

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra

Lima, 28 de enero de 2015

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Expediente Arbitral N° 180-2009-OSCE/SNA

Demandante:

Proyecto Especial Sierra Centro Sur
En adelante el **PROYECTO**.

Demandado:

Consorcio Flores
En adelante el **CONSORCIO**.

Tribunal Arbitral:

Juan Huamaní Chávez.
Celso Salazar Sihue.
Orlando La Torre Zegarra.

RESOLUCIÓN N° 34

Lima, 28 de enero de 2015.-

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 18 de enero de 2008, se suscribió el Contrato de Ejecución de la Obra "Construcción Camino Rural Lechemayo Ticsibamba Villavista" derivado de la Licitación Pública N° 004-2007-INADE-PECS, entre el Consorcio Flores (El Consorcio), y el Proyecto Especial Sierra Centro Sur (El Proyecto).

1. La cláusula vigésimo cuarta del Contrato establece lo siguiente:

"Todas las controversias que surjan entre las partes, desde la suscripción del contrato, sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineeficacia o invalidez del contrato, se

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra**

resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según acuerdo entre las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato. Este plazo es de caducidad. Si la conciliación concluye con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes deberán someter a arbitraje las diferencias no resueltas.

En caso de arbitraje los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación de presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del CONSUCODE y de acuerdo con su Reglamento. El procedimiento será conforme a las disposiciones contempladas en la Ley, el REGLAMENTO, y supletoriamente, en la Ley General de Arbitraje.”

Como consecuencia de las controversias relacionadas con la ejecución del Contrato de Obra denominada: “Construcción Camino Rural Lechemayo Ticsibamba Villavista” derivado de la Licitación Pública Nº 004-2007-INADE-PECS, el Proyecto Especial Sierra Centro Sur procedió a remitir al Centro de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE la correspondiente solicitud de arbitraje en aplicación del convenio arbitral contenido en la citada Cláusula Vigésimo Cuarta del Contrato.

II. DESARROLLO DEL PROCESO

A. Actuación Preliminar del Tribunal Arbitral

1. Con fecha 27 de mayo de 2009, el Proyecto Especial Sierra Centro Sur presentó su escrito de Demanda, complementado mediante escrito de fecha 14 de julio de 2009, a través del cual subsana su escrito de demanda precisando el monto de la controversia.

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra**

2. Luego, con fecha 07 de agosto de 2009, el Consorcio Flores presenta su escrito de Contestación de Demanda, conjuntamente con los medios probatorios que acreditaban su posición.
3. Con fecha 01 de febrero 2010, a las 12:00 horas, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, donde se reunieron el Dr. Juan Huamaní Chávez, en su calidad de Presidente Tribunal Arbitral, y los doctores Celso Salazar Sihue y Orlando La Torre Zegarra, en su calidad de árbitros; conjuntamente con la Dra. Mariela Guerinoni Romero, Directora de la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, con el propósito de instalar el Tribunal Arbitral que se encargaría de resolver la presente controversia.
4. De la misma manera, en la referida Audiencia se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios con la asistencia de ambas partes, no pudiendo arribarse a una conciliación entre las mismas; por lo que, se procedió a fijar los puntos controvertidos respecto de cada una de las pretensiones planteadas, frente a los cuales las partes manifestaron su asentimiento. Estos fueron fijados de la siguiente manera:

De la demanda arbitral presentada por el Proyecto Especial Sierra Centro Sur:

- 1. Primer Punto Controvertido:** *Determinar si corresponde declarar que reconozca a favor de la entidad la suma de S/. 33,126.85 Nuevos Soles incluido IGV por concepto de deducción por adelanto de materiales frente a la suma de S/. 16,976.04 Nuevos Soles deducidos por el Consorcio Flores en la liquidación de contrato de obra.*
- 2. Segundo Punto Controvertido:** *Determinar si corresponde declarar la improcedencia de la aplicación de penalidad a la entidad por la entrega del terreno para la ejecución de la obra: "Construcción Camino Rural Lechemayo Ticsibamba Villavista", deducida por el Consorcio Flores.*

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra

3. Tercer Punto Controvertido: *Determinar a quién corresponde asumir las costas y costos de la presente controversia.*

5. Asimismo, en la mencionada Audiencia, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Proyecto Especial Sierra Centro Sur en su escrito de demanda presentado con fecha 27 de mayo de 2009, signados con los numerales comprendidos entre el numeral 1) hasta el numeral 18), del acápite "V) MEDIOS PROBATORIOS".
6. Igualmente, también fueron admitidos los medios probatorios ofrecidos por el Consorcio Flores mediante escrito de fecha 07 de agosto de 2009, signados con los numerales 14) al 22) del acápite denominado "Respecto a los fundamento que sustentan nuestra posición respecto a las pretensiones formuladas por el demandante"; 23) al 31) del acápite "Respecto a la discrepancia en la aplicación de la penalidad por retraso en el cumplimiento del artículo 240º del Reglamento"
7. De la misma manera, se admitieron los medios probatorios de la oposición, signadas con los numerales comprendidos entre el numeral 1) hasta el numeral 13) del acápite denominado "Respecto al vencimiento de plazo de caducidad para la solicitud de demanda arbitral".
8. De igual forma, en la referida Audiencia, se otorgó a ambas partes un plazo de diez (10) días hábiles, a fin de que formulen argumentos adicionales respecto de las alegaciones que han efectuado en el arbitraje, así como para que presentasen documentos adicionales a los que ya obran en el expediente arbitral, en caso así lo consideren conveniente.
9. Finalmente, se otorgó al Proyecto Especial Sierra Centro Sur un plazo de diez (10) días hábiles, a fin de que expresase lo conveniente a su derecho en relación a la oposición planteada por el Consorcio Flores en su escrito de contestación de demanda de fecha 07 de agosto de 2009.
10. Por otro lado, mediante Resolución Nº 01, este Colegiado dispuso tener presente el escrito del Proyecto Especial Sierra Centro Sur de fecha 15 de febrero de 2010; y asimismo, admitió a trámite los medios probatorios ofrecidos

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra**

en dicho escrito, corriéndose traslado al Consorcio Flores, a fin de que en el plazo de cinco (5) días, exprese lo conveniente a su derecho.

11. Luego, mediante Resolución N° 04, este Colegiado dispuso la actuación de una pericia de oficio; para lo cual, se designó al Ingeniero Luis Vásquez de Rivero como perito del presente arbitraje; a fin de que determine a cuánto debería ascender el monto resultante de la deducción del adelanto de materiales, así como determinar qué parte sería la beneficiaria por dicho concepto.
12. De la misma manera, mediante comunicación de fecha 25 de marzo de 2011, el perito Ingeniero Luis Vásquez de Rivero requirió documentación pertinente para la elaboración de la Pericia; en ese sentido, mediante Resolución N° 07, este Colegiado tuvo presente la comunicación del perito, y otorgó a ambas partes un plazo de cinco (5) días hábiles, para que remitan la documentación requerida.
13. En relación a ello, mediante Resolución N° 10, el Tribunal Arbitral dejó constancia que únicamente el Consorcio Flores cumplió con remitir la documentación solicitada por el perito Ingeniero Luis Vásquez de Rivero.
14. Por otro lado, mediante escrito de fecha 06 de marzo de 2012, la Procuraduría Pública del Ministerio de Agricultura se apersonó al presente proceso, precisando que el ejercicio del derecho de defensa se encuentra a cargo de dicha entidad conforme a Ley. Así, mediante Resolución N° 12 de fecha 04 de abril de 2012, este Colegiado tuvo por apersonado al presente proceso a la Procuraduría Pública del Ministerio de Agricultura.
15. Asimismo, mediante comunicación de fecha 16 de abril de 2012, el Perito Ingeniero Luis Vásquez de Rivero presenta su Dictamen Pericial; de la misma manera, mediante escrito de fecha 25 de abril de 2012, la Procuraduría Pública del Ministerio de Agricultura expresó lo conveniente a su derecho en relación al presente arbitraje.
16. Así pues, mediante Resolución N° 13, el Tribunal Arbitral tuvo por presentado el Dictamen Pericial elaborado por el Perito Ing. Luis Vásquez de Rivero; asimismo, se dispuso tener presente lo señalado por el Procurador Público a

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra**

cargo de los asuntos jurídicos del Ministerio Agricultura en su escrito de fecha 25 de abril de 2012.

17. Posteriormente, en la Resolución N° 14, el Tribunal Arbitral otorgó a ambas partes un plazo adicional y extraordinario de cinco (05) días hábiles, para que cumplan con cancelar la segunda cuota de los honorarios del perito, suma ascendente a S/. 1,250.00 (mil doscientos cincuenta y 00/100 nuevos soles) sin incluir impuestos, a razón de S/. 625.00 (seiscientos veinticinco y 00/100 nuevos soles) cada una de ellas; bajo apercibimiento de que, en caso de incumplimiento, se les aplicase una multa equivalente al veinte por ciento (20%) de una (01) Unidad Impositiva Tributaria (U.I.T.).
18. De la misma manera, mediante Resolución N° 15, impuso al Proyecto Especial Sierra Centro Sur una multa equivalente al veinte por ciento (20%) de una (01) Unidad Impositiva Tributaria (U.I.T.) vigente a la fecha de emisión de dicha Resolución, en aplicación del apercibimiento decretado mediante Resolución N° 14 de fecha 6 de julio de 2012.
19. Igualmente, mediante escrito de fecha 20 de agosto de 2012, el Proyecto Especial Sierra Centro Sur dedujo Recurso de Reposición frente a la Resolución N° 15 de fecha 13 de agosto de 2012.
20. Mediante Resolución N° 17, el Tribunal Arbitral otorgó a ambas partes un plazo de diez (10) días hábiles, para que estudien y revisen el dictamen pericial presentado por el Perito Ingeniero Luis Vásquez de Rivero, y en caso lo consideraran conveniente, formulasen las observaciones que tengan contra dicho dictamen pericial.
21. Mediante Resolución N° 18, este Colegiado dispuso declarar ha lugar el Recurso de Reposición contra la Resolución N° 15 de fecha 13 de agosto de 2012, planteado por el Procurador Público a cargo de los asuntos jurídicos del Ministerio de Agricultura, y en consecuencia, se dejó sin efecto la multa equivalente al veinte por ciento (20%) de una (01) Unidad Impositiva Tributaria (UIT), la cual se encontraba a cargo del Proyecto Especial Sierra Centro Sur.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra

22. Luego, con escritos de fechas 11 y 15 de octubre de 2012, respectivamente, el Consorcio Flores y la Procuraduría Pública del Ministerio de Agricultura, ponen en conocimiento de este Colegiado sus observaciones al Informe Pericial. Así, mediante Resolución N° 19, el Tribunal Arbitral tuvo presente las observaciones planteadas, y otorgó al Perito Ingeniero Luis Vásquez de Rivero, un plazo de diez (10) días hábiles, a fin de que absuelva las observaciones planteadas.

23. Con comunicación de fecha 12 de diciembre de 2012, el Perito Ingeniero Luis Vásquez de Rivero cumple con presentar las absoluciones a las observaciones planteadas a la Pericia; sin embargo, de la revisión de la comunicación, el Colegiado advirtió que el Perito no cumplió con absolver las observaciones planteadas por la Procuraduría del Ministerio de Agricultura. En ese sentido, mediante Resolución N° 20, el Tribunal Arbitral otorgó al Perito Ingeniero Luis Vásquez de Rivero un plazo de tres (03) días hábiles, a fin de que cumpla con dar respuesta directa a la observación planteada por la Procuraduría del Ministerio de Agricultura; y asimismo, se citó a las partes y al Perito Ingeniero Luis Vásquez de Rivero a la Audiencia de Pruebas (debate pericial) la cual se llevaría a cabo el día 28 de enero de 2013 a las 11:00 horas, en la sede arbitral.

24. Posteriormente, mediante Resolución N° 21, este Colegiado tuvo por cumplida la absolución del Perito Ing. Luis Vásquez de Rivero, mediante comunicación de fecha 14 de enero de 2013, respecto a las observaciones planteadas por el Proyecto Especial Sierra Centro Sur – PESCS.

25. Mediante Resolución N° 22, este Tribunal Arbitral dispuso reprogramar la Audiencia de Pruebas, la cual se llevaría a cabo el día 18 de febrero de 2013 a las 10:00 horas, en la sede institucional del centro de arbitraje.

26. Igualmente, mediante Resolución N° 23, se tuvo por presentados los escritos de alegatos y conclusiones finales del Consorcio Flores y del Proyecto Especial Sierra Centro Sur de fechas 22 y 25 de febrero de 2013; asimismo, se citó a ambas partes a la Audiencia de Informes Orales, la misma que se realizaría el día 25 de marzo de 2013, en la sede institucional del centro de arbitraje.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra

27. Mediante Resolución N° 24, el Tribunal Arbitral determinó la liquidación final que correspondía por los honorarios arbitrales y los gastos de la administración que debía ser cancelados por ambas partes, en un plazo de diez (10) días hábiles.
28. Mediante Resolución N° 26, se dispuso la suspensión del presente arbitraje por un plazo de treinta (30) días hábiles, debido a que el Proyecto Especial Sierra Centro Sur no cumplió con acreditar el pago de los honorarios finales liquidados mediante Resolución N° 24.
29. Luego, mediante Resolución N° 30, este Colegiado dispuso el archivo del presente proceso, debido a que, a dicha fecha, ninguna de las partes había cumplido con acreditar el pago de los honorarios profesionales de los árbitros La Torre Zegarra y Huamaní Chávez, pendientes de cancelación por parte del Proyecto Especial Sierra Centro Sur.
30. Con escrito de fecha 12 de noviembre de 2014, el Consorcio Flores interpuso recurso de reposición frente a lo resuelto en la Resolución N° 30; así pues, mediante Resolución N° 31, se tuvo por formulada la reposición antes referida; y corrió traslado al Proyecto Especial Sierra Centro Sur, a fin de que en el plazo de tres (03) días hábiles, exprese lo conveniente a su derecho.
31. De la misma manera, con escrito de fecha 24 de noviembre de 2014, el Proyecto Especial Sierra Centro Sur cumple con absolver el traslado efectuado mediante Resolución N° 31; en relación a ello, mediante Resolución N° 32, este Colegiado declaró fundado el recurso de reposición planteado; y en consecuencia, dejó constancia que el pago de los honorarios de los árbitros árbitros La Torre Zegarra y Huamaní Chávez lo efectuó el Consorcio Flores en vía de subrogación.
32. Igualmente, con la emisión de la resolución referida en el párrafo precedente, este Colegiado fijó el plazo de veinte (20) días hábiles, a fin de emitir el laudo arbitral correspondiente, reservándose la facultad de prorrogar dicho plazo por otros quince (15) días hábiles adicionales.

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra**

33. Finalmente, mediante Resolución N° 33, este Colegiado dispuso prorrogar el plazo para laudar por quince (15) días hábiles, el mismo que comenzaría a computarse a partir de vencido el plazo primigenio.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1.- CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

- (i) Que, el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes.
- (ii) Que, en momento alguno se recusó a algún miembro del Tribunal Arbitral, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones del procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
- (iii) Que, el Proyecto Especial Sierra Centro Sur presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.
- (iv) Que, el Consorcio Flores fue debidamente emplazado con la demanda y presentó su contestación de demanda dentro de los plazos establecidos.
- (v) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar oralmente ante el Tribunal Arbitral.
- (vi) Que, de conformidad con las reglas establecidas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, las partes han tenido la oportunidad suficiente de plantear el 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 Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje, 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 el Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje.
- (vii) Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes.

2.- MATERIA CONTROVERTIDA

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Instalación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 01 de febrero de 2010, en el presente caso, corresponde al Tribunal Arbitral determinar lo siguiente en base a los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje consolidado.

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso, 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 proceso. 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 árbitro respecto de tales hechos.

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 lo propuso o lo proporcionó"¹

¹ TARAMONA HERNÁNDEZ., José Rubén. "Medios Probatorios en el Proceso Civil". Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra**

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

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:

2.1 CUESTIÓN PREVIA

EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

Determinar si corresponde declarar fundada o no la Excepción de Caducidad deducida por el Consorcio Flores en su escrito de contestación de demanda de fecha 07 de agosto de 2009.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Este Tribunal Arbitral establece que antes de emitir un pronunciamiento respecto al presente incidente, debe verificarse si la excepción planteada por el Consorcio Flores ha sido interpuesta dentro del plazo establecido en el numeral 28º del Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del CONSUCODE (en adelante, Reglamento de Arbitraje), la misma que establece lo siguiente:

"Las oposiciones al arbitraje respecto de los alcances, inexistencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra

la materia controvertida así como cualquier excepción a la competencia de los árbitros, deberán formularse con la contestación de la demanda o con la contestación a la reconvención. El Tribunal Arbitral es competente para resolver las oposiciones al arbitraje, como cuestión previa o al momento de expedir el laudo. (...)"

Así, habiéndose presentado la presente excepción mediante escrito de contestación de demanda de fecha 07 de agosto de 2009, este Colegiado establece que la misma ha sido presentada dentro del plazo establecido en el numeral 28º del Reglamento de Arbitraje, procediendo a emitir su pronunciamiento respecto al fondo de dicha excepción. Asimismo, este colegiado considera conveniente recalcar que ninguna de las partes ha cuestionado su competencia para resolver las materias controvertidas en el presente arbitraje.

En tal sentido, para poder determinar la procedencia o no de la excepción planteada es preciso analizar la naturaleza de la caducidad, a fin de verificar si efectivamente los efectos de la misma se han activado o no.

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 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

En relación a la caducidad, tenemos que es aquella institución jurídica de Derecho Procesal creada por el Estado Constitucional de Derecho en busca de seguridad jurídica para la sociedad sobre la cual ejerce soberanía, para constituirse como

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

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra

herramienta de quien es requerido al cumplimiento de una obligación, que le permitirá no dar cumplimiento a la misma en atención a que quien exige tal cumplimiento dejó transcurrir un periodo establecido expresamente por la ley luego de haber ocurrido una determinada condición que pudiere ser el vencimiento de la obligación o la posibilidad de hacer ejecutable la misma, generando así la extinción o pérdida de su derecho como consecuencia de dicho letargo.

En este estado, es pertinente tener presente lo señalado por el artículo 2006 del Código Civil peruano:

Declaración de caducidad

*Artículo 2006.- La caducidad puede ser declarada **de oficio** o **a petición de parte**. (Énfasis agregado)*

Hay consenso respecto a que ésta tiene supuestos que la conforman como el "*espacio de tiempo o lapso que produce la extinción de una cosa o algún derecho*"³; en sentido similar señala CABANELAS que la caducidad es el "*lapso que produce la pérdida o extinción de una cosa o de un derecho*"⁴, asimismo, Monroy Gálvez sostiene que la caducidad "*extingue el derecho material como consecuencia del transcurso del tiempo*"⁵; es decir, no existe discrepancia en el sentido que la caducidad extingue el derecho de reclamar algo como consecuencia del transcurso del tiempo.

Como bien señala el maestro Teófilo IDROGO: "*La caducidad constituye un medio de extinción de la pretensión procesal del demandante que ha hecho uso del derecho de acción*"⁶, es decir, la caducidad no extingue en modo alguno la acción sino, constituyéndose en herramienta procesal permite que tanto el demandado como el juzgador puedan lograr la conclusión anticipada del proceso iniciado extinguendo la pretensión procesal, o sea, el derecho reclamado.

³ ALFARO PINILLOS. Roberto. *Diccionario Práctico de Derecho Procesal Civil*, 2º Edición. Editorial GRIJLEY, Lima: Septiembre 2006, p. 169.

⁴ CABANELAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*, 15º Edición. Editorial HELIASTA, Sao Paulo: Agosto 2001. p. 58.

⁵ MONROY GÁLVEZ. Juan F. *La Excepciones en el Código Procesal Civil Peruano*, en "LA FORMACIÓN DEL PROCESO CIVIL PERUANO (ESTRITOS REUNIDOS)", 2º Edición. Editorial PALESTRA, Lima: Diciembre 2004, p. 372.

⁶ IDROGO DELGADO. Teófilo. *Derecho Procesal Civil, Tomo I (Proceso de Conocimiento)*. Editorial MARSOL, Lima: Febrero 2002, p. 271.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra

La acción como bien sabemos es el derecho de toda persona de recurrir al órgano jurisdiccional, que se ve materializado con la presentación de la demanda y es allí precisamente donde acaba la existencia de este derecho, por lo tanto cuando se hace uso de la figura de caducidad, no se afecta dicho derecho, puesto que, tanto que se trate del juzgador o del demandado, invocarán la configuración de la caducidad luego de que el demandante haya hecho uso de su derecho de acción, por lo tanto la definición de caducidad sostenida por el artículo 2003 del Código Civil resulta inexacta en tanto que la caducidad no extingue –*en modo alguno*– la acción correspondiente al derecho reclamado.

La caducidad, entonces, consiste en la pérdida del derecho a interponer una demanda o a proseguir el proceso ya iniciado, debido a que, esta no se interpuso dentro del plazo establecido en la normativa procesal.

En el presente caso, el Consorcio Flores ha cuestionado la pretensión del Proyecto Especial Sierra Centro Sur - PECS debido a que ésta ha sido planteada luego de transcurrido el plazo previsto en el artículo 269º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, dicha norma reglamentaria establece que cualquier discrepancia respecto a la Liquidación se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento⁷.

Al respecto, este Tribunal Arbitral considera que, en el presente caso, se debe tener en cuenta lo previsto en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en la cual se indica que las controversias derivadas del Contrato deberán iniciarse en la vía arbitral hasta antes de la culminación del contrato.

Para estos efectos, se tiene que el artículo 53 inciso 2) de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, señala:

⁷ "Artículo 269.- Liquidación del contrato de obra
(...)

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."

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra

"53.2 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." (Resaltado y subrayado es nuestro)

Dicha norma, debe ser entendida con lo dispuesto por el artículo 43º de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, cuyo texto refiere:

Artículo 43.- Culminación del contrato.-

Los contratos destinados a la adquisición de bienes y a la contratación de servicios, culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada.

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." (Subrayado es nuestro)

En ese sentido, de lo referido en párrafos precedentes, se advierte que puede someterse a arbitraje toda controversia derivada del contrato de obra hasta antes de su culminación, entendiéndose que la culminación se da con la liquidación de obra, la misma que debe encontrarse aprobada.

Asimismo, debe tenerse en cuenta lo señalado por el artículo 2004 del Código Civil que a la letra precisa:

Legalidad en plazos de caducidad

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra**

Artículo 2004.- *Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto contrario.* (El énfasis es agregado).

Conforme lo expuesto, 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 algún "Plazo de Caducidad" contemplado en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, por cuanto el mismo no tendría 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.

Estando a lo antes mencionado, este Tribunal Arbitral advierte que en el presente caso, existe controversia respecto a la Liquidación de Obra elaborada por el Consorcio Flores, toda vez que el Proyecto Especial Sierra Centro Sur - PECS cuestiona conceptos determinados en la referida Liquidación, los mismos que han sido observados durante el procedimiento establecido, lo cual, lleva a determinar que aún no existe una liquidación aprobada; con lo que, cualquiera de las partes podría iniciar un arbitraje en relación a la controversia sobre dichos conceptos.

Por lo tanto, este Colegiado no considera que en el presente caso se haya producido Caducidad en las pretensiones planteadas, procediendo a emitir pronunciamiento de fondo en relación a la controversia del presente arbitraje; puesto que, en el presente caso, no existe una liquidación aprobada.

En ese sentido, este Colegiado no aprecia que exista Caducidad en el derecho del Proyecto Especial Sierra Centro Sur - PECS; con lo que, determina declarar INFUNDADA la excepción de Caducidad deducida por el Consorcio Flores mediante su escrito de contestación de demanda de fecha 07 de agosto de 2009.

2.2PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde declarar que reconozca a favor de la entidad la suma de S/. 33,126.85 (Treinta y Tres Mil Ciento Veintiséis y 85/100 Nuevos Soles) incluido IGV, por concepto de deducción por adelanto de materiales frente a la suma de S/. 16,976.04 (Dieciséis Mil Novecientos

**Lauto Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra

Setenta y Seis y 04/100 Nuevos Soles) deducidos por el Consorcio Flores en la liquidación de Contrato de Obra.

POSICIÓN DEL PROYECTO ESPECIAL SIERRA CENTRO SUR

El PROYECTO señala que el Consorcio Flores en su Liquidación practicada ha calculado la suma de S/. 16,976.04 (Dieciséis Mil Novecientos Setenta y Seis y 04/100 Nuevos Soles) por concepto de deductivo por adelanto de materiales a favor de la demandante; sin embargo, refiere el PROYECTO que dicha parte ha calculado por el referido concepto la suma de S/. 33,126.85 (Treinta y Tres Mil Ciento Veintiséis y 85/100 Nuevos Soles) incluido IGV; conforme lo demuestra de la deducción practicada por el ex Supervisor de Obra en base a los coeficientes e índices ahí establecidos.

POSICIÓN DEL CONSORCIO FLORES

En relación al presente punto controvertido, el CONSORCIO precisa que el monto contractual de la obra (S/. 1'630,585.89 inc. IGV) consta de tres fórmulas denominadas:

- Fórmula 01: Construcción Camino Rural (S/. 1'503,547.66 inc. IGV).
- Fórmula 02: Construcción Pontón L=6.90 m km 80+049 (S/. 70,280.41 inc. IGV).
- Fórmula 03: Construcción Pontón L=6.90 m km 80+437 (S/. 56,757.82 inc. IGV).

De la misma manera, indica el CONSORCIO que cada una de las fórmulas referidas en el párrafo precedente, cuenta con un presupuesto y fórmula polinómica independiente. Asimismo, refiere que dado la existencia de estas tres fórmulas presupuestarias independientes, a lo largo de toda la obra realizaron mensualmente valorizaciones independientes para cada una de dichas fórmulas.

De igual forma, advierte la demandada que mediante Carta N° 008-2008-RBA-RL-CF/AYAC, dicha parte solicitó al PROYECTO el Adelanto de Materiales N° 01 por un monto total de S/. 231,373.79 (inc. IGV) disregadas en las tres fórmulas referidas, conforme a lo siguiente:

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra

- Fórmula 01: S/. 141,895.56 (sin IGV).
- Fórmula 02: S/. 28,205.70 (sin IGV).
- Fórmula 03: S/. 24,330.50 (sin IGV).

Asimismo, en respuesta a la Carta referida, el Proyecto Especial Sierra Centro Sur, mediante Carta N° 051-2008-INADE-PESCS-7100, Informe N° 013-2008-PESCS/CCRLTV/IO/JRMF e Informe 012-2008-PESCS/CCRLTV/IO/JRMF, aprueba la solicitud de Adelanto de Materiales N° 01 por un monto total de S/. 174,383.86 (inc. IGV) disgregado en las tres fórmulas señaladas en el primer párrafo, de la siguiente manera:

- Fórmula 01: S/. 102,191.66 (sin IGV).
- Fórmula 02: S/. 24,112.30 (sin IGV).
- Fórmula 03: S/. 20,237.10 (sin IGV).

Igualmente, advierte el CONSORCIO que mediante comprobante de pago N° 216 de fecha 28 de marzo de 2008, se le canceló el adelanto de materiales por el monto total de S/. 147,383.86 (Ciento Cuarenta y Siete Mil Trescientos Ochenta y Tres y 86/100 Nuevos Soles) incluido IGC.

Teniendo en cuenta ello, el CONSORCIO precisa que las fechas de realización de las valorizaciones de obra según la cláusula décimo cuarta del Contrato de Obra y el artículo 255º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, deben realizarse a fines de cada mes; las amortizaciones del adelanto de materiales fueron realizados en las valorizaciones de obra N° 03 (abril 2008) y N° 04 (mayo de 2008), amortizándose completamente el adelanto de materiales en cada una de las tres fórmulas en solamente esas dos valorizaciones.

De la misma manera, indica el CONSORCIO que mediante Carta N° 306-2008-INADE-7100, el Proyecto Especial Sierra Centro Sur remite nuevas observaciones a la Liquidación de Obra en las que efectúan un cálculo errado de la deducción del adelanto de materiales la misma que estima en S/. 33,126.85 a favor de la demandada.

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra**

Igualmente, el CONSORCIO señala que la cláusula décimo tercera del Contrato de Obra, así como los artículo 245º y 246º del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establecen que para el otorgamiento y amortización del adelanto de materiales se deberá tener en cuenta en el Decreto Supremo N° 001-79-VC, sus modificatorias, ampliatorias y complementarias.

De igual forma, señala el CONSORCIO que la modificatoria aprobada mediante Decreto Supremo N° 022-80-VC de fecha 19 de setiembre de 1980, establece el procedimiento para el cálculo de la deducción de los adelanto de materiales, es así que de acuerdo a estos procedimientos se deduce las siguientes deficiencias en el cálculo de la deducción del adelanto de materiales efectuado por la Entidad:

- Los montos de las valorizaciones mensuales en las Fórmulas 02 y 03 consideradas en el cálculo de las deducciones en dichas fórmulas no son las que realmente corresponden, ya que consideraron los mismos montos que el correspondiente a la fórmula 01, lo cual es incorrecto, ya que se debe considerar el monto correspondiente a cada fórmula independientemente.
- La deducción del adelanto de materiales se realiza a partir de la fecha en que se hace efectivo el pago del adelanto al contratista hasta su total amortización, lo que en este caso ocurrió en el periodo abril y mayo de 2008 correspondientes a las valorizaciones 03 y 04 y solamente dichas valorizaciones han debido de hacerse las deducciones, Sin embargo, refiere la demandante que la demandada erróneamente ha considerado adicionalmente las deducciones en las valorizaciones 02 (marzo 2008) y 05 (junio 2008), lo cual es incorrecto ya que representan periodos diferentes al periodo de utilización del adelanto como lo establece la normatividad vigente.

Finalmente, el CONSORCIO indica que mediante Carta N° 206-2008-RBA-RL-CF/AYAC, hizo de conocimiento de la demandada sobre los errores cometidos por dicha parte en el cálculo de la deducción del adelanto de materiales y remite las correcciones correspondientes de acuerdo a la normatividad vigente obteniéndose el correcto ascendente a la suma S/. 16,976.04 (inc. IGV).

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra

De la lectura de los argumentos que ambas partes han esgrimido durante las actuaciones del presente arbitraje, puede advertirse que la controversia a ser analizada corresponde a un concepto determinado en la Liquidación de Obra elaborada por el Consorcio Flores, el cual, conforme al Proyecto Especial Sierra Centro Sur no es correcto.

De la misma manera, debe advertirse que encontrándonos ante una Liquidación de Obra, a fin de que este Colegiado pueda emitir pronunciamiento sobre el concepto referido en la pretensión en análisis, debe, en primer lugar, determinar si dicho concepto es parte de las observaciones efectuadas por el Proyecto Especial Sierra Centro Sur; para así, luego establecer si corresponde o no la aplicación de dicho concepto.

Ahora bien, en la Carta N° 278-2008-INADE-7100, recepcionada por el Consorcio Flores con fecha 05 de noviembre de 2008⁸, el Proyecto Especial Sierra Centro Sur hace de conocimiento de la demandante lo siguiente: "*Mediante el presente, me dirijo a usted para saludarlo y remitirle adjunto el informe de la referencia con las observaciones efectuadas a la Liquidación de la Obra Construcción Camino Rural Lechemayo Ticsibamba Villavista*".

Igualmente, en documento adjunto a la carta referida en el párrafo precedente, mediante Informe N° 0279-2008-INADE-PESCS-7106 de fecha 05 de noviembre de 2008⁹, el Director de Supervisión precisa lo siguiente: "*Por el presente me dirijo a Ud., que en atención al documento de la referencia, para remitirle el Expediente de Liquidación con las observaciones efectuadas a la Liquidación de la obra: "Construcción Camino Rural Lechemayo Ticsibamba Villavista" Meta 2007, con la finalidad de que por medio de su despacho se remita al Contratista Consorcio Flores, para su absolución y/o pronunciamiento al respecto*".

Así pues, conforme puede advertirse de lo precisado en párrafos precedentes, a fin de conocer si el concepto analizado en el presente punto controvertido, forma parte de las observaciones planteadas a la Liquidación de Obra, deberá tenerse presente

⁸ Medio Probatorio signado con el numeral 12 del Acápite "V. Medios Probatorios" del escrito de demanda de fecha 27 de mayo de 2009.

⁹ Medio Probatorio signado con el numeral 3 del Acápite "V. Medios Probatorios" del escrito de contestación de demanda de fecha 07 de agosto de 2009.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra

lo determinado en el Informe N° 0279-2008-INADE-PESCS-7106 de fecha 05 de noviembre de 2008.

En relación a ello, en el Informe N° 0279-2008-INADE-PESCS-7106 de fecha 05 de noviembre de 2008, se determinó como observaciones a la Liquidación de Obra elaborada por el Consorcio Flores, las siguientes:

"Es grato dirigirme a Usted, con la finalidad de remitir a vuestro despacho las observaciones realizadas a la liquidación de la obra (...) La liquidación presentada por el contratista Consorcio Flores presenta errores, siendo las siguientes:

Liquidación económica:

- (i) Los reintegros recalculados con el "k" correspondiente no han sido comparados entre los programados y los ejecutados, por cuanto se omite la afectación que corresponde por los deductivos de la obra.
- (ii) El cálculo de los coeficientes de reajustes finales, no son los mismos que aparecen en el diario oficial "el peruano".
- (iii) Se hace mención a metrados de cierre, siendo este término no usado según la normativa vigente, correspondiente sólo los deductivos por menores metrados.
- (iv) Las variaciones de los coeficientes de reajustes finales, ha generado modificación en los reajustes y deductivos.
- (v) En la Liquidación se ha referencia a penalidades por inicio de plazo de obra. No existiendo tales penalidades, porque que la obra se ha iniciado, con las formalidades del caso y cumpliendo las condiciones estipuladas en el artículo 240º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en los plazos previstos, que eximen de penalidad.
- (vi) Para mayor detalle de las discrepancias entre la liquidación elaborada por el contratista Consorcio Flores y este despacho, se adjunta un resumen de la Liquidación Económica con documentación sustentatoria en todo lo controvertido

Liquidación Técnica

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra**

"Los planos de post construcción que adjunta el contratista se encuentran incompletos, debido a que faltan los planos de obra de arte y pontones"

De la misma manera, en la Liquidación de Obra adjunta al Informe N° 0279-2008-INADE-PESCS-7106, en relación al concepto de "Deducción por adelanto de materiales N° 01", el Supervisor de Obra estableció que el monto que correspondía por dicho concepto asciende a S/. 0.00.

En ese sentido, tomando conocimiento de las observaciones señaladas en el párrafo precedente, se advierte que el Proyecto Especial Sierra Centro Sur, durante el procedimiento de la liquidación de obra, nunca observó el concepto referido a las deducciones por el adelanto de materiales; por lo que, en principio, dicho concepto no fue materia de cuestionamiento por la demandada durante el procedimiento de la elaboración de la Liquidación de Obra, siendo además, que en la Liquidación de Obra elaborada por el Consorcio Flores, dicha parte estableció que el monto que correspondía por el concepto referido ascendía a S/. 0.00, esto es, no determinó monto alguno para dicho concepto.

No obstante, en documento adjunto a la Carta N° 306-2008-INADE-7100¹⁰, recepcionado por el Consorcio Flores con fecha 03 de diciembre de 2008, el Proyecto Sierra Centro Sur señala lo siguiente:

"Por cuanto por parte de la Entidad se ha encontrado observaciones a la liquidación presentada por el contratista Consorcio Flores referente a la ejecución de la obra, Construcción Camino Rural Lechemayo, Ticsibamba, Villavista, los mismos que son dos puntos principalmente, los que se detallan:

- 1. La deducción por adelanto de materiales que no ha sido incluido en la liquidación de obra que corresponde al monto de S/. 33,126.85 Nuevos Soles, monto que inicialmente no ha consignado el Contratista en la formulación de la Liquidación de Obra."*

¹⁰ Medio Probatorio signado con el numeral 12 del Acápite "V. Medios Probatorios" del escrito de demanda de fecha 27 de mayo de 2009.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra

De la misma manera, mediante Carta N° 206-2008-RBA-RL-CF/AYAC de fecha 05 de diciembre de 2008¹¹, recepcionada por el Proyecto Sierra Centro Sur con fecha 17 de diciembre de 2008, el Consorcio Flores refiere lo siguiente: "Respecto al cálculo de la deducción por Adelanto de Materiales N° 01 realizado por la Entidad se deja constancia que esta ha sido realizada en forma incorrecta al considerar periodos anteriores a la fecha de pago del adelanto de materiales (28/03/2008). En tal sentido se ha efectuado las correcciones debidas las mismas que se adjuntan a la presente".

Sobre lo señalado en párrafos precedentes, cabe precisar que si bien el concepto en análisis fue observado fuera de los plazos establecidos en el artículo 260º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, cabe advertir que el Consorcio Flores consideró que dicho concepto debía ser materia de la Liquidación de Obra elaborada por ella, pues en un principio, dicha parte no había establecido monto alguno por el mismo.

De tal manera, habiendo ambas partes considerado que el concepto "deducción por materiales" debió formar parte de la Liquidación de Obra elaborada por el Consorcio Flores, y existiendo discrepancia sobre el monto del referido concepto; corresponde que este colegiado determine el monto por el concepto de la Liquidación denominado "deducción por materiales".

Ahora bien, a fin de que este Tribunal Arbitral cuente con mayores herramientas técnicas que permitan determinar el monto por el concepto "Deducción por materiales", procedió a realizar un peritaje técnico de oficio, en el cual se estableciera lo antes señalado.

Al respecto, la realización de una pericia, resulta en razón de que para el Derecho, la acreditación probatoria de las alegaciones es la actividad necesaria que implica demostrar la certeza de un hecho, su existencia o contenido según los medios establecidos por la ley. Así, **la prueba recae sobre quien alega algo**, ya que por principio probatorio se establece que quien alega debe probar la veracidad de aquello que afirma.

¹¹ Medio Probatorio signado con el numeral 6 del Acápite "V. Medios Probatorios" del escrito de contestación de demanda de fecha 07 de agosto de 2009.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra

Como señala el profesor Canelo, "Con la prueba se persigue la justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley"¹²

Esto responde al denominado por la doctrina como **Onus Probandi**, (o carga de la prueba) que es una expresión latina del principio jurídico que señala quién está obligado a probar un determinado hecho ante los tribunales. El fundamento del **Onus Probandi**, radica en un viejo aforismo de derecho que expresa que "lo normal se presume, lo anormal se prueba". Básicamente, lo que se quiere decir con este aforismo es que la carga o el trabajo de probar un enunciado debe recaer en aquel que rompe el estado de normalidad.

Por ello, conforme se ha mencionado, el Tribunal Arbitral, con el propósito de determinar la fundabilidad o no del punto controvertido materia de análisis, dispuso la actuación de un medio probatorio de oficio consistente en una pericia técnica con el objeto de determinar a cuánto debería ascender el monto resultante de la deducción por adelanto de materiales, así como determinar que parte sería la beneficiaria por este concepto.

Cabe señalar que la pericia es aquel medio de prueba que puede ser ofrecida por cualquiera de las partes para que una persona ajena al proceso arbitral y/o entorno de los sujetos de la relación contractual emitan su opinión calificada respecto de algún punto o materia que escapa al entendimiento del árbitro y que debe necesariamente formar convicción en aquel¹³.

Asimismo, el doctor Jairo Parra establece que "El dictamen pericial es un medio prueba que consiste en la aportación de ciertos elementos técnicos, científicos o

¹² CANELO RABANAL, R. Comentario al artículo 188 del Código Procesal Civil en Código Procesal Civil Comentado por los mejores especialistas Tomo II. 1ra. Edición. Editorial Adrus, Arequipa, Junio 2010. p. 36.

¹³ ALVAREZ PEDROZA, Alejandro. El arbitraje Ad Hoc en las Contrataciones del Estado. En: Instituto Pacífico S.A.C., Lima, 2010. Pág. 182.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra

artísticos que la persona versada en la materia de que se trate, hace dilucidar la controversia, aporte que requiere de especiales conocimientos."¹⁴

De la misma manera, el profesor Rioja Bermúdez señala que "La actividad a realizar del perito designado tiene por finalidad obtener certeza con relación a las afirmaciones respecto de los hechos alegados por las partes y por lo tanto consiste en la verificación de los hechos controvertidos en el proceso, por ello se señala que la actividad del perito no está destinada a la búsqueda de los hechos ni de fuentes de prueba, los peritos no investigan. Cualquier materia de especialización se encuentra sujeta a la realización de la revisión pericial."¹⁵

Igualmente, el doctor Gómez Lara pronunciándose sobre la utilidad de una pericia sostiene lo siguiente: "La prueba pericial se hace necesaria en el proceso cuando en el proceso cuando para observar, para examinar el hecho que se trata de demostrar, se requieren conocimientos científicos, o bien, la experiencia de la práctica cotidiana de un arte o de un oficio. La prueba pericial es el medio de confirmación por el cual se rinden dictámenes acerca de la producción de un hecho y sus circunstancias conforme a la legalidad."¹⁶

Finalmente, Liebman respecto a la finalidad de la pericia establece que "tiene por finalidad de integrar los conocimientos del juez en los casos en los que para percibir o valorar una prueba son necesarios conocimientos técnicos de los cuales no está provisto. Cuando en un proceso se presentan problemas de tal naturaleza, el consultor técnico es llamado a asistir al juez en su actividad con dictámenes o relaciones no vinculantes."¹⁷

De esta manera, de acuerdo a lo establecido en los párrafos anteriores, el Informe Pericial de fecha 16 de abril de 2012, realizado por el perito Ing. Luis Vásquez de Rivero (en adelante, la Pericia), es una herramienta adecuada para que este

¹⁴ PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Séptima Edición. En: Ediciones Librería, 1997. Pág. 180.

¹⁵ RIOJA BERMÚDEZ, Alexander. El nuevo proceso civil. Editorial Adrus. Pág. 585.

¹⁶ GOMEZ LARA, Cipriano. Derecho Procesal Civil. En: Editorial Trillas. México, 1989. Pág. 104.

¹⁷ LIEBMAN, Tullio Enrico. Manual de Derecho Procesal Civil. En: Ediciones Jurídica Europa – América, 1973. Pág. 300.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra

Colegiado tenga la plena seguridad respecto al monto que corresponde por "deducción por materiales".

Así pues, en la Pericia de fecha 16 de abril de 2012, el Ing. Luis Vásquez de Rivero, respecto del análisis realizado, concluye lo siguiente: "*El monto de deducción por adelanto de materiales, asciende a: S/. 27,837.69 mas IGV, para las tres obras en conjunto, según cálculo que se muestra en el anterior análisis*".

No obstante, ante la formulación de observaciones al Informe Pericial referido precedentemente, efectuadas por las partes, el Ing. Luis Vásquez de Rivero, mediante comunicación de fecha 12 de diciembre de 2012, modifica la conclusión arribada en el Informe Pericial, indicando lo siguiente: "*El monto final de deducción por Adelanto de Materiales resulta en Dieciocho Mil Trescientos Setenta y Uno y 82/100 Nuevos Soles más IGV (S/. 18,371.82 Más IGV). En consecuencia el monto de deducción por adelanto de materiales es el que se determina en el presente escrito, que modifica el contenido en el dictamen*".

De esta manera, teniendo en cuenta el monto determinado en la modificación al Informe Pericial, este Colegiado determina que el monto que corresponde por el concepto "Deducción de materiales" asciende a la suma de S/. 18,371.82 (Dieciocho Mil Trescientos Setenta y Uno y 82/100 Nuevos Soles) más el Impuesto General a las Ventas - IGV.

Cabe precisar que, en relación al monto y la ejecución del mismo, debe tenerse presente lo precisado por el Perito Ing. Luis Vásquez de Rivero en su comunicación de fecha 14 de enero de 2013, en la cual, se indica lo siguiente: "*Respecto a la aclaración solicitada digo: Que lo indicado por la entidad no es propiamente una observación, asimismo que el monto calculado por Deducción de Adelanto de Materiales, está definido en el último rubro de mi escrito de absolución de observaciones entregado el 12 de diciembre de 2012. Es decir el monto anterior calculado no es un deductivo directo a favor de la entidad que se tendría que descontar en la liquidación de obra, similar por ejemplo a un deductivo por no ejecución de una partida de una obra, sino que es el monto que hay que deducir, antes de entrar a calcular los Reintegros o Reajustes vía Fórmula Polinómica, debido a los adelantos para compra de materiales (...)"* (El resaltado y subrayado es nuestro).

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra**

Por lo tanto, este Colegiado declara FUNDADO EN PARTE el presente punto controvertido, y en consecuencia, corresponde establecer que el monto correcto por la deducción de materiales asciende a la suma de S/. 18,371.82 (Dieciocho Mil Trescientos Setenta y Uno y 82/100 Nuevos Soles) más el Impuesto General a las Ventas – IGV.

2.3 SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde declarar la improcedencia de la aplicación de la penalidad a la entidad por la entrega del terreno para la ejecución de la obra: "Construcción Camino Rural Lechemayo Ticsibamba Villavista", deducida por el Consorcio Flores.

POSICIÓN DEL PROYECTO ESPECIAL SIERRA CENTRO SUR

En relación al presente punto controvertido, precisa la demandante que la Liquidación elaborada por el Consorcio Flores, dicha parte le aplica penalidades por un monto de S/. 81,529.29 (Ochenta y Un Mil Quinientos Veintinueve y 29/100 Nuevos Soles), al haber incurrido en retraso de diez (10) días en la entrega del terreno para la ejecución de la obra conforme lo establece el inciso 3 del artículo 240º del Reglamento de la Ley Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Sobre lo indicado, el PROYECTO refiere que el Consorcio Flores no ha cumplido con las condiciones establecidas en la normativa respectiva, para ser merecedor a resarcimiento alguno, toda vez que no ha demostrado haberle causado daño o perjuicio alguno como consecuencia del retraso; por el contrario, señala la demandante que se evidencia que no se ha ocasionado perjuicio alguno debido que en este lapso de tiempo no se tenía personal técnico ni obrero, no se encontraba ninguna maquinaria en el lugar de la obra conforme se demuestra en el cuaderno de obra; no obstante, refiere que una vez entregado el terreno, el Consorcio Flores recién cumple con llevar a su personal e inicia con los trabajos de trazo y replanteo y procede con la instalación de su campamento.

Igualmente, advierte el PROYECTO que el Consorcio Flores, a pesar de haberse vencido el plazo para la entrega del terreno, dicha parte nunca le requirió mediante

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra**

documento alguno, en el cual expresen y comprueben el agravio causado; por tanto, concluye la demandante que se evidencia que el demandado no tomó las medidas del caso para exhortarle su cumplimiento.

De igual forma, manifiesta el PROYECTO que con fecha 30 de enero de 2008, dicha parte cumplió con nombrar a la Comisión de Entrega de Terreno, conforme se advierte de la Resolución Directoral N° 0028.2008-INADE-7100; habiendo en ese sentido, actuado dicha parte con la debida diligencia.

No obstante, indica la demandante que el hecho que la entrega de terreno se haya efectuado fuera del plazo establecido, se debe a causas no atribuibles al PROYECTO, como son hechos fortuitos y de fuerza mayor, pues en ese periodo (la fecha de entrega del terreno), la ciudad de Ayacucho vivía un ambiente de zozobra al haber los agricultores convocado a un paro total como protesta a la privatización del agua, y en aquello se rumoreaba movimientos en sierra y selva que perturbaban la paz, situación que imposibilitó el traslado al lugar de la obra.

De otro lado, el PROYECTO precisa que el daño es un supuesto fundamental de la estructura de los hechos jurídicos ilícitos que originan la responsabilidad civil, de tal forma que solamente cuando se ha causado un daño se configura jurídicamente un supuesto de responsabilidad civil sujeta a indemnización. Por lo tanto, indica la demandante que el aspecto fundamental de la responsabilidad es que se haya causado un daño que deberá ser indemnizado; en ese orden de ideas, de no haber daño, no se configura un supuesto de hecho jurídico ilícito contractual o extracontractual, por más que exista una conducta antijurídica o ilícita.

De la misma manera, manifiesta el PROYECTO que el daño sin ser el único de los elementos de la responsabilidad civil contractual o extra-contractual, se instituye como el fundamental, esto, debido a que existe consenso en la doctrina que en ausencia del daño no hay nada que reparar o indemnizar, ergo, no existe problema alguno de responsabilidad civil; siendo pertinente acotar que, tan importante es el aspecto del daño producido, que no pocos autores han optado por denominar a la responsabilidad civil, como el "derecho de daños".

De esta manera, concluye la demandante que bajo dichos contextos si bien es cierto la norma a previsto el resarcimiento de daños y perjuicio por un determinado

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra**

monto, también es cierto que dicho derecho debe acreditarse, situación que, conforme a dicha parte, no ha sido observada ni de cumplimiento por el Consorcio Flores, en tanto no ha acreditado la existencia del daño o el perjuicio ocasionado; no obstante, el PROYECTO refiere que ésta sí acredita que el retraso incurrido para la entrega de terreno se debe a hechos fortuitos y de fuerza mayor, muy ajenas a su voluntad e intención.

POSICIÓN DEL CONSORCIO FLORES

Sobre el presente punto controvertido, el CONSORCIO precisa que con fecha 18 de enero de 2008 se suscribió el Contrato N° 001-2008-INADE-PESCS entre el Proyecto Especial Sierra Centro Sur y el Consorcio Flores para la ejecución de la obra "Construcción Camino Rural Lechemayo - Ticsibamba- Villa Vista".

De la misma manera, refiere la demandada que la cláusula sexta del Contrato N° 001-2008-INADE-PECS dispone en su primer párrafo que el inicio del plazo de ejecución de obra se determinará de acuerdo a lo establecido en el artículo 240º del Reglamento.

Asimismo, según el cuadro presentado por el CONSORCIO, dicha parte señala que en ella se puede apreciar las fechas de cumplimiento de cada uno de los requisitos por parte de la demandada, adecuadamente sustentada por los documentos respectivos, de los cuales se determina que la demandada tuvo un retraso de seis (06) días en la designación del inspector de obra y diez (10) días en la entrega del terreno.

De otro lado, manifiesta el CONSORCIO que en el párrafo final del artículo 240º del Reglamento, se concluye que el contratista tiene derecho al resarcimiento de daños y perjuicios por un monto de S/. 8,152.93 incluido IGV por día de retraso y un monto total de S/. 81,529.29 incluido IGV por los diez días de retraso en el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 240º del reglamento.

De igual manera, refiere el CONSORCIO que habiendo la demandante incurrido en retraso en dos condiciones (06 días en la designación del inspector de obra y 10 días en la entrega de terreno) y al ser estas condiciones de cumplimiento paralelo, para efectos de cómputo del tiempo de retraso total se considera el mayor de ello.

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra**

Asimismo, precisa la demandada que el artículo 240º del Reglamento es lo bastante claro, explícito y no da lugar y mucho menos exige la posibilidad de que el contratista deba demostrar la magnitud del daño y perjuicio causado por la demandada al incurrir en retraso de las condiciones a ser cumplidas por esta, mas por el contrario manifiesta la demandante, que el dispositivo legal ya ha cuantificado y determinado un monto específico e invariable, en función del monto contractual, por cada día de retraso que incurriera la Entidad lo cual no necesita mayor justificación de parte del contratista que lo establecido en la misma norma.

De la misma manera, refiere la demandada que el supuesto requerimiento de parte de dicha parte para con la Entidad para el cumplimiento del artículo 240º del Reglamento, es innecesaria; ya que la Entidad al suscribir el contrato ha declarado conocer los términos y condiciones que regulan la ejecución del contrato, debió ser conocida por la Entidad lo regulado en el artículo 240º del Reglamento.

De otro lado, precisa la demandada que el contrato de ejecución de obra se suscribió el día 18 de enero de 2008, y el PROYECTO debió realizar la entrega del terreno durante los siguientes quince (15) días de dicho suceso, esto es, como máximo hasta el 02 de febrero de 2008; sin embargo, por razones de su completa responsabilidad lo realizó el día 12 de febrero de 2008, es decir con 10 días de retraso.

Igualmente, el CONSORCIO indica que el paro aducido por el PROYECTO como hecho "fortuito y fuerza mayor" que conforme a la demandante impidió la entrega de terreno dentro de los plazos establecidos, se realizó desde el 18 al 20 de febrero; es decir 16 días después de la fecha última en al que la Entidad debió entregar el terreno sin penalidad (02 de febrero de 2008) y después de 06 días de haber realizado satisfactoriamente la entrega del terreno (12 de febrero de 2008), la cual se realizó sin ningún tipo de problema social que habría podido originar dicho paro.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

La pretensión del Proyecto Especial Sierra Centro Sur - PECS busca el pronunciamiento por parte del Tribunal Arbitral sobre si corresponde o no ordenar

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra

el pago de la indemnización por daños y perjuicios (a la que denomina "penalidad aplicada por el Contratista") por la suma equivalente al 5/1000 del monto total del contrato, por cada día de atraso y hasta por un máximo de 75/1000 del monto total del contrato, según lo dispuesto en el artículo 240º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Así pues, el último párrafo del artículo 240º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado indica lo siguiente: "*(...) Asimismo, si la Entidad no cumple con lo dispuesto en los incisos precedentes por causas imputables a ésta, en los quince (15) días siguientes al vencimiento del plazo previsto anteriormente, el contratista tendrá derecho al resarcimiento de daños y perjuicios por un monto equivalente al cinco por mil (5/1000) del monto del contrato por día y hasta por un tope de setenta y cinco por mil (75/1000) de dicho monto contractual. Vencido el plazo indicado, el contratista podrá además solicitar la resolución del contrato por incumplimiento de la Entidad*".

En relación a ello, cabe precisar que si bien es cierto el resarcimiento indicado en el último párrafo del Artículo 240º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece un derecho a favor del Contratista, se advierte que también tiene como finalidad la imposición de una sanción a la Entidad, debido a que ésta no cumplió con las prestaciones que se encuentran a su cargo, a fin de que se inicie la ejecución de la obra; siendo dicho hecho fundamental para que se le otorgue dicho resarcimiento; de ahí, la explicación a la denominación "penalidad" a este concepto por parte del Contratista.

En ese sentido, a fin de que el Contratista sea pasible del daño y perjuicio determinado en el artículo 240º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, corresponderá que se determine que la Entidad haya incumplido con alguna de las obligaciones que se encuentran a su cargo.

Ahora bien, el primer y segundo párrafo del artículo 240º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, establece que:

"El inicio del plazo de ejecución de obra comienza a regir desde el día siguiente de que se cumplan las siguientes condiciones:

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra**

- 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 éste, hecho que deberá cumplirse por la Entidad dentro del plazo de siete (7) días de haber recibido la garantía correspondiente.

Las condiciones a que se refieren los literales precedentes, deberán ser cumplidas dentro de los quince (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 relación a ello, conforme a lo precisado por el Consorcio Flores, el Proyecto Especial Sierra Centro Sur - PECS ha incumplido con entregar el terreno para el inicio de la obra, en el plazo de quince (15) días desde la suscripción del contrato, conforme lo establece el artículo 240º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Así, teniendo en cuenta que el Contrato N° 001-2008-INADE-PESCS fue suscrito por ambas partes con fecha 18 de enero de 2008, el Proyecto Especial Sierra Centro Sur - PECS contaba hasta el día 02 de febrero de 2008 (15 días), a fin pueda hacer efectiva la entrega del terreno; siendo que en caso, lo realice posterior a dicha fecha, debería hacerse efectivo lo establecido en el último párrafo del artículo 240º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra

Al respecto, mediante Resolución Directoral N° 0028-2008-INADE-7100 de fecha 30 de enero de 2008¹⁸, el Proyecto Especial Sierra Centro Sur – PECS establece lo siguiente: "**Artículo Primero: DESIGNAR la Comisión de Entrega de Terreno para el inicio de la ejecución de la Obra: "Construcción Camino Rural Lechemayo Ticsibamba Villavista" – Ejecución Presupuestal 2007 (...)".**

De la misma manera, habiéndose designado la Comisión de Entrega de Terreno, en el Acta de Entrega de Terreno¹⁹ se indica lo siguiente: "*En distrito de Chungui - Anco, de la provincia de La Mar, Región Ayacucho, siendo las 16 horas, del día 12 de febrero de 2008, se reunieron en el lugar de inicio de los trabajos de la Obra "Construcción Camino Rural Lechemayo Ticsibamba Villavista (...) Asimismo, se tuvo presencia de autoridades de la localidad y pobladores beneficiarios, donde se procedió a realizar el recorrido correspondiente por donde se ejecutará la Obra, verificando la compatibilidad del terreno con los planos del Expediente Técnico, identificando los elementos de control y BMs requeridos para el replanteo de la Obra, procediéndose a la Entrega de Terreno para la ejecución de la obra".*

Tal como puede advertirse de lo señalado en el párrafo precedente, el Proyecto Especial Sierra Centro Sur – PECS procedió con la entrega del terreno el día 12 de febrero de 2008, esto es, transcurrido diez (10) días de retraso en el cumplimiento de dicha obligación; con lo que, en principio, por mandato normativo expreso, le corresponde al Consorcio Flores una indemnización por los días de retraso indicados.

Sin embargo, en los argumentos esbozados por el Proyecto Especial Sierra Centro Sur – PECS, dicha parte alega lo siguiente: "*(...) se debe a causas no atribuibles al PROYECTO, como son hechos fortuitos y de fuerza mayor, pues en ese periodo (la fecha de entrega del terreno), la ciudad de Ayacucho vivía un ambiente de zozobra al haber los agricultores convocado a un paro total como protesta a la privatización del agua, y en aquello se rumoreaba movimientos en sierra y selva que perturbaban la paz, situación que imposibilitó el traslado al lugar de la obra".*

¹⁸ Medio Probatorio signado con el numeral 4 del Acápite "V. Medios Probatorios" del escrito de demanda de fecha 27 de mayo de 2009.

¹⁹ Medio Probatorio signado con el numeral 5 del Acápite "V. Medios Probatorios" del escrito de demanda de fecha 27 de mayo de 2009.

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra

Al respecto, tal como se dijo al analizar el punto controvertido precedente, la acreditación probatoria de las alegaciones es la actividad necesaria que implica demostrar la certeza de un hecho, su existencia o contenido según los medios establecidos por la ley. Así, **la prueba recae sobre quien alega algo**, ya que por principio probatorio se establece que quien alega debe probar la veracidad de aquello que afirma.

En ese sentido, tal como se ha indicado precedentemente, en el presente caso el Proyecto Especial Sierra Centro Sur – PECS precisa que no ha procedido con entregar el terreno durante el plazo correspondiente, debido al paro de agricultores que se produjo en la zona; con lo que, corresponderá a dicha parte demostrar, mediante medio probatorio fehaciente, que dicho acontecimiento produjo que no se procediera con la entrega del terreno.

Así pues, del análisis de los medios probatorios presentados por el Proyecto Especial Sierra Centro Sur – PECS durante las actuaciones del presente arbitraje, no se aprecia que alguno de los documentos presentados por dicha parte acrediten fehacientemente y creen certeza suficiente en este Colegiado de que el hecho alegado haya producido el retraso en la entrega del terreno; no existiendo así, fundamento que tenga como consecuencia la no entrega del terreno en el plazo correspondiente; más aún, si en el recorte periodístico presentado por la demandante se advierte que la fecha de inicio de paro es posterior a la entrega del terreno (12.02.08): "*El anuncio de un paro de los agricultores que reclamaban la no privatización del agua, programado para febrero (...) El día 18, el primer día de paro (...)*".

De esta manera, al no existir medio probatorio fehaciente que acredite lo señalado por el Proyecto Especial Sierra Centro Sur - PECS respecto al hecho que impidió la entrega del terreno en el plazo establecido, este Colegiado arriba a la conclusión de que se procedió a la entrega del terreno de manera tardía, no existiendo causa eximente para dicho acontecimiento.

Por lo tanto, este Colegiado declara INFUNDADO el presente punto controvertido, y en consecuencia, no corresponde declarar la improcedencia de la aplicación de la penalidad a la entidad por la demora en la entrega del terreno para la ejecución de

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra

la obra: "Construcción Camino Rural Lechemayo Ticsibamba Villavista", deducida por el Consorcio Flores.

2.4 TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar a quién corresponde asumir las costas y costos de la presente controversia.

POSICIÓN DEL PROYECTO ESPECIAL SIERRA CENTRO SUR Y DEL CONSORCIO FLORES

En relación al presente punto controvertido, ninguna de las partes ha presentado fundamento alguno.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Sobre este punto, cabe indicar que el artículo 59º del Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del Consucode, establece 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 SNCACONSUCODE, decidirá a su entera discreción quien debe asumirlos o en que proporciones deben dichos gastos distribuirse entre las partes. Los gastos arbitrales comprenden los rubros detallados en el Artículo 66 así como cualquier multa o sanción que el Tribunal Arbitral haya aplicado u ordenado durante el transcurso de las actuaciones arbitrales*".

De la misma manera, debe tenerse en cuenta que en el artículo 66º del Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del Consucode, se señala que: "*Los gastos arbitrales comprenden los honorarios de los árbitros y los gastos administrativos del SNCACONSUCODE. Las tasas por concepto de presentación de demanda y contestación respectivamente constituyen montos no reembolsables y se imputará a cuenta de los gastos administrativos que se determinen mediante las liquidaciones correspondientes. Los gastos derivados de medios probatorios de oficio, servicios de filmación de las Audiencias, digitalización, teleconferencia y demás gastos no están incluidos en los gastos administrativos, de*

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra

manera que deberán ser asumidos directamente por las partes según lo dispuesto por el Tribunal Arbitral”.

Es el caso que en el convenio arbitral contenido en el Contrato, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del proceso arbitral; por lo que, corresponde que este Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

Considerando el resultado del arbitraje que en puridad, desde el punto de vista del Tribunal Arbitral, no puede afirmarse que existe una “parte perdedora”, en vista de que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, fuera del fallo dado, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, y atendiendo al buen comportamiento procesal de las partes y a la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, corresponde disponer que cada una de las partes asuma los costos del presente arbitraje; en consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral); así como, los costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

De esta manera, corresponde que este Colegiado declare IMPROCEDENTE la tercera pretensión de la demanda, analizada en el presente punto controvertido; y en consecuencia, no corresponde disponer el Consorcio Flores asuma los costos y costas generados en el presente proceso.

No obstante, sin perjuicio de lo establecido en el párrafo precedente, de autos se advierte que mediante Resolución N° 15, este Colegiado dejó constancia que el Consorcio Flores canceló el monto de la primera cuota de los honorarios del perito que se encontraba a cargo del Proyecto Especial Sierra Centro Sur - PECS

De la misma manera, mediante Resolución N° 30, se dejó constancia que el Consorcio Flores se subrogó el pago de los honorarios, los cuales se encontraban a cargo del Proyecto Especial Sierra Centro Sur- PECS.

De esta manera, este Colegiado advierte de los árbitros Juan Huamaní Chávez y Orlando La Torre Zegarra que el Consorcio Flores ha asumido responsabilidades

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra

económicas que se encontraban a cargo del Proyecto Especial Sierra Centro Sur - PECS; por lo que, se establece que el Proyecto Especial Sierra Centro Sur - PECS debe realizar la devolución del monto de S/. 4,160.82 (Cuatro Mil Ciento Sesenta y 82/100 Nuevos Soles), correspondiente a la suma de los honorarios de los árbitros Juan Huamaní Chávez y Orlando La Torre Zegarra, y el monto de la primera cuota de los honorarios del perito, los cuales se encontraban a cargo de la demandada, pero que han sido asumidos por el Consorcio Flores.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Estando a las consideraciones expuestas, dentro del plazo correspondiente, el Tribunal Arbitral en Derecho, **RESUELVE:**

PRIMERO.- DECLÁRESE INFUNDADA la excepción de Caducidad deducida por el Consorcio Flores mediante su escrito de contestación de demanda de fecha 07 de agosto de 2009.

SEGUNDO.- DECLÁRESE FUNDADA EN PARTE la primera pretensión de la demanda analizada en el primer punto controvertido; y en consecuencia, corresponde establecer que el monto correcto por la deducción de materiales asciende a la suma de S/. 18,371.82 (Dieciocho Mil Trescientos Setenta y Uno y 82/100 Nuevos Soles) más el Impuesto General a las Ventas – IGV.

TERCERO.- DECLÁRESE INFUNDADA la segunda pretensión de la demanda analizada en el segundo punto controvertido, y en consecuencia, no corresponde declarar la improcedencia de la aplicación de la penalidad al Proyecto Especial Sierra Centro Sur por la entrega del terreno para la ejecución de la obra: "Construcción Camino Rural Lechemayo Ticsibamba Villavista", deducida por el Consorcio Flores.

CUARTO.- DECLÁRESE IMPROCEDENTE la tercera pretensión de la demanda analizada en el tercer punto controvertido, y en consecuencia, no corresponde disponer el Consorcio Flores asuma los costos y costas generados en el presente proceso.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Celso Salazar Sihue
Dr. Orlando La Torre Zegarra

QUINTO.- DISPÓNGASE que el Proyecto Especial Sierra Centro Sur - PECS proceda con la devolución del monto de S/. 4,160.82 (Cuatro Mil Ciento Sesenta y 82/100 Nuevos Soles), correspondiente a la suma total de los montos subrogados por el Consorcio Flores.

Notifíquese a las partes.


JUAN HUAMANÍ CHÁVEZ

Presidente del Tribunal Arbitral


CELSO SALAZAR SIHUE

Árbitro


ORLANDO LA TORRE ZEGARRA

Árbitro


KARLA ANDREA CHUEZ SALAZAR

Secretaria Arbitral
Dirección de Arbitraje Administrativo