

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Laudo de Derecho dictado por unanimidad por el Tribunal Arbitral presidido por el doctor Sergio Salinas Rivas, e integrado por los doctores José Toribio Pacheco Pedraza y Alonso Morales Acosta, en el caso arbitral N° 066-2004/SNCA-CONSUCODE, seguido entre Cassiopeia Contratistas Generales S.R.L (en adelante CASSIOPEIA) de una parte, y el Ministerio Público-Fiscalía de la Nación (en adelante MINISTERIO PÚBLICO), de la otra; sobre resolución del Contrato de Construcción de Obra N° 032- Adjudicación Directa Selectiva 008-2003-MP-FN-GG-GINFRA (en adelante el CONTRATO), liquidación final, indemnización por daños y perjuicios, y reconocimiento de los intereses.

Lima, 02 de marzo de 2005.

CONSIDERANDO :

I. ANTECEDENTES

1. El 31 de octubre de 2003, el MINISTERIO PÚBLICO y CASSIOPEIA suscribieron el CONTRATO por la suma de S/. 89,718.65, estableciendo un plazo de 77 días calendario para la ejecución de la obra (ampliación del Servicio Laboratorio de la Sede Departamental de Medicina Legal de Loreto), con arreglo a lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley 26850 aprobado por el Decreto Supremo N° 012-2001-PCM (en adelante LA LEY), su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 013-2001-PCM (en adelante EL REGLAMENTO).
2. La ejecución de la obra se inició el 13 de noviembre de 2003 y fue suspendida al día siguiente por replanteo del plano de la obra, reiniciándose la ejecución el 01 de diciembre del mismo año al entregarse el nuevo plano, según lo expresado por CASSIOPEIA en su escrito de fecha 27 de mayo de 2004.
3. De acuerdo a lo indicado por el MINISTERIO PÚBLICO en su escrito de fecha 11 de junio de 2004, al 31 de diciembre de 2003 éste ya había realizado el pago por los conceptos de adelanto directo y adelanto de materiales por un monto ascendente a S/. 17,943.47 y S/. 35,887.46 correspondientes al 20% y 40% del monto del contrato respectivamente. Dicho pago fue admitido por CASSIOPEIA en su escrito de fecha 01 de julio de 2004.
4. En diciembre de 2003, el Supervisor de Obra, Abel Hernan García Caycho, (en adelante EL SUPERVISOR) elaboró la Valorización N° I de la obra, arrojando una suma ascendente a S/. 9,206.48, a la cual dedujo el IGV. Esta valorización fue rechazada por CASSIOPEIA, según consta en la carta N° 026 de fecha 05 de enero de 2004, quien a través de ésta presentó su propia Valorización N°1.
5. El 09 de febrero de 2004, mediante Carta Notarial N° 0153 y el 17 de febrero del mismo año mediante Carta Notarial N° 0158, CASSIOPEIA,

haciendo referencia expresa a la cláusula 9.2. del CONTRATO exhorta al MINISTERIO PÚBLICO a pagar la valorización N° 1. Según indica el MINISTERIO PÚBLICO en su escrito de fecha 11 de junio de 2004, el pago se había dilatado por asuntos administrativos.

6. El 01 de marzo de 2004, CASSIOPEIA remite al MINISTERIO PÚBLICO la Carta Notarial N° 0167 comunicándole la resolución parcial del CONTRATO y solicitándole el pago de la Valorización N° 2, ascendente a la suma de S/. 13,880.39.
7. El 08 de marzo de 2004 mediante carta N°0174 CASSIOPEIA comunica al MINISTERIO PÚBLICO que procederá a efectuar la Constatación Física e Inventariado de la obra, la cual se llevó a cabo el 11 de marzo del mismo año, en presencia del Notario David Foinquinos Mera, actuación que consta en acta notarial que obra en autos.
8. El 02 de abril de 2004 el MINISTERIO PÚBLICO comunica a CASSIOPEIA, mediante Oficio N° 922-2004-MP-FN-GG-GINFRA, su decisión de someter la controversia a arbitraje.
9. El 14 de mayo de 2004, mediante carta N° 0225, CASSIOPEIA entregó al MINISTERIO PÚBLICO la Valorización N° 3 y la Liquidación de Obra para su aprobación.
10. El 27 de mayo de 2004, CASSIOPEIA Contratistas Generales S.R.L. presenta ante la Gerencia de Conciliación y Arbitraje del CONSUCODE demanda arbitral contra el MINISTERIO PÚBLICO, solicitando: i) se ratifique la resolución de contrato declarada por CASSIOPEIA ante el incumplimiento de pago por parte del MINISTERIO PÚBLICO; ii) se ordene al MINISTERIO PÚBLICO el pago de S/. 73,625.65 a favor de CASSIOPEIA por concepto de liquidación final de contrato; iii) se ordene al MINISTERIO PÚBLICO el pago de S/. 98,000.00 a favor de CASSIOPEIA por concepto de indemnización por daños y perjuicios; iv) se ordene el reconocimiento de intereses, gastos, costos y costas.
11. El 11 de junio de 2004, el MINISTERIO PÚBLICO contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, y formula reconvencción solicitando: se ordene a CASSIOPEIA el pago a favor del MINISTERIO PÚBLICO de la suma de S/. 100,000.00 por concepto de indemnización por daños y perjuicios causados como consecuencia de la paralización de la obra.
12. En el mismo escrito de contestación de la demanda, el MINISTERIO PÚBLICO impugna los medios probatorios presentados por Cassiopeia en los anexos: 1 - F, 1 - L, 1 - M, 1 - N, 1 - Ñ, 1 - O, 1 - P, 1 - R y 1 - S; afirmando que algunos de estos documentos no han sido recepcionados por el MINISTERIO PÚBLICO para su aprobación y pago y los restantes son ajenos al presente proceso y no guardan relación lógica con lo pretendido por CASSIOPEIA.

13. El 15 de junio de 2004 el MINISTERIO PÚBLICO remite a CASSIOPEIA el oficio N°667-2004-MP-FN-GG mediante la cual anexan la liquidación del CONTRATO practicada por esta parte precisando no encontrarse conformes con la liquidación que fuera presentada por CASSIOPEIA.

14. El 23 de junio de 2004 CASSIOPEIA, mediante Carta Notarial N° 0249 comunica al MINISTERIO PÚBLICO que la liquidación presentada por ésta es "extemporánea" dado que fue remitida a los 32 días de presentada la liquidación elaborada por CASSIOPEIA.

15. El mismo día (23 de junio de 2004) CASSIOPEIA contesta a la oposición a medios probatorios y formula, a su vez, oposición a diversos medios probatorios adjuntados por el MINISTERIO PÚBLICO.

16. El 01 julio de 2004, CASSIOPEIA absuelve traslado de la reconvenición planteada en la contestación a la demanda del Ministerio Público.

17. El 13 de julio de 2004 el MINISTERIO PÚBLICO absolvió el traslado de la oposición a los medios probatorios efectuada por CASSIOPEIA.

18. Con fecha 28 de octubre de 2004, de acuerdo con el artículo 44° del T.U.O. del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del CONSUCODE, se declaró instalado el Tribunal Arbitral, constituido por los doctores Sergio Salinas Rivas, Presidente del Tribunal Arbitral, José Toribio Pacheco Pedraza y Alonso Morales Acosta.

19. En la Audiencia de Instalación, el Tribunal decidió admitir todos los medios probatorios presentados por cada una de las partes y declaró infundada las diversas oposiciones formuladas en su oportunidad por cada parte contra los medios probatorios ofrecidos por la contraria.

II. PUNTOS CONTROVERTIDOS

En la Audiencia de Instalación y Determinación de Puntos Controvertidos, se establecieron los puntos controvertidos sobre los cuales se pronunciaría el Tribunal en el laudo respectivo:

- i) Determinar la validez de la resolución contractual efectuada por la empresa CASSIOPEIA, y si ésta se realizó por causas imputables al MINISTERIO PÚBLICO.
- ii) Determinar si procede el pago por parte de la demandada de la suma de S/.73,625.65 derivada de la liquidación final practicada por la empresa CASSIOPEIA y que incluye las valorizaciones N° 01 , N° 02, N° 03 y si ésta última debe ser aprobada.
- iii) Determinar si procede el pago por parte de la demandada de S/. 98,000.00 por concepto de indemnización de daños y perjuicios.

- iv) Determinar si procede el reconocimiento de los intereses sobre la suma reclamada.
- v) Determinar si procede el pago por parte de la demandante de S/. 100, 000.00 por concepto de indemnización por daños y perjuicios.
- vi) Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir los gastos arbitrales generados en el presente proceso.

III. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

1. Sobre la validez de la resolución contractual efectuada por la empresa CASSIOPEIA .-

CASSIOPEIA sostiene que durante la ejecución del CONTRATO, el MINISTERIO PÚBLICO incumplió con la obligación de abonar las valorizaciones y liquidaciones periódicas establecida en el numeral 5.3 de la Cláusula Quinta del CONTRATO, lo cual constituye una obligación esencial de acuerdo a lo establecido en el inciso c) del Artículo 41º de LA LEY¹ y en el quinto párrafo del artículo 144º de EL REGLAMENTO².

¹ **"Artículo 41.- Cláusulas obligatorias en los contratos**

Los contratos regulados por la presente Ley incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a: (...)

c) Cláusula de Resolución de Contrato por Incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, esta última podrá resolver el contrato, en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del acuerdo o resolución en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho acuerdo o resolución será aprobado por autoridad del mismo nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento".

² **"Artículo 144.- Resolución del contrato.-**

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no menor a dos (2) ni mayor a quince (15) días, dependiendo del monto involucrado y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o contratación y, en el caso de obra, para que las satisfaga dentro de un plazo de quince (15) días, bajo apercibimiento de que el contrato quede resuelto de pleno derecho. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada, mediante carta notarial, resolverá el contrato en forma total o parcial.

La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la entidad. En tal sentido el requerimiento que se efectúa deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento. De no hacerse tal precisión se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento.

Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, de conformidad con el Artículo 124, sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios ulteriores que pueda exigir.

Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle en la liquidación del contrato la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados bajo responsabilidad del Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, según corresponda.

Para efectos de lo dispuesto en el inciso c) del Artículo 41 de la Ley, se considerarán como obligaciones esenciales los pagos en las oportunidades previstas en el contrato, las que fueron factores de calificación y selección, y aquellas condiciones que resulten indispensables para el normal cumplimiento del contrato.

Que, transcurrido los 60 días de plazo para la cancelación de las Valorizaciones Nos. 01 y 02 de diciembre de 2003 y enero de 2004, por S/. 20, 885.73 y por S/. 13, 880.39 respectivamente, sin que el MINISTERIO PÚBLICO las pagara y atendiendo a que al no recibir el pago de dichas valorizaciones no han podido cumplir con la prosecución de la obra por falta de liquidez (además de no estar obligados a ello)- con fecha 01 de marzo de 2004, CASSIOPEIA remitió al MINISTERIO PÚBLICO por conducto notarial la Carta N° 0167 mediante la cual declaró la Resolución del Contrato. En tal sentido, mediante carta N° 0174 de fecha 06 de marzo de 2004, CASSIOPEIA manifestó que la obra se había paralizado y que el 11 de marzo a las 10:00 a.m. se efectuaría la constatación física, la cual efectivamente se llevó a cabo en la fecha señalada, sin la asistencia de representantes del MINISTERIO PÚBLICO.

Por su parte el MINISTERIO PÚBLICO sostiene que existía una controversia sobre la deducción del IGV que causó dilaciones en la aprobación de la valorización N° 01 y posteriormente en la valorización N° 02. Agrega que dichas valorizaciones fueron aprobadas descontándoles el impuesto correspondiente, ascendiendo dichos montos reajustados a S/. 9,206.48 y S/. 8,530.36 respectivamente, pero que esta situación de ningún modo puede considerarse como incumplimiento en el pago de la valorización. Asimismo, afirma que en la ejecución del CONTRATO se procedió a cancelar la suma de S/. 17, 943.47 y S/. 35,887.46 por el pago de 20% y 40% de adelanto de materiales, montos que fueron cobrados por CASSIOPEIA.

De otro lado, el MINISTERIO PÚBLICO aduce que CASSIOPEIA no cumplió con la formalidad establecida por el artículo 144° de EL REGLAMENTO para la resolución del contrato, ya que en su primera Carta Notarial N° 0153, recibida el 10 de febrero de 2004, da un plazo de 2 días y posteriormente en la Carta Notarial N° 0158, recibida el 17 de febrero, se modifica el plazo por 15 días. Sin embargo, CASSIOPEIA computa el plazo desde la fecha de recepción de la primera carta, lo cual constituye un error puesto que el numeral 201.2 del artículo 201 de la Ley N° 27444, establece que **"La rectificación adopta las formas y modalidades de comunicación que corresponda para el acto original"** y en ese sentido, el plazo debió computarse desde la recepción de la Carta Notarial N° 0158 y no de la Carta Notarial N° 0153. Por lo tanto, concluye el MINISTERIO PÚBLICO, la declaración de resolución del contrato realizada por CASSIOPEIA es nula.

Adicionalmente, el MINISTERIO PÚBLICO sostiene que ni la controversia referida a la aplicación del IGV a las Valorizaciones, ni la demora en el pago respectivo, son causales de resolución del contrato - y, por lo tanto, CASSIOPEIA no estaba facultada para resolver el

En caso de que surgiese alguna controversia respecto a la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en el Artículo 53 de la Ley y en las disposiciones pertinentes del presente Reglamento."

CONTRATO- ya que el artículo 154º de EL REGLAMENTO establece que las discrepancias sobre la valorización de los metrados entre el contratista y la entidad, se resuelven en la liquidación del contrato³. De modo tal que CASSIOPEIA debió esperar al momento de la liquidación para plantear sus reclamos en un eventual arbitraje siendo en todo caso aplicable el pago de intereses por la demora.

Respecto a este punto controvertido, el Tribunal considera que, a efectos de determinar si la resolución de EL CONTRATO es procedente, se debe analizar los siguientes temas:

a) Sobre la procedencia de la deducción del IGV

El argumento del MINISTERIO PÚBLICO, en el sentido que era controversial si debía deducirse o no la tasa porcentual correspondiente al IGV no resulta amparable para este Tribunal, por las consideraciones siguientes: i) la Ley N° 27037 es absolutamente clara en el sentido que establece que los servicios prestados por toda empresa ubicada dentro de la región amazónica (como es el caso de CASSIOPEIA), no están afectos al IGV; ii) de acuerdo a la propuesta económica realizada por CASSIOPEIA, la cual obra en autos como anexo 3 – A del escrito de Contestación a la Reconvención, CASSIOPEIA había indicado de modo expreso que su oferta no incluía el IGV, sin que el MINISTERIO PÚBLICO haya formulado ninguna observación durante la licitación; iii) el MINISTERIO PÚBLICO no realizó ninguna gestión para determinar si era o no exigible a CASSIOPEIA el pago del IGV sino hasta el 26 de febrero y 12 de marzo de 2004, fechas en que remitió la consulta a la SUNAT y a la Gerencia Técnica normativa del CONSUCODE, respectivamente, cuando ya la obra debía estar concluida de acuerdo al plazo contractual, lo que sugiere la poca diligencia del MINISTERIO PÚBLICO para resolver esta supuesta duda; iv) la consulta formulada por el MINISTERIO PÚBLICO fue absuelta, conforme consta en los actuados, de manera favorable a CASSIOPEIA por la Gerencia Técnica normativa del CONSUCODE, mediante Opinión N° 056-2004(GTN) de fecha **16 de abril de 2004**, quien resolvió que el MINISTERIO PÚBLICO **“no puede deducir de**

³ El reglamento establece en su Artículo 154º que las discrepancias que surjan en relación a las valorizaciones y metrados deberán resolverse al momento de la liquidación del contrato, **salvo que la suma controvertida constituya un porcentaje mayor al 5% de la suma total pactada en el contrato.**

“Artículo 154.- Discrepancias respecto de valorizaciones o metrados.-

Si surgieran discrepancias respecto de la formulación, aprobación o valorización de los metrados entre el contratista y el inspector o supervisor o la Entidad, según sea el caso, se resolverán en la liquidación del contrato, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.

Sólo será posible iniciar un procedimiento arbitral inmediatamente después de ocurrida la controversia si la valorización de la parte en discusión representa un monto superior al cinco por ciento (5%) del contrato actualizado.

La iniciación de este procedimiento no implica la suspensión del contrato ni el incumplimiento de las obligaciones de las partes.”

su contraprestación el pago que le correspondería asumir al contratista por IGV, en virtud que éste se encuentra exonerado de la deducción por dicho concepto”.

b) Sobre la formalidad para la resolución del contrato

En relación a la formalidad para resolver el contrato, de la lectura de la Carta Notarial N° 0153, obrante en autos como Anexo 2 – D del escrito de Contestación a medios Probatorios, se puede apreciar que CASSIOPEIA se amparó expresamente en la cláusula 9.2 del CONTRATO, la cual está justamente referida a la facultad de la Contratista para resolver el mismo en caso de incumplimiento por parte del MINISTERIO PÚBLICO. Esto expresa indubitablemente, a criterio del Tribunal, la voluntad de CASSIOPEIA de resolver el contrato en caso no se cumpliera con el pago conforme a ley.

Por otra parte, se debe precisar que el envío de la Carta Notarial N° 0158 tuvo por objeto subsanar el error material incurrido en la Carta Notarial N° 0153 en relación al plazo otorgado por CASSIOPEIA al MINISTERIO PÚBLICO para que éste cumpla con su obligación de pago. En tal sentido, el Tribunal Arbitral considera que ésta, no constituye una nueva intimación para el cumplimiento de tal obligación, por lo que no ha producido interrupción alguna del mencionado plazo.

Adicionalmente, en lo referente a las formalidades que alude el MINISTERIO PÚBLICO, respecto de la carta de rectificación enviada por CASSIOPEIA, citando la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, se debe precisar que esta ley no es aplicable a las relaciones privadas dado que estas no constituyen actos administrativos. En consecuencia, este Tribunal considera que sí se han vencido los 15 días que señala la ley.

Cabe resaltar que, el objetivo del artículo 144° de EL REGLAMENTO es el de proteger a las partes ante una decisión de resolución de contrato intempestiva o arbitraria, razón por la cual establece la obligación de comunicar a la contraparte que de no cumplir la prestación a su cargo se resolverá el contrato, a fin de que ésta tenga la oportunidad de adoptar las acciones que considere apropiadas. En esta línea, al corroborarse la intimación realizada por CASSIOPEIA al MINISTERIO PÚBLICO para que éste cumpla con su obligación de pago, ello con expresa referencia a la cláusula 9.2 de resolución del CONTRATO, este Tribunal considera que la finalidad del artículo 144° antes citado se ha cumplido adecuadamente.

De otro lado, la actuación posterior del MINISTERIO PÚBLICO sugiere que ha consentido implícitamente la resolución del contrato, dado que ésta fue declarada el 01 de marzo de 2003 sin que el MINISTERIO PÚBLICO haya cursado oficio alguno observando o

impugnando la resolución del contrato declarada por CASSIOPEIA. Así se evidencia en el informe 050-2004-MP-FN-GG-GINFRA-FCDC de fecha 27 de mayo en el que el MINISTERIO PÚBLICO tiene por cierta la resolución del contrato, sin cuestionar su validez, y en el Informe Técnico N° 020-2004-AGC de fecha 27 de mayo de 2003, en el que EL SUPERVISOR afirma lo siguiente: **"También es necesario indicar que mientras no se impugne la Resolución del Contrato y se solicite someter a arbitraje, esta acción no se puede detener, de ahí que el Contratista ha continuado con su proceso de Resolución y ha entregado su Liquidación de Obra..."**. Por ello, el Tribunal considera que el MINISTERIO PÚBLICO no invocó la nulidad de la resolución de contrato oportunamente, consintiendo dicha resolución.

A mayor abundamiento, este Tribunal no advierte que de haberse dado mayor plazo el MINISTERIO PÚBLICO, éste hubiera pagado las valorizaciones materia del reclamo. En efecto, si se cotejan las fechas en que se emitió la Opinión N° 056-2004(GTN) y la fecha en que el MINISTERIO PÚBLICO presentó su escrito de Contestación a la Demanda, 16 de abril y 11 de junio del 2004 respectivamente, se colige que para cuando el MINISTERIO PÚBLICO presentó el mencionado escrito, ya tenía conocimiento de que el IGV no era deducible a las contraprestaciones que debía abonar a CASSIOPEIA. No obstante lo cual continuó argumentando la supuesta controversia respecto al pago del IGV, lo que evidencia –a criterio de este Tribunal- su intención de no cancelar las sumas correspondientes a las valorizaciones conforme a lo pactado por las partes mediante CONTRATO.

c) Sobre la facultad de CASSIOPEIA para resolver el contrato

En relación a la afirmación del MINISTERIO PÚBLICO de que, en virtud del artículo 154° de EL REGLAMENTO, CASSIOPEIA no estaba facultada para resolver el contrato, a criterio de este Tribunal, debe considerarse lo siguiente: i) el CONTRATO, en la cláusula 9.2 establece que **"LA CONTRATISTA podrá resolver el contrato por incumplimiento de obligaciones esenciales por parte de EL MINISTERIO, tales como incumplimiento de los pagos debidamente señalados en el presente contrato(...)"**, por lo tanto CASSIOPEIA se encontraba plenamente facultada en resolver el contrato, siempre que se hubiesen dado los supuestos establecidos; y, ii) el artículo 154° del REGLAMENTO no es aplicable al presente caso pues éste se refiere a las discrepancias en los **metrados** y siempre que éstos **no sobrepasen el 5%** del contrato, supuestos que no se ajustan a la presente controversia toda vez que la discrepancia formulada por el MINISTERIO PÚBLICO está referida al pago del IGV y no a los metrados ejecutados.

Por las razones expuestas, en los acápite a) y b) y c), este Tribunal considera que la resolución del contrato efectuada por CASSIOPEIA fue hecha conforme a ley y por lo tanto es válida. En consecuencia la pretensión de CASSIOPEIA respecto a este punto controvertido es fundada.

2. Sobre la procedencia del pago por parte de la demandada de la suma de S/.73,625.65 derivada de la liquidación final practicada por la empresa CASSIOPEIA y que incluye las valorizaciones N° 01 , N° 02, N° 03.-

CASSIOPEIA sostiene que Mediante Cartas N° 204 y 205 recibidas el 22 de marzo de 2004, manifestó al MINISTERIO PÚBLICO su intención de presentar la liquidación, quien respondió, mediante oficio N° 922-2004-MP-FN-GG-GINFRA, recibido 02 de abril de 2004, que la Liquidación de Obra sería materia de arbitraje de derecho. Posteriormente, mediante Carta N° 225, recibida el 14 de mayo de 2004, CASSIOPEIA presentó al MINISTERIO PÚBLICO la Liquidación correspondiente, la misma que incluye las valorizaciones Nos. 01, 02 y 03, el Adicional N° 01, deductivo N° 01, Ampliaciones de Plazo Nos. 0 1, 02, 03 y los mayores gastos generales.

Por su parte, el MINISTERIO PÚBLICO aduce que, en vista de las discrepancias existentes y en espera de la absolución de las consultas formuladas al CONSUCODE y la SUNAT respecto al pago del IGV, la solución que ofrecieron fue cancelar las valorizaciones a favor del contratista, dejando pendiente la suma correspondiente al IGV (19%), lo cual se realizaría en la liquidación del contrato. En tal sentido, la Gerencia de Infraestructura del MINISTERIO PÚBLICO emitió los Oficios Notariales N° 0428 y 0709, recibidos el 13 de febrero y 03 de marzo de 2004, comunicándole que se han aprobado el pago de los montos por S/.9,206.48 y S/.7,168.37 para las Valorizaciones Nos. 1 y 2 respectivamente, situación que no fue aceptada por CASSIOPEIA.

Adicionalmente, respecto del pago de la Liquidación Final, el MINISTERIO PÚBLICO señala que mediante Oficio N° 922-2004-MP – FN-GG-GINFRA (de fecha 2 de abril de 2004), comunicó a CASSIOPEIA que la liquidación de obra sería materia de arbitraje de derecho. No obstante ello, CASSIOPEIA remitió la Valorización N° 3 y la Liquidación de Obra, con un saldo a su favor ascendente a la suma de S/.73,625.65 adicionándoles S/.98.000.00 por concepto de daños y perjuicios. Agrega que el artículo 164° de EL REGLAMENTO les concede el plazo de 30 días para observar dicha liquidación, sin embargo dicho plazo ha sido quebrado por CASSIOPEIA al interponer la demanda arbitral con fecha 27 de mayo de 2004. En consecuencia el MINISTERIO PÚBLICO observa la liquidación formulada por CASSIOPEIA, y además resalta que la mencionada empresa ha omitido presentar su liquidación en su escrito de demanda.

Sobre el particular, el Tribunal Arbitral considera necesario precisar lo siguiente:

- a) De acuerdo a lo establecido en el artículo 162 del REGLAMENTO, los pasos posteriores a la Resolución del CONTRATO son los siguientes: i) llevar a cabo una Constatación Física e Inventario en el lugar de la obra, contando con la presencia de un Notario o Juez de Paz, levantándose el Acta correspondiente y ii) culminado dicho acto, el Contratista debe proceder a la elaboración de la liquidación del Contrato conforme a lo establecido en el artículo 164.
- b) El artículo 164 del mencionado dispositivo (al que se remite el artículo 162) establece los requisitos y plazos para la presentación (por parte del Contratista) de la respectiva liquidación. Bajo dicha lógica, la norma señala que corresponderá al Contratista la elaboración de la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados dentro del plazo de 60 días⁴ o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Luego de la presentación de la liquidación a la Entidad, ésta deberá pronunciarse ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o elaborando otra, poniéndolo en conocimiento del contratista en un plazo no mayor de 30 días, a fin de que el contratista se pronuncie sobre la misma dentro de los 15 días siguientes a su recepción.
- c) Adicionalmente a ello, el artículo en comentario precisa cuales son los efectos legales en caso que practicada la liquidación por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido. El efecto radica en que la liquidación queda consentida⁵
- d) Tomando en consideración lo antes señalado corresponde en este punto determinar si se han cumplido con las condiciones necesarias establecidas por ley para considerar consentida la liquidación elaborada por CASSIOPEIA lo que permitirá al Tribunal Arbitral pronunciarse sobre la procedencia o no del pago por parte del MINISTERIO PUBLICO de la suma de S/.73,625.65 derivada de la liquidación final elaborada por CASSIOPEIA.
- e) Conforme se concluyó en el análisis del primer punto controvertido, la Resolución de Contrato por parte de CASSIOPEIA. se encontró

⁴ De acuerdo al artículo 119 del Reglamento de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado, "(...) los plazos referidos a la ejecución de los contratos y al cumplimiento de determinadas obligaciones o prestaciones se computan también por días naturales". En tal sentido, el término "días" empleado en la redacción del artículo 164, debe ser entendida como naturales y no hábiles.

⁵ De acuerdo Guillermo Cabanellas en "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual" (Tomo II, Editorial Hellasta, Argentina, pag. 309) se entiende por consentimiento a la "aprobación, aceptación, acatamiento voluntario". Con referencia a las clases de consentimiento precisa lo siguiente: "El consentimiento tácito resultará de hechos o actos que lo presupongan o autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que la ley exija una manifestación expresa de la voluntad o cuando las partes hayan estipulado que sus convenciones no sean obligatorias sino después de llenarse algunas formalidades"

debidamente motivada surtiendo su declaración plenos efectos legales.

- f) Adicionalmente a ello ha quedado acreditado que CASSIOPEIA cumplió con llevar a cabo la constatación Física e Inventario en el lugar de la obra (entrega de la obra), contando con la presencia de un Notario y procediéndose a levantar el Acta correspondiente (la misma que ha sido presentada como medio probatorio por parte de la demandante y posteriormente admitida en el presente proceso arbitral). Cabe precisar que dicha constatación fue realizada el día 11 de marzo de 2004.
- g) Asimismo, ha quedado acreditado que, dentro del plazo dispuesto por el artículo 164 del Reglamento (60 días naturales), CASSIOPEIA puso a disposición de su contraparte contractual la liquidación del Contrato (mediante Carta N° 0221 y 0225 de fecha 7 y 14 de mayo de 2004, respectivamente).
- h) En tal sentido y conforme a lo prescrito en el artículo 164 del REGLAMENTO, el MINISTERIO PUBLICO contaba con un plazo de 30 días naturales a contados a partir de la recepción de la liquidación para emitir y comunicar a CASSIOPEIA sus observaciones o en todo caso su propia liquidación.
- i) De los documentos que corren en autos puede advertirse que, el MINISTERIO PUBLICO, mediante Oficio N° 667-2004-MP-FN-GG (recibida por CASSIOPEIA el día 15 de junio de 2004), presentó su propia liquidación al no encontrarse conforme con la realizada por CASSIOPEIA.
- j) Sin embargo, a pesar de haberse presentado la mencionada liquidación, el Tribunal Arbitral puede observar que la misma **no fue entregada** a CASSIOPEIA **dentro del plazo** dispuesto por ley, es decir, **dentro de los 30 días naturales** computados desde la recepción de la liquidación practicada por esta última, sino mas bien, fue presentada de manera **extemporánea** en el **día N° 32**.
- k) Habiéndose configurado tal hecho y existiendo un pronunciamiento expreso de la normatividad especial en cuanto a los efectos de la presentación extemporánea de las observaciones o liquidaciones practicadas, resulta meridianamente claro que la Liquidación elaborada y presentada por CASSIOPEIA **quedó plenamente consentida el día 13 de junio de 2004**.
- l) El Tribunal considera necesario advertir (con relación a la comunicación efectuada por el MINISTERIO PUBLICO mediante Oficio N° 922-2004-MP -FN-GG-GINFRA de fecha 2 de abril de 2004) que de los actuados no puede observarse que esta parte haya acreditado haber solicitado el inicio de un proceso arbitral conducente a paralizar el procedimiento de liquidación que había

sido iniciado por CASSIOPEIA conforme a lo prescrito en el artículo 164 del Reglamento de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado. Es más, la conclusión arribada por el Tribunal Arbitral en este extremo resulta ser concordante a la que arribó el Supervisor de Obras contratado por el MINISTERIO PUBLICO quien mediante Informe Técnico N° 020-2004-AGC (27.5.2004) le comunicó a ésta, lo siguiente: "**ANALISIS: No habiendo iniciado ningún proceso arbitral de alguna controversia, se tiene que atender la liquidación conforme a lo estipulado en el artículo 164 del reglamento, caso contrario puede quedar consentida y se da por concluido el Contrato**".

- m) Con relación al proceso arbitral iniciado a solicitud de CASSIOPEIA, el Tribunal Arbitral considera que la misma no ha quebrado el plazo computado para la presentación de las observaciones o de la nueva liquidación a cargo de EL MINISTERIO PUBLICO, ello en virtud a que: i) no existe norma legal alguna que disponga que bajo la configuración de dicho supuesto, el efecto de la presentación de una solicitud de arbitraje quiebre el plazo establecido por ley. ii) El propio MINISTERIO PUBLICO convalidó el proceso de liquidación del contrato al formular y presentar su propia liquidación (presentación que se realizó incluso luego de que CASSIOPEIA remitiera su solicitud de arbitraje). Cabe precisar que dentro de dicho lapso, es decir, desde la presentación de la liquidación de CASSIOPEIA hasta la presentación de la liquidación por parte de la demandada, no puede apreciarse en los actuados la existencia de constancia alguna emitida por la demandada en la que hubiere manifestado su oposición al procedimiento de liquidación iniciado por el contratista (lo que en todo caso pudo haber facultado al MINISTERIO PUBLICO a iniciar un procedimiento arbitral al surgir una controversia, sobre el particular, entre las partes). iii) Que la posición adoptada por este tribunal arbitral no se contradice con el petitorio de la demanda, la cual se refiere a que la demandada pague a CASSIOPEIA la suma de S/.73,625.65 derivada de la liquidación final del contrato practicada por esta parte.

Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral considera que, de acuerdo a los medios probatorios actuados así como a los fundamentos antes detallados, ha quedado acreditado la procedencia del pago por parte del MINISTERIO PUBLICO, de la suma de S/.73,625.65 derivada de la liquidación final practicada por CASSIOPEIA y que incluye las valorizaciones N° 01, N° 02, N° 03.

3. **Sobre la procedencia del pago por parte de la demandada de S/.98,000.00 por concepto de indemnización de daños y perjuicios.-**

CASSIOPEIA afirma que según lo establecido en el cuarto párrafo del artículo 144° de EL REGLAMENTO, el MINISTERIO PÚBLICO debe pagarles una indemnización por daños y perjuicios que establecen en S/. 98.000.00 por todos los daños causados, ya que ha tenido que

efectuar muchos gastos adicionales tales como: pago de asesorías, pago a una persona para que efectúe los trámites ante el Ministerio Público en la ciudad de Lima. Así también gastos de pasajes a Lima, estadías, pagos a las Compañías de Seguros, gastos de renovaciones de cartas fianzas, gastos notariales, entre otros.

Adicionalmente, CASSIOPEIA sostiene que el MINISTERIO PÚBLICO debe resarcirle por la ganancia que dejó de percibir debido a la falta del oportuno cumplimiento por parte de éste, lo cual se refleja en dos procesos de selección a los cuales no se presentó CASSIOPEIA, por los problemas con la Caja Municipal de Maynas y el Banco Continental derivados de las controversias generadas con el MINISTERIO PÚBLICO; y, deberá resarcirle también, por los perjuicios causados al solicitar de manera arbitraria la ejecución de sus cartas fianzas, tal como se aprecia de los Oficios N° 976 y 1077-2004-MP-FN-GG-GINFRA del 31 de marzo y 13 de abril de 2004, respectivamente.

Por su parte el MINISTERIO PÚBLICO sostiene que CASSIOPEIA no ha fundamentado su pretensión, ya que se limita a mencionar y acompañar documentos que no guardan un mínimo de conexión lógica con el presente caso. Asimismo, el MINISTERIO PÚBLICO sostiene que, según lo dispuesto en el artículo 1314° del Código Civil, no procede el resarcimiento de daños y perjuicios cuando se procede con la diligencia ordinaria requerida, y afirma que en el presente caso se ha actuado diligentemente y en beneficio de los intereses de la institución al suspender únicamente el pago correspondiente del Impuesto General a las Ventas (IGV), hasta el pronunciamiento de las consultas formuladas a CONSUCODE y a la SUNAT.

Respecto de esta pretensión, debe tenerse en cuenta que, tal como lo establece el artículo 144° de EL REGLAMENTO en concordancia con el artículo 1321° del Código Civil, la inejecución de las obligaciones contractuales por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, da lugar a una indemnización por los daños y perjuicios que se produjesen por este incumplimiento.

En este sentido, este Tribunal considera que la actuación del MINISTERIO PÚBLICO no fue diligente, pues el MINISTERIO PÚBLICO i) no realizó ninguna gestión para determinar si era o no exigible a CASSIOPEIA el pago del IGV sino hasta el 26 de febrero y 12 de marzo de 2004, fecha en que remitió la consulta a la SUNAT y a la Gerencia Técnica normativa del CONSUCODE, cuando ya la obra debía estar concluida de acuerdo al plazo contractual; y, ii) de acuerdo a los Oficios Nos. 428-2004-MP-FN-GG-GINFRA y 709-2004-MP-FN-GG-GINFRA, el MINISTERIO PÚBLICO realizó las aprobaciones de las valorizaciones Nos. 01 y 02 de modo tardío.

No obstante verificarse la poca diligencia del MINISTERIO PÚBLICO, lo cual constituye uno de los requisitos para el pago de la indemnización por daños y perjuicios solicitada por CASSIOPEIA, debe precisarse que

el sólo incumplimiento de una obligación y que éste sea imputable a una de las partes, no da lugar al resarcimiento sino que adicionalmente existe otro requisito establecido en el artículo 1331° del Código Civil,⁶ esto es que el incumplimiento produzca daño, el cual debe ser probado por quien lo alega.

En tal sentido, este Tribunal considera que CASSIOPEIA no ha aportado medios probatorios suficientes que sustenten su pretensión de indemnización por daños y perjuicios, dado que i) el daño alegado por incumplimiento de pago de valorizaciones por haber efectuado la obra sin recibir retribución es materia del reconocimiento y pago de las valorizaciones, reajustes y adicionales respectivos así como los intereses correspondientes; ii) el daño emergente no ha sido debidamente probado, pues si bien los recibos y boletas adjuntadas reflejan gastos incurridos por CASSIOPEIA, no ha quedado acreditado el nexo causal entre estos gastos y el incumplimiento por parte del MINISTERIO PÚBLICO; iii) no puede alegarse como lucro cesante el no haber participado y ganado diversos procesos de selección pues estos son actos inciertos y la simple participación no garantiza un resultado favorable.

4. Sobre el reconocimiento de los intereses sobre la suma reclamada el reconocimiento de intereses.-

CASSIOPEIA afirma que, según lo establecido en el artículo 153° y el numeral 17 de las Bases, a partir del vencimiento del plazo establecido para el pago de estas valorizaciones, el contratista tiene derecho al reconocimiento de los intereses legales, tal como lo establecen el artículo 49° de LA LEY y los artículos 1244°, 1245° y 1246° del Código Civil.

Sobre esta pretensión, el Tribunal considera que, habiéndose declarado la validez de la resolución de contrato efectuada por CASSIOPEIA y estando a lo establecido en el último párrafo de los artículos 49° de la LEY y 153° de EL REGLAMENTO, cabe el reconocimiento de los intereses sobre el valor de las valorizaciones impagas a favor de CASSIOPEIA. En ese sentido, en estricta aplicación de los artículos 1244°, 1245° y 1246° del Código Civil, en vista que no es posible el cálculo de intereses moratorios por no haberse pactado éstos en el CONTRATO, este Tribunal dispone que se aplique la tasa porcentual correspondiente al interés legal.

5. Sobre la procedencia del pago por parte de la demandante de S/.100,000.00 por concepto de indemnización por daños y perjuicios.-

⁶ El artículo 1331° del Código Civil establece lo siguiente:

"Artículo 1331°.- Prueba de daños y perjuicios

La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado, por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso."

El MINISTERIO PÚBLICO aduce que CASSIOPEIA ha incurrido en responsabilidad por haber suspendido la ejecución de la obra, toda vez que el problema de los montos aprobados por la Valorización N° 01 era un punto que debía solucionarse al momento de liquidar la obra y no justificaba la resolución del contrato, por lo que al paralizar la obra incurrió en culpa inexcusable, figura regulada en el artículo 1319° del Código Civil. En tal sentido, CASSIOPEIA debe pagar la indemnización por daños y perjuicios que sanciona el artículo 1321° del mismo cuerpo legal, la cual no es cuantificable, sin embargo el MINISTERIO PÚBLICO la ha estimado en S/.100,000.00.

CASSIOPEIA argumenta que, sin desconocer las atribuciones y funciones del MINISTERIO PÚBLICO ni negar el objeto y la utilidad del Instituto de Medicina Legal, no se ha ocasionado ningún perjuicio a la Institución ni a la población de Iquitos, por el contrario, pese a no haber recibido el pago correspondiente por parte de la Entidad, CASSIOPEIA ha ejecutado la obra.

Respecto a esta pretensión, dado que i) se trata de una pretensión accesoria de la pretensión del MINISTERIO PÚBLICO de declaración de nulidad de la resolución de contrato realizada por CASSIOPEIA; y, ii) conforme a los argumentos sustentados en el acápite 1. apartados a), b) y c), la pretensión principal ha sido desestimada; este Tribunal considera que debe declararse Infundada.

6. **Determinar a quien y en que proporción corresponde asumir los gastos arbitrales generados en el presente proceso.-**

De acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 52° del de la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572 el Tribunal Arbitral debe pronunciarse (sin perjuicio que así sea solicitado por las partes) sobre los gastos del Arbitraje:

"Artículo 52°.- Los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre los gastos de Arbitraje, teniendo presente de ser el caso, lo pactado en el convenio. Los gastos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones de los árbitros y de los abogados de las partes; las retribuciones del secretario que se hubiera nombrado, si éste no fuese árbitro; los gastos de protocolización del laudo, cuando se hubiera pactado; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral. (...)

Si el convenio no contiene pacto alguno sobre gastos, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre su condena o exoneración, tomando en consideración el resultado o sentido del mismo.

Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones, entendiéndose

como comunes las de los árbitros, la del secretario, si éste no fuera árbitro, y la de la institución arbitral. (...)"

En tal sentido y atendiendo a los fundamentos señalados en los puntos precedentes, en virtud de los cuales se ha llegado a la conclusión que, no obstante no haberse amparado las pretensiones indemnizatorias de la demandante, el presente proceso arbitral se ha visto promovido por causas imputables a la demandada razón por la cual este Tribunal Arbitral considera que corresponde que el MINISTERIO PUBLICO asuma todos los gastos arbitrales.

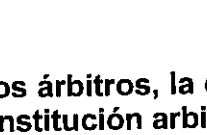
Al respecto, cabe precisar conforme consta en los actuados que la parte demandada no ha cumplido con cancelar el 50% de los gastos arbitrales que le correspondía asumir.

Advirtiéndolo, este Tribunal considera que corresponde a la parte demandada: i) devolver a la demandante el íntegro de los gastos arbitrales cancelados por ésta última y que correspondían ser pagados por la parte demandada y ii) devolver a la parte demandante el íntegro de los gastos arbitrales asumidos por esta parte.



IV.- RESOLUTIVA.-

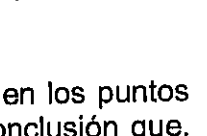
Que en virtud a los considerandos precedentes el Tribunal Arbitral debe laudar bajo las normas de derecho pertinentes, pero con criterio de equidad, si el caso lo requiere; por todas estas consideraciones el Tribunal Arbitral **RESUELVE**:



PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la pretensión demandada de ratificación de resolución del contrato efectuada por CASSIOPEIA;

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la pretensión de pago de la liquidación final del contrato de obra formulada por CASSIOPEIA y, en consecuencia, ordenar que el MINISTERIO PUBLICO pague a favor de CASSIOPEIA la suma de S/. 73,625.65 (SETENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS VEINTICINCO y 65/100 NUEVOS SOLES), más los respectivos intereses legales que deberán ser calculados en ejecución del Laudo;

TERCERO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión formulada por CASSIOPEIA para que el MINISTERIO PUBLICO pague a favor de CASSIOPEIA la suma de S/.98,000.00 (NOVENTA Y OCHO MIL NUEVOS SOLES) por concepto de daños y perjuicios;



CUARTO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión formulada por el MINISTERIO PUBLICO, referida a que CASSIOPEIA pague la suma de S/. 100,000.00 (CIEN MIL NUEVOS SOLES) por concepto de Indemnización de daños y perjuicios;

QUINTO: ORDENAR que el MINISTERIO PÚBLICO asuma los gastos arbitrales, debiendo reembolsar a CASSIOPEIA los pagos que ésta asumió

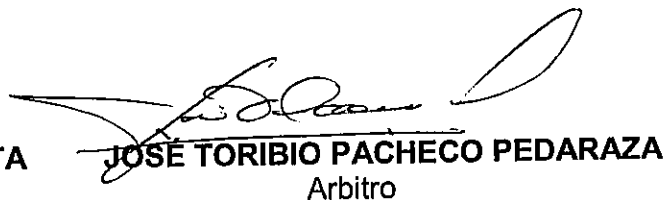
conforme a lo establecido en el último párrafo del numeral 6 del punto III del presente LAUDO ARBITRAL.



SERGIO SALINAS RIVAS
Presidente del Tribunal Arbitral



ALONSO MORALES ACOSTA
Arbitro



JOSÉ TORIBIO PACHECO PEDARAZA
Arbitro



FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI
Gerencia de Conciliación y Arbitraje
CONSUCODE