

LAUDO DE DERECHO
EXPEDIENTE A061-2013

PARTES

DEMANDANTE: RGD CONSTRUCCIONES S.A.
En adelante: RGD, CONTRATISTA

DEMANDADO: MARINA DE GUERRA DEL PERU
En adelante: MGP, ENTIDAD

Arbitro único: Ricardo Antonio León Pastor
Secretaria arbitral: OSCE

Tipo de arbitraje: AD HOC, NACIONAL, DE DERECHO

Resolución Nº 53
Lima, 12 de noviembre de 2015.

I. ANTECEDENTES

1. El 2/07/2010 el Comité Especial adjudicó la Buena Pro del concurso público Nº 002-2010-MGP/DIMATEMAR - primera convocatoria, para la contratación del servicio de cambio de piso en la explanada del CITEN a la contratista RGD construcciones S.A.
2. El 19/07/2010 ambas partes suscribieron el contrato de servicios Nº MGP-DGM/DIT-2010-044 derivado del concurso público reseñado para el “cambio de piso en la explanada del CITEN”, por un monto total de S/. 416,010.00 a todo costo incluido IGV, por sistema de contratación a suma alzada.
3. En la ejecución del contrato surgieron controversias entre las partes que son materia del presente arbitraje.

II. PROCESO ARBITRAL

EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

4. En la cláusula décimo séptima del contrato se pactó una cláusula de solución de controversias con el siguiente tenor:
“Cualquiera de las partes tiene el derecho de iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los

artículos 144º, 170º, 175º y 177º del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52º de la Ley".

5. Conforme a la cláusula quinta del referido contrato, son de aplicación para resolver el fondo de la controversia las disposiciones establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante, LCE) y su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, RLCE) y el Código Civil vigente.

INSTALACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

6. RGD construcciones S.A. el 18/09/2012 solicitó a Marina de Guerra del Perú el inicio del procedimiento arbitral, dando aviso a OSCE para la designación del árbitro único.
7. El OSCE mediante resolución N° 182-2013-OSCE/PRE de 24/05/2013 designó al suscrito como árbitro único, designación que fue aceptada el 3/06/2013.
8. El 8/07/2013 se instaló el árbitro único con presencia de Marina de Guerra del Perú e inasistencia de RGD construcciones. En este acto se señalaron las reglas del proceso y se fijaron los anticipos de honorarios del árbitro y gastos del secretario arbitral. En la regla 46 se estipuló honorarios arbitrales netos por S/, 10,000.00 y gastos de secretaría arbitral por S/. 5,970.00 incluido IGV. RGD cumplió oportunamente con pagar el 50% de ambos conceptos, y ante la imposibilidad anunciada por MGP para cumplir con el 50% restante, se facultó a RGD por resolución N° 2 (23/09/2013) para que efectúe dichos pagos por subrogación, lo que cumplió tal como quedó establecido en la resolución N° 5 (19/11/2013).

DEMANDA

- 
9. RGD CONSTRUCCIONES S.A. (en adelante la demandante o contratista o RGD) el 8/08/2013 presentó su demanda dentro del plazo señalado en la audiencia de instalación. Señaló las siguientes pretensiones:
 10. Primera.- Se declare la ineficacia de la resolución del contrato realizado por la MGP, resolución contenida en la carta Nro. V.200-764.
 11. Segunda.- Se ordene a la MGP que cumpla con pagar a RGD la suma de S/. 291,207.00 (DOSCIENTOS NOVENTA Y UN MIL DOSCIENTOS SIETE CON 00/100 nuevos soles) por concepto de saldo del precio del servicio prestado en su totalidad por RGD. A esta suma deberá añadírsele los intereses correspondientes, los mismo que deberán calcularse hasta la fecha de pago.

12. Tercera.- Reconocimiento de las ampliaciones de plazo solicitadas por RGD declarando por consiguiente el 18 de noviembre de 2010 como fecha de vencimiento del contrato y ordenando el pago de los mayores gastos generales generados incurridos a los que se les deberá aplicar los intereses correspondientes.
13. Cuarta.- Se ordene a la MGP el pago de prestaciones adicionales que RGD tuvo que realizar por deficiencias de las especificaciones técnicas de las bases por la suma ascendente a S/. 73,003.40 (SETENTA Y DOS MIL TRES CON 40/100 NUEVOS SOLES) ordenando a su vez el pago de intereses generados.
14. Quinta.- Se ordene a MGP el pago de una indemnización por daños y perjuicios generados por los altos costos financieros que RGD ha venido y viene soportando por el mantenimiento innecesario de cartas fianzas como consecuencia de la conducta negligente e incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de la MGP.
15. Sexta.- Se ordene el pago de costas y costos del proceso a MGP.
16. El contratista introdujo su demanda argumentando que, de acuerdo al contrato suscrito entre las partes, el plazo de ejecución era de sesenta días (60) calendario.
17. Según el capítulo III de las bases administrativas del concurso público se estableció que la ejecución de los trabajos incluyen todas las partidas del presupuesto de Trabajos preliminares, pisos, Obras de arte y Varios, que comprende:
- Piso de terrazo antideslizante (tipo corcho) en un área de 2,746.00 metros cuadrados., en la parte central de la explanada principal y parte central de la explanada del departamento de Formación Naval.
 - Piso de terrazo pulido en el diseño de escudos del CITEN en un área de 128 metros cuadrados.
 - Reparación de las losas en la explanada principal y en la explanada del departamento de formación naval.
 - Reparación y resanes de veredas de concreto en las zonas laterales y posteriores de la Cripta, en un área de 623 metros cuadrados.
 - Reparación de las juntas de dilatación (las más deterioradas), el total de 1,476.00 ml.
 - Escudos del CITEN (dos unidades): de 6.00 m x 8.00 m, en la parte central de la explanada principal y de 4.00 m x 6.00 m, en la explanada del departamento de formación naval, en material de terrazo pulido y colores oficiales del instituto.
18. RGD indicó que cumplió de forma cabal, oportuna y en su totalidad las obligaciones, además señala que mejoró su trabajo debido a que las bases no eran completas para cumplir con la finalidad del contrato.

19. Sobre su primera pretensión, afirma que el 27/08/2012 RGD fue notificada notarialmente con la comunicación V.200-764 de 22/08/2012 de la resolución parcial del contrato practicada por la entidad, cuando RGD considera que no se incurrió en ninguna de las causales establecidas en el Art. 168 del RLCE.
20. En esa comunicación MGP argumentó que RGD no cumplió con la ejecución total del contrato y que han incumplido reiteradamente sus obligaciones, lo cual RGD considera que no es cierto.
21. El 15/10/2010 mediante carta Nro. 134-RGD-2010 comunicó a MGP que se había culminado el servicio objeto de contrato, recibiendo la comunicación V.200-1255 de 19/10/2010 en la que se indica que el inspector ha comunicado que el servicio no se encontraba concluido.
22. RGD solicita al árbitro único que note la falta de diligencia de MGP pues no se precisa la parte inconclusa, vulnerando en esta forma el Art. 176 de RLCE, que ordena que se consigne un acta de forma clara y precisa mostrando las observaciones y dando plazo para subsanarlas.
23. Con carta Nro 135-RGD-2010, recibida el 22/10/2010 RGD informó nuevamente a MGP la culminación del proyecto puesto que el 20 de octubre de ese mismo año se hizo una visita al lugar con la presencia del Ing. Felix Tarazona Castillo, supervisor, y un día antes se había hecho la inauguración.
24. El 21/10/2010 el ingeniero Tarazona solicitó verbalmente el levantamiento de unas observaciones por lo que con carta Nro. 139-RGD-2010 recibida el 25/10/2010 RGD informó a MGP que se estaba procediendo con las subsanaciones, y se hizo mencionó la dificultad de ello debido a que la explanada ya estaba siendo utilizada por los alumnos, la subsanación fue concluida y se informó a MGP con carta de 2/11/2010.
25. RGD recalca que con el almuerzo inaugural de 19/10/2010 quedó claro que el servicio fue concluido ya que ha venido siendo utilizada desde esa fecha; sin embargo pese a ello se procedió a subsanar debido a que buscaban mantener las buenas relaciones con MGP.
26. El 2/11/2010 MGP levantó un acta con 22 observaciones, dicha acta fue presenciada por el representante de RGD, Ing. Karlo Madrid Saldaña quien no firmó por no encontrarse conforme con las observaciones, ya que estas observaciones se trataban de especificaciones técnicas de las bases ajenas a lo pactado.
27. Con carta Nro. 146-RGD-2010 RGD mostró su disconformidad ya que se trataban de aspectos técnicos no contemplados ni requeridos en las

especificaciones técnicas de las bases, lo que además será materia de un informe pericial ofrecido por la demandante.

28. Con carta Nro. 147-RGD-2010 de 17/11/2010 se solicitó la recepción del servicio al haber levantado las observaciones contenidas en el acta de 2/11/2010 (de las 22 observaciones) de las cuales NO se levantaron 3 observaciones.
29. Al no presentarse ninguna observación, mediante carta Nro. 149-RGD-2010 recibida por MGP el 10/12/2010 se solicitó el pago correspondiente adjuntando factura Nº 114; aplicando el Art. 1761 del CCP que indica que ante un silencio por un periodo superior al que tenía para pronunciarse, se considera la aprobación del encargo. RGD menciona que si bien este artículo hace referencia a los excesos en la prestación de servicio, consideran que debe aplicarse con mayor razón debido a vacío legal en la ley y reglamento.
30. MGP ha apremiado con resolver el contrato con comunicaciones que imputan supuestos incumplimientos cuyo origen se encuentra en la deficiencia de las especificaciones de las bases aprobadas por MGP.
31. Por estos motivos la resolución parcial del contrato es INEFICAZ, la resolución nació muerta y está imposibilitada de surtir efectos ya que se culminó en su totalidad con el proyecto el 18/11/2010 con carta Nro. 147-RGD-2010.
32. Sobre la segunda pretensión, RDG afirma que a pesar de haber cumplido con sus obligaciones contractuales, el MGP se viene beneficiando hace casi 3 años con este servicio que no paga, en desmedro de RGD.
33. Por lo expuesto RGD solicita al árbitro único que ordene a MGP el pago del saldo del precio del contrato por el servicio prestado, que asciende a S/. 291, 207.00 (doscientos noventa y un mil doscientos siete con 00/100 nuevos soles) más los intereses que correspondan a la fecha del pago.
34. Sobre la tercera pretensión, RGD afirma que el plazo de ejecución contractual era de 60 (sesenta) días calendario, plazo que debió iniciarse el día siguiente de la suscripción del contrato, pero hubo dos solicitudes de ampliación.
35. Sobre la primera ampliación de plazo, el 22/07/2010 MGP hizo entrega del terreno, esto provocó 3 días de demora. RGD solicitó adelanto por 30% de forma oportuna, este adelanto recién se efectuó el 27/08/2010, siendo solicitado el 16/07/2010; el retraso generado en esta oportunidad es de 39 días. Por lo que en total se dio un retraso de 42 días. Debido a esto, RGD solicitó ampliación de plazo por 30 (treinta) días, sustentándose en que el retraso se debió al incumplimiento imputable única y exclusivamente a MGP,

siendo esta una de las causales del Art. 175 RLCE. La solicitud quedó CONSENTIDA al no haber respuesta alguna por parte de MGP.

36. Sobre la segunda ampliación de plazo, mediante carta Nro. 133-RGD-2010 de 13/09/2010 se solicitó ampliación por 20 (veinte) días considerándose que a solicitud de MGP hubo ciertas variaciones, sumado el hecho de que en esa época hubo un desabastecimiento de granalla, material indispensable para la ejecución de servicio y que solo existe un proveedor de dicho material; esto califica como caso de fuerza mayor. Dicha carta tampoco tuvo respuesta por lo que nuevamente QUEDÓ CONSENTIDA.
37. En tal sentido las ampliaciones en su totalidad 62 (sesenta y dos) días quedaron consentidas.
38. Siendo que las ampliaciones deben ser reconocidas por la aplicación del Art. 175 RLCE se deberá entonces reconocer y ordenar a MGP que pague la suma de S/. 3, 333.12, suma a la que asciende los gastos mayores incurridos; teniéndose como base que el gasto general por día es de S/.53.76 y el atraso es de 62 días. Más los intereses correspondientes.
39. Sobre la cuarta pretensión, mediante carta Nro. 132-RGD-2010 presentada a MGP el 13/10/2010 se solicitó el pago adicional de S/. 72,003.40 , monto que se sustenta en los trabajos adicionales que tuvo que realizar RGD por las deficiencias técnicas de las bases.
40. Las bases constaban de deficiencias entre las más resaltantes lo referido a la dosificación del terrazo a emplear tanto para el pulido y tipo corcho. El pago adicional cuya ejecución era imprescindible e indispensable para alcanzar la finalidad del contrato está sustentado en el Art. 152 y 153 del RLCE.
41. Los trabajos adicionales consistieron principalmente en demoler las losas de concreto y retirar los Dowl porque se encontraban oxidados y habían destruido la loza de concreto sobre la cual se tenía que colocar el terrazo; no hacerse una nueva loza no se iba a poder poner el terrazo y como consecuencia no se lograría cumplir el contrato. Además, el piso era relleno, lo cual nunca se nos comunicó, a lo que se le aplicó tratamiento (que no se encontraba en las bases).
42. En tal sentido se aplica lo referido en el primer párrafo del Art. 153 del RLCE que establece que la entidad es responsable frente al contratista en las modificaciones que ésta indique o sobre aquellos cambios que se generen debido a la necesidad de ejecución de las mismas.
43. MGP mediante comunicación V.200-1245 respondió la carta 132-RGD-2010 (en la que se solicitó el pago adicional) indicando que no procede el pago solicitado por ser un contrato de servicios y no de obra. Afirma que no se le

comunicó previamente la ejecución de servicios adicionales no habiéndose seguido con el procedimiento establecido en el Art. 174 RLCE, lo mismo que no responde a la realidad, ya que en la carta 132-RGD-2010 se informó lo que se debía realizar.

44. Sobre la quinta pretensión, RGD argumenta que la falta de decisión de MGP para concluir el contrato, las dilaciones que injustificada e innecesariamente ha generado, han perjudicado a RGD económico ya que ha debido soportar los costos financieros de mantener la carta fianza de fiel cumplimiento por el monto de S/. 41,601.00. Por ello solicita que MGP pague por concepto de daños y perjuicios sobre dichos costos.
45. Sobre la sexta pretensión, argumenta que debido al actuar de MGP, RGD se ha visto en la necesidad de acudir al presente proceso, por lo que solicita que se ordene a MGP el pago de las costas y costos.
46. Ofrece también un peritaje de parte cuyos detalles daremos más adelante.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA, RECONVENCIÓN Y EXCEPCIONES

47. El día 16/09/2013 MGP presentó su contestación de demanda y reconvenCIÓN, formulando en el mismo documento una excepción de caducidad y otra sobre oscuridad o ambigüedad en el modo de presentar la demanda que detallaremos a continuación.

EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

48. RGD ha incurrido en error al considerar que la presente controversia debió someterse a un arbitraje AD HOC, ya que en el contrato se especifica arbitraje administrativo, que es diferente que una cláusula arbitral en sus alcances y naturaleza jurídica. En el Art. 216 del RLCE indica que de no contarse con convenio arbitral se considerará incorporado de pleno derecho el arbitraje institucional del sistema nacional de arbitraje-OSCE, en el que se considera iniciado en la fecha de interposición de la demanda ante la secretaría SNCA-CONSUCODE, debido a que RGD debió seguir este procedimiento citado en el Art. 25 del TUO del Reglamento del sistema nacional de arbitraje, dentro de los 15 días en la que MGP decidiera resolver el contrato.
49. Como RGD siguió un procedimiento distinto, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido, la resolución del contrato realizada por MGP queda como acto administrativo consentido.
50. Excepción de Caducidad respecto a las ampliaciones de plazo. RGD solicita que se reconozcan las ampliaciones de plazo, pero debido a que ahora el contrato ha sido resuelto, y por tanto concluido es IMPROCEDENTE.

51. Excepción de Caducidad respecto al contenido de las bases administrativas. RGD ha tratado de decir que las observaciones eran ajena a las especificaciones técnicas de las bases y que mediante carta manifestó inconformidad con algunas observaciones realizadas; ello debió manifestarse en el momento oportuno el cual es en la etapa de convocatoria en la que los postulantes tienen un momento en el cual pueden expresar sus consultas u observaciones a las bases, por lo que la pretensión deviene en IMPROCEDENTE.

EXCEPCIÓN DE OSCURIDAD O AMBIGÜEDAD EN LA FORMA DE PRESENTAR LA DEMANDA

52. Siendo la pretensión el elemento central en la demanda, se debe tener en cuenta que la parte demandante plantea sus pretensiones sin distinguir cual es la naturaleza y alcance de las mismas limitándose a enunciarlas.

53. No han sido redactadas de forma clara, concreta e indubitable, puesto que no se sabe si se trata de pretensiones principales, accesorias, subordinadas, o alternativas; lo que llevaría a una eventual confusión para el árbitro único.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

54. Como introducción a su contestación, MGP sostiene que resulta inexacto decir que RGD cumplió en exceso y a cabalidad sus obligaciones contractuales ya que incumplió las disposiciones establecidas en las bases disminuyendo la calidad de los insumos.

55. RGD incumplió sus obligaciones contractuales actuando de mala fe y negligencia inexcusable durante toda la etapa de ejecución contractual dilatando injustificadamente por casi dos años la culminación del contrato.

56. El actuar de RGD ha causado daños a MGP debido a que en la explanada de la misma se llevan a cabo diversas actividades destinadas a la formación militar.

57. Sobre la primera pretensión del demandante, si bien RGD mediante carta 134-RGD-2010 informó a MGP que el servicio había finalizado, eso no era real puesto que mediante comunicación V.200-1255 MGP señaló que el Ing. Inspector indicó que no se encontraba concluido el servicio por lo que se debería tomar las previsiones del caso con la finalidad de concluir los trabajos en la brevedad; debido a esto se coordinó una visita para que RGD envíe a su representante a constatar el resultado del trabajo por lo que el 2/11/2010 se levantó el acta respectiva con 22 observaciones.

58. En el acta se consignan observaciones que exceden notoriamente cualquier margen de error que podría tener cualquier prestación de servicios. MGP no

considera que en virtud a su actuar de buena fe, eficiencia y transparencia RGD intente sorprenderlos entregando un trabajo que es defectuoso.

59. MGP mediante comunicación V.200-1356 da respuesta a RGD en relación a la carta 143-RGD-2010 (con la que solicitaba se le remita su factura 109 para su cancelación). Con esto RGD trataba de que MGP le reconozca un trabajo defectuoso, no existió acta de conformidad porque el servicio aún no había sido concluido en su totalidad y los trabajos ejecutados no guardaban relación con lo establecido.
60. Mediante carta V.200-0653 se le otorgó a RGD un plazo de 15 días para que concluya con la ejecución del mencionado contrato de servicio bajo apercibimiento de resolverlo, así como de adoptar las demás acciones legales; debido a esto es que con carta notarial V.200-764 MGP resolvió parcialmente el contrato.
61. En ningún momento MGP negó a RGD la posibilidad de subsanar las deficiencias encontradas a la obra, si bien es cierto eventualmente se usa la explanada, eso no podría interferir en la realización de los trabajos pues se usa en los exámenes finales de cada semestre, sin mencionar DICIEMBRE ENERO Y FEBRERO (época de vacaciones) por lo que es falso que no se hayan podido realizar las subsanaciones.
62. RGD pretende cuestionar el contenido de las observaciones alegando que se tratan de cuestiones ajena a las especificaciones técnicas de las bases, pero cualquier observación a las bases debió realizarse en el momento oportuno que es en la etapa de convocatoria.
63. Mediante diversas comunicaciones notariales, MGP deja claramente establecido que las comunicaciones efectuadas por RGD contienen datos falsos, inconsistentes reflejando una situación irreal con la finalidad de encubrir su notorio incumplimiento.
64. En la segunda pretensión, el demandante solicita que MGP pague la suma de S/. 291,207.00 por concepto de saldo del precio del servicio prestado en su totalidad. Pero siendo el contrato de naturaleza bilateral y de prestaciones reciprocas, el incumplimiento de RGD supone que MGP retenga dicho monto para compensar la penalidad por mora y daños y perjuicios.
65. No corresponde pago del saldo por cuanto se ha producido una perdida en el patrimonio de MGP debido a una prestación tardía y defectuosa. Por ello se solicita al árbitro único declarar INFUNDADA la segunda pretensión.
66. En la tercera pretensión, RGD solicita que se le reconozca las inexistentes ampliaciones de plazo y se declare el 18 de noviembre de 2010 como fecha de vencimiento del contrato.

67. MGP considera que esta pretensión no puede ser resuelta en tanto que el contrato ha concluido y de ser el caso se hubiese formulado en el momento que surgió la necesidad.
68. En el Art. 41 de la LCE, RGD podía solicitar la ampliación del plazo, el RLCE establece las causales, que de verificarse autorizan a RGD a solicitar la ampliación. En el último párrafo del artículo indica que la ampliación del plazo por parte de MGP podría ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los 15 días hábiles a la comunicación de esta decisión, por lo que una vez perfeccionado el contrato RGD se compromete a ejecutar las prestaciones, mientras que MGP a pagar la contraprestación pactada, en estos términos se entenderá por cumplido cuando ambas partes ejecuten sus respectivas prestaciones.
69. RGD no mostró el más mínimo interés en cumplir sus prestaciones a cargo; recién en el presente proceso RGD señala que la causal por la que estuvo imposibilitada de cumplir con sus prestaciones.
70. En el primer párrafo del Art. 44 de LCE establece que cualquiera de las partes podrá resolver el contrato en caso de caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, eximiéndola de responsabilidad. RGD no ha acreditado el evento extraordinario, imprevisible o irresistible.
71. Con relación a la cuarta pretensión, RGD solicita que se ordene a MGP el pago de prestaciones adicionales que tuvo que realizar por deficiencias de las bases. Ello resulta improcedente por lo que la obra se ejecutó con arreglo al expediente técnico elaborado por cuenta propia de RGD, las bases administrativas son un referente, el expediente técnico es el documento que sustenta la ejecución de la obra.
72. No han existido trabajos adicionales ejecutadas en la explanada del CITEN, lo que sí existió es el incumplimiento de las obligaciones de RGD, no está probado que este haya tenido que realizar demoliciones o retiros de materiales injustificadamente; si no estaba de acuerdo con lo exigido debió someterse a conciliación o arbitraje, sin embargo su actuar fue negligente.
73. Por ello MGP solicita al árbitro único desestimar cualquier solicitud de reconocimiento de algún adicional.
74. Con relación a la quinta pretensión, RGD solicita a MGP el pago de una indemnización por daños y perjuicios. Si bien el Art. 44 de la LCE establece que cuando se resuelva el contrato por causas imputables a alguna de las partes se deberá resarcir los daños y perjuicios, el contrato es resuelto

debido al incumplimiento de RGD, en consecuencia no existe nexo para reclamar daños y perjuicios.

75. Con relación a la sexta pretensión del demandante, quien deberá asumir los gastos arbitrales es RGD por promover una acción improcedente.

RECONVENCIÓN

76. MGP propone como primera pretensión principal que se declare válida la resolución del contrato practicada por ella.

77. Como segunda pretensión principal, MGP sostiene que como consecuencia del incumplimiento de RGD, se ordene la correspondiente indemnización por daños y perjuicios a favor de MGP hasta por el monto de S/. 300,000.00, que incluyen la totalidad de gastos y demás conceptos que demanda el presente proceso.

78. MGP argumenta que RGD ha incumplido con subsanar las observaciones presentadas por MGP, y como consecuencia de su comportamiento, con carta V.200-0653 se le dio un plazo de 15 días para que concluya y con carta notarial V.200-764 se resolvió parcialmente el contrato por haber incurrido en las causales de la LCE.

79. Insiste con el planteamiento de los argumentos que expresó al contestar la demanda y que ya han sido reseñados arriba.

ABSOLUCIÓN DE EXCEPCIONES, CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y RECONVENCIÓN

80. RGD, dentro del plazo señalado contestó las excepciones y reconvención deducidas.

81. En cuanto a la excepción de caducidad, RGD indica que el convenio arbitral es el acuerdo de voluntades a través del cual las partes de una relación jurídica someten a arbitraje las controversias presentes o futuras que se puedan presentar dentro de la relación jurídica que las involucra, por lo que la cláusula décimo séptima del contrato (la que es una reproducción del convenio arbitral aprobado por OSCE) contiene dos elementos esenciales: La voluntad expresa e inequívoca de las partes de someter a arbitraje las controversias y una relación jurídica determinada. RGD expresa que resulta infundada siendo aplicable como tipo de arbitraje el ad hoc por estricta aplicación del segundo párrafo del artículo 216 del RLCE.

82. Respecto a la caducidad sobre las ampliaciones de plazo, RGD señala que MGP pretende desconocer las ampliaciones de plazo que declara quedaron consentidas (por silencio de la entidad), alegan que el derecho de las

ampliaciones lo obtuvieron en su oportunidad ya que la entidad nunca se pronunció.

83. Respecto a la caducidad sobre el contenido de las bases administrativas, RGD indica que en ningún caso se está discutiendo dichas bases, así mismo afirma que lo que ha sustentado en su demanda es que al momento de ejecutar el contrato se pudo constatar que las especificaciones técnicas incluidas en las Bases no eran las idóneas para la ejecución del servicio por la realidad encontrada al verificar físicamente el espacio, además se encontraron vicios ocultos que se evidenciaron al iniciar la etapa de ejecución contractual; estas razones llevaron a RGD a realizar mejoras y prestaciones adicionales, no teniendo observaciones de parte de MGP.
84. Sobre la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, RGD señala que el árbitro será quien subsane de acuerdo a sus facultades, señala que sus pretensiones no son oscuras, imprecisas, contradictorias o ambiguas. MGP indica que se ha planteado las pretensiones sin distinguir cuál es su naturaleza y alcance, respecto a ello RGD señala que todas las pretensiones son principales.
85. Sobre su primera pretensión principal, RGD, señala que no incurrió en ninguna causal señalada en el Art. 168 del RLCE. Se efectuó la culminación de los trabajos mediante carta, MGP solo envió comunicación indicando que el ingeniero inspector comunica que el servicio no se encuentra concluido por lo que deberá tomar las previsiones del caso para concluir los trabajos. No se adjunta acta o documento que señale las observaciones. Seguidamente reitera los argumentos de su demanda.
86. Sobre su segunda pretensión principal, MGP se ha beneficiado con un servicio que no ha pagado en un 70%, y ha retenido la suma de pago ascendente a S/. 291 207.00 para compensar una supuesta penalidad según indica en la contestación de la demanda, vulnerando el Art. 1290 Inc. 4 del CC; ni la LCE ni su reglamento permiten la compensación. El art. 165 admite una penalidad por mora en la ejecución de la prestación máxima del 10% del monto del contrato, siendo la suma retenida superior a lo señalado.
87. RGD señala que debido a que esa retención les causa perjuicios graves e irreparables, amplían su demanda solicitando indemnización por daños y perjuicios ascendente a S/. 291 207.00 (DOSCIENTOS NOVENTA Y UN MIL DOSCIENTOS SIETE CON 00/100 NUEVOS SOLES) por el perjuicio económico que alega se le causó con la retención arbitraria, esta pretensión también como principal.
88. Sobre su tercera pretensión principal, RGD solicita al árbitro que declare la eficacia de las ampliaciones de plazo, MGP indica que RGD debió someter a arbitraje la negativa de la entidad, siendo que la entidad no denegó las

ampliaciones. Las ampliaciones de plazo quedaron consentidas por la eficacia del silencio que otorga el Art. 175. Seguidamente reitera la argumentación de su demanda.

89. Sobre su cuarta pretensión principal, RGD señala que es falso que haya elaborado el expediente técnico tal como lo señala MGP en su escrito de contestación de la demanda. Las Bases Administrativas contienen las especificaciones técnicas del servicio, según el Art. 26 Inc. B de la LCE señala que debe estar contenida de manera obligatoria en las bases administrativas el detalle de las características técnicas de los bienes, servicios u obras, no son un referente. Seguidamente reitera su escrito de demanda.
90. Sobre la reconvención, RGD afirma que ha demostrado con creces la ineficacia de la resolución del contrato, asegura que cumplió con integridad y en exceso el servicio porque fue más allá de lo requerido en las Bases Administrativas.
91. Por otro lado, la MGP no ha demostrado supuestos daños y perjuicios, RGD asegura que lo que es real es que MGP se ha beneficiado con el servicio culminado hace 3 años, si existiese alguna deficiencia no es imputable a RGD, sino a las deficiencias en la elaboración de las especificaciones técnicas de las bases y a los vicios ocultos encontrados

AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

- 
92. El día 13/03/2014 en la sede de OSCE se llevó a cabo esta audiencia, con presencia de ambas partes debidamente representadas.
 93. Se declaró saneado el proceso, indicándose que las excepciones propuestas por MGP se resolverán en el momento de emitir el laudo arbitral.
 94. El árbitro único constató que las partes no arribaron a un acuerdo conciliatorio, y señaló que una conciliación podría celebrarse en cualquier estado del proceso.
 95. Se fijaron seguidamente como puntos controvertidos los que se detallan a continuación:
 1. Determinar si corresponde o no declarar la ineficacia de la resolución del contrato realizada por MGP mediante carta que fue notificada a RGD.
 2. Determinar si corresponde o no ordenar a MGP el pago de S/. 291,207.00 más los intereses legales generados a la fecha de pago por concepto de saldo del precio del servicio prestado por RGD.

- 
3. Determinar si corresponde o no el reconocimiento de las ampliaciones solicitadas por RGD declarando en consecuencia que la fecha de finalización del contrato es el 18 de noviembre de 2010.
 4. Determinar si corresponde o no ordenar a MGP el pago de prestaciones adicionales realizadas por RGD por la suma de S/. 73,003.40 más los intereses legales generados a la fecha de pago.
 5. Determinar si corresponde o no ordenar a MGP que pague a RGD una indemnización por daños y perjuicios por mantenimiento de cartas fianzas.
 6. Determinar si corresponde o no a MGP pagar a RGD la suma de S/. 291,207.00 por concepto de indemnización por daños y perjuicios por compensación realizada.
 7. Determinar si corresponde o no al contratista pagar a la entidad la suma de S/.300,000.00 por concepto de indemnización por daños y perjuicios, los cuales incluyen totalidad de gastos del presente proceso.
 8. Determinar a quien le corresponde el pago de las costas y costos del proceso.
96. Aclaramos que la pretensión contenida en el sub párrafo 7 anterior fue presentada como reconvención por MGP al momento de contestar la demanda.
97. El árbitro único dejó constancia que estos puntos controvertidos podrán ser ajustados o reformulados si ello resultara más conveniente para resolver las pretensiones planteadas, sin que ello genere nulidad alguna y sin excederse de la materia sometida a arbitraje.
98. Seguidamente el árbitro único procedió a calificar los medios probatorios ofrecidos.
99. Del contratista, admite y tiene por actuados los medios probatorios ofrecidos en el punto IV "MEDIOS PROBATORIOS" en el numeral 1 "DOCUMENTOS" del "ANEXO N° 1 N° 28" del escrito de 8/08/2013.
100. Señala que corresponde a RGD el pago de la pericia, así mismo se señala sobre los términos de los que deberá presentar el informe:

- a. Determinar si el servicio ejecutado por RGD responde a los términos del contrato y a las especificaciones técnicas contenidas en las bases.
- b. Determinar si son correctas o no las especificaciones técnicas planteadas por RGD en el cuadro Nro 05 puesto en la demanda.
- c. Determinar si los trabajos adicionales ejecutados por RGD resultan innecesarios.

- d. Determinar si las observaciones realizadas por MGP (las 22 observaciones) no formaban parte de las especificaciones técnicas contenidas en la bases.
 - e. Determinar si técnicamente es correcto o no lo afirmado por RGD en sus cartas: 41-RGD-2011, 45-RGD-2011 y 56-RGD.2011.
 - f. Determinar cualquier otro aspecto técnico relacionado con las pretensiones contenidas en la demanda.
101. Testimonial ofrecida por el contratista, el árbitro considera que en relación a la testimonial del Ing. Felix Tarazona, corresponde al contratista asegurar la participación de dicho profesional en la Audiencia Especial.
102. El arbitro admite y tiene por actuados los medios probatorios ofrecidos por la entidad en el punto VII “MEDIOS PROBATORIOS” del numeral 1. A al 1. V del escrito de fecha 16/09/2013.

AUDIENCIA ESPECIAL

103. El 18/08/2014 se realizó una audiencia especial en el local institucional de OSCE, con la presencia de las partes debidamente representadas, con la finalidad de escuchar la declaración testimonial ofrecida por RGD del Ing. Félix Tarazona Castillo, quien fuera inspector designado por MGP para verificar el servicio ejecutado materia del presente proceso. La audiencia fue grabada en audio.
104. Se abrió el pliego interrogatorio presentado por RGD el 21/04/2014. El mismo que fue leído por el árbitro único y respondido por el testigo, siendo 25 preguntas. El representante de MGP tuvo oportunidad de formular 10 preguntas al testigo, las que fueron respondidas, con lo que finalizó la audiencia.

DICTAMEN PERICIAL

105. Mediante comunicación del 5/02/2015, ingresada el 19/03/2015, el presidente de directorio del Centro de Peritaje del Consejo Departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú presentó el dictamen pericial “absolución de consultas sobre aspectos técnicos: concurso público 002-2010-MGP/DIMATEMAR: servicio de cambio de piso en la explanada del CITEN” elaborado para atender las consultas sobre este caso, por el ingeniero perito Juan Fernando Elías Podestá, con Registro CIP 7043 y supervisado por el ingeniero Félix Arturo Delgado Pozo, con registro CIP 3800.
106. El objeto del peritaje ya fue señalado en el párrafo 100 de este laudo.

107. Para la elaboración del peritaje, el perito y un ingeniero asistente realizaron una inspección física el 15/01/2015, a la también asistió un oficial de la Marina de Guerra del Perú en calidad de veedor.
108. Como apreciación general, el perito sostiene que si bien RGD cumplió con las especificaciones técnicas establecidas en las bases, resulta cierto que existieron deficiencias en la ejecución, parte de ellas atribuibles al mismo RGD y parte de ellas atribuibles a MGP pues las especificaciones técnicas fueron incompletas o deficientes.
109. Respecto a la primera consulta referente a los términos del contrato, el perito concluyó en general que el servicio ejecutado por el contratista respondió a los términos del contrato de servicio "Cambio de piso en la explanada del CITEN".
110. Específicamente en la partida 1.0, subpartidas 1.01, 1.02 y 1.03, el contratista cumplió con las especificaciones.
111. En la partida 2.0, 2.01 - Piso de terrazo lavado tipo corcho: El perito concluye que el contratista cumplió con las especificaciones técnicas y las mejoró al cambiar la proporción de la granalla y el procedimiento de ejecución del piso de terrazo. Sin embargo, se observa que un pequeño porcentaje del nuevo piso presenta defectos subsanables.
112. En la subpartida 2.02 - Pegamento extrafuerte para unión de piso y forjado: El perito entiende que el contratista ejecutó esa partida de forma obligatoria, sin embargo no es posible precisarlo a la actualidad.
113. En la subpartida 2.03 - Veredas con acabado frotachado fino y bruñeados: El perito concluye que el contratista cumplió con especificaciones técnicas, pero se observa un pequeño porcentaje de las veredas con fisuras cruzadas.
114. En la subpartida 2.04 - Resane de pisos de cemento incluyendo pegamento epóxico: El perito concluye que no se puede precisar a la actualidad.
115. En la subpartida 2.05 - Reparación de juntas de dilatación: El perito concluye que el contratista cumplió parcialmente con las especificaciones técnicas debido a que omitió la existencia de dowells, y la solución correcta al problema. El cambio autorizado de las juntas no resultó adecuado puesto que las juntas de terrazo puesto que este se comporta como pavimento rígido y se fisuraría obligatoriamente deteriorándose por su pequeño espesor, la juntas de asfalto (que fueron las que en un inicio se habían acordado) hubieran permitido una deformación inofensiva.

116. En la subpartida 2.06 - Piso de terrazo pulido en zona de escudo CITEN: El perito concluye que el contratista cumplió con las especificaciones técnicas, sin embargo igualmente aparecen fisuras.
117. En la partida 3.0, 1.01 - Obras de arte: El perito concluye que el contratista cumplió con especificaciones técnicas, sin embargo en la subpartida 3.01 se observan fisuras menores.
118. En la partida 4.0, en lo referente las subpartidas 4.01, 4.02 y 4.03, el perito concluye que el contratista las concluyó; recuerda que este servicio se concluyó en noviembre de 2010 y que no aparece ningún reclamo por parte de la Entidad.
119. Respecto a la consulta 2, el perito concluye que resultan correctas las dos observaciones a las especificaciones técnicas planteadas por RGD, correspondientes a la variación de proporción de granalla y al procedimiento para la obtención del terrazo lavado tipo corcho.
120. Respecto a la consulta 3, el perito concluye que los trabajos adicionales ejecutados por el contratista que resultaron necesarios para cumplir la prestación fueron 1) El uso de geomembranas, 2) El cambio de proporción de granalla en el piso de terrazo lavado tipo corcho y, 3) la adición de ocre negro.
121. Respecto a la consulta 4, el perito concluye que, de acuerdo al comentario precisado en el cuadro de análisis contenido en el informe pericial, las observaciones 2, 9 y 16 no formaban parte de las especificaciones técnicas contenidas en las bases.
122. Respecto a la consulta 5, esto es, determinar si técnicamente es correcto o no lo afirmado por el contratista en los siguientes documentos: Carta Nro 41-RGD-2011 de 12/07/2011. Informe técnico remitido a la MGP mediante Carta Nro. 45-RGD-2011 de 22/07/2011 y Carta Nro. 56-RGD-2011 de 24/08/2011, el perito considera técnicamente correcta la afirmación del contratista sobre la construcción de una losa nueva por encontrarse dañada la losa subyacente. También sobre el cambio de la proporción de granalla para el terrazo lavado tipo corcho y la ampliación a 5 cm de ancho de la junta de dilatación para uniformizar el trazo.
123. El 22/04/2015 MGP presentó observaciones al dictamen pericial. En general, basa sus observaciones en el tenor del informe técnico Nº 052-2015 de fecha 21/04/2015 emitido por el ingeniero civil José Castro Ramírez del Departamento de Supervisión de Obras. Sin embargo, tal informe no ha sido ofrecido ni admitido como medio probatorio de la demandada (ver párrafo 102 de este laudo). Por lo tanto, al no ser medio probatorio, no puede ser incorporado ni valorado en este proceso.

124. En el escrito referido en el párrafo anterior, MGP sostiene lo siguiente:

- a. Respecto al primer punto sobre fisuras y coloración heterogénea en la totalidad de la explanada, si bien RGD cumplió con efectuar el cambio de piso no es cierto ni exacto que se haya efectuado satisfactoriamente ni de acuerdo a los términos previstos, el piso colocado muestra fisuras y coloración heterogénea.
- b. El piso colocado se encuentra cajoneado y fue colocado sin usar pegamento correspondiente.
- c. Hay desniveles fisurados y coloración heterogénea del piso que nada tiene que ver con el cambio de la proporción de la granalla.
- d. La aprobación de trabajos adicionales no puede ser sometida a arbitraje.
- e. Las Geo membranas no permiten la adherencia requerida. No podrían haberse eliminado los dowells ya que para lo mismo tuvo que haberse demolido gran parte de cada paño de losa lo que no ocurrió.

125. En la misma fecha RGD propuso las siguientes observaciones:

- a. En la absolución de la consulta 1, le perito señala que las deficiencias en la ejecución son atribuibles a RGD. Pero RGD cumplió con los términos del contrato y con las especificaciones técnicas mejorándolas y así se reconoce en el propio dictamen, lo peor fue la falta de respuesta de MGP.
- b. Sobre la Partida 2.01 PISO DE TERRAZO LAVADO TIPO CORCHO.- El uso de geomembranas para el buen acabado del proyecto resultó una solución conveniente, cosa que se advierte en el dictamen. En la Partida 2.05 REPARACIÓN DE JUNTA DE DILATACIÓN.- RGD cumplió con llenar las juntas de dilatación con asfalto y posteriormente mejorar el alineamiento del trazo de las juntas, esto fue considerado por MGP como antiestético, por lo que se tuvo que reemplazar asfalto por terrazo. En la Partida 2.06 TERRAZO PULIDO EN ZONA DE ESCUDO.- Las fisuras representan en consecuencia de las juntas que atraviesan los paños de losa, el expediente técnico no presentaba una solución alternativa.
- c. En la absolución de la consulta 3, el dictamen reconoce los adicionales que RGD viene reclamando, no reconocer su pago representaría una situación de enriquecimiento sin causa que se configura según OSCE en su opinión 083-2012/DTN.
- d. En la absolución de la consulta 5, RGD cumplió con llenar las juntas de dilatación con asfalto y posteriormente se ampliaron el trazo de las juntas, sin embargo MGP lo consideró antiestético por lo que se tuvo que reemplazar con asfalto. Sobre la entrega del piso en las condiciones requeridas, RGD tuvo que realizar el cepillado de todo el piso tipo corcho con amoldadora manual, ya que no era posible usar la

maquina por los desniveles. Por otro lado (carta 45-RGD-2011), cuando en el informe técnico se hace mención a "múltiples fallas por dowells" no se quiere decir que los dowells sean una falla sino que cuando se pensó que el problema era la losa al picar se encontraron los dowells oxidados por lo que RGD ordenó la sustitución y MGP ordenó retirarlos por temas presupuestales.

126. Puestas a conocimiento estas observaciones al perito, mediante carta 0765-2015/CP/CDL/CIP del 26/05/2015 ingresada el día 27/05/2015 el perito absolió tales observaciones reiterando los argumentos propuestos en su informe pericial.

127. El 13/07/2015 en el local de OSCE se celebró una audiencia especial para la sustentación del informe pericial, con la presencia del perito y ambas partes. Se le cedió la palabra al señor ingeniero Juan Fernando Elías Podestá para que exponga los alcances del dictamen pericial realizado. Seguidamente el representante de la parte demandante formuló preguntas que fueron absueltas por el perito, posteriormente el representante de la parte demandada también formuló preguntas, que de igual manera, fueron absueltas.

128. El 1/09/2015 MGP presentó un escrito reiterando uno anterior de fecha 22/07/2015, mediante el cual manifestó que:

- a. El perito ha reconocido que el piso colocado por RGD presenta fisura, coloración heterogénea y desnivel: el trabajo efectuado fue mal ejecutado incumpliendo el contrato.
- b. Los defectos en la ejecución no son imputables a MGP.
- c. La resolución del contrato de servicios se ajusta al marco legal al haberse producido incumplimiento contractual.

129. RGD presentó sus alegatos escritos el 2/09/2015, reiterando su argumentación anterior.

AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

130. El 21/10/2015 en el local institucional de OSCE se llevó a cabo la audiencia de informes orales con la presencia del representante del demandante, quien reiteró su argumentación anterior.

131. Mediante resolución Nº 52 de fecha 21/10/2015 se fijó plazo para laudar. Ha llegado el momento de hacerlo.

III. CUESTIONES PROCESALES: EXCEPCIONES DEDUCIDAS POR LA DEMANDADA

132. Sobre la excepción de caducidad, ya hemos reseñado la posición de MGP entre los párrafos 48 al 51, y de RGD entre los párrafos 81 al 83.
133. Ya hemos citado la cláusula 17^a del contrato que vincula a las partes y que recoge el convenio arbitral celebrado por ellas (ver párrafo 4). En consecuencia, aplica el artículo 216º del RLCE cuyo segundo párrafo establece que "si en el convenio arbitral incluido en el contrato, no se precisa que el arbitraje es institucional, la controversia se resolverá mediante un arbitraje *ad hoc*..." El presente proceso es un arbitraje *ad hoc* en forma, conducido de acuerdo a los cánones reseñados en los párrafos 1 al 5 de este laudo.
134. ¿Cuándo caduca la posibilidad legal de solicitar un arbitraje *ad hoc*? En principio, de acuerdo al artículo 215º del RLCE, último párrafo, la solicitud debe ponerse en conocimiento del OSCE, dentro del plazo de 15 días hábiles de producida la controversia. Posibilidad que se extiende hasta cualquier momento anterior a la culminación del contrato, de acuerdo a lo estipulado por el artículo 51-2º de la LCE.
135. En la medida en que existen controversias pendientes entre las partes, este contrato aún no ha culminado.
136. MGP sostiene que las ampliaciones de plazo no pueden arbitrarse porque el contrato fue resuelto por ella. Este es uno de los puntos controvertidos materia de pronunciamiento en este proceso, razón por la cual, siendo un punto controvertido sobre el fondo de la controversia, y no existiendo causa legal alguna que justifique que el plazo de caducidad haya operado, declararemos infundada la excepción en este extremo.
137. MGP también pretende que en la medida en que los reclamos de RGD se vinculan a las bases administrativas, ya ha caducado el plazo para reclamar sobre ellas, el mismo que corresponde a la fase de actos preparatorios del contrato.
138. Sin embargo RGD ha aclarado que no pretende reclamar sobre la existencia de las bases administrativas, sino sobre la aplicación que de ellas ha hecho MGP durante la ejecución contractual, materia que es plenamente arbitrable.
139. Si la lectura, interpretación y aplicación de las bases administrativas es hoy materia de contienda, esto es materia arbitrable que no ha caducado, a partir de la aplicación de la primera parte del artículo 52-1º de la LCE que a la letra señala: "Las controversias que surjan entre las partes sobre ejecución,

interpretación, resolución... se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes".

140. Por estas razones declararemos infundada la excepción de caducidad propuesta por la demandada.

141. También hemos reseñado en los párrafos 52 y 53 el argumento en que base MGP su excepción de oscuridad o ambigüedad en la presentación de la demanda, al sostener que RGD no ha precisado si sus pretensiones son principales o de otra naturaleza. RGD ha contestado que son principales.

142. La estrategia con la que cada parte litiga es de incumbencia de cada cual. Si una de las partes no hace distinciones respecto a cómo clasificar una pretensión, si principal o subordinada por ejemplo, esa es facultad de la parte reclamante, no le es exigible bajo regla jurídica alguna que haga distinciones o clasificaciones si no quiere hacerlo.

143. La forma en que RGD ha redactado su demanda corresponde al uso correcto del idioma castellano y es comprensible, no genera ambigüedades en su lectura, razón por la cual declararemos infundada esta excepción.

IV. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

144. Ya hemos reseñado los puntos de esta controversia en el párrafo 95. Sin embargo, debemos destacar que los puntos vinculados a la reconvención propuesta por MGP no serán analizados, en la medida que mediante resolución N° 47 de fecha 24/08/2015, ante el incumplimiento del pago de la reliquidación de honorarios correspondiente, decidimos tener por desistidas las pretensiones reconvencionales. También precisamos que hemos estudiado todos los medios probatorios aportados por las partes. Si alguno de ellos no es mencionado en lo que sigue, esa circunstancia en nada modifica en sentido del razonamiento adoptado ni las decisiones tomadas.

PRIMER PUNTO: Determinar si corresponde o no declarar la ineficacia de la resolución del contrato realizada por MGP mediante carta que fue notificada a RGD.

145. La posición de RGD ha sido reseñada en los párrafos 19 a 31 y la de MGP en los párrafos 54 al 63. Para analizar si la resolución practicada por la entidad tiene validez legal debemos recordar primero la secuencia de comunicaciones escritas entre las partes, para después estudiar el sentido del artículo 176º del RLCE que norma la recepción y conformidad de servicios y habilita, eventualmente, la decisión de resolución contractual.

146. La secuencia de comunicaciones, de acuerdo a los medios probatorios ofrecidos por las partes y admitidos oportunamente en este proceso, es la siguiente:

- a. El 15/10/2010 RGD informó a MGP, mediante carta 134-RGD-2010 que había finalizado el servicio.
- b. El 19/10/2010 MGP contestó, mediante carta V200-1255-MGP que de acuerdo a la información dada por el ingeniero inspector, no se había concluido el servicio.
- c. El 22/10/2010 RGD, mediante carta 135-RGD-2010 sostuvo que, luego de la visita al CITEN conjuntamente con el supervisor de fecha 20/10/2010, solita la recepción de la obra.
- d. El 2/11/2010 se hizo un acta con 22 observaciones, suscrita por el representante de RGD, Srita. Diana De la Cruz Chocce, el capitán de fragata Mario Enrique Chávez Catter, presidente de la comisión de control de MGP y el ingeniero inspector Félix Tarazona Castillo. "El plazo para subsanar las observaciones se cumple el día 12 de noviembre de 2010" se consigna en el acta.
- e. El 8/11/2010 RGD, mediante carta 143-RGD-2010 solicitó la cancelación y pago del servicio.
- f. El 11/11/2010 MGP respondió, mediante carta V200-1356-MGP que para realizar el pago, antes RGD debía subsanar las observaciones formuladas en el acta reseñada antes.
- g. El 16/11/2010 RGD, mediante carta 146-RGD-2010 respondió a las observaciones formuladas en la referida acta.
- h. El 17/11/2010, mediante carta 147-RGD-2010, RGD sostuvo que culminaba con el levantamiento de observaciones y pedía nuevamente la recepción de la obra.

147. Lo que hasta aquí queda claramente establecido, es que mientras RGD en el mes de noviembre del año 2010 insistía en que había cumplido sus obligaciones contractuales, MGP sostenía que no.

148. RGD tuvo plazo para levantar las 22 observaciones hasta el 12/11/2010, pero comunicó su levantamiento extemporáneamente, el 16 y 17/11/2010.

149. Sobre la existencia de observaciones previas a la recepción y conformidad de servicio, el artículo 176º del RLCE establece un procedimiento muy claro en su cuarto párrafo: "De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación... Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliese a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato..."

150. Durante el año 2011 las partes siguieron cursándose comunicaciones, RGD tenía la intención de conciliar la situación creada, en la que MGP no

había dado la conformidad del servicio. Ello se evidencia en la carta 41-RGD-2011 de 12/07/2011 en que comunica a MGP el proceso constructivo realizado y las mejoras del expediente técnico del servicio. Luego de explicar cinco puntos, RGD menciona que "...mi representada está dispuesta a escuchar una propuesta conciliatoria y como siempre lo ha estado al presentar desde un inicio la conciliación, y solucionar estos impases y evitar un arbitraje".

151. Las gestiones conciliatorias no prosperaron. Ya en el año 2012, MGP envió a RGD el 18/07/2012 la carta V200-0653-MGP en que le otorgó un plazo de 15 días calendario para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, bajo apercibimiento de resolución contractual.

152. Ante la falta de respuesta de RGD, MGP mediante carta V200-764-MGP de 22/08/2012 resolvió parcialmente el contrato, motivado en el incumplimiento de obligaciones contractuales del contratista.

153. RGD nos pide que declaremos la ineffectuación de esta resolución contractual, porque considera que sí ha cumplido con sus obligaciones contractuales. Sin embargo, no absolvio dentro del plazo fijado por MGP, vencido el 12/11/2010, las 22 observaciones formuladas, las que aceptó en el acta correspondiente y no cuestionó en su oportunidad.

154. De acuerdo al artículo 176 del RLCE, la Entidad quedó habilitada para resolver el contrato. Si bien no lo hizo de inmediato, ley ni reglamento fijan un plazo para ello. Recién decidió la resolución contractual el 22/08/2012, para lo cual estaba habilitada jurídicamente.

155. Bajo este análisis, no encontramos base legal alguna para declarar la ineffectuación de la referida resolución contractual, razón por la que declararemos infundada esta pretensión.

SEGUNDO PUNTO: Determinar si corresponde o no ordenar a MGP el pago de S/. 291,207.00 más los intereses legales generados a la fecha de pago por concepto de saldo del precio del servicio prestado por RGD.

156. La posición de RGD ha sido reseñada en los párrafos 32 y 33 y la de MGP en los párrafos 64 y 65.

157. RGD reclama que tiene derecho al saldo de precio por S/. 291,207.00 más intereses porque cumplió sus obligaciones contractuales.

158. Sin embargo, como hemos razonado en los párrafos 145 al 155, RGD no absolvio las 22 observaciones formuladas por MGP en el plazo por ésta otorgado, razón por la cual no está probado que RGD haya cumplido con

todas sus obligaciones contractuales. Lo que sí está probado es que hubo 22 observaciones no levantadas, lo que justificó primero que MGP no le dé conformidad del servicio y posteriormente emplee esta causa para resolver el contrato. Por estas razones no vamos a amparar la segunda pretensión de la demanda.

159. Adicionalmente, MGP ha alegado que no debe entregar el saldo de precio por dos razones: primero porque debe aplicar penalidades por retraso en la ejecución de las obligaciones de RGD y en segundo lugar para cobrarse daños y perjuicios. Analicemos ambos argumentos.

160. El cobro de penalidades por mora es una de las consecuencias previstas en el RLCE ante un incumplimiento del contratista, de acuerdo a lo previsto en el artículo 165º. Otras consecuencias posibles son la aplicación de otras penalidades pactadas (de acuerdo al artículo 166º) o incluso la Entidad puede optar por la resolución contractual (de acuerdo a lo establecido en los artículos 167º al 170º).

161. Para ello, el artículo 165º, primer párrafo, ordena que “Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final...” ello es relevante porque el monto de la penalidad debe ser calculado de acuerdo a los ratios establecidos en ese artículo y, por supuesto, deben ser comunicado al contratista.

162. Pero en el presente caso no hay evidencia alguna de que MGP haya liquidado el contrato y, por lo tanto, no hay evidencia alguna de la determinación objetiva del monto de las penalidades que ahora, de manera genérica e imprecisa, refiere que cobra del saldo de precio de S/. 291,207.00.

163. En la medida en que MGP no ha alegado cómo ha calculado ni determinado el monto de la o las penalidades que pretende aplicar a RGD, esto constituye un acto inmotivado e indeterminado que es intolerable bajo la regulación de la contratación pública. El argumento de MGP sobre cobro de penalidades indeterminadas es jurídicamente insostenible.

164. Por otro lado, las únicas consecuencias legales posibles frente al incumplimiento de obligaciones contractuales de un contratista bajo la regulación de la materia, son la aplicación de penalidades o la resolución contractual, vía última que efectivamente aplicó MGP. No hay habilitación alguna en el marco jurídico vigente aplicable al caso para que la Entidad pueda cobrarse “daños y perjuicios” sobre saldo de precio.

165. En cualquier forma, si la Entidad percibe que le han provocado daños más perjuicios, esta pretensión debe ser alegada ante un tribunal arbitral competente para dilucidar tal controversia. En el presente proceso MGP presentó en vía reconvencional una pretensión por daños y perjuicios, la que

hemos tenido por no presentada al no haber cumplido con el pago de la reliquidación de honorarios arbitrales (ver párrafo 144).

166. Por las razones anteriores, no vamos a amparar la segunda pretensión de la demandante.

TERCER PUNTO: Determinar si corresponde o no el reconocimiento de las ampliaciones solicitadas por RGD declarando en consecuencia que la fecha de finalización del contrato es el 18 de noviembre de 2010, más el pago de los gastos generales e intereses que correspondan.

167. La posición de RGD ha sido reseñada en los párrafos 34 y 38 y la de MGP en los párrafos 66 y 70. RGD reclama que tiene derecho a dos ampliaciones de plazo por hechos no imputables a ella, y MGP sostiene que, en la medida en que RGD no reclamó en conciliación ni arbitraje estos pedidos de ampliación, ya ha perdido el derecho a accionar. Analicemos el cruce de comunicaciones entre las partes sobre estos puntos:

168. El inicio del plazo contractual fue, de acuerdo al contrato suscrito entre las partes, el 19/07/2010. Sin embargo, el acta de entrega de terreno suscrita por las partes, cuya copia es medio probatorio en este proceso, es del 22/07/2010. RGD alega que aquí se produce un atraso no imputable de 3 días.

169. El 16/07/2010 mediante carta 105-RGD-2010, medio probatorio admitido en este proceso, RGD solicitó el adelanto del 30%. Sin embargo, RGD sostiene y MGP no niega que tal adelanto se pagó el 27/08/2010. Por ello mediante carta 120-RGD-2010, medio probatorio admitido, del 1/09/2010, RGD solicitó una primera ampliación de plazo por 30 días.

170. Sobre esta primera ampliación MGP ha guardado silencio, no ha alegado ni presentado medio probatorio alguno en que haya efectivamente respondido a tal pedido.

171. El 13/09/2010 RGD dirigió la carta 133-RGD-2010 recordando a MGP que no respondió su comunicación anterior, razón por la cual entendía que sobre tal solicitud de ampliación se había producido "una aceptación de oficio", de acuerdo a lo estipulado en el artículo 175º del RLCE.

172. En dicha carta también solicitó una segunda ampliación de plazo, por 20 días, alegando cambios en el color del terrazo, trabajos adicionales, cambios en el diseño del escudo y desabastecimiento de granalla.

173. Sobre esta segunda ampliación MGP ha guardado silencio, no ha alegado ni presentado medio probatorio alguno en que haya efectivamente respondido a tal pedido.

174. Lo que MGP ha alegado es que a RGD se le pasó el plazo para reclamar sobre tales pedidos de ampliación. Sin embargo, como ya hemos razonado más arriba, cualquiera disputa sobre ejecución contractual puede ser reclamada en un proceso de conciliación o arbitraje durante la vigencia del contrato, de acuerdo a lo establecido por el artículo 52-2 de la LCE.

175. El artículo 175º del RLCE estipula que procede la ampliación de plazo, entre otros casos, “por atrasos o paralizaciones no imputables al contratista”. Y en efecto RGD alegó dos causas, falta de pago del adelanto (primera ampliación) y varias otras causas no imputables a ella (segunda ampliación).

176. El mismo artículo ordena que “La Entidad debe resolver sobre dicha solicitud y notificar su decisión al contratista en el plazo de 10 (diez) días hábiles...” ¿Cuál es la consecuencia jurídica ante el supuesto de ausencia de pronunciamiento expreso? El artículo 175º manda que “...se tendrá por aprobada la solicitud del contratista”.

177. Por estas razones, aprobaremos las dos solicitudes de ampliación propuestas por RGD, declarando fundada la tercera pretensión de la demanda.

CUARTO PUNTO: Determinar si corresponde o no ordenar a MGP el pago de prestaciones adicionales realizadas por RGD por la suma de S/. 73,003.40 más los intereses legales generados a la fecha de pago.

178. La posición de RGD ha sido reseñada en los párrafos 39 y 43, y la de MGP en los párrafos 71 y 73. Estudiemos la secuencia de comunicaciones entre partes seguidamente.

179. El 13/09/2010, mediante carta 132-RGD-2010 la contratista solicitó a MGP la aprobación de adicionales de obra vinculados a afirmado y compactado de losa, piso de cemento pulido bruñado sin colorear, demolición de veredas y eliminación de material excedente.

180. Tal solicitud fue respondida mediante comunicación V.200-1245 de 18/10/2010 en que el contralmirante Humberto Sánchez Casanova, director de infraestructura terrestre de MGP, no aprobó esos adicionales “...por ser un contrato de servicios y no de obra. Asimismo al haberse ejecutado los trabajos sin previa comunicación por parte de su representada, ni tiene aprobación de la Comisión de Control, por lo tanto no se ha seguido el procedimiento previsto en el artículo 174 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado”.

181. Ahora RGD discrepa del tenor de esa respuesta, porque afirma que mediante su carta 132 sí solicitó la aprobación del adicional, lo que MGP rechazó.

182. Sea como fuere, el artículo 41º de la LCE es prístinamente claro al señalar que la decisión de la entidad sobre aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales no es materia arbitrable. Si bien RGD ha alegado que en este caso es de aplicación la opinión Nº 083-2012/DTN del OSCE, ésta se refiere a una consulta formulada por el Estudio Luis Echecopar García S.R.L. sobre la procedencia del pago de prestaciones ejecutadas sin vínculo contractual. Tal opinión es sobre materia distinta al presente caso, donde hubo vínculo contractual y aplicación del procedimiento establecido por el RLCE.

QUINTO PUNTO: Determinar si corresponde o no ordenar a MGP que pague a RGD una indemnización por daños y perjuicios por mantenimiento de cartas fianzas.

183. La posición de RGD ha sido reseñada en el párrafo 44 y la de MGP en el párrafo 74.

184. De acuerdo a lo estipulado en el primer párrafo del artículo 158º del RLCE, la carta fianza debe "...tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios..."

185. Por ello, en la medida que en el presente caso aún no se ha producido la recepción del servicio por encontrarse observado, las cartas fianza deben ser mantenidas por el contratista.

186. Si esta obligación legal del contratista se genera por imperio de la ley y no por la conducta de la entidad, no hay nexo causal entre la conducta de la entidad y daño alguno. Por ello declararemos infundada la quinta pretensión de la demanda.

SEXTO PUNTO: Determinar si corresponde o no a MGP pagar a RGD la suma de S/. 291,207.00 por concepto de indemnización por daños y perjuicios por compensación realizada.

187. En el punto 2.2 de su escrito de absolución de excepciones, contestación de demanda y reconvención, de fecha 7/11/2013, RGD nos solicita esta indemnización porque MGP "...inauditamente ha procedido ILEGAL, UNILATERAL y ARBITRARIAMENTE con retener la suma pendiente de pago... para compensar una supuesta penalidad y unos supuestos daños y perjuicios..."

188. Ya hemos tenido oportunidad de razonar sobre esa aludida compensación que practicó la MGP en los párrafos 159 al 165 de este laudo.

189. Sin embargo, para reclamar el pago de indemnización por daños y perjuicios, nuestra doctrina civil es unánime al señalar que se requiere probar la existencia y magnitud del daño, la conducta del agente provocador del daño y el nexo causal entre ambos.

190. Esto no ha sido probado por RGD, parte que no ha aportado material probatorio respecto a la existencia del daño ni elementos racionales y objetivos que justifiquen el cálculo del monto del alegado daño.

191. Por tales razones vamos a declarar infundada esta pretensión.

SÉTIMO PUNTO: Determinar a quien le corresponde el pago de las costas y costos del proceso.

192. RGD nos ha solicitado que sea MGP la que asuma todos los gastos del presente proceso arbitral. Recordemos (ver párrafo 8) que RGD asumió íntegramente los honorarios y gastos del presente proceso, por un importe total incluido impuestos de S/. 17,080.00.

193. Sin embargo, en la medida en que no hay en este proceso una parte completamente vencedora ni completamente vencida, seguiremos la regla contenida en el artículo 73-1º de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071. Por ello distribuiremos los costos entre las partes en partes iguales, en la medida en que ambas partes han tenido razones para litigar.

Por todas las consideraciones anteriores,

V. LAUDO:

PRIMERO: Declaro infundada la primera pretensión de la demanda.

SEGUNDO: Declaro infundada la segunda pretensión de la demanda.

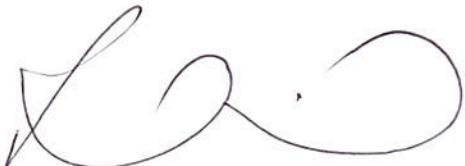
TERCERO: Declaro fundada la tercera pretensión de la demanda, en consecuencia declaro que la fecha de conclusión del plazo contractual fue el 18 de noviembre de 2010. Ordено también el pago de los gastos generales equivalentes a S/. 3,333.12, más los intereses correspondientes computados desde el 16/07/2010 hasta la fecha efectiva del pago.

CUARTO: Declaro que carece de objeto pronunciarme sobre la cuarta pretensión de la demanda, pues es materia no arbitrable.

QUINTO: Declaro infundada la quinta pretensión de la demanda.

SÉXTO: Declaro infundada la pretensión ampliada en respuesta al escrito de contestación de la demanda.

SÉTIMO: Declaro fundada parcialmente la sexta pretensión de la demanda sobre pago de costas y costos, en consecuencia, cada una de las partes deberá asumir los costos en los que ha incurrido en el presente proceso arbitral. En la medida en que RGD asumió íntegramente el pago de honorarios y gastos arbitrales que sumados ascienden a S/. 17,080.00, ordenamos que MGP le pague una devolución equivalente al 50%, esto es, S/. 8,540.00 más intereses legales computados desde el 19/11/2013.



Ricardo Antonio León Pastor
Árbitro Único