



Expediente N° S 083-2011-SNA
Demandante: Consorcio Nor Peruano
Demandado: ESSALUD
Expediente N° S-083-2011

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

DEMANDANTE:

CONSORCIO NOR PERUANO
(en adelante, el Consorcio o el Contratista)

DEMANDADO:

SEGURO SOCIAL DE SALUD – ESSALUD
(en adelante, ESSALUD o la Entidad)

TRIBUNAL ARBITRAL:

Dr. Weyden García Rojas
Dr. Patrick Konstantino Hurtado Tueros
Dr. Mario Manuel Silva López

SECRETARÍA ARBITRAL:

Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE

DAA/RVM

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado
Central Telefónica: 613-5555

Av. Gregorio Escobedo Cdra. 7 s/n
Jesús María / Lima 11 / Perú

www.osce.gob.pe

Página 1 de 37



Expediente N° S 083-2011-SNA
Demandante: Consorcio Nor Peruano
Demandado: ESSALUD
Expediente N° S-083-2011

Resolución N° 15

En Lima, a los veintiséis días del mes de febrero del año dos mil trece, el Tribunal Arbitral, luego de haber llevado adelante las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración, analizado y deliberado respecto de las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo:

I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL Y DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

El Convenio Arbitral

En el punto 12.2 del Contrato N° 006-DM-RACAJ-ESSALUD-2009: “Construcción Obra Posta Médica Hualgayoc de la Red Asistencial ESSALUD Cajamarca” de fecha 17 de marzo de 2008 (en adelante, el Contrato), se establece que:

“Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos mediante arbitraje, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del Consucode (en adelante, “el CENTRO”) y de acuerdo con su Reglamento”.

Designación de árbitros.

Mediante escrito de fecha 24 de junio de 2011, el Consorcio designó como árbitro al doctor Patrick Hurtado Tueros; asimismo, mediante escrito de fecha 15 de julio de 2011,
DAA/RVM





Expediente N° S 083-2011-SNA
Demandante: Consorcio Nor Peruano
Demandado: ESSALUD
Expediente N° S-083-2011

ESSALUD designó como árbitro al doctor Mario Silva López; finalmente, mediante carta notificada al OSCE con fecha 15 de agosto de 2011, ambos árbitros designaron al doctor Weyden García Rojas como Presidente del Tribunal Arbitral.

II. DEMANDA ARBITRAL

1. La Contratista, mediante escrito presentado el 24 de junio de 2011, presentó su demanda arbitral ante la Secretaría del SNA-OSCE, contra la Entidad.

Pretensiones

2. Las pretensiones formuladas fueron las siguientes:

- I. Se declare consentida la Liquidación Final de Obra que presentó Consorcio Nor Peruano el 12 de julio de 2010, por no haber sido observada por ESSALUD en el plazo reglamentario.
- II. Se ordene a ESSALUD pagar a Consorcio Nor Peruano el saldo de S/. 200,203.69 (Doscientos mil doscientos tres y 69/100 nuevos soles), resultante de la Liquidación Final de Obra que presentó Consorcio Nor Peruano el 12 de julio del 2010, consentida por ESSALUD al no observarla en el plazo reglamentario; más los intereses devengados y por devengarse.
- III. Se ordene a ESSALUD que cumpla con pagar al Consorcio los gastos de renovación de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento desde el 13 de agosto de 2010, en que quedó consentida la Liquidación Final de Obra que presentó Consorcio Nor Peruano el 12 de julio de 2010, por no haber sido observada por ESSALUD en el plazo reglamentario; más los intereses devengados y por devengarse.
- IV. Que ESSALUD pague los gastos totales del arbitraje.

DAA/RVM

Expediente N° S 083-2011-SNA
Demandante: Consorcio Nor Peruano
Demandado: ESSALUD
Expediente N° S-083-2011

III. Fundamentos de Hecho y Derecho de la demanda

3. Que, con fecha 17 de marzo de 2009, se suscribió el Contrato, bajo el régimen de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, aprobados por D.S. N° 083-2004-PCM y 084-2004-PCM, respectivamente. Computándose el plazo contractual del 24 de abril de 2009 al 10 de noviembre de 2009, que incluye dos ampliaciones por causas ajenas que afectaron el calendario de ejecución.
4. Que, el acta de recepción de la obra ejecutada se firmó el 12 de mayo de 2010.
5. Que, con fecha 12 de julio de 2010, mediante Carta N° 0024-2010-CNP, el Consorcio presentó a ESSALUD la Liquidación de Obra para su revisión, arrojando un monto ascendente a S/. 200,203.69, incluido el IGV, a favor del Consorcio.
6. Que, conforme al artículo 269º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, ESSALUD tenía 30 días calendario para formular observaciones a su liquidación o elaborar una nueva, dicho plazo vencía el 11 de agosto de 2010.
7. Que, dentro de dicho plazo ESSALUD no planteó ninguna observación a la Liquidación, ni formuló otra liquidación distinta, por lo tanto, la liquidación efectuada por el Consorcio quedó consentida y así se lo hicieron conocer a ESSALUD mediante la Carta N° 025-2010-CPN, notificada el 13 de agosto de 2010.
8. Que, según señala la Contratista, ESSALUD admitió y trámite la liquidación de obra y comunicó las observaciones al Consorcio mediante Carta N° 311-OA-DM-RACAJ-ESSALUD-2010 el 16 de agosto de 2010, a lo que la parte demandante contestó, mediante Cartas N° 026-2010-CPN y 027-2010-CPN que no había observaciones válidas formuladas dentro del plazo de Ley, por lo que la Liquidación de Obra había quedado consentida y correspondía que ESSALUD pagara a la Contratista el saldo a su favor.

DAA/RVM



Expediente N° S 083-2011-SNA
Demandante: Consorcio Nor Peruano
Demandado: ESSALUD
Expediente N° S-083-2011

9. Que, mediante Carta N° 325-OA-DM-RACAJ-ESSALUD-2010 del 23 de agosto de 2010, ESSALUD solicitó al Consorcio reconsiderar su posición y absolver las observaciones formuladas por dicha Entidad, a lo que el Consorcio, mediante Carta N° 028-2010 de fecha 27 de agosto, respondió que su liquidación había quedado consentida.
10. Que, posteriormente, ESSALUD manifestó que la liquidación presentada por la Contratista no procedía por haber controversias pendientes de solución, sin embargo, la Contratista señala que a la fecha de presentación de la liquidación ya no existían controversias pendientes de resolver pues su solicitud de arbitraje no fue presentada ni tramitada ante el OSCE dentro de los cinco (5) días de respondida por ESSALUD la solicitud de arbitraje, conforme lo ha reconocido la Gerencia de Asuntos Judiciales de la Sede Principal de ESSALUD mediante Carta N° 1349-2010-GAJ-OCAJ-ESSALUD-2010 del 14 de diciembre de 2010, pues la petición de arbitraje debía ser presentada conjuntamente con la demanda arbitral ante el OSCE, por lo que su presentación ante otra instancia o ante la propia Entidad no configura propiamente una solicitud de arbitraje.
11. Que, aún en el caso de que la liquidación haya sido presentada un día después del plazo de 60 días, dicha liquidación no pierde su valor, pues ESSALUD no presentó una liquidación distinta, habiendo renunciado de esa manera a elaborar su propia liquidación, habiendo validado la presentada por la Contratista al admitirla, darle trámite ante el Supervisor de Obra y no observarla dentro de los 30 días de recibida.
12. Que, al haber quedado consentida la liquidación, ESSALUD está obligado a pagar \$7. 200,203.69 como saldo a favor del Consorcio.
13. Que, asimismo, la Contratista señala que, de acuerdo a lo establecido en el Contrato y la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el Contratista está obligado a mantener vigente la carta de fiel cumplimiento hasta el consentimiento de la liquidación de la obra, lo que ocurrió el 12 de agosto de 2010, cuando quedó consentida la

DAA/RVM

Expediente N° S 083-2011-SNA
Demandante: Consorcio Nor Peruano
Demandado: ESSALUD
Expediente N° S-083-2011

liquidación de la obra al no haber sido observada por ESSALUD dentro del plazo correspondiente.

14. Que, por dicho motivo, ESSALUD está obligado a devolver la Carta Fianza, puesto que se ha cumplido con todos los requisitos previstos en la Cláusula Decimo Octava del Contrato, pues no sólo ha quedado consentida la liquidación, sino que además han presentado el Acta de Recepción sin observaciones, la memoria descriptiva valorizada y los planos post ejecución.
15. Que, por dicho motivo es que ESSALUD debe devolver a la Contratista los gastos financieros por la renovación que esta última ha estado realizando de la carta fianza por un monto de S/. 23,700.00 (Veintitrés mil setecientos y 00/100 nuevos soles).

IV. DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

16. Por su parte, mediante escrito de fecha 15 de julio de 2011, la Entidad absuelve el traslado conferido, contesta la demanda y formula una Excepción de Caducidad.
17. La Entidad formula Excepción de Caducidad basándose en lo establecido en los artículos 269°, 272° y 273° del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado pues, según señala, la Contratista pudo haber acudido a conciliación y/o a la vía arbitral en un plazo de quince (15) días hábiles desde el momento en que ESSALUD le comunicó, con fecha 16 de agosto de 2010, su desacuerdo con la liquidación presentada por la parte demandante; sin embargo, no lo hizo.
18. Que, en una anterior oportunidad, la Contratista presentó ante la Entidad una petición de arbitraje con fecha 20 de enero de 2010, cuestionando una denegatoria de ampliación de plazo; sin embargo, al haber iniciado el trámite y no haberlo continuado, se le comunicó que la solicitud estaba siendo archivada en el sistema interno de su institución, por haber transcurrido en exceso el plazo sin haberse llegado a constituir el Tribunal

DAA/RVM

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado
Central Telefónica: 613-5555

Av. Gregorio Escobedo Cdra. 7 s/n
Jesús María / Lima 11 / Perú

www.osce.gob.pe

Página 6 de 37



Expediente N° S 083-2011-SNA
Demandante: Consorcio Nor Peruano
Demandado: ESSALUD
Expediente N° S-083-2011

Arbitral, con lo cual se evidencia la falta de diligencia de la Contratista en relación a los plazos señalados en la norma.

19. Que, asimismo, en relación a las pretensiones planteadas, la Entidad señala que no es cierto que el inicio del plazo contractual sea el 24 de abril de 2009, sino el 22 de abril de 2009 y tampoco es cierto que el Acta de Recepción de Obra se haya firmado el 12 de mayo de 2010 por demoras de ESSALUD, sino que ello se debe a que la parte demandante solicitó ampliaciones de plazo.
20. Que, la Entidad señala que la fecha contractual de término de la obra era el 18 de setiembre de 2009, a lo que se otorgaron dos ampliaciones de plazo por un total de 53 días calendario, quedando como fecha de término de la obra el 10 de noviembre de 2009; sin embargo, la obra fue concluida por la Contratista el 9 de diciembre de 2009, después de 29 días de atraso, lo que generó una penalidad por mora de S/. 146,885.00.
21. Que, mediante Carta N° 871-DM-RACAJ-ESSALUD-2009, de fecha 16 de noviembre de 2009, se comunicó a la Contratista el incumplimiento del Contrato, señalándole que a partir del 8 de noviembre de 2009 estaba inmerso en una multa por día de atraso.
22. Que, asimismo, la Entidad señala que el Consorcio incumplió con el levantamiento de observaciones a pesar de haber sido requerido para ello por parte de ESSALUD mediante diversas cartas; lo que llevó a que la recepción final de la obra se efectúe con fecha 10 de mayo de 2010;
23. Que, de igual manera, la Entidad señala que el proyecto de liquidación fue presentado por la Contratista un día después de vencido el plazo para ello, pues debió ser presentada el 11 de julio de 2010 y no el 12 de julio de 2010, pues la fecha de recepción de la obra fue el 12 de mayo de 2010 y los sesenta (60) días establecidos por la norma para presentar la liquidación debían ser contados a partir del 13 de mayo de 2010.
24. Que, no es cierto que el plazo señalado en el artículo 269º del Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, sea en días calendarios, pues se computa en día hábiles y que ESSALUD sí

DAA/RVM



Expediente N° S 083-2011-SNA
Demandante: Consorcio Nor Peruano
Demandado: ESSALUD
Expediente N° S-083-2011

realizó observaciones a la liquidación dentro del término de Ley, tal y como consta de la Carta N° 311-OA-DM-RACAJ-ESSALUD-2010.

25. Que, asimismo, se indicó a la demandante que su liquidación no procedía por existir controversias pendientes de solución.
26. Que, al haber sido observada la liquidación, el Consorcio se encontraba en la obligación de mantener vigente la carta fianza de fiel cumplimiento, hasta el consentimiento de la liquidación de obra, por lo que no es correcto el cobro de gastos por mantener dicha carta.
27. Que, el Consorcio, al presentar su liquidación, no tuvo en cuenta la penalidad por días de atraso (ascendente a un total de S/. 146,911.10, por 29 días calendario), la entrega de documentos de acuerdo a la formalidad establecida en el artículo 269º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, la petición de arbitraje respecto de la Ampliación de Plazo N° 3, comunicada a ESSALUD mediante Carta N° 01-2010-CONSORCIO NOR PERUANO de fecha 18 de enero de 2010.

V. AUDIENCIA DE INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

28. El día 28 de febrero de 2012 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, con la presencia de los representantes de ambas partes.
29. En dicha audiencia se establecieron los siguientes puntos controvertidos, sobre la base de las pretensiones y defensas planteadas por las partes:
 - I. Determinar si corresponde declarar consentida la Liquidación Final de Obra que presentó el Consorcio Nor Peruano el 12 de julio de 2010.

DAA/RVM

Expediente N° S 083-2011-SNA
Demandante: Consorcio Nor Peruano
Demandado: ESSALUD
Expediente N° S-083-2011

- II. Determinar si corresponde ordenar al Seguro Social de Salud – ESSALUD que pague al Consorcio Nor Peruano la suma de S/. 200,203.69 (Doscientos mil doscientos tres con 69/100 nuevos soles), más los intereses devengados y por devengarse, por concepto de saldo de la Liquidación Final de Obra que presentó el Consorcio Nor Peruano el 12 de julio de 2010.
 - III. Determinar si corresponde ordenar que el Seguro Social de Salud – ESSALUD pague al Consorcio Nor Peruano los gastos de renovación de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento desde el 13 de agosto de 2010.
 - IV. Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir el pago de las costas y costos del proceso.
30. Asimismo, se señaló que la Excepción de Caducidad planteada por ESSALUD, sería resuelta por el Tribunal Arbitral en una resolución posterior o al momento de laudar.

VI. DE LOS ALEGATOS ESCRITOS

31. De conformidad con lo establecido en el artículo 48º del TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE, mediante Resolución N° 8 de fecha 13 de agosto de 2012, el Tribunal Arbitral declaró concluida la etapa probatoria. En tal sentido, se otorgó a las partes el plazo de cinco (5) días a fin de que presenten sus alegatos escritos.

VII. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

32. Con fecha 10 de octubre de 2012, se realizó la Audiencia de Informes Orales con la asistencia de ambas partes.

DAA/RVM

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado
Central Telefónica: 613-5555

Av. Gregorio Escobedo Cdra. 7 s/n
Jesús María / Lima 11 / Perú

www.osce.gob.pe

Página 9 de 37



Expediente N° S 083-2011-SNA
Demandante: Consorcio Nor Peruano
Demandado: ESSALUD
Expediente N° S-083-2011

VIII. PLAZO PARA LAUDAR

33. Mediante Resolución N° 13 de fecha 27 de diciembre de 2012, el Tribunal Arbitral fijó el plazo para laudar.
34. Mediante Resolución N° 14 de fecha 23 de enero de 2013, se prorrogó el plazo para laudar.

IX. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

IX.1 Consideraciones preliminares

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

DAA/RVM

Expediente N° S 083-2011-SNA
Demandante: Consorcio Nor Peruano
Demandado: ESSALUD
Expediente N° S-083-2011

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

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

“... la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que propuso o lo proporcionó”¹.

38. Efectuadas estas precisiones a continuación se procederá al análisis de las pretensiones recogidas en los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje.

39. El Tribunal Arbitral deja constancia que al emitir el presente laudo arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral

¹ TARAMONA H., José Rubén. *Medios Probatorios en el Proceso Civil*. Lima: Rodhas, 1994. p. 35.



Expediente N° S 083-2011-SNA
Demandante: Consorcio Nor Peruano
Demandado: ESSALUD
Expediente N° S-083-2011

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

40. Que adicionalmente debe precisarse que, los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar el Tribunal Arbitral, pudiendo en consecuencia realizar un análisis conjunto de los mismos en aquellos casos en los que se encuentren íntimamente ligados, por lo que en ese sentido, el Tribunal Arbitral considera que el análisis debe realizarse de acuerdo a la forma siguiente:

IX.2 Análisis de la Excepción de Caducidad interpuesta por la Entidad

1. La Entidad señala que, de acuerdo a lo establecido en los artículos 269°, 272° y 273° del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, la Contratista pudo haber acudido a conciliación y/o a la vía arbitral en un plazo de quince (15) días hábiles desde el momento en que ESSALUD le comunicó, con fecha 16 de agosto de 2010, su desacuerdo con la liquidación presentada por la parte demandante; sin embargo, no lo hizo.
2. Asimismo, la Entidad señala que en una anterior oportunidad, la Contratista presentó ante la Entidad una petición de arbitraje con fecha 20 de enero de 2010, cuestionando una denegatoria de ampliación de plazo; sin embargo, al haber iniciado el trámite y no haberlo continuado, se le comunicó que la solicitud estaba siendo archivada en el sistema interno de su institución, por haber transcurrido en exceso el plazo sin haberse

DAA/RVM

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado
Central Telefónica: 613-5555

Av. Gregorio Escobedo Cdra. 7 s/n
Jesús María / Lima 11 / Perú

www.osce.gob.pe

Página 12 de 37



Expediente N° S 083-2011-SNA
Demandante: Consorcio Nor Peruano
Demandado: ESSALUD
Expediente N° S-083-2011

llegado a constituir el Tribunal Arbitral, con lo cual se evidencia la falta de diligencia de la Contratista en relación a los plazos señalados en la norma.

3. Al respecto, mediante escrito de fecha 25 de julio de 2011, el Consorcio absolvio el traslado conferido respecto de la Excepción de Caducidad y señala que los plazos de caducidad son establecidos únicamente por norma con rango de Ley, conforme lo establece el artículo 2004º del Código Civil, por lo tanto, no es el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado el instrumento legal válido para establecer un plazo de caducidad de 15 días, pues el artículo 53º de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado no establece un plazo de caducidad cuando la Entidad se resiste a admitir que la liquidación de obra ha quedado consentida; no existiendo caducidad cuando surgen controversias después de que el contrato ya culminó.
4. Asimismo, la Contratista señala que la petición de arbitraje del 20 de enero de 2010 nada tiene que ver con la Excepción formulada, puesto que se trata de un hecho ajeno a las pretensiones contenidas en la demanda.
5. En relación a lo expuesto por las partes, tenemos que, la base de la excepción deducida por la Entidad es el hecho de que la Contratista inició el presente arbitraje fuera del plazo indicado en el Artículo 269º del Reglamento.
6. Como paso previo para resolver la Excepción de Caducidad planteada, este colegiado considera pertinente analizar cuál es la naturaleza de la caducidad.
7. Al respecto, Juan Monroy Gálvez define a la caducidad como:

"aquella institución del derecho material referida a actos, instituciones o derechos, siendo en este último caso de uso más común e interesante para el proceso. Asimismo, agrega que se caracteriza porque se extingue el derecho material como consecuencia del transcurso del tiempo. En ese sentido, si se ha interpuesto una demanda cuya pretensión está sustentada en un derecho que ha venido en caduco, entonces en estricto la pretensión no tiene

DAA/RVM



Expediente N° S 083-2011-SNA
Demandante: Consorcio Nor Peruano
Demandado: ESSALUD
Expediente N° S-083-2011

fundamento jurídico, por lo que ya no puede ser intentada. Esta situación es tan categórica para el proceso que el Código Civil le concede al juez el derecho de declarar la caducidad y la consecuente improcedencia de la demanda si aparece del sólo examen de ésta al momento de su calificación inicial".²

8. En relación a este extremo que es materia de análisis, debe precisarse que de ampararse eventualmente el supuesto de caducidad denunciado, el Tribunal Arbitral habría perdido competencia para conocer la causa puesta a su conocimiento por dos circunstancias, la primera de ellas debido a que al haber caducado el derecho reclamado, no existiría fundamento alguno que permita la actuación del Tribunal Arbitral para pronunciarse sobre una pretensión que ha caducado; la segunda responde al hecho que al haber caducado la posibilidad de arbitrar la materia controvertida, el Tribunal Arbitral habría perdido competencia para resolver cualquier controversia existente entre las partes, toda vez que el Tribunal Arbitral únicamente tendría competencia para emitir pronunciamiento sobre la pretensión demandada si la petición arbitral destinada a lograr el pago del monto adeudado se hubiere formulado antes del plazo de caducidad indicado por la Entidad excepcionante, conforme lo señala la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
9. Resulta preciso señalar que el cuestionamiento de la competencia de un Árbitro para conocer un determinado caso, constituye la herramienta fundamental con la que cuenta aquella parte vinculada a un proceso arbitral, que advierte que su controversia va a ser resuelta por alguien que no tiene facultades para ello, lo que importaría una abierta vulneración al derecho a juez³ natural.
10. La competencia es la determinación específica para administrar justicia (labor que le corresponde a un Árbitro por mandato expreso de la Constitución del Estado peruano), que no es otra cosa que la jurisdicción especializada.

² MONROY GÁLVEZ, Juan. El proceso civil en un libro sobre prescripción y caducidad. En: Themis N° 10. Lima. Pp.24 - 28.

³ Para efectos del presente caso, entiéndase por Juez al Tribunal Arbitral.
DAA/RVM

Expediente N° S 083-2011-SNA
Demandante: Consorcio Nor Peruano
Demandado: ESSALUD
Expediente N° S-083-2011

11. Entonces tenemos que la jurisdicción es, el poder-deber que se tiene para administrar justicia; sin embargo, esta definición es aun carente de precisión pues debemos insertarnos con mayor ahínco en este concepto; para hablar del Juez Natural, un concepto acorde de jurisdicción sería decir que es aquel poder o facultad que a su vez es un deber ineludible que tienen determinadas personas –en este caso los Árbitros– para administrar justicia mediante la resolución –dentro de un proceso arbitral– de una determinada controversia o conflicto de intereses con relevancia jurídica.
12. Ahora bien, enseña QUIROGA que el principio del Juez Natural, consagrado en las cartas internacionales determina enfáticamente que nadie puede ser desviado de la justicia ordinaria, natural, a la vez que dentro de la misma nadie puede ser derivado del juez natural que conforme a ley de la materia le corresponda de modo previo y objetivo.⁴ ¿Qué quiere decir esto?
13. Quiere decir que aquello que debe ser conocido por un Tribunal Arbitral sea conocido por éste y no por otro órgano o ente público o privado que pretenda atribuirse tal facultad, así también supone que un Tribunal Arbitral no pueda conocer ni resolver aquellas controversias cuyo conocimiento y resolución se encuentran reservadas a otros órganos jurisdiccionales.
14. Es por ello, que este derecho se verá vulnerado si el Tribunal Arbitral se atribuye el conocimiento de una causa que legalmente no se le ha facultado a resolver. Es preciso señalar que el hecho de saber qué juez o Tribunal Arbitral conocerá un proceso no supone saber con nombres y apellidos qué juez o qué árbitros se harán cargo de un proceso, simplemente, para respetar este derecho, basta que se tenga claro si la controversia existente entre las partes, por mandato legal⁵ debe ser resuelta por un Tribunal Arbitral o por otro órgano que ejerza jurisdicción.

⁴ QUIROGA LEÓN, Aníbal. El debido proceso legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Jurista Editores, Lima: 2003. p. 58.

⁵ En este caso la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
DAA/RVM



Expediente N° S 083-2011-SNA
Demandante: Consorcio Nor Peruano
Demandado: ESSALUD
Expediente N° S-083-2011

15. El derecho al Juez Natural como señala Aníbal QUIROGA, se cautela a través del principio de legalidad (...), así también sólo por ley se ha de determinar a quién corresponde qué en cada momento, de manera que el justiciable pueda acceder al conocimiento previo y determinable, donde y ante quién se ha de ventilar sus derechos subjetivos en litigio”⁶
16. Finalmente debe señalarse que el derecho al Juez Natural importa dos garantías fundamentales al ciudadano, la primera es la de que su controversia sea sometida únicamente al conocimiento de aquellas personas que tienen jurisdicción, por lo que de someter la controversia de alguien a una autoridad distinta a la jurisdiccional, se estaría vulnerando el derecho al Juez Natural. La segunda garantía está constituida por la garantía de que su controversia sea conocida no por cualquier persona investida de jurisdicción; sino por aquella que de acuerdo a la ley de la materia se encuentre facultada a asumir tal conocimiento.⁷
17. Entonces, como ya ha sido resumido, la Entidad indirectamente atribuye la carencia de competencia del Tribunal Arbitral debido a la caducidad del derecho que reclama la demandante; siendo ello así, la no caducidad del derecho demandado determinaría la competencia del Tribunal Arbitral para conocer la presente causa.
18. A efectos de brindar una respuesta adecuada al cuestionamiento formulado, el Tribunal Arbitral debe señalar que conforme ha sido desarrollado en los párrafos que preceden de este laudo arbitral de derecho, la incompetencia del Tribunal Arbitral importaría la imposibilidad de éste de emitir pronunciamiento aún respecto de la caducidad del derecho, toda vez que el Tribunal Arbitral se encontraría impedido de emitir pronunciamiento tanto de fondo, como inclusive de forma, a excepción de la propia declaración formal de incompetencia, cuyas facultades alcanzaría hasta dicho extremo.
19. En ese sentido, tal extremo del cuestionamiento de la competencia del Tribunal Arbitral debe ser desestimado.

⁶ QUIROGA LEÓN, Aníbal. Op. cit., p. 58.

⁷ CFR. QUIROGA LEÓN, Aníbal. Op. cit., p. 59-60.
 DAA/RVM

Expediente N° S 083-2011-SNA
Demandante: Consorcio Nor Peruano
Demandado: ESSALUD
Expediente N° S-083-2011

20. La caducidad, asimismo, está regulada en los artículos 2003° al 2007° del Código Civil, no existiendo regulación expresa sobre ella ni en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado ni en su Reglamento.

21. De acuerdo a dichas normas, la caducidad tiene por efecto extinguir un derecho y con ello la acción relacionada con éste.

22. Asimismo, en el Artículo 2004° del Código Civil, se ha establecido el principio de legalidad en relación con los plazos de caducidad, señalándose lo siguiente:

"Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto en contrario".

23. En ese sentido, es claro que la caducidad sólo puede estar contemplada en una norma con rango de ley.

24. En esa misma línea, en el Artículo IX del Título Preliminar del Código Civil se establece que:

"Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza".

25. De lo antes mencionado, queda claramente establecido que en el Código Civil se ha determinado que los plazos de caducidad se establecen por ley y que sus disposiciones resultan de aplicación supletoria a las disposiciones establecidas en la normativa relacionada con las contrataciones estatales.

26. Sobre dicha base es que el Tribunal Arbitral considera que el establecimiento de la institución de la caducidad dentro de cualquier norma de carácter especial debe respetar los elementos establecidos por el ordenamiento jurídico general, razón por la

DAA/RVM

Expediente N° S 083-2011-SNA
Demandante: Consorcio Nor Peruano
Demandado: ESSALUD
Expediente N° S-083-2011

cual es necesario ahora precisar lo que se establece en el numeral 53.2 del artículo 53º de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado:

"Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineeficacia 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".

27. En observancia de esta disposición de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, tenemos que, de forma expresa, se hace referencia a un plazo de caducidad para iniciar un proceso arbitral, siendo este, cualquier momento anterior a la culminación del contrato. En el presente caso, la Entidad ha cuestionado la petición de arbitraje debido a que dicha solicitud fue remitida a la misma Entidad luego de transcurrido el plazo de caducidad previsto por el reglamento.
28. Conforme lo expuesto en este punto, el Tribunal Arbitral es de la opinión que el establecimiento de la institución de la caducidad dentro de cualquier norma de carácter especial debe respetar los elementos establecidos por el ordenamiento jurídico general, no siendo por tanto aplicable el denominado "Plazo de Caducidad" contemplado en el Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, por cuanto el mismo no tiene un sustento ni base pre-establecida en norma con rango de ley conforme a lo dispuesto por el Código Civil, no pudiendo establecerse por vía reglamentaria disposiciones que extingan derechos.
29. Atendiendo a lo analizado en los párrafos precedentes, el Tribunal Arbitral considera que en el caso de que la petición de arbitraje haya sido presentada con posterioridad a los plazos establecidos en el mencionado Reglamento, en el presente caso se debe tener en cuenta lo previsto en la Ley de Contrataciones del Estado por el cual se indica que las controversias derivadas del Contrato deberán iniciarse en la vía arbitral hasta antes de la culminación del contrato.

DAA/RVM



Expediente N° S 083-2011-SNA
Demandante: Consorcio Nor Peruano
Demandado: ESSALUD
Expediente N° S-083-2011

30. En el segundo párrafo del Artículo 43º de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado se establece que:

"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 la liquidación debidamente aprobada según corresponda, cerrará el expediente de la adquisición o contratación".

31. Como puede apreciarse, el contrato de obra culmina con la aprobación de la Liquidación Final de Obra. En el presente caso, tenemos que la controversia versa justamente respecto del consentimiento de la Liquidación mencionada, pues este colegiado será el que determine mediante el presente laudo si la liquidación quedó consentida o no; por dicho motivo, este Tribunal Arbitral considera que el Contrato de Obra suscrito entre las partes no ha culminado.

32. En vista de que el contrato de obra no ha culminado, el Tribunal Arbitral concluye que el plazo de caducidad establecido en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado no ha vencido; en ese sentido, el Consorcio gozaba de plena capacidad para solicitar el inicio de un arbitraje producto de las controversias derivadas de la presentación de la Liquidación Final de Obra por parte del Contratista.

33. Por tanto y en razón de lo expuesto, habiéndose señalado que los plazos de caducidad deben ser fijados por ley, este colegiado, en aplicación y respeto de los elementos establecidos en el ordenamiento jurídico general, determina que la excepción planteada no sea amparada, por lo que la declara infundada.

Expediente N° S 083-2011-SNA
Demandante: Consorcio Nor Peruano
Demandado: ESSALUD
Expediente N° S-083-2011

IX.3 Análisis del Primer Punto Controvertido.

Determinar si corresponde declarar consentida la Liquidación Final de Obra que presentó el Consorcio Nor Peruano el 12 de julio de 2010.

34. Al respecto, la posición de la Contratista es que con fecha 12 de julio de 2010, mediante Carta N° 0024-2010-CNP, el Consorcio presentó a ESSALUD la Liquidación de Obra para su revisión, arrojando un monto ascendente a S/. 200,203.69, incluido el IGV, a favor del Consorcio.
35. Conforme al artículo 269º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, ESSALUD tenía 30 días calendario para formular observaciones a su liquidación o elaborar una nueva, dicho plazo venció el 11 de agosto de 2010, sin que ESSALUD planteara ninguna observación ni formulara una liquidación alternativa; por lo tanto, la liquidación efectuada por el Consorcio quedó consentida y así se lo hicieron conocer a ESSALUD mediante la Carta N° 025-2010-CPN, notificada el 13 de agosto de 2010.
36. Asimismo, según indica la parte demandante, ESSALUD admitió y trató la Liquidación de Obra y comunicó las observaciones al Consorcio mediante Carta N° 311-OA-DM-RACAJ-ESSALUD-2010 el 16 de agosto de 2010, fuera del plazo que tenía para ello.
37. De otro lado, en relación a lo expresado por ESSALUD sobre que existían controversias pendientes de solución, la Contratista señala que a la fecha de presentación de la liquidación ya no existían controversias pendientes de resolver pues su solicitud de arbitraje no fue presentada ni tramitada ante el OSCE.

DAA/RVM

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado
Central Telefónica: 613-5555

Av. Gregorio Escobedo Cdra. 7 s/n
Jesús María / Lima 11 / Perú

www.osce.gob.pe

Página 20 de 37



Expediente N° S 083-2011-SNA
Demandante: Consorcio Nor Peruano
Demandado: ESSALUD
Expediente N° S-083-2011

38. Finalmente, la contratista señala que, aún en el caso de que la liquidación hubiera sido presentada un día después del plazo de 60 días, dicha liquidación no pierde su valor, pues ESSALUD no presentó una liquidación distinta, habiendo renunciado de esa manera a elaborar su propia liquidación, habiendo validado la presentada por la Contratista al admitirla, darle trámite ante el Supervisor de Obra y no observarla dentro de los 30 días de recibida.
 39. Al respecto, la Entidad señala que el proyecto de liquidación fue presentado por la Contratista un día después de vencido el plazo para ello, pues debió ser presentada el 11 de julio de 2010 y no el 12 de julio de 2010, pues la fecha de recepción de la obra fue el 12 de mayo de 2010 y los sesenta (60) días establecidos por la norma para presentar la liquidación debían ser contados a partir del 13 de mayo de 2010.
 40. Asimismo, la Entidad señala que no es cierto que el plazo señalado en el artículo 269º del Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, sea en días calendarios, pues se computa en día hábiles y que ESSALUD sí realizó observaciones a la liquidación dentro del término de Ley, tal y como consta de la Carta N° 311-OA-DM-RACAJ-ESSALUD-2010.
 41. De igual manera, la Entidad señala que indicó a la demandante que su liquidación no procedía por existir controversias pendientes de solución.
 42. En relación a lo expresado por las partes, este colegiado considera pertinente señalar, en primer lugar, que en la Cláusula Décimo Séptima del Contrato se establece que:
- “La Liquidación del Contrato se presentará de conformidad con lo estipulado en los artículo 269º, 270º y 271º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado”.*
43. En el artículo 269º del mencionado Reglamento se establece que:
- “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)*

DAA/RVM

Expediente N° S 083-2011-SNA
Demandante: Consorcio Nor Peruano
Demandado: ESSALUD
Expediente N° S-083-2011

del plazo de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra.

Dentro del plazo de treinta (30) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

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

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

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

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

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

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

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

44. De la revisión de la norma en cuestión, se advierte que se establece un procedimiento determinado a efectos de poder dar viabilidad formal a la aprobación por silencio de la

DAA/RVM



Expediente N° S 083-2011-SNA
Demandante: Consorcio Nor Peruano
Demandado: ESSALUD
Expediente N° S-083-2011

Entidad, de la liquidación de obra presentada por el contratista, siendo que se deben seguir los siguientes pasos:

- i) La liquidación de obra debe presentarse dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra.
- ii) La Entidad deberá pronunciarse respecto de dicha liquidación en un plazo máximo de diez (10) días, contados desde el día siguiente de la recepción de la indicada liquidación.
- iii) De no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo señalado, se considerará aprobada la liquidación.

45. Teniendo en cuenta lo indicado, previamente a analizar la fundabilidad del contenido de la liquidación de obra presentada por el contratista, debe determinarse si para efectos de la denegatoria de la entidad, se ha seguido el procedimiento legal establecido por el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Así, antes de analizar las razones de la denegación de la liquidación de obra presentada, debe verificarse si al desestimar la liquidación presentada por el contratista, se ha observado el procedimiento establecido por la normatividad aplicable.

46. A estos efectos, sólo en aquellos supuestos en los que formalmente la desestimación de la liquidación de obra haya observado el procedimiento legalmente establecido, el Tribunal Arbitral podría pasar a un segundo nivel de análisis consistente en verificar la validez de las razones denegatorias.

47. Lo dicho anteriormente, responde al hecho que de la verificación de las posiciones de ambas partes, se aprecia que la Entidad ha señalado expresamente haberse

DAA/RVM

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado
Central Telefónica: 613-5555

Av. Gregorio Escobedo Cdra. 7 s/n
Jesús María / Lima 11 / Perú

www.osce.gob.pe

Página 23 de 37



Expediente N° S 083-2011-SNA
Demandante: Consorcio Nor Peruano
Demandado: ESSALUD
Expediente N° S-083-2011

pronunciado sobre la liquidación presentada por el contratista rechazando la misma, por lo que no correspondería su aprobación por silencio de la Entidad.

48. Previamente a ello, es importante tener en claro si los días a los que se hace referencia en la norma antes citada se computan en días hábiles o en días calendario o naturales.
49. Al respecto, en el artículo 206º del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones, aplicable al presente caso, se establece lo siguiente en relación al cómputo de plazos:

“Durante la vigencia del contrato los plazos se computarán en días naturales, excepto en los casos en los que el Reglamento indique lo contrario.

El plazo de ejecución contractual se computa en días naturales desde el día siguiente de la suscripción del contrato o desde el día siguiente de cumplirse las condiciones establecidas en las Bases.

En ambos casos se aplicará supletoriamente lo dispuesto por los Artículos 183º y 184º del Código Civil”.

50. En ese sentido, el cómputo de plazos debe hacerse en días calendario o naturales y no en días hábiles;
51. Atendiendo a ello, realizado el cálculo de días desde la fecha de recepción de la obra, la liquidación debía haber sido presentada el 11 de julio de 2010, por lo que fue presentada fuera del plazo establecido para tales efectos;
52. En atención a lo antes señalado, es importante determinar cuáles son las consecuencias de ello;
53. Al respecto, este colegiado considera pertinente tomar como referencia lo establecido en la Opinión N° 087-2008/DOP del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones, haciendo referencia a los establecido en el artículo 269º antes citado:

DAA/RVM

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado
Central Telefónica: 613-5555

Av. Gregorio Escobedo Cdra. 7 s/n
Jesús María / Lima 11 / Perú

www.osce.gob.pe

Página 24 de 37



Expediente N° S 083-2011-SNA
Demandante: Consorcio Nor Peruano
Demandado: ESSALUD
Expediente N° S-083-2011

“(...) Según se observa, el citado artículo regula un procedimiento especial cuyo objetivo está dirigido a que se pueda obtener la liquidación final de obra debidamente consentida. Ahora, el cumplimiento de dicho objetivo se encuentra subordinado a que alguna de las partes active el procedimiento, es decir, presente la liquidación del contrato en los plazos que prevé el Reglamento.

Sin embargo, el artículo en mención no regula lo concerniente a la presentación extemporánea de la liquidación del contrato; es decir, no regula qué sucedería si las partes presentan la liquidación final, fuera de los plazos mencionados en el artículo 269º del Reglamento.

Esta eventualidad origina que no pueda determinarse la extensión del contrato y, por consiguiente, la extensión de las obligaciones de las partes, quienes, ante dicha incertidumbre, se verían obligados a mantener el vínculo contractual.

La falta de culminación del contrato —por la falta de liquidación debidamente consentida—, podría generar ciertas consecuencias económicas desfavorables para las partes, debido a la obligación del contratista de mantener vigente las garantías e incurrir en los costos financieros que ello implica, y los costos de oportunidad en que incurre la Entidad al no obtener satisfacción debida y completa de su necesidad.

En ese contexto, dado que la falta de liquidación consentida de la obra es un hecho no propicio para el cumplimiento de los principios de la contratación pública que regula la Ley —particularmente, no adecuado al principio de economía⁸ y eficiencia⁹ que se propugnan en toda contratación pública—, se hace necesario determinar qué proceder —tanto para la Entidad como para el contratista— resultaría adecuado y congruente para el respeto de los mencionados principios.

⁸ *“Artículo 3.- Principios que rigen a las contrataciones y adquisiciones.-*
(...)

Principio de Economía: *En toda adquisición o contratación se aplicarán los criterios de simplicidad, austeridad, concertación y ahorro en el uso de los recursos, en las etapas de los procesos de selección y en los acuerdos y resoluciones recaídos sobre ellos, debiéndose evitar en las Bases y en los contratos exigencias y formalidades costosas e innecesarias”.*

⁹ *“Artículo 3.- Principios que rigen a las contrataciones y adquisiciones.-*
(...)

Principio de eficiencia: *Los bienes, servicios o ejecución de obras que se adquieran o contraten deben reunir los requisitos de calidad, precio, plazo de ejecución y entrega y deberán efectuarse en las mejores condiciones para su uso final.*

Expediente N° S 083-2011-SNA
 Demandante: Consorcio Nor Peruano
 Demandado: ESSALUD
 Expediente N° S-083-2011

En concordancia con lo señalado, la solución a adoptarse debe resultar simple y lógica para las partes, sin generar mayores costos de los que ya de por sí genera la falta de liquidación consentida del contrato de obra.

En ese sentido, a efectos de precisar un límite en la vigencia del contrato, este Consejo Superior considera necesario establecer que, aún cuando alguna de las partes hubiera presentado de forma extemporánea la liquidación de obra —lo cual quiere decir, que la hubiera presentado transcurridos los plazos iniciales que tenía el contratista y la Entidad para hacerlo—, se activará el procedimiento establecido en el artículo 269º del Reglamento¹⁰.

2.1.4. *En consecuencia, ya sea que la liquidación del contrato de obra sea presentada de forma extemporánea por el contratista o por la Entidad, a partir de ese momento, serán de aplicación los plazos y el procedimiento establecidos en el artículo 269º del Reglamento, incluido lo señalado en su tercer párrafo.*

Cabe precisar que la presentación extemporánea de la liquidación por el contratista sólo podrá activar el procedimiento establecido en el artículo 269º del Reglamento, si dicha presentación se realiza transcurrido el plazo que tiene la Entidad para hacerlo —segundo párrafo del artículo 269º—. Si no fuera así, la liquidación efectuada por el contratista se entenderá por no presentada, puesto que la Entidad aún tendría vigente y expedita la posibilidad de efectuarla”.

54. En ese sentido, aún cuando la liquidación presentada por el Consorcio no hubiera sido presentada dentro del plazo establecido para tales efectos, el hecho de haber sido presentada dentro del plazo que tenía la Entidad para hacerlo, y al no existir una liquidación alternativa efectuada por la Entidad, la liquidación efectuada por el Consorcio es válida y, por lo tanto, con su presentación activó los plazos y el procedimiento establecidos en el artículo 269º del Reglamento, con lo cual, el plazo que tenía la Entidad para plantear observaciones vencía el día 11 de agosto de 2010.
55. Al efecto, tenemos que la Entidad mediante Carta N° 025-2010-CPN, notificó al Consorcio sus observaciones a la liquidación de obra presentada; sin embargo, ello no es suficiente para que se entienda eficaz tal comunicación, toda vez que conforme se desprende de lo previsto por los artículos 16 y 17 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, la eficacia de los actos administrativos, dentro de los cuales se

¹⁰ Este criterio ha sido asumido en anteriores oportunidades por este Consejo Superior. Al respecto puede consultarse la Opinión N.º 042-2006/GNP.
 DAA/RVM

Expediente N° S 083-2011-SNA
 Demandante: Consorcio Nor Peruano
 Demandado: ESSALUD
 Expediente N° S-083-2011

encuentran las declaraciones administrativas, cual es el caso de la Carta N° 025-2010-CPN, se encuentra supeditada al acto de notificación de éstos; así las normas citadas señalan:

“Artículo 16.- Eficacia del acto administrativo

16.1 El acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos, conforme a lo dispuesto en el presente capítulo.

16.2 El acto administrativo que otorga beneficio al administrado se entiende eficaz desde la fecha de su emisión, salvo disposición diferente del mismo acto.

Artículo 17.- Eficacia anticipada del acto administrativo

17.1 La autoridad podrá disponer en el mismo acto administrativo que tenga eficacia anticipada a su emisión, sólo si fuera más favorable a los administrados, y siempre que no lesione derechos fundamentales o intereses de buena fe legalmente protegidos a terceros y que existiera en la fecha a la que pretenda retrotraerse la eficacia del acto el supuesto de hecho justificativo para su adopción.

17.2 También tienen eficacia anticipada la declaratoria de nulidad y los actos que se dicten en enmienda.” (énfasis agregado)

56. Teniendo en cuenta ello, de autos se advierte que la Carta N° 025-2010-CPN ha sido notificada al contratista el 13 de agosto del 2010, por lo que ésta surte efectos a partir de dicha fecha, lo cual significa que la Entidad se pronunció oficialmente respecto de la liquidación de obra presentada por el contratista en un plazo mayor a los treinta días de recibida la liquidación final de obra.

La consecuencia de plantear las observaciones fuera de plazo está claramente establecida en el artículo 269º del Reglamento, en el que se señala que “*La liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido*”.

DAA/RVM

Expediente N° S 083-2011-SNA
Demandante: Consorcio Nor Peruano
Demandado: ESSALUD
Expediente N° S-083-2011

57. Queda claro entonces que las observaciones a la liquidación de obra formuladas por la Entidad devenían extemporáneas, toda vez que al notificar la Carta N° 025-2010-CPN, la liquidación final de obra ya había quedado aprobada automáticamente por silencio de la entidad.
58. Por lo antes expuesto, se puede concluir que la liquidación presentada por el Consorcio quedó consentida.
59. De otro lado, en relación a lo expuesto por la Entidad respecto de que la liquidación practicada por la Contratista no procedía por existir controversias pendientes de solución, este colegiado considera pertinente hacer referencia al artículo 25º del Texto Único Ordenado del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje bajo cuyas reglas se ha llevado a cabo este arbitraje.
60. En dicho artículo se establece que:

“La parte interesada en iniciar el arbitraje deberá interponer su demanda arbitral ante la Secretaría del SNCA-CONSUCODE, la que deberá poner en conocimiento de la parte demandada.

Para todos los efectos, el proceso arbitral se considera iniciado en la fecha de interposición de la demanda ante la Secretaría del SNCA-CONSUCODE”.

61. En ese sentido, la petición de arbitraje presentada ante la Entidad el 20 de enero de 2010, debía haber sido presentada también ante la Secretaría del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE; sin embargo, la Contratista no cumplió con presentar esa petición de arbitraje ante el órgano correspondiente del OSCE antes señalado, por dicho motivo, no se podía entender que se había iniciado un arbitraje, pues en la norma pertinente se establece que el proceso arbitral se considera iniciado en la fecha de interposición de la demanda ante la Secretaría del SNCA-CONSUCODE.



Expediente N° S 083-2011-SNA
Demandante: Consorcio Nor Peruano
Demandado: ESSALUD
Expediente N° S-083-2011

62. En vista de ello, no se puede concluir que haya existido una controversia pendiente de resolver entre las partes, y así lo entendió también la Entidad, cuando mediante Carta N° 1349-GAJ-OCAJ-ESSALUD-2010 de fecha 14 de diciembre de 2010 enviada al Consorcio, señala:

"En ese sentido, en tanto su representada fue la parte que solicitó el arbitraje, y luego de nuestra contestación a su solicitud no ha iniciado el trámite respectivo ante OSCE, dentro del plazo establecido en la Ley para la designación de árbitro único (sin haberlo hecho hasta la fecha conforme lo informado por dicha Entidad), su derecho ha prescrito por haber transcurrido en exceso dicho plazo sin haberse llegado a constituir el tribunal arbitral; por ende, procedemos a comunicarles el archivo definitivo de su solicitud de arbitraje"

63. Atendiendo a lo señalado en los puntos precedentes, este colegiado conviene en señalar que la Liquidación de Obra presentada por el Consorcio con fecha 12 de julio de 2010 ha quedado consentida por ESSALUD.

IX.4. Análisis del Segundo Punto Controvertido.

Determinar si corresponde ordenar al Seguro Social de Salud – ESSALUD que pague al Consorcio Nor Peruano la suma de S/. 200,203.69 (Doscientos mil doscientos tres con 69/100 nuevos soles), más los intereses devengados y por devengarse, por concepto de saldo de la Liquidación Final de Obra que presentó el Consorcio Nor Peruano el 12 de julio de 2010.

64. En relación con el segundo punto controvertido, la posición de la Contratista es que, al haber quedado consentida la liquidación, ESSALUD está obligado a pagar S/. 200,203.69 como saldo a favor del Consorcio.

65. Asimismo, la posición de ESSALUD es que el Consorcio, al presentar su liquidación, no tuvo en cuenta que la penalidad por días de atraso (ascendente a un total de S/. 146,911.10, por 29 días calendario), la entrega de documentos de acuerdo a la

DAA/RVM

Expediente N° S 083-2011-SNA
Demandante: Consorcio Nor Peruano
Demandado: ESSALUD
Expediente N° S-083-2011

formalidad establecida en el artículo 269º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, la petición de arbitraje respecto de la Ampliación de Plazo N° 3, comunicada a ESSALUD mediante Carta N° 01-2010-CONSORCIO NOR PERUANO de fecha 18 de enero de 2010.

66. En atención a lo señalado por ambas partes, este colegiado considera pertinente señalar que la consecuencia de que la liquidación haya quedado consentida está establecida en el artículo 270º del Reglamento, en el que se establece que:

"Luego de haber quedado aprobada o consentida la liquidación culmina definitivamente el contrato y se cierra el expediente respectivo.

Toda reclamación o controversia derivada del contrato, inclusive por defectos o vicios ocultos, se resolverá mediante conciliación y/o arbitraje en los plazos previstos para cada caso".

67. En ese sentido, al haber quedado consentida la Liquidación, corresponde que la Entidad cumpla con efectuar el pago del saldo a favor de la Contratista;
68. Ello se debe a que la Entidad contó con un plazo a fin de realizar observaciones a la Liquidación Final de la Obra; sin embargo, esas observaciones no fueron efectuadas dentro del plazo con que contaba para tales efectos, con lo cual esas observaciones no pueden ser validadas por este colegiado.
69. Lo señalado en el punto anterior se debe a que el procedimiento a seguir cuando no se está de acuerdo con lo establecido en una liquidación es el establecido en el artículo 269º, en el que se señala que si no se está de acuerdo con algún punto de la liquidación ésta deberá ser observada dentro del plazo de 30 días calendario, si no se plantean observaciones dentro de dicho plazo, la liquidación queda consentida.
70. Lo que se desprende de ello es que, si no se plantearon las observaciones en el plazo establecido para tales efectos, entonces la liquidación debe quedar consentida y los montos que arroje son los que la Entidad tendrá que pagar al Consorcio.

DAA/RVM



Expediente N° S 083-2011-SNA
Demandante: Consorcio Nor Peruano
Demandado: ESSALUD
Expediente N° S-083-2011

71. Cabe señalar que este colegiado tampoco puede emitir un pronunciamiento sobre si la liquidación efectuada por la Contratista es correcta o no pues ello no es materia de la presente controversia al no haber sido planteado como una pretensión por ninguna de las partes y al emitir un pronunciamiento al respecto, se configuraría una decisión “extra petita”.

IX.5. Análisis del Tercer Punto Controvertido.

Determinar si corresponde ordenar que el Seguro Social de Salud – ESSALUD que pague al Consorcio Nor Peruano los gastos de renovación de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento desde el 13 de agosto de 2010.

72. En relación a este punto controvertido, la posición de la Contratista es que, de acuerdo a lo establecido en el Contrato y la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el Contratista está obligado a mantener vigente la carta de fiel cumplimiento hasta el consentimiento de la liquidación de la obra, lo que ocurrió el 12 de agosto de 2010, cuando quedó consentida la liquidación de la obra al no haber sido observada por ESSALUD dentro del plazo correspondiente.
73. Por dicho motivo, según señala la parte demandante, ESSALUD está obligado a devolver la Carta Fianza, puesto que se ha cumplido con todos los requisitos previstos en la Cláusula Decimo Octava del Contrato, pues no sólo ha quedado consentida la liquidación, sino que además han presentado el Acta de Recepción sin observaciones, la memoria descriptiva valorizada y los planos post ejecución, por lo que ESSALUD debe devolver a la Contratista los gastos financieros por la renovación que esta última ha estado realizando de la carta fianza por un monto de S/. 23,700.00 (Veintitrés mil setecientos y 00/100 nuevos soles).
74. Al respecto, la posición de la Entidad es que, al haber sido observada la liquidación, el Consorcio se encontraba en la obligación de mantener vigente la carta fianza de fiel

DAA/RVM

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado
Central Telefónica: 613-5555

Av. Gregorio Escobedo Cdra. 7 s/n
Jesús María / Lima 11 / Perú

www.osce.gob.pe

Página 31 de 37



Expediente N° S 083-2011-SNA
Demandante: Consorcio Nor Peruano
Demandado: ESSALUD
Expediente N° S-083-2011

cumplimiento, hasta el consentimiento de la liquidación de obra, por lo que no es correcto el cobro de gastos por mantener vigente dicha carta;

75. El contrato de fianza en nuestro sistema jurídico, tiene como principal propósito garantizar el cumplimiento de una obligación ajena, es decir, que un tercero se comprometa a responder por la obligación del garantizado en caso éste no cumpla.
76. Para el caso particular de las fianzas generadas a través de una Carta Fianza, se tiene que por éstas, el tercero se obliga a responder económicamente por el incumplimiento de determinadas obligaciones del garantizado.
77. Así, la legislación civil ha regulado el contrato de fianza, señalando en el artículo 1868º del Código Civil textualmente que:

“Artículo 1868º.- Definición

Por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, si esta no es cumplida por el deudor.

La fianza puede constituirse no solo en favor del deudor sino de otro fiador.”
(Énfasis agregado)

78. Asimismo, como señala la doctrina, el Contrato de Fianza:

“es una convención expresa de garantía personal en virtud de la cual un tercero, ajeno al negocio principal garantizado, se compromete a responder, subsidiaria o solidariamente, del cumplimiento ante el acreedor, en lugar del deudor, que es el obligado principal, para el caso en que éste no cumpla. El contrato de fianza es básicamente gratuito y consensual, pues se perfecciona por la simple manifestación de



Expediente N° S 083-2011-SNA
Demandante: Consorcio Nor Peruano
Demandado: ESSALUD
Expediente N° S-083-2011

voluntad del fiador aceptada por el acreedor, ya lo quiera y lo conozca el deudor, o incluso aunque lo ignore.”¹¹ (Énfasis agregado)

79. Como señala Castillo:

“La fianza, en general, es un contrato por el cual un tercero toma sobre sí la obligación ajena, para el caso de que no la cumpla el que la contrajo. La fianza es un contrato. En la práctica, se formaliza con la sola firma del fiador y no contiene la firma del acreedor. Por ello, alguna doctrina sostiene que la fianza es un acto unilateral, por cuanto el fiador queda obligado, aun antes de la aceptación por el acreedor. Tal postura es inadmisible en nuestro derecho comercial, que lo categoriza como contrato. La fianza es un contrato accesorio. No puede existir sin un contrato principal, cuyas obligaciones garantiza. La fianza puede ser comercial o civil.”¹² (Énfasis agregado)

80. Conforme a lo dicho al inicio del análisis del presente punto controvertido y siguiendo entonces la regulación normativa, así como las prescripciones doctrinarias citadas, resulta que el propósito de un acreedor, en este caso la Entidad, de lograr la obtención de una carta fianza a su favor que respalde a su deudor, en este caso el Contratista, sería garantizar las obligaciones contractuales de este último en caso de incumplimiento de tales obligaciones.

81. En atención a lo señalado por ambas partes, el Tribunal Arbitral considera pertinente hacer referencia a lo establecido en el artículo 215º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado referida a la 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 mismo.

¹¹ SALVAT, RAYMUNDO M.; Tratado de Derecho Civil Argentino. Buenos Aires: La Ley, S.A; 1946.

¹² CASTILLO, JORGE LUIS. Curso de Derecho Comercial. EDITORIAL JURISTAS-MADRID. .PÀG. 231 Tomo II, Contratos varios.

DAA/RVM



Expediente N° S 083-2011-SNA
Demandante: Consorcio Nor Peruano
Demandado: ESSALUD
Expediente N° S-083-2011

Esta deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por cien (10%) del monto del contrato 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”.

82. En vista que hasta la fecha de emisión de este laudo era materia controvertida el consentimiento de la liquidación y recién con la emisión de esta decisión existe certeza en ambas partes de que la liquidación final ha quedado consentida, pues esa ha sido precisamente una de las pretensiones demandadas (que se declare consentida la liquidación), este colegiado considera que era obligación de la parte demandante mantener la vigencia de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, hasta la declaración de que la Liquidación Final de Obra ha quedado consentida.

IX.6. Análisis del Cuarto Punto Controvertido.

Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir el pago de las costas y costos del proceso.

83. Respecto de las costas y costos del arbitraje, se debe tener en cuenta que el artículo 59º del TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE, que dispone que:

“El Tribunal Arbitral deberá pronunciarse en el laudo sobre los gastos arbitrales, atendiendo a lo pactado por las partes en el convenio arbitral, en caso contrario, previa liquidación de la Secretaría del SNCA-CONSUCODE, decidirá a su entera discreción quien debe asumirlos o en que proporciones deben dichos gastos distribuirse entre las partes.”

84. En relación a ello, atendiendo a que ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, en razón de la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, que —

DAA/RVM

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado
Central Telefónica: 613-5555

Av. Gregorio Escobedo Cdra. 7 s/n
Jesús María / Lima 11 / Perú

www.osce.gob.pe

Página 34 de 37



Expediente N° S 083-2011-SNA
Demandante: Consorcio Nor Peruano
Demandado: ESSALUD
Expediente N° S-083-2011

precisamente— motivó el presente arbitraje, habida cuenta que debían defender sus pretensiones en vía arbitral, se estima razonable:

- (i) Que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar; y
 - (ii) Que los gastos comunes (honorarios del árbitro único y los gastos de la secretaría arbitral) sean asumidos por el Contratista y por la Entidad en partes exactamente iguales.
85. En relación a este último punto, en la medida que la Contratista asumió el íntegro de los gastos arbitrales correspondientes al segundo anticipo de honorarios, la Entidad deberá reembolsar a dicha parte el porcentaje que le correspondía pagar por dicho anticipo, ascendente a la suma neta de S/. 1,145.85 (Mil ciento cuarenta y cinco y 85/100 Nuevos Soles) por concepto de honorarios de cada árbitro y S/. 1,178.00 (Mil ciento setenta y ocho y 00/100 Nuevos Soles) por concepto de Gastos Administrativos de la Secretaría del SNA-OSCE, incluido impuestos.

VII. LAUDO

Por las consideraciones que preceden, de conformidad con las disposiciones legales que han sido citadas, el Tribunal Arbitral **LAUDA DECLARANDO**:

PRIMERO: INFUNDADA la Excepción de Caducidad planteada por el Seguro Social de Salud – ESSALUD con fecha 15 de julio de 2011.

SEGUNDO: FUNDADA la primera pretensión de la demanda contenida en el Primer Punto Controvertido del presente arbitraje, en consecuencia, corresponde declarar consentida la Liquidación Final de Obra que presentó el Consorcio Nor Peruano el 12 de julio de 2010.

DAA/RVM

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado
Central Telefónica: 613-5555

Av. Gregorio Escobedo Cdra. 7 s/n
Jesús María / Lima 11 / Perú

www.osce.gob.pe

Página 35 de 37

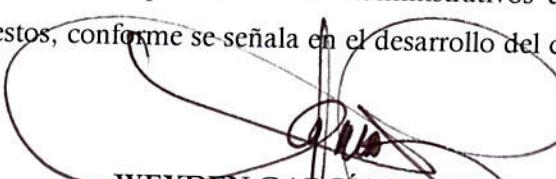


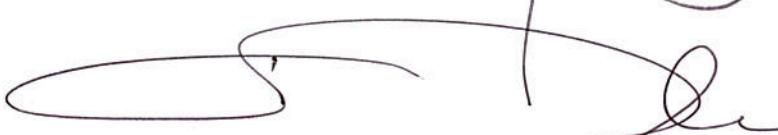
Expediente N° S 083-2011-SNA
Demandante: Consorcio Nor Peruano
Demandado: ESSALUD
Expediente N° S-083-2011

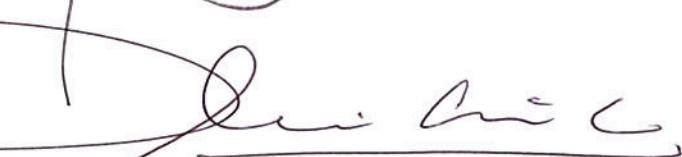
TERCERO: FUNDADA la segunda pretensión principal de la demanda contenida en el Segundo Punto Controvertido del arbitraje; y en consecuencia, corresponde ordenar al Seguro Social de Salud – ESSALUD cumplir con pagar a Consorcio Nor Peruano la suma de S/. 200,203.69 (Doscientos mil doscientos tres con 69/100 nuevos soles), más los intereses devengados y por devengarse, por concepto de saldo de la Liquidación Final de Obra que presentó el Consorcio Nor Peruano el 12 de julio de 2010.

CUARTO: INFUNDADA la tercera pretensión principal de la demanda, contenida en el tercer punto controvertido del arbitraje; en consecuencia, no corresponde ordenar al Seguro Social de Salud – ESSALUD que pague a Consorcio Nor Peruano los gastos de renovación de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento desde el 13 de agosto de 2010.

QUINTO: SE ORDENA que cada parte asuma la parte que le corresponde de los gastos arbitrales (costas y costos), debiendo el Seguro Social de Salud – ESSALUD restituir a favor de Consorcio Nor Peruano el porcentaje de gastos arbitrales que inicialmente estaba a su cargo, ascendente a la suma neta de S/. 1,145.85 (Mil ciento cuarenta y cinco y 85/100 Nuevos Soles) por concepto de honorarios de cada árbitro y S/. 1,178.00 (Mil ciento setenta y ocho y 00/100 Nuevos Soles) por concepto de Gastos Administrativos de la Secretaría del SNA-OSCE, incluido impuestos, conforme se señala en el desarrollo del cuarto punto controvertido del presente laudo.


WEYDEN GARCÍA ROJAS
 Presidente de Tribunal Arbitral


PATRICK HURTADO TUEROS
 Árbitro


MARIO MANUEL SILVA LÓPEZ
 Árbitro

DAA/RVM

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado
 Central Telefónica: 613-5555

Av. Gregorio Escobedo Cdra. 7 s/n
 Jesús María / Lima 11 / Perú


www.osce.gob.pe

Página 36 de 37





Expediente N° S 083-2011-SNA
Demandante: Consorcio Nor Peruano
Demandado: ESSALUD
Expediente N° S-083-2011



FABIOLA PAULET MONTEAGUDO
Directora de Arbitraje Administrativo



DAA/RVM