentar al Inspector de Obra, suscribir el Acta de Entrega de Terreno y entregar el Expediente Técnico, recién fue posible iniciarla el 20 de abril de 2009, es decir, 16 días después de vencido el plazo establecido en la norma.
- a.5 Que la Entidad ha señalado que toda vez que la carta enviada por el Contratista solicitando el pago de la indemnización fue cursada en el año 2011, entonces esta se regiría por lo establecido en el nuevo RLCAE aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, el mismo que sí exige la acreditación de los daños incurridos por el Contratista. Al respecto, el Contratista señala que la norma aplicable es la que se encontraba vigente al momento de la suscripción del Contrato, y dicha norma no exige tal acreditación.
- a.6 Que aplicando los artículos 103 y 62 de la Constitución se colige que los contratos fijan sus términos según las normas existentes en el momento en el que fueron perfeccionados, sin que normas posteriores cambien estos términos. Adicionalmente, debe tomarse en cuenta que la Cláusula 4 del Contrato establece el marco legal aplicable, remitiéndose a la LCAE y RLCAE aprobados por Decretos Supremos N° 083-2004-PCM y 084-2004-PCM, respectivamente. Por lo tanto, resulta aplicable el artículo 240 del RLCAE, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.



- 5.5 La Entidad no presentó el resumen solicitado durante la Audiencia de Ilustración.

VI. ALEGATOS ESCRITOS

- 6.1. Mediante Resolución N° 7 de fecha 01 de agosto de 2012, el Árbitro Único resolvió otorgar a las partes el plazo de cinco días hábiles a fin que presenten sus respectivos alegatos escritos.
- 6.2. Por escrito de fecha 10 de agosto de 2012, dentro del plazo otorgado, el Contratista presentó sus alegatos escritos indicando lo siguiente:

Sobre la primera pretensión principal

- a.1 Que en su demanda, la Entidad ha reconocido el derecho del Contratista al pago del resarcimiento de daños y perjuicios y que este se encuentra amparado en el artículo 240° del RLCAE.
- a.2 Que la Entidad interpreta sin sustento el artículo 240° del RLCAE a fin de señalar que el Contratista habría renunciado tácitamente a su derecho de reclamo del pago solicitado; sin embargo, el plazo señalado en la norma solo precisa a partir de cuándo es posible solicitar dicho pago. No se trata de un plazo de caducidad.
- a.3 El artículo 231 del Código Civil, en virtud del cual la Entidad alegó una supuesta renuncia tácita del Contratista al resarcimiento de daños y perjuicios, no es aplicable en atención a que: i) No es posible plantear una acción de nulación sobre un acto y una causal que no existe, y en este caso el artículo 240 del RLCAE no establece ningún plazo de vigencia para solicitar el pago de la indemnización; ii) La Entidad no ha comunicado el dar por renunciado el derecho del Contratista por su falta de manifestación de solicitar el resarcimiento; iii) El Contratista no ha realizado acto alguno que inequívocamente ponga de manifiesto su intención de renunciar a su derecho.

Además, debe considerarse que, según el artículo 141 del Código Civil, no cabe la manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa; y, iv) La aplicación de una norma de derecho común no prevalece sobre una norma de carácter imperativo como lo es el RLCAE.

- a.4 En relación al artículo 53 de la LCAE, debe tomarse en cuenta que en la fecha de presentación de la solicitud de pago del resarcimiento por daños y perjuicios aún no se había liquidado la obra, por lo que de conformidad con el primer párrafo del artículo 270 del RLCAE el pedido es válido.
- a.5 Que el último párrafo del artículo 240 del RLCAE establece la forma de obtener el monto del resarcimiento, siendo dicha fórmula de aplicación directa, sin que se haya fijado fecha para su presentación. La norma es clara al establecer un porcentaje respecto del monto del Contrato, sin deducirse ningún concepto, por lo que no deben hacerse distinciones donde la norma no las hace.
- a.6 De acuerdo con el artículo 201 del RLCAE, el Contrato se encuentra conformado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas, la Oferta ganadora y aquellos documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el Contrato. El Código Civil solo es aplicación supletoria para casos de vacío legal, lo que no sucede en este caso, por lo que debe aplicarse el cálculo establecido en el artículo 240 del RLCAE.
- a.7 La controversia no puede resolverse atendiendo a las disposiciones del nuevo RLCAE aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF. La norma que debe ser aplicada es la vigente al momento de la suscripción del Contrato, es decir el RLCAE aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-EF. Esto es así en atención a los Artículos 103 y 62 de la Constitución. Concretamente, este último artículo garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al momento de la contratación, sin que estas puedan ser modificadas.



Sobre la segunda pretensión principal

- a.1 El Contratista ha sustentado y fundamentado las pretensiones planteadas en la demanda, por lo que corresponde que la Entidad asuma el pago de los costos y costas del presente proceso, de conformidad con el artículo 73º del Decreto Legislativo N° 1071.

- 6.3. La Entidad no presentó sus alegatos escritos.

VII. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES Y CONCLUSIONES FINALES

- 7.1. Con fecha 05 de setiembre de 2012 se realizó la Audiencia de Informes Orales, contando con la presencia del Árbitro Único; la Directora de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, Fabiola Paulet Monteagudo. En representación del CONTRATISTA estuvieron los señores Federico Walter Zambrano, Brenda Coter Vilca, y Juan Antonio Reyna Peña. En representación de la ENTIDAD los señores Jesus Vilca Iquiapaza en su calidad de Procurador Público Regional, y Daniel Enrique Del Carpio Medina.
- 7.2. En esta Audiencia, el Árbitro Único formuló diversas preguntas a las partes asistentes, las cuales fueron absueltas oportunamente. Seguidamente, el Árbitro Único estableció el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles de celebrada la presente Audiencia, pudiendo ser prorrogado este plazo, por única vez, por treinta (30) días hábiles adicionales.
- 7.3 Por Resolución N° 9 de fecha 9 de octubre de 2012, el Árbitro Único resolvió prorrogar en treinta (30) días hábiles adicionales el plazo para laudar.

Y CONSIDERANDO:

I. LEGISLACIÓN APLICABLE

El presente arbitraje se resuelve de acuerdo a lo establecido en la citada Acta, y en su defecto, de acuerdo a lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la



Ley N° 26850, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, "Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado" (LCAE), su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, "Reglamento de la Ley de contrataciones y adquisiciones del estado" (RLCAE), y el Decreto Legislativo N° 1071, "Decreto Legislativo que norma el Arbitraje" (Ley de Arbitraje).

II. **ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS**

El Árbitro Único ha efectuado la siguiente evaluación respecto de los puntos controvertidos:

2.1. **PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: "Determinar si, conforme a la primera pretensión de la demanda, corresponde declarar procedente el resarcimiento de daños y perjuicios a favor del Contratista, presentado mediante Carta N° 006-11-GG-CPM, y en consecuencia, determinar si corresponde ordenar el pago, por concepto de daños y perjuicios, por el monto de S/. 1'081,206.12 (Un millón ochenta y un mil doscientos seis con 12/1000 Nuevos Soles), incluido IGV".**

- a. Con relación a este punto controvertido, la posición del demandante es, en síntesis, la siguiente:
 - Que, con fecha 05 de marzo de 2009, el Contratista y la Entidad suscribieron el Contrato para ejecutar la OBRA, motivo por el cual según la normativa señalada por el Contratista, la Entidad tenía plazo máximo para cumplir con las condiciones del artículo 240° del RLCAE hasta el 04 de abril de 2009, fecha en la que se cumplía el plazo de treinta (30) días otorgado por el mencionado artículo.
 - Que, sin embargo, el Contratista tardó en cumplir con tales condiciones, realizándolas en su totalidad el 20 de abril de 2009, generándose dieciséis (16) días de demora, las cuales son consideradas para establecer el monto de daños y perjuicios tomando la fórmula establecida en el artículo 240° del RLCAE.

- Que, de acuerdo con los artículos 62 y 103º de la Constitución Política del Perú de 1993⁷, la norma aplicable en la presente controversia es aquella que se encontraba vigente al momento de la suscripción del Contrato, es decir, la LCAE y el RLCAE.
- Que, la Entidad tenía la obligación de cumplir con las condiciones señaladas en el artículo 240º del RLCAE hasta por un máximo de treinta (30) días después de haberse suscrito el Contrato, entendiéndose como plazo inicial de quince (15) iniciales para su cumplimiento, añadiéndose otros quince (15) días adicionales para el mismo fin.
- Que, como quiera que la Entidad no cumplió con dicha obligación, el Contratista tiene derecho a un resarcimiento de daños y perjuicios, el cual se genera automáticamente por cada día de retraso en el inicio de la OBRA, contados a partir del día siguiente del plazo máximo establecido por el RLCAE y hasta por un tope de setenta y cinco por mil (75/1000) de dicho monto contractual.
- Que, el resarcimiento de daños y perjuicios señalado en el punto anterior no exige su probanza, puesto que este es un hecho que automáticamente se configura por la sola demora en el cumplimiento de las condiciones conforme lo prevé la norma.
- Que, el Contratista aún cuenta con este derecho, toda vez que de acuerdo al artículo 53.2º de la LCAE, el Contrato culmina con la liquidación, situación que no ha ocurrido en el presente caso.

⁷ Artículo 62º de la Constitución Política del Perú de 1993: "La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase [...]".

Artículo 103º de la Constitución Política del Perú de 1993: "Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad".

- b. Por su parte, la Entidad contradice la posición del Contratista, señalando que este habría renunciado tácitamente al pago de los daños y perjuicios, en virtud del artículo 231º del Código Civil, toda vez que cumplió con las obligaciones del Contrato y no solicitó su pedido dentro de los quince días siguientes al vencimiento del plazo establecido en el artículo 240º del RCAE.

Así también, señala que el Contratista no está facultado a solicitar el pago de daños y perjuicios en cualquier momento, habida cuenta que el artículo 53º de la LCAE se refiere tan solo a "controversias que surjan", entendiéndose este fraseo de tal manera que, surgida la controversia, debe presentarse inmediatamente la solicitud de iniciar algún tipo de procedimiento de solución de controversias por la parte interesada.

- c. En atención a lo discutido por las partes en el presente arbitraje, el Árbitro Único considera pertinente analizar los siguientes subtemas: i) bajo qué norma debe resolverse la controversia suscitada: o bien la LCAE y el RLCAE, o bien el Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, ii) analizar, en base a la norma que resulte aplicable, si corresponde otorgar al demandante el resarcimiento que reclama, y iii) si como señala el demandado, la pretensión planteada ha sido objeto de renuncia tácita, o se debe entender extemporánea.

Sobre la norma bajo la cual debe resolverse la controversia suscitada

- d. Con relación al primer subtema a analizar, es decir, qué cuerpo normativo debe aplicarse para resolver la presente controversia, es importante señalar que, mediante escrito de fecha 02 de julio de 2012, el Contratista presentó al Árbitro Único las Bases Integradas de la Licitación Pública N° 0012-2008-GRA, en cuyo numeral 1.11 se indica la base legal aplicable a dicha licitación. Es así que, dentro del listado de las normas se encuentra la LCAE y el RLCAE.

De la misma manera, en la Cláusula cuarta del Contrato, se contempla que los aspectos no regulados en él se regirán por la LCAE y el RLCAE.



- e. El Contratista ha señalado que la norma aplicable es la contenida en la LCAE y el RLCAE, esto es los Decretos Supremos N° 083-2004-PCM y N° 084-2004-PCM, respectivamente, considerando como criterio de aplicación la fecha de la suscripción del Contrato. La Entidad, por su parte, ha señalado que deben aplicarse las normas contenidas en el Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, puesto que si se aplica la LCAE y el RLCAE, se estaría aplicando retroactivamente una norma que no se encontraba vigente al momento de la interposición de la demanda del Contratista.
- f. Al respecto, el Árbitro Único considera importante precisar que el Contrato suscrito por las partes es uno de tipo administrativo, y como tal, que tiene como antecedente un proceso de selección que inicia con la Convocatoria hecha por la Entidad, por lo que el marco legal que resulta aplicable es aquel definido desde las mismas Bases de la Licitación Pública, y que se extiende a todos los aspectos del proceso de contratación, incluido el Contrato en sí.

Y es que, como señala la Segunda Disposición Complementaria y Transitoria del Decreto Legislativo N° 1017, cuerpo legal cuya aplicación invoca el demandado, *"Los procesos de contratación iniciados antes de la entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo se rigen por sus propias normas"*.

En atención a esta última disposición normativa, es claro que las normas aplicables al Contrato son las contenidas en la LCAE y el RLCAE, esto es, los Decretos Supremos N° 083-2004-PCM y N° 084-2004-PCM, respectivamente, dado que éstas eran las vigentes cuando se inició la licitación pública que dio lugar a la contratación del Consorcio demandante para la ejecución de la Obra.

- g. No estamos entonces ante una "aplicación retroactiva" de una norma derogada, sino ante la ultraactividad⁸ de un cuerpo normativo (LCAE y RLCAE) por disposición expresa del legislador. Esto se debe a que conforme a lo antes señalado, los procesos de selección iniciados bajo los Decretos Supremos N° 083-2004-PCM y N° 084-2004-PCM, y por ende los Contratos suscritos como

⁸ RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema jurídico*. Lima: Fondo Editorial, 2007, p. 284.

consecuencia de dichos procesos de selección, continúan rigiéndose bajo esas normas, las cuales continúan surtiendo efectos jurídicos.

A mayor abundamiento, las partes establecieron en la Cláusula Cuarta del Contrato que *"en los aspectos y cuestiones que no estén expresamente contemplados en el presente contrato, regirán las disposiciones del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo No. 083-2004-PCM, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo No. 084-2004-PCM"*, disposición contractual que no puede ser desconocida por las partes, ni mucho menos por el Árbitro Único en atención al principio *pacta sunt servanda*, recogido en el artículo 62º de la Constitución.

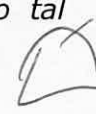
- h. Por todo lo expuesto, el Árbitro Único considera aplicable la LCAE y el RLCAE, aprobados por Decretos Supremos Nº 083-2004-PCM y Nº 084-2004-PCM, respectivamente, para resolver la presente controversia.

Sobre si corresponde otorgar el resarcimiento reclamado por el Contratista

- i. Estando a que la norma aplicable es la contenida en el artículo 240 del RLCAE, aprobado por Decreto Supremo Nº 084-2004-PCM, corresponde analizar el segundo subtema del primer punto controvertido, es decir, si en base a dicha disposición normativa corresponde otorgar el resarcimiento que reclama el Contratista. La norma bajo análisis señala lo siguiente:

"Artículo 240 del RLCAE.- El inicio del plazo de ejecución de la obra comienza a regir desde el día siguiente de que se cumplan las siguientes condiciones:

- 1) Que se designe al inspector o al supervisor, según corresponda;*
- 2) Que la Entidad haya hecho entrega del expediente técnico de obra completo;*
- 3) Que la Entidad haya hecho entrega del terreno o lugar donde se ejecutará la obra; y*
- 4) Que la Entidad entregue el Calendario de Entrega de Materiales e Insumos necesarios, cuando en las Bases se hubiera establecido tal responsabilidad por parte de la Entidad.*



5) Que se haya entregado el adelanto directo al Contratista, de haber sido solicitado por este, hecho que deberá cumplirse por la Entidad dentro del plazo de siete días de haber recibido la garantía correspondiente.

*Las condiciones a que se refieren los literales precedentes, **deberán ser cumplidas dentro de los 15 días contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato.** En caso de que el Contratista solicite la entrega del adelanto directo, la solicitud y entrega de la garantía deberá formalizarse dentro del indicado plazo. En caso no se haya solicitado la entrega del adelanto directo, la solicitud y entrega de la garantía deberá formalizarse dentro del indicado plazo. En caso no se haya solicitado la entrega del adelanto directo, el plazo se inicia con la entrega del terreno. En cualquier caso, el plazo contractual entrará automáticamente en vigencia al día siguiente de cumplirse todas las condiciones estipuladas en el contrato o en las Bases.*

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

- j. Esta norma precisa que el plazo de ejecución de Obra se inicia siempre que se cumplan determinadas condiciones que deben ser satisfechas por la Entidad contratante, tales como (i) designación del inspector o supervisor, (ii) entrega del expediente técnico completo, (iii) entrega del terreno en el que se ejecutará la obra, (iv) entrega del calendario de entrega de materiales e insumos necesarios, cuando así se haya establecido en las Bases, y (v) entrega del adelanto directo, de haber sido solicitado.

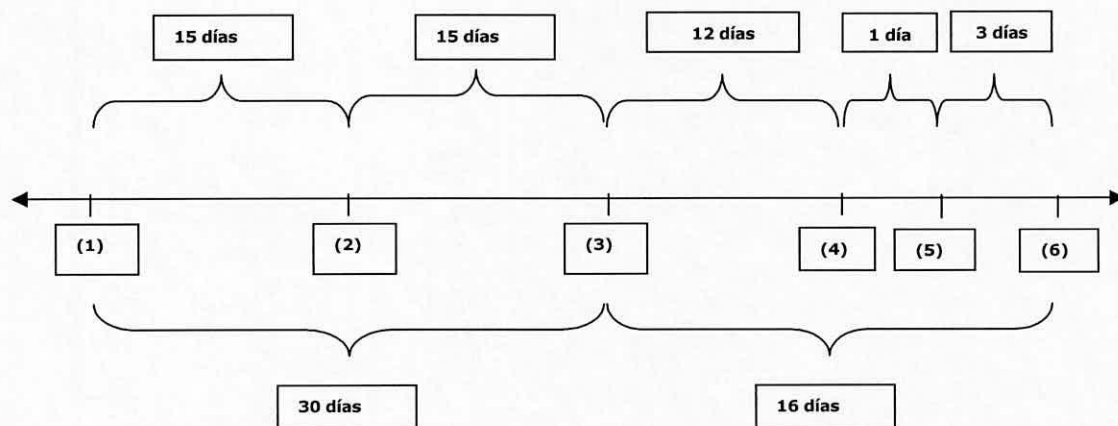
Asimismo, la norma incentiva el cumplimiento oportuno de dichas condiciones por parte de la Entidad (o, si se quiere, disuade cualquier retardo no justificado) prefijando la manera de calcular el resarcimiento por los daños generados al Contratista por el retraso en el inicio de la Obra para la cual ya ha sido contratado. Este resarcimiento por cada día de retraso corresponde ser otorgado al Contratista solo si se verifica el vencimiento del plazo de quince (15) días posteriores a los primeros quince (15) días contados a partir de la suscripción del Contrato.



Así, en atención al texto expreso del artículo 240 del RLCAE, el resarcimiento diario debe computarse después de transcurridos treinta (30) días desde la suscripción del Contrato, siempre que la Entidad no haya cumplido con las condiciones exigidas para el inicio del plazo de ejecución de la Obra, por causas que le sean imputables.

Bastará entonces que no se haya cumplido una de las condiciones en el plazo máximo indicado, por causas imputables a la Entidad, para que el Contratista pueda exigir el resarcimiento de daños y perjuicios considerando la fórmula establecida en la propia normativa. Esto implica calcular un monto equivalente al cinco por mil (5/1000) del monto del contrato por día –se entiende, día de demora– hasta por un tope de setenta y cinco por mil (75/1000) del mismo monto.

- k. Ahora bien, de acuerdo a los medios probatorios admitidos en el presente proceso arbitral, y a lo afirmado por las partes en las Audiencias realizadas, los momentos en los que se dio cumplimiento a las condiciones para el inicio del plazo de ejecución de la OBRA son como siguen:



Donde:

(1)	05 de marzo de 2009, fecha de suscripción del Contrato.
(2)	20 de marzo de 2009, vencimiento del primer plazo de quince días para que la Entidad cumpla con las condiciones indicadas en el RLCAE.
(3)	04 de abril de 2009, vencimiento del segundo plazo de quince días para que la Entidad cumpla con las condiciones del RLCAE. A partir del día siguiente, 05 de abril de 2009, empieza el cómputo de la fórmula establecida en el artículo 240º del RLCAE ante la demora de la Entidad.

(4)	16 de abril de 2009, la Entidad presenta al Inspector.
(5)	17 de abril de 2009, la Entidad hace entrega del Terreno al Contratista.
(6)	20 de abril de 2009, la Entidad entrega el Expediente Técnico de la OBRA.

- l. Del gráfico se aprecia que la fecha de suscripción del Contrato tuvo lugar el 05 de marzo de 2009, por lo que de acuerdo al RLCAE, la Entidad contaba con treinta (30) días contados a partir del día siguiente, para cumplir con las condiciones ya señaladas, es decir, hasta el 04 de abril de 2009.

Es a partir del día número treinta y uno (31) contado desde la suscripción del Contrato, esto es, desde el 05 de abril de 2009, y siempre que se verifique el incumplimiento de las condiciones a cargo de la Entidad para el inicio de la OBRA, por causas imputables a ésta, que corresponde el cómputo de los días de retraso para efectos de aplicar la fórmula del resarcimiento de daños y perjuicios a favor del Contratista.

- m. Está demostrado en autos, y ha sido ratificado por las partes en las Audiencias realizadas, que el día cuarenta y dos (42) contado a partir de la suscripción del Contrato, esto es, el 16 de abril de 2009, la Entidad presentó al Inspector de la Obra, el Ingeniero Luis Alberto Mamani Quispe; es decir, existieron doce (12) días de retraso resarcible en los términos del artículo 240 del RLCAE, ya que la Entidad no ha demostrado en el proceso la existencia de alguna justificación a dicha demora en el cumplimiento de las condiciones para el inicio de la Obra, y faltando aún que se entregue el Terreno en el que se ejecutaría la Obra así como el Expediente Técnico.

Asimismo, está probado que el 17 de abril de 2009, esto es, el día cuarenta y tres (43) luego de la suscripción del Contrato, la Entidad hizo entrega del terreno, suscribiéndose el Acta de Entrega correspondiente, acumulando hasta ese entonces trece (13) días de retraso resarcible (pues tampoco la Entidad ha demostrado eximente de responsabilidad por el retraso advertido). Además, hasta ese entonces la Entidad no había entregado el Expediente Técnico para dar inicio a la Obra.



Finalmente, con fecha 20 de abril de 2009, es decir el día cuarenta y seis (46) contado a partir de la suscripción del Contrato, la Entidad cumplió con entregar el Expediente Técnico, dando en ese momento por cumplidas todas las condiciones establecidas en el artículo 240 del RLCAE.

- n. Por lo indicado, está acreditado en autos y ratificado por las partes en las Audiencias llevadas a cabo a lo largo de este proceso que, una vez vencido el plazo de treinta (30) días para que la Entidad cumpla con las condiciones que exige el RLCAE para el inicio de la OBRA (esto es, a partir del 04 de abril de 2009), por cada día de incumplimiento injustificado adicional, corresponde aplicar la fórmula establecida en la norma para determinar el resarcimiento por daños y perjuicios correspondiente.
- o. En este caso, queda acreditado que el día en el que la Entidad cumplió la última condición para dar inicio al plazo de ejecución de la OBRA fue el 20 de abril de 2009, cuando hizo entrega del Expediente Técnico. Así, existieron dieciséis (16) días de retraso en el cumplimiento de las condiciones que exige el artículo 240 del RLCAE, retraso que resulta imputable a la Entidad, pues conforme al artículo 1329 del Código Civil⁹, se presume que el cumplimiento tardío obedece a culpa leve del deudor. Por ello, la carga de la prueba sobre la existencia de causas no imputables o eximentes de responsabilidad por el cumplimiento tardío recae sobre la Entidad, quien no ha probado en este proceso ningún eximente o justificación al retraso advertido.

En consecuencia, este período de dieciséis (16) días es el que resulta relevante para calcular el monto por resarcimiento de daños y perjuicios que debe ordenarse pagar al demandado, teniendo en cuenta el límite máximo establecido en el artículo 240 del RLCAE, como se aprecia en el siguiente calendario:



⁹ "Artículo 1329 del Código Civil.- Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor".

ABRIL 2009						
LUNES	MARTES	MIÉRCOLES	JUEVES	VIERNES	SÁBADO	DOMINGO
		1	2	3	4 FECHA MÁXIMA PARA EL CUMPLIMIENTO DE CONDICIONES	5 DÍA DE DEMORA 1
6 DÍA DE DEMORA 2	7 DÍA DE DEMORA 3	8 DÍA DE DEMORA 4	9 DÍA DE DEMORA 5	10 DÍA DE DEMORA 6	11 DÍA DE DEMORA 7	12 DÍA DE DEMORA 8
13 DÍA DE DEMORA 9	14 DÍA DE DEMORA 10	15 DÍA DE DEMORA 11	16 ¹⁰ DÍA DE DEMORA 12	17 ¹¹ DÍA DE DEMORA 13	18 DÍA DE DEMORA 14	19 DÍA DE DEMORA 15
20 ¹² DÍA DE DEMORA 16	21	22	23	24	25	26
27	28	29	30			

p. Ahora bien, el Contratista ha presentado el siguiente procedimiento de cálculo para establecer el monto total del resarcimiento conforme a lo dispuesto en el artículo 240 del RLCAE, el cual no ha sido cuestionado por la parte demandada, y que consiste en:

- i) Tomar, en primer lugar, el monto contractual, sin IGV, a fin de determinar el monto por resarcimiento por daños y perjuicios por día que dispone la norma (5/1000 del monto contractual),
- ii) Luego, determinar el máximo de resarcimiento que establece la norma (75/1000 del monto contractual, sin IGV),
- iii) Calcular el monto por resarcimiento que corresponde por los días de retraso injustificado por parte de la Entidad, con IGV, y
- iv) Al ser el monto obtenido mayor al límite máximo permitido por la norma, corresponde reconocer solo dicho máximo permitido. Veamos:



¹⁰ Se presenta al Inspector de la OBRA, Ingeniero Mamani Quispe.

¹¹ La Entidad y el Contratista suscriben el Acta de Entrega del Terreno.

¹² La Entidad entrega el Expediente Técnico al Contratista.

Concepto	(S/.)
Monto Contractual sin IGV	12'217,018.26
Resarcimiento por daños y perjuicios por día (5/1000 del monto contractual) sin IGV	61,085.09
Resarcimiento de daños y perjuicios máximo (75/1000 del monto contractual) sin IGV	916,276.37
Total Resarcimiento de daños y perjuicios con IGV	1'081,206.12

Así, el Árbitro Único considera correcto y conforme al tenor del artículo 240 del RLCAE el cálculo efectuado por la parte demandante, por lo que corresponde ordenar a la Entidad el pago de un resarcimiento de daños y perjuicios ascendente a S/. 1'081,206.12 (Un millón ochenta y un mil doscientos seis y 12/100 Nuevos Soles), monto que ya incluye el IGV correspondiente.

Sobre si la pretensión planteada ha sido objeto de renuncia tácita o se debe entender extemporánea

- q. Finalmente, y con relación al tercer subtema anunciado en el literal c) de este acápite, corresponde, en atención a lo alegado por la Entidad en su contestación de demanda y sus exposiciones orales en las Audiencias realizadas, y las absoluciones del demandante, evaluar si el pedido de resarcimiento de daños y perjuicios formulado por el Contratista habría sido objeto de renuncia tácita, en atención al momento en que fue formulado.

En efecto, la Entidad sostiene que la demanda es infundada pues el Contratista habría renunciado tácitamente a su derecho al pago de los daños y perjuicios solicitados, convalidando así cualquier hecho producido, en virtud del artículo 231º del Código Civil.

- r. Pues bien, el artículo 231 del Código Civil establece que *"el acto queda también confirmado si la parte a quien correspondía la acción de anulación, conociendo la causal, lo hubiese ejecutado en forma total o parcial, o si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad"*.

En atención al tenor mismo del artículo invocado por la parte demandada, el Árbitro Único considera que la norma contenida en él no resulta aplicable, pues regula en qué supuestos un acto jurídico anulable (es decir, un acto celebrado por un incapaz relativo, o bajo error, dolo violencia o intimidación, o cuando media simulación absoluta o la ley lo declara anulable, conforme al artículo 221 del mismo cuerpo normativo), puede ser convalidado, situación que no corresponde al supuesto de hecho materia de análisis. En efecto, no estamos ante un acto jurídico cuya anulabilidad esté pretendida y que, en base al artículo 221 del Código Civil, deba entenderse convalidado.

- s. Si en realidad, como sostiene el demandante, de dicha norma se desprendería, a manera de principio, que puede existir una "renuncia tácita" cuando existan hechos que pongan de manifiesto la intención de renunciar a un derecho (como lo sería, a entender de la Entidad, por no haber reclamado el resarcimiento de daños materia de este arbitraje inmediatamente después de iniciado el plazo de la Obra e incluso haberla ejecutado), dicho entendimiento tampoco es compartido por el Árbitro Único.

Y es que no cabe alegar la existencia de una manifestación tácita, consistente en renunciar a la posibilidad de exigir el resarcimiento de daños, si es que la ley especial regula un plazo de prescripción o caducidad para el ejercicio de tal derecho, siendo que el silencio o inacción del Contratista mientras no haya operado la prescripción extintiva o la caducidad no importa una manifestación de voluntad de renuncia tácita, ya que ni la LCAE, el RLCA o el Contrato atribuyen tal significado a dicho silencio o inacción. Así lo dispone el artículo 142 del Código Civil¹³.

¹³

"Artículo 142 del Código Civil.- El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado.

- t. Al respecto, el artículo 43° de la LCAE señala que el Contrato de Obra culmina con su liquidación¹⁴, siendo que conforme al artículo 53.2 del mismo cuerpo normativo, las controversias producidas en la ejecución del contrato, entendiéndose hasta antes de su culminación –liquidación–, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje. En efecto, el artículo 53.2 de la LCAE señala lo siguiente:

"Artículo 53.- Solución de Controversias

[...]

53.2 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato. Este plazo es de caducidad". (Énfasis agregado)

De la misma manera, el numeral 3.5 de las Bases señala que la vigencia del contrato "se extenderá desde el día siguiente de la suscripción del mismo hasta el consentimiento de la liquidación final de la obra". Asimismo, la Cláusula tercera del Contrato confirma este entendimiento, al señalar que su vigencia "será a partir del día siguiente de la suscripción del mismo hasta el consentimiento de la liquidación de la obra".

- u. En ese sentido, durante la ejecución del Contrato es claro que cualquiera de las partes podrá formular un reclamo a la otra, y ante la resistencia del contrario, se generará una controversia que podrá ser resuelta a través de los mecanismos previstos en la normativa sobre contrataciones del Estado, como lo son el procedimiento de conciliación o arbitraje, según corresponda, siempre que no haya operado la caducidad regulada.



¹⁴ "Artículo 43 de la LCAE.- Culminación del Contrato [...]
Tratándose de contratos de ejecución o consultoría de obras, el contrato culmina con la liquidación, 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 [...].

En el presente caso, el Contratista fue quien, tras formular el reclamo a la Entidad, y generada la controversia, inició el presente arbitraje dentro del plazo de caducidad previsto en la ley, en tanto se encuentra pendiente la liquidación del Contrato de Obra. En tal sentido, el Árbitro Único considera que no es posible sostener que la pretensión principal del Contratista ha sido objeto de renuncia tácita.

- v. Por lo expuesto, el Árbitro Único considera que la primera pretensión formulada por el Contratista debe ser amparada, siendo procedente el Resarcimiento por Daños y Perjuicios reclamado mediante Carta N° 006-11-GG-CPM, ordenándose al demandado el pago por concepto de Daños y Perjuicios por el monto de S/. 1'081,206.12 (Un Millón Ochenta y Un Mil Doscientos Seis con 12/100 Nuevos Soles), que ya incluye el IGV.

2.2 SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar qué parte deberá asumir los gastos arbitrales (costas y costos), y en qué proporción:

- a. Dado que no consta una estipulación respecto de esta materia en el convenio arbitral estipulado en la cláusula Décimo Novena del Contrato, ni en el Acta de Instalación, ni la LCAE, o el RLCAE, resulta de aplicación supletoria lo establecido en el artículo 73 de la Ley de Arbitraje¹⁵.
- b. La norma mencionada prevé que, a falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo –en principio– de la parte vencida; no obstante ello, es facultad del Árbitro Único distribuir y prorratear estos costos entre las partes si ello resulta razonable en atención a las circunstancias del caso.



¹⁵ "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 prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

2. Cuando el tribunal arbitral ordene la terminación de las actuaciones arbitrales por transacción, desistimiento, declaración de incompetencia o por cualquier otra razón, fijará los costos del arbitraje en su decisión o laudo.

3. El tribunal arbitral decidirá también los honorarios definitivos del árbitro que haya sido sustituido en el cargo, de acuerdo al estado de las actuaciones arbitrales, en decisión definitiva e inimpugnable".

- c. En el presente caso, el Árbitro Único estima razonable distribuir los gastos arbitrales, pues si bien en este proceso ha resultado vencida la Entidad respecto de la primera pretensión del demandante, también es cierto que la materia controvertida requería ser esclarecida en la vía arbitral, a fin de verificar si correspondía o no el resarcimiento de daños reclamado por el Consorcio.
- d. En consecuencia, el Tribunal ha podido advertir que ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral.

Asimismo, el Tribunal Arbitral ha considerado, a efectos de regular el pago de los gastos procesales, el buen comportamiento procesal de las partes en las audiencias realizadas así como durante el proceso.

- e. Por ello, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los gastos arbitrales (costas y costos) en los que incurrió como consecuencia del presente arbitraje, como son los honorarios arbitrales, su defensa legal, etc.

Por las razones expuestas, de acuerdo con lo establecido por la LCAE y el LCAE, como por lo dispuesto en la Ley de Arbitraje, el Árbitro Único, en DERECHO,

LAUDA:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la primera pretensión del CONSORCIO PUENTE MAJES, por lo que se declara procedente el Resarcimiento por Daños y Perjuicios presentado al Gobierno Regional de Arequipa mediante Carta N° 006-11-GG-CPM, y SE ORDENA al demandado el pago por concepto de Daños y Perjuicios por el monto de S/. 1'081,206.12 (Un Millón Ochenta y Un Mil Doscientos Seis con 12/100 Nuevos Soles), que ya incluye el IGV.

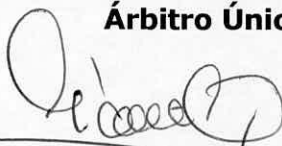


SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la segunda pretensión del CONSORCIO PUENTE MAJES (E. REYNA C. S.A.C. CONTRATISTAS GENERALES, CONSTRUCCIONES CIVILES Y PORTUARIAS S.A., CORPORACIÓN CROMOS S.A.C.), por lo que cada parte, demandante y demandada, debe asumir sus propios gastos (costas y costos) incurridos en el presente proceso.



ENRIQUE A. JOHANSON CERVANTES

Árbitro Único



FABIOLA PAULET MONTEAGUDO
Directora de Arbitraje Administrativo