



Expediente : I255-2018
Demandante : CONSORCIO IRINA
Demandado : INSTITUTO NACIONAL DE SALUD

Exp. I255-2018
leg. 2729-17

CÉDULA DE NOTIFICACIÓN N° 1341 - 2019

Destinatario : PROCURADURIA PUBLICA DEL MINISTERIO DE SALUD- INSTITUTO NACIONAL DE SALUD
Dirección : Av. Arequipa N° 810, piso 9, Cercado de Lima

Por medio del presente, cumplimos con remitirle un (01) ejemplar del Laudo Arbitral emitido el 26 de diciembre de 2019, para los fines **correspondientes**.

Lo que notificamos de acuerdo a Ley.

Miraflores, 26 de diciembre de 2019.


JOSÉ RODRIGO ROSALES RODRIGO
Secretario Arbitral
SEAR



Sede del Arbitraje
Dirección: Av. Circunvalación Golf Los Incas 206-208, Torre 3, Interior 602, Surco. - Teléfono: 987492292
Correo: jose.rosales.rodrico@gmail.com

Arbitraje de Derecho seguido entre

**CONSORCIO IRINA (CONFORMADO POR CONSORCIO VENANCIO SRL, PISONAY
INVERSIONES SAC Y JOSE HERNANDO VIGO MOROMISATO)
(DEMANDANTE)**

Y

**INSTITUTO NACIONAL DE SALUD
(DEMANDADO)**

LAUDO

**ÁRBITRA ÚNICA
ZOILA MILAGROS CAMPOS LOO**

Fecha de emisión: 26 de diciembre de 2019

En representación del Demandante

Sr. Fernando Angelo Venancio Pérez

Abog. Enrique Ricardo Cortéz Machado

Abog. Víctor Giancarlo Peralta Miranda

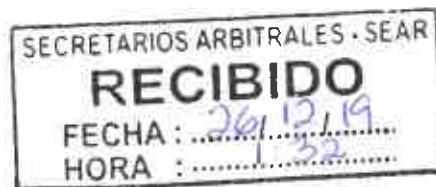
En representación del Demandado

Abog. Luis Celedonio Valdez Pallete

Abog. Daniel Alberto Juárez Fernández

Secretario Arbitral

Abog. José Rodrigo Rosales Rodrigo



RESOLUCIÓN N° 19

Lima, 26 de diciembre de 2019

VISTOS:

I. EXISTENCIA DE CONVENIO ARBITRAL

1. El Convenio Arbitral se encuentra incorporado de pleno derecho en la cláusula Décima Octava del Contrato N° 043-2015-OPE/INS, para la ejecución de obra "Ejecución de la obra bajo modalidad concurso oferta – Mejoramiento y ampliación del laboratorio químico toxicológico ocupacional y ambiental del CENSOPAS – INS con código SNIP 238150" entre el **CONSORCIO IRINA** (en adelante el **CONTRATISTA**) y el **INSTITUTO NACIONAL DE SALUD** (en adelante la **ENTIDAD**) de fecha **02 de febrero de 2015**, el arbitraje que en aplicación del Reglamento de la Ley, será AD-HOC, NACIONAL Y DE DERECHO.

II. DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

2. Con fecha **22 de diciembre de 2017**, mediante Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 122-2017-OSCE/PRE, se designa como Árbitra Única a la señora abogada Zoila Milagros Campos Loo.

III. ANTECEDENTES DEL PRESENTE ARBITRAJE

3. Con fecha **02 de febrero de 2015**, las partes suscribieron el Contrato N° 043-2015-OPE/INS, para la ejecución de obra "Ejecución de la obra bajo modalidad concurso oferta – Mejoramiento y ampliación del laboratorio químico toxicológico ocupacional y ambiental del CENSOPAS – INS con código SNIP 238150", por el monto de S/ 2'407,548.00 (Dos Millones Cuatrocientos Siete Mil Quinientos Cuarenta y Ocho con 00/100 Soles), por el plazo contractual de doscientos cuarenta (240) días calendarios.
4. Con fecha **27 de agosto de 2015**, mediante Resolución Jefatural N° 169-2015-J-OPE/INS, la **ENTIDAD** aprueba el Expediente Técnico del Proyecto de Inversión Pública: "Mejoramiento y Ampliación del Laboratorio Químico Toxicológico Ocupacional y Ambiental del CENSOPAS – INS, Sede Chorrillos" Código SNIP N° 238150 por el monto total de S/ 3'354,018.26 (Tres Millones Trescientos Cincuenta y Cuatro Mil Dieciocho con 26/100 Soles).
5. Con fecha **01 de setiembre de 2017**, las partes suscriben la Adenda N°01 del el Contrato N° 043-2015-OPE/INS, en la cual modificaron las Clausula Tercera (Monto Contractual), Cuarta (Pago), Quinta (Plazo de Ejecución de la Obra), Sexta (Adelanto Directo) y Décima (Adelanto para Materiales) del mencionado Contrato.
6. Con fecha **11 de diciembre de 2015**, mediante Carta N° 012-2015-AHLZ-SUP-OGA/INS, la **ENTIDAD** comunica al **CONTRATISTA** el Memorando N° 614-2015-DG-CENSOPAS/INS, la Nota Informativa N° 273-2015-DEIPCROA-CENSOPAS/INS y la Nota Informativa N° 197-2015-LQ-DEIPCROA-CENSOPAS/INS, a fin de que el proyectista y el ejecutor de obra analicen, evalúen y compatibilicen los **acondicionamientos** finales planteados por el área usuaria.

Árbitra Única

Zoila Milagros Campos Loo

7. Con fecha **29 de abril de 2016**, mediante Carta N° 095-2016-DG-OGA-OPE/INS, la **ENTIDAD** comunica al **CONTRATISTA** el contenido de la Nota Informativa N° 22-2016-SUP-OGA/INS, la Nota Informativa N° 049-JCD-2016-CENSOPAS/INS, en el cual se comunica que debe complementarse el expediente adicional N° 01 por encontrarse inconsistencias técnicas en el expediente.
8. Con fecha **29 de abril de 2016**, mediante la Nota Informativa N° 023-2016-SUP-OGA/INS la **ENTIDAD** señala que sobre la solicitud del adicional de obra N° 02, deductivo de obra vinculante N° 02 y su cronograma de ejecución presentado por el **CONTRATISTA** mediante Carta N° 008-2016/CI se han encontrado inconsistencias técnicas conforme a la Nota Informativa N° 049-JCD-2016-CENSOPAS/INS.
9. Con fecha **09 de mayo de 2016**, el **CONTRATISTA** cumple con remitir a la **ENTIDAD**, la **complementación** del expediente técnico del adicional de obra N° 02 y del deductivo de obra vinculante N° 02 de acuerdo a lo requerido Carta N° 095-2016-DG-OGA-OPE/INS y la Nota Informativa N° 023-2016-SUP-OGA/INS.
10. Con fecha **11 de mayo de 2016**, mediante Carta N° 012-2016/CI, el **CONTRATISTA** solicita a la **ENTIDAD** la ampliación de plazo N° 02 por un total de sesenta (60) días calendarios por concepto de la aprobación del presupuesto adicional N° 02.
11. Con fecha **12 de mayo de 2016**, mediante Resolución Directorial N° 228-2016-DG-OGA-OPE/INS, la **ENTIDAD** aprueba la solicitud de ampliación de plazo N° 02 por cinco (05) días calendarios, y señala que el término del Contrato N° 043-2015-OPE/INS sería el día **17 de mayo de 2016**.
12. Con fecha **12 de mayo de 2016**, las partes suscriben la Adenda N°02 del Contrato N° 043-2015-OPE/INS, en el cual se modifica la Cláusula Quinta (Plazo de Ejecución de la Obra) y se fija como fecha de culminación de Contrato N° 043-2015-OPE/INS el día **17 de mayo de 2016**.
13. Con fecha **16 de mayo de 2016**, la **ENTIDAD** mediante Resolución Jefatural N° 125-2016-J-OPE/INS, aprueba el Expediente Técnico de la prestación adicional de la obra "Mejoramiento y Ampliación del Laboratorio Químico Toxicológico Ocupacional y Ambiental del CENSOPAS – INS, Sede Chorrillos" Código SNIP N° 238150 y aprueba la ejecución de la prestación adicional N° 02 al Contrato N° 043-2015-OPE/INS, por la suma de S/ 217,392.67 (Doscientos Diecisiete Mil Trescientos Noventa y Dos con 67/100 Soles), el deductivo N° 02 por el monto de S/ 130,307.10 (Ciento Treinta Mil Trescientos Siete con 10/100 Soles), siendo la diferencia de estos la suma de S/ 87,085.10 (Ochenta y Siete Mil con Ochenta y cinco con 10/100 Soles) que corresponde a la prestación adicional N° 02 que equivale al 2.78% del Contrato original.
14. Con fecha **17 de mayo de 2016**, el **CONTRATISTA** solicita a la **ENTIDAD** mediante Carta N° 013-2016/CI, una ampliación de plazo por un total sesenta (60) días calendarios.
15. Con fecha **17 de mayo de 2016**, mediante Resolución Directorial N° 240-2016-DG-OGA-OPE/INS, la **ENTIDAD** aprueba la solicitud de ampliación de plazo N° 03 por cuarenta y nueve (49) días calendarios, por lo que señala que el término del Contrato N° 043-2015-OPE/INS sería el día **05 de julio de 2016**.
16. Con fecha **17 de mayo de 2016**, las partes suscriben la Adenda N°03 término del Contrato N° 043-2015-OPE/INS, en el cual se modifica la Cláusula Tercera (Prestación Adicional de la Obra) y se fija como fecha de culminación de Contrato N° 043-2015-OPE/INS el día **05 de julio de 2016**.

17. Con fecha **05 de julio de 2016**, mediante el asiento N° 239 del Cuaderno de Obra, el residente de obra informa lo siguiente: *"En la fecha se comunica que se ha culminado el 100% de las partidas correspondientes al Contrato N° 043-2015-OPE/INS, asimismo se ha culminado lo correspondiente a la Prestación Adicional N° 02, a fin de que se sirva gestionar la recepción de la obra."*
18. Con fecha **06 de julio de 2016**, mediante el asiento N° 240 del Cuaderno de Obra, el inspector de obra, informa lo siguiente: *"Se toma conocimiento de lo suscrito en el asiento N° 239, del residente de obra, para lo cual, esta inspección de obra, informara a la entidad para la conformación del comité de recepción de obra, en concordancia con lo estipulado en el art 210° del Reglamento de la Ley de Contrataciones. Se rectifica el asiento N° 239, verificándose la culminación de la obra."*
19. Con fecha **05 de agosto de 2016**, las partes suscriben el Acta de Observaciones, en el cual, la **ENTIDAD** le otorga al **CONTRATISTA** un décimo (1/10) del plazo de ejecución vigente de obra para el levantamiento de las observaciones del expediente técnico en partidas de arquitectura, instalaciones sanitarias, instalaciones eléctricas e instalaciones mecánicas, en concordancia con el numeral 2) del artículo 210° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado.
20. Con fecha **07 de setiembre de 2016**, mediante el asiento N° 245 del Cuaderno de Obra, el residente de obra informa lo siguiente: *"En la fecha se solicita la recepción de obra, Contrato N° 043-2015-OPE/INS, al haber levantado las observaciones según Acta del 05/08/2016, en concordancia al artículo 210°-Recepción de obra y plazos del Reglamento de la Ley de Contrataciones del estado (D.S. N° 184-2008-EF) numeral 2."*
21. Con fecha **08 de setiembre de 2016**, mediante el asiento N° 246 del Cuaderno de Obra, el inspector de obra informa lo siguiente: *"Se comunica al contratista que se remitió el Informe N° 09-2016-SUP-OGA/INS, en la cual se evidencia retraso en la subsanación de las observaciones que excede el plazo otorgado. Se ofició a la entidad para los fines y acciones que correspondan. Cabe señalar que se realizó la verificación in situ a cargo de jefe inspector de obra y el Comité de Recepción de Obra"*.
22. Con fecha **19 de setiembre de 2016**, las partes suscriben el Acta de Revisión de Levantamiento de Observaciones, mediante el cual se deja constancia de que las observaciones subsanadas y las que no fueron subsanadas en su totalidad, por lo que se aplicará lo estipulado en el artículo 50° de la Ley de Contrataciones del Estado y lo dispuesto en los numerales 2) y 3) del artículo 210° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
23. Con fecha **28 de setiembre de 2016**, mediante Carta N° 129-2016-DG-OGA-OPE/INS, la **ENTIDAD** comunica al **CONTRATISTA** el contenido del Informe del Comité de Recepción de Obras N° 01-2016-OPE/INS y el Informe del Comité de Recepción de Obras N° 02-2016-OPE/INS, mediante los cuales se señala que habiendo quedado inconclusas el levantamiento de algunas observaciones por falta de acometida eléctrica, el **CONTRATISTA** deberá presentar a la **ENTIDAD** en un plazo de dos (02) días hábiles, un cronograma de eventos en el cual conste la secuencia de pruebas pendientes a realizarse, con la finalidad de verificar "In Situ" con el Comité de Recepción, de conformidad con el artículo 210° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado.
24. Con fecha **30 de setiembre de 2016**, el **CONTRATISTA** mediante Carta N° 044-2016/CI, comunica a la **ENTIDAD** el cronograma de eventos solicitado mediante Carta N° 129-2016-DG-OGA-OPE/INS; asimismo el **CONTRATISTA** precisa que durante el

Árbitra Única

Zoila Milagros Campos Loo

acto de recepción de obra, no quedaron observaciones no subsanadas, debido a que lo quedo pendiente fue la verificación por parte del Comité de Recepción de la subsanación de las observaciones, ello porque no se contaba con la acometida eléctrica de acuerdo a las especificaciones técnicas del expediente técnico.

25. Con fecha **03 de octubre de 2016**, mediante Carta N° 045-2016/CI, el **CONTRATISTA** comunica a la **ENTIDAD** que no se pueden efectuar las pruebas debido a que esta no ha cumplido con habilitar la acometida eléctrica temporal, por lo que solicita la instalación de la misma para poder proceder con la realización de las pruebas; asimismo señala que los retrasos que se vienen incurriendo vienen postergando la verificación por parte del Comité de Recepción de la subsanación de las observaciones que requieren **necesariamente** de la referida acometida, lo que viene ocasionando serios perjuicios tanto en lo económico como en el tiempo invertido.
26. Con fecha **07 de octubre de 2016**, la **ENTIDAD** comunica al **CONTRATISTA** mediante Carta N° 195-2016-OEL-OGA-OPE/INS, el contenido de la Nota Informativa N° 185-2016-EQPO.SS.Y.MTTO-OEL-OGA-INS de fecha **07 de octubre de 2016**, en el cual remite información respecto a los términos de referencia de la acometida eléctrica provisional y señala que la misma ya se encuentra habilitada.
27. Con fecha **10 de octubre de 2016**, el **CONTRATISTA** comunica a la **ENTIDAD** mediante Carta N° 049-2016/CI, que no se pueden efectuar las pruebas debido a que la capacidad instalada de la acometida eléctrica no era suficiente para efectuar las pruebas de los circuitos eléctricos y solicita a la **ENTIDAD** que realice la instalación de un transformador de aislamiento para el correcto funcionamiento de los tableros estabilizados.
28. Con fecha **14 de julio de 2017**, mediante Carta N° 0021-2017/CI, el **CONTRATISTA** presenta a la **ENTIDAD** su liquidación de obra.
29. Con fecha **10 de agosto de 2017**, la Directora General de la Oficina General de Administración solicita al Encargado de la Oficina de Supervisión de Obras de la **ENTIDAD**, mediante Memorando N° 560-2017-DG-OGA/INS que realice una nueva liquidación y comunique al **CONTRATISTA** la misma.
30. Con fecha **23 de agosto de 2017**, mediante Informe N° 16-2017-SUP-OGA/INS, el Encargado de la Oficina de Supervisión de Obras comunica a la Directora General de Administración de la **ENTIDAD**, la formulación de observaciones a la liquidación de obra elaborada por el **CONTRATISTA**, por lo que se remite la elaboración de otra liquidación de obra, dentro del plazo máximo de sesenta (60) días, según lo establecido en el artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
31. Con fecha **01 de setiembre de 2017**, la **ENTIDAD** comunica al **CONTRATISTA** mediante el Oficio N° 563-2017-DG-OGA-OPE/INS el contenido del Memorando N° 560-2017-DG-OGA/INS y el Informe N° 16-2017-SUP-OGA/INS, trasladando las observaciones a la liquidación de obra presentada por el **CONTRATISTA**, por lo que remite la elaboración de otra liquidación de obra para su pronunciamiento dentro de los quince (15) días siguientes, de conformidad con lo establecido en el artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
32. Con fecha **15 de setiembre de 2017**, el **CONTRATISTA** comunica a la **ENTIDAD** mediante Carta N° 0024-2017/CI que no se acoge a ninguna de las observaciones formuladas a la liquidación realizada por el **CONTRATISTA**, por lo que ratifica el contenido de la misma, así como comunica su total discrepancia con la liquidación de obra elaborada por el inspector de la obra.

33. Con fecha **06 de octubre de 2017**, el **CONTRATISTA** remite a la **ENTIDAD** mediante Carta N° 0025-2017/CI su solicitud de arbitraje.

IV. DESARROLLO DEL PRESENTE ARBITRAJE

A. ACTUACIONES ARBITRALES

34. Con fecha **06 de octubre de 2017**, el **CONTRATISTA** comunicó a la **ENTIDAD** el inicio del arbitraje.
35. Con fecha **25 de junio de 2018**, se realizó la Audiencia de Instalación de la Árbitra Única, en la cual se fijaron las reglas del proceso arbitral.
36. Con fecha **17 de julio de 2018**, el **CONTRATISTA** cumple con presentar su demanda arbitral, la cual es comunicada a la **ENTIDAD** mediante la Resolución N° 02 de fecha **02 de agosto de 2018**.
37. Con fecha **11 de setiembre de 2018**, la **ENTIDAD** cumple con presentar su contestación de demanda y formula excepción de caducidad, lo cual es puesto en conocimiento de la parte contraria mediante la Resolución N°06 con fecha **21 de setiembre de 2018**.
38. Con fecha **06 de noviembre de 2018**, el **CONTRATISTA** cumple con absolver las excepciones formuladas.
39. Con fecha **05 de febrero de 2019**, se realiza la Audiencia Especial para las exposiciones sobre las excepciones formuladas.
40. Con fecha **27 de febrero de 2019**, mediante Resolución N° 09, la Árbitra Única declara infundada la excepción deducida por la **ENTIDAD** y cita a las partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos.
41. Con fecha **14 de marzo de 2018**, se realizó la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos.
42. Con fecha **18 de julio de 2019**, mediante Resolución N° 14, se cierra la etapa probatoria y se otorga a las partes un plazo de cinco (05) días hábiles para que presenten sus alegatos finales.
43. Con fecha **07 de agosto de 2019**, a través de la Resolución N° 15 se dejó constancia de que las partes cumplieron con presentar sus escritos de alegatos finales.
44. Con fecha **30 de setiembre de 2019**, se realizó la Audiencia de Informes Orales con la asistencia de ambas partes, en la cual se fija plazo para laudar por treinta (30) días hábiles, los cuales pueden ser prorrogados por treinta (30) días adicionales a discreción del árbitro.
45. Con fecha **30 de octubre de 2019**, mediante Resolución N° 18, la Árbitra Única dispone hacer efectivo el uso de la atribución de prórroga del plazo para laudar por treinta días adicionales, los cuales vencen el día **27 diciembre de 2019**.

B. CONSIDERACIONES PARA EL ANÁLISIS DEL PRESENTE PROCESO ARBITRAL

*Árbitra Única
Zoila Milagros Campos Loo*

46. Que la Árbitra Única, al momento de evaluar y resolver el presente caso, tiene en cuenta la prelación normativa dispuesta en la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por Decreto Legislativo N°1017 y modificada por Ley N°29873 (en adelante LCE), su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N°184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N°138-2012-EF (en adelante RLCE) y las Directivas que apruebe OSCE para tal efecto, supletoriamente regirán las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo N°1071, Ley de Arbitraje (en adelante LA).
47. Que, los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el juzgador respecto a los puntos controvertidos, de acuerdo a los principios generales de necesidad de la prueba, originalidad de la prueba, pertinencia y utilidad de la prueba, entre otros; por su parte, el artículo 43° de LA, otorga a los árbitros, de manera exclusiva, la facultad plena de determinar el valor de las pruebas.
48. Que, todo el ordenamiento jurídico peruano, en lo que se refiere al cumplimiento de los contratos, establece que los contratos son obligatorios para las partes, y que deben cumplirse y respetarse **escrupulosamente**.
49. Que, es preciso dejar claramente establecido que éste como todos los casos que se sustentan en un contrato debe ser resuelto con sujeción al principio de la autonomía de las partes que, en forma fundamental, inspira el derecho contractual, principio que ha sido recogido en el artículo 62° de nuestra Constitución Política, además de la Ley, dentro de los alcances que establece el artículo 1° de la LCE y al amparo de los principios que rigen las contrataciones consagrados en el artículo 4° de la LCE, aplicable al presente caso.
50. Que, asimismo debe tenerse en cuenta lo dispuesto por los artículos 1352°, 1354° y 1356° del Código Civil que consagran el principio de la consensualidad, el principio de la libertad contractual y el carácter obligatorio de las disposiciones contractuales, **respectivamente**. Al respecto, el artículo 1361° del Código Civil declara como principio rector que *“los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos”* y el artículo 1362° del mismo cuerpo normativo prescribe que *“los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”*.
51. Que, del mismo modo, debe tomarse en cuenta el artículo 1352° del Código acotado, que establece que *“los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos casos que, además, deben observar la forma señalada por ley bajo sanción de nulidad”*; en igual sentido, el artículo 1373° del citado cuerpo normativo dispone que *“el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente”*.
52. Todas estas disposiciones consagran el principio jurídico rector de la contratación (*“pacta sunt servanda”*), base del derecho obligacional y contractual que compromete a las partes a cumplir de buena fe las obligaciones pactadas de un contrato.
53. Los principios de fuerza obligatoria del contrato, buena fe y común intención de las partes sostienen que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, presumiéndose legalmente que la declaración expresada en el contrato responde

a la voluntad común de las partes. En tal sentido, quien niega dicha coincidencia debe probarla.

54. Que, conforme se ha indicado anteriormente, en materia de probanza todo aquel que alega un hecho debe de probarlo, sin perjuicio de que la Árbitra única pueda solicitar y actuar pruebas adicionales si considera que lo requiere. A tales efectos, la Árbitra Única a lo largo del arbitraje ha analizado la posición de la demandante y del demandado, sus alegaciones y las pruebas que han aportado al presente proceso.
55. Que siendo ello así, corresponde a la Árbitra Única, establecer la secuencia lógica del presente Laudo mediante la exposición ordenada de su criterio respecto a cada una de las pretensiones postuladas, atendiendo no solo a la argumentación propuesta por las partes sino también analizando las pruebas ofrecidas y actuadas respecto a cada una de dichas pretensiones.
56. Debe tenerse en cuenta que el este Despacho ha evaluado las pruebas aportadas al proceso para determinar, en base a su valoración conjunta, las consecuencias que para las partes se deriven de haber probado o no sus respectivas alegaciones de acuerdo a derecho.
57. Que, a los efectos de valorar las pruebas aportadas al presente proceso arbitral, que es uno de derecho, debe tenerse en cuenta, como ya se ha expresado, que la carga de la prueba corresponde a quien alega determinado hecho. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la prueba tiene por objeto que la parte interesada acredite ante el juzgador los hechos que invoca en la sustentación de su posición para crear certeza respecto de ellos. A este respecto, la doctrina señala que:

"La noción vulgar o corriente de probar la recoge y tecnifica la ley para que las partes interesadas en un litigio sepan a qué atenerse en cuanto al modo de hacerlo (...) probar es averiguar la verdad de una cosa, justificarla, hacerla presente (...).

Es obvio que haya diferencia entre la prueba social y la prueba jurídica, dadas las sanciones o consecuencias que el derecho establece si se da o no se da la prueba del hecho o del acto jurídico, verbigracia, la cosa juzgada, que socialmente no existe. En sentido legal la prueba no es una demostración cualquiera, sino a través de ciertos medios y procedimientos que la ley del proceso prescribe, permite o prohíbe, con mayor o menor severidad según los varios pueblos (...).

Todo medio que pueda alcanzar el doble fin de hacer conocido del juez un hecho, es decir, darle conocimiento claro y preciso de él, y juntamente darle la certeza de la existencia del hecho, es un medio de prueba. Como el juez ignora los hechos, pero las partes interesadas si lo conocen, pues lo han creado y los han vivido; deben hacérselos conocer de tal manera que el conocimiento le produzca certeza en su criterio."¹

58. De la revisión de los escritos presentados por las partes, las pruebas aportadas y las posteriores actuaciones en el marco del presente proceso arbitral, se aprecia la existencia de un vínculo contractual válido y eficaz entre las partes sustentado en el

¹ ROCHA ALVIRA, Antonio. "De la prueba en el Derecho". Medellín. Biblioteca Jurídica DIKE. 1990; págs. 19 y 21

CONTRATO, que además se ejecutó en su integridad y dentro del plazo contractual al que se obligó - por parte del CONTRATISTA.

V. DETERMINACIÓN DE LOS PUNTOS EN CONTROVERSIA ENTRE LAS PARTES

37. En atención a las posiciones de las partes sobre los fundamentos de hecho y derecho de la controversia recogidos en sus escritos en el presente proceso arbitral, este Despacho, determinó con las partes en la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, como los puntos en controversia, los siguientes:
 1. *Determinar si corresponde o no declarar consentida la liquidación de obra presentada por el CONTRATISTA.*
 2. *Determinar si corresponde o no disponer que la ENTIDAD pague al CONTRATISTA la suma de S/ 492,764.39 (Cuatrocientos Noventa y Dos Mil Setecientos Sesenta y Cuatro con 39/100 Soles), más los intereses legales por concepto de la liquidación presentada por el CONTRATISTA.*
 3. *En caso de no corresponder el Primer Punto Controvertido determinar si corresponde o no declarar aprobada, válida y/o eficaz la liquidación de obra presentada por el CONTRATISTA sin las observaciones efectuadas por la ENTIDAD con fecha 25 de agosto de 2017.*
 4. *Determinar si corresponde o no declarar que la ENTIDAD pague al CONTRATISTA el importe ascendente a S/ 27,449.74 (Veintisiete Mil Cuatrocientos Cuarenta y Nueve con 74/100 Soles) más los respectivos intereses legales irrogados por el mantenimiento de la Carta Fianza.*
 5. *Determinar a quién corresponde pagar los costos del presente proceso arbitral.*
38. En atención a señalado este Despacho considera expresar que al momento de analizar las cuestiones previas y los puntos en controversia tendrá en consideración los medios de prueba aportados durante el desarrollo del presente proceso arbitral.
39. De otro lado, se deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje, se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomada en cuenta para su decisión o no haya sido valorada, por lo que la Árbitra Única deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio de este Despacho tuviere respecto de la controversia materia de análisis.
40. Asimismo, cabe precisar que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en la Árbitra Única respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba: necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad. Los medios probatorios deben ser valorados por la Árbitra Única de manera conjunta, utilizando su apreciación

Árbitra Única
Zoila Milagros Campos Loo

razonada y que, si no se prueban los hechos que fundamentan sus pretensiones, éstas deberán ser declaradas infundadas.

41. Que la Árbitra Única, al momento de evaluar y resolver el presente caso, tiene en cuenta la prelación normativa dispuesta en la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por Ley N°29873 (en adelante LCE), su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N°184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N°138-2012-EF (en adelante RLCE) y las Directivas que apruebe OSCE para tal efecto, supletoriamente regirán las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo N°1071, Ley de Arbitraje (en adelante LA).
42. Igualmente, se deja establecido en caso de discrepancias de interpretación o de insuficiencia de las reglas que anteceden, la Árbitra Única resolverá en forma definitiva, del modo que considere pertinente.
43. Finalmente, que de conformidad con lo establecido en el artículo 43° del Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, la Árbitra Única tiene la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia, actuación y valor de las pruebas.

VI. ANALISIS DE LOS PUNTOS EN CONTROVERSIA

44. Atendiendo a lo señalado, corresponde ahora analizar estrictamente los puntos en controversia, corresponde ordenarlos de la siguiente manera:

PRIMER PUNTO EN CONTROVERSIA:
DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR CONSENTIDA LA LIQUIDACIÓN DE OBRA PRESENTADA POR EL CONTRATISTA.

TERCER PUNTO EN CONTROVERSIA
EN CASO DE NO CORRESPONDER EL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR APROBADA, VÁLIDA Y/O EFICAZ LA LIQUIDACIÓN DE OBRA PRESENTADA POR EL CONTRATISTA SIN LAS OBSERVACIONES EFECTUADAS POR LA ENTIDAD CON FECHA 25 DE AGOSTO DE 2017.

SEGUNDO PUNTO EN CONTROVERSIA
DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DISPONER QUE LA ENTIDAD PAGUE AL CONTRATISTA LA SUMA DE S/ 492,764.39 (CUATROCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL SETECIENTOS SESENTA Y CUATRO CON 39/100 SOLES), MÁS LOS INTERESES LEGALES POR CONCEPTO DE LA LIQUIDACIÓN PRESENTADA POR EL CONTRATISTA.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA

44. El **CONTRATISTA** señala que el procedimiento de la liquidación de obra se encuentra regulado en el artículo 211° del RLCE, el cual señala lo siguiente: *"El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo máximo de sesenta (60) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes (...)* La liquidación

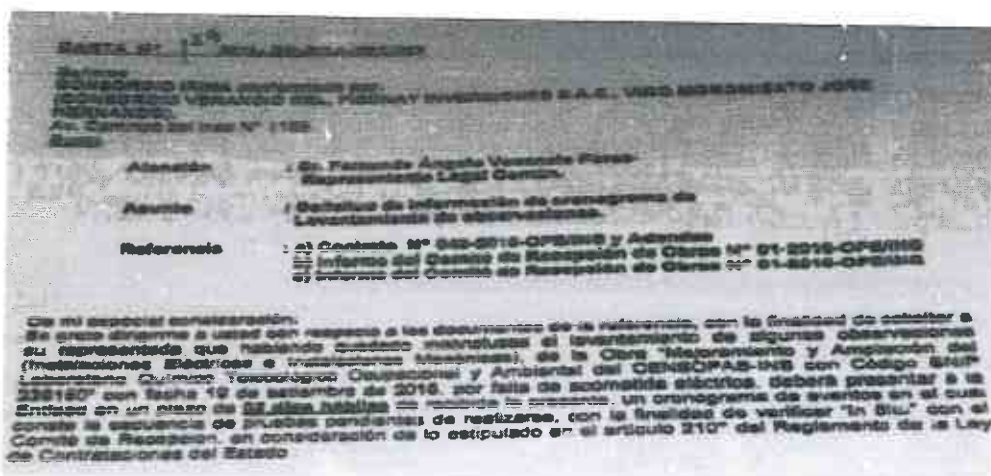
Árbitra Única
Zoila Milagros Campos Loo

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

45. El **CONTRATISTA** señala que presentó su liquidación a través de la Carta N° 021-2017/CI con fecha **14 de julio de 2017**, dentro del plazo señalado por la normativa de contrataciones con el estado.
46. El **CONTRATISTA** señala que la **ENTIDAD** comunicó mediante el Informe N° 563-2017-DG-OGA-OPE/INS con fecha **25 de agosto de 2017**, las observaciones formuladas a la liquidación efectuada por el **CONTRATISTA** y una nueva liquidación elaborada por la **ENTIDAD**.
47. El **CONTRATISTA** señala que el artículo 210° del RLCE permite que la **ENTIDAD** pueda observar la liquidación realizada por el **CONTRATISTA** o puede optar por elaborar otra liquidación, no ambas.
48. El **CONTRATISTA** señala que rechazó las observaciones formuladas por la **ENTIDAD** a través de la Carta N° 024-2017/CI de fecha **15 de setiembre de 2017**, por lo que esperaba que la **ENTIDAD** cuestione tal rechazo mediante arbitraje, sin embargo, la **ENTIDAD** no inició arbitraje, por lo que su liquidación ha quedado consentida al haber caducado el plazo que tenía la **ENTIDAD** para cuestionar tal hecho, de conformidad con lo establecido por LA Dirección Técnico Normativa del OSCE mediante la Opinión N° 160-2017/DTN, el cual señala lo siguiente: "(...) cuando la liquidación presentada por el contratista fuera observada, este último podía rechazar, total o parcialmente, los cuestionamientos realizados por la Entidad, dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación. Así, cuando la Entidad tomaba conocimiento del rechazo de las observaciones a la liquidación, por parte del contratista, debía solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje, dentro del plazo correspondiente".
49. Por lo que el **CONTRATISTA** señala que al no haber la **ENTIDAD** sometido a conciliación y/o arbitraje las controversias derivadas al rechazo de las observaciones formuladas a la liquidación realizada por esta, la liquidación ha quedado consentida sin las observaciones efectuadas por la **ENTIDAD**.
50. El **CONTRATISTA** señala que pese a que su liquidación ha quedado consentida de conformidad a la Opinión N° 160-2017/DTN y N° 211-2017/DTN el derecho de la **ENTIDAD** para cuestionar su liquidación ha caducado decidió iniciar arbitraje por seguridad jurídica y predictibilidad.
51. El **CONTRATISTA** manifiesta que mediante Carta N° 0024-2017/CI, comunicó a la **ENTIDAD** su rechazo a todas las observaciones efectuadas a su liquidación y ratificó el contenido de la misma.
52. El **CONTRATISTA** señala que la **ENTIDAD** a través de su informe N° 16-2017-SUP-OGA/INS, rechazó el pago de los mayores gastos generales bajo el sustento de que el retraso en la recepción de la obra, es imputable al **CONTRATISTA** debido a que no cumplió con el levantamiento de las observaciones.

Arbitra Única
Zoila Milagros Campos Loo

53. El **CONTRATISTA** manifiesta respecto a la demora en la recepción de la obra es exclusiva responsabilidad de la **ENTIDAD**, al no haber cumplido con suministrar e instalar la acometida eléctrica necesaria para brindar energía suficiente a la obra.
54. El **CONTRATISTA** señala que fue de exclusiva responsabilidad de la **ENTIDAD**, que el día **19 de setiembre de 2016**, no se haya podido levantar todas las observaciones debido a que la **ENTIDAD** hasta esa fecha no cumplía con suministrar e instalar la acometida eléctrica necesaria para brindar energía suficiente a la obra, lo cual fue reconocido por la **ENTIDAD** en la Carta N° 129-2016-DG-OGA-OPE/INS, según el siguiente detalle:



55. El **CONTRATISTA** señala que la **ENTIDAD** suministró una acometida temporal que no reunía las especificaciones técnicas que no demandaba el Expediente Técnico, sin embargo para no dilatar más la recepción de la obra procedió a realizar las pruebas que quedaron pendientes y así cumplir con el levantamiento de todas las observaciones pendientes.
56. El **CONTRATISTA** manifiesta que el artículo 210° del RLCE señala lo siguiente: "(...) Si en el proceso de verificación de la subsanación de las observaciones el comité de recepción constata la existencia de vicios o defectos distintas a las observaciones antes formuladas, sin perjuicio de suscribir el Acta de Recepción de Obra, informará a la Entidad para que ésta solicite por escrito al contratista las subsanaciones del caso, siempre que constituyan vicios ocultos".
57. El **CONTRATISTA** manifiesta de conformidad con lo señalado en el numeral anterior la **ENTIDAD** no debió negarse a la suscripción del Acta de recepción de Obra, a pesar de haberse hallados defectos y menos supeditar suscripción del Acta de recepción de Obra a la corrección de los mismos, debido a que los defectos fueron causados por que la acometida temporal no reunía las especificaciones técnicas del Expediente Técnico.

POSICION DE LA ENTIDAD

58. La **ENTIDAD** señala que las Opiniones N° 160-2017/DTN y N° 211-2017/DTN no resultan vinculante, ya que las mismas señalan que: "(...) En ese sentido, las

conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna."

59. La **ENTIDAD** señala que la normativa de las contrataciones con el estado le otorgan la posibilidad de elaborar su propia liquidación de obra, cuando la liquidación presentada por el **CONTRATISTA** tiene defectos que no pueden subsanarse a través de las observaciones, lo que tiene como consecuencia que la liquidación elaborada por la **ENTIDAD** reemplace o deje sin efecto a la liquidación presentada por el **CONTRATISTA**, de conformidad con la Opinión N° 104-2013/DTN de la Dirección Técnico Normativa del OSCE.
60. La **ENTIDAD** indica que el **CONTRATISTA** no se ha pronunciado respecto a la liquidación elaborada por la **ENTIDAD**, sin considerar que la nueva liquidación reemplaza la elaborada por el **CONTRATISTA**, por lo que al no haber sido observada por el **CONTRATISTA** ha quedado consentida, de conformidad a lo señalado en el artículo 211° del RLCE que señala lo siguiente: "(...) La liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido."
61. La **ENTIDAD** señala respecto a los efectos del consentimiento de la liquidación de obra, esta implica que no puede ser cuestionada por las partes posteriormente, ya que se presume que su no observación dentro del plazo establecido presupone su aceptación y genera el derecho al pago del saldo económica a favor de alguna de las partes.
62. La **ENTIDAD** señala que resultaba necesario realizar las observaciones a la liquidación formulada por el **CONTRATISTA** y la presentación de una nueva liquidación, ya que la sola presentación de una liquidación se podría considerar como consentido la liquidación del **CONTRATISTA**, al no haber formulado observaciones sobre esta por parte de la **ENTIDAD**.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO

63. En atención a las posiciones de las partes corresponde señalar a fin de analizar el Primer Punto en Controversia corresponde determinar si existen elementos probatorios que permitan demostrar que la liquidación del **CONTRATISTA** se encuentra debidamente consentida.
64. Al respecto el **CONTRATISTA** sustenta su consentimiento en la Opinión N° 160-2017/DTN señalando que la **ENTIDAD** tenía quince (15) días hábiles para recurrir a los mecanismos de solución de controversia luego de haber realizado las observaciones a la liquidación presentada con fecha 14 de julio de 2017.
65. Que, por su parte la **ENTIDAD** alega que de acuerdo a la Opinión N° 104-2013/DTN señala que la liquidación de obra elaborada por el **CONTRATISTA** fue reemplazada por la liquidación presentada con fecha 01 de setiembre de 2017.
66. Ahora bien, el primer párrafo del artículo 211° del RLCE desarrollaba el procedimiento de liquidación de obra, precisando en su primer párrafo que "El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de obra. (...)" (El subrayado es agregado).

67. Como se aprecia, el contratista debía presentar la liquidación de obra con el sustento adecuado; es decir, con la documentación y los cálculos detallados que justifiquen su contenido. (El subrayado es agregado).
68. En esa medida, la liquidación del contrato de obra debe contener todos los conceptos que formaban parte del costo total de la misma, tales como: las valorizaciones, los reajustes, los mayores gastos generales, la utilidad, los impuestos que afectaban la prestación, las penalidades aplicables al contratista, los adelantos otorgados y sus amortizaciones, entre otros conceptos, los cuales debían estar debidamente sustentados con la documentación y los cálculos detallados que correspondieran².
69. Dicho lo anterior, cabe señalar que la parte final del primer párrafo del artículo 211 del RLCE establece que, dentro del plazo máximo de sesenta (60) días de recibida, la Entidad debía pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de haberlo considerado pertinente, elaborando otra. (El subrayado es agregado).
70. Asimismo, se advierte que la ENTIDAD podía elaborar la liquidación del contrato de obra cuando el CONTRATISTA no hubiera cumplido con presentarla en el plazo correspondiente; en dicho supuesto, la ENTIDAD debía notificar la liquidación al contratista para que éste se pronunciara dentro de los quince (15) días siguientes³.
71. En ese orden de ideas, este Despacho considera que el citado artículo, en su tercer párrafo, dispone que la liquidación queda consentida cuando, practicada por una de las partes, no fuera observada por la otra, dentro del plazo fijado; precisando, en su cuarto párrafo, que en el caso que una de las partes observara la liquidación presentada por la otra, ésta debía pronunciarse dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación, de no hacerlo, se tenía por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas. En virtud a ello, corresponde evaluar si el CONTRATISTA se pronunció o no sobre las observaciones presentadas por la ENTIDAD. (El subrayado es agregado).
72. De los elementos probatorios se advierte que el CONTRATISTA el 15 de setiembre de 2017, comunica a la ENTIDAD mediante Carta N° 0024-2017/CI que no se acoge a ninguna de las observaciones formuladas a la liquidación realizada, razón por la cual este Despacho, advierte, que las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado permitían que las partes observaran la liquidación presentada por su contraparte, sin precisar los parámetros que debían cumplirse para sustentar la observación.
73. En ese sentido, el quinto párrafo del artículo 211° del RLCE dispone que, *"En el caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquélla deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto,*

² Cabe precisar que, si bien el artículo 213 del anterior Reglamento señalaba que *"Con la liquidación, el contratista entregará a la Entidad los planos post construcción y la minuta de declaratoria de fábrica o la memoria descriptiva valorizada, según sea el caso, (...)"* (el subrayado es agregado), dichos documentos no formaban parte de la liquidación de obra, puesto que constituían documentos adicionales que debía presentar el contratista como condición para el pago del monto de la liquidación a su favor.

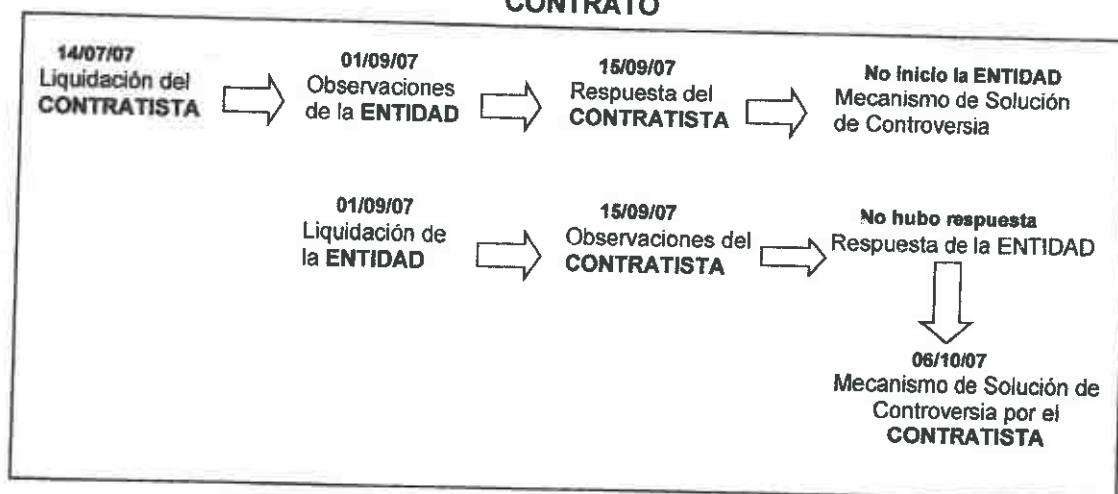
³ De conformidad con lo señalado en el segundo párrafo del artículo 211 del anterior Reglamento.

Árbitra Única
Zoila Milagros Campos Loo

dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje."

74. De conformidad con lo expuesto, corresponde ahora señalar si se debía o no iniciar arbitraje por parte de la **ENTIDAD** para cuestionar la posición del **CONTRATISTA** sobre las observaciones planteadas por la **ENTIDAD** a la liquidación del **CONTRATISTA**.
75. De acuerdo a lo presentado por las partes debe indicarse que el mecanismo de cuestionamiento de la liquidación de obra puede ser de dos (2) tipos a través de la presentación de observaciones o a través de la presentación de una liquidación nueva
76. En virtud a ello, en el presente caso la **ENTIDAD** presentó ambos elementos motivo por el cual corresponde ver cada situación de forma separada para saber los caminos que tomaron las partes de acuerdo al artículo 211° del RLCE siguiéndose el siguiente esquema:

CRONOLOGIA DE LOS HECHOS RELACIONADOS CON LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO



Elaboración propia por la Árbitra Única

77. En atención a lo señalado este Despacho considera tomar lo señalado en la Opinión N° 104-2013/DTN en virtud a la siguiente interrogante: "¿Cuál es la condición contractual de la liquidación del contrato de obra presentada por el contratista en el supuesto que la Entidad formule una nueva liquidación?"
78. La respuesta que se dio en la mencionada Opinión por parte del OSCE fue lo siguiente:

"(...)es importante indicar que la normativa de contrataciones del Estado le ha otorgado la posibilidad a la Entidad de elaborar su propia liquidación de obra cuando la liquidación presentada por el contratista tiene defectos que no pueden subsanarse a través de observaciones; situación que traería como consecuencia que la liquidación de obra elaborada por la Entidad reemplace o deje sin efecto a la liquidación presentada por el contratista.

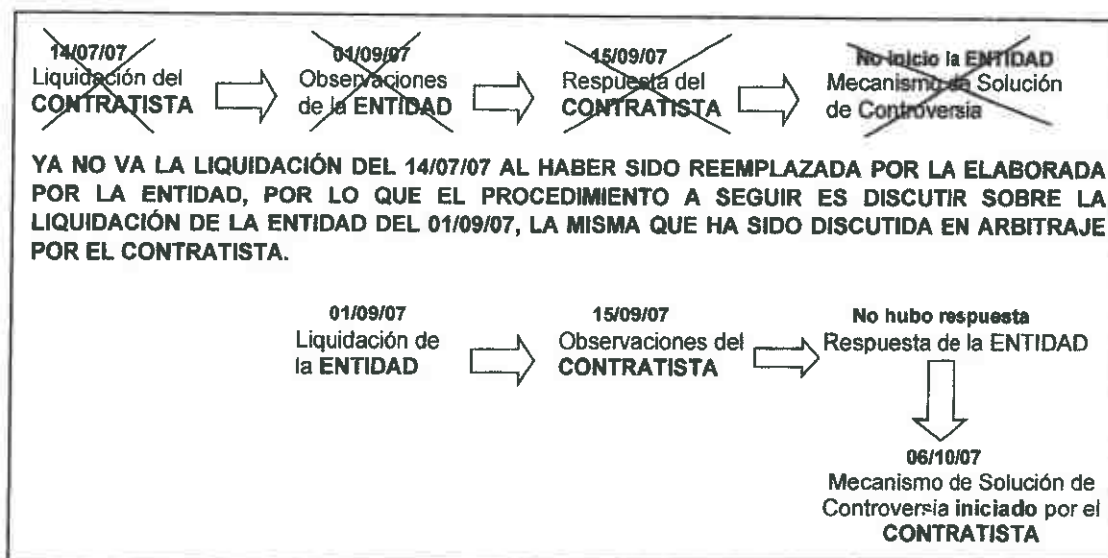
No obstante, puede ocurrir que, luego de presentada la nueva liquidación de obra por la Entidad, el contratista se pronuncie señalando la validez de su liquidación y, por tanto, la invalidez de la liquidación presentada por la Entidad;

Árbitra Única
Zoila Milagros Campos Loo

supuesto en el que correspondería que en arbitraje se defina cuál es la liquidación válida (...)".

79. De acuerdo a lo anterior se aprecia que la **ENTIDAD** en el presente caso presentó una nueva liquidación a la elaborada por el **CONTRATISTA** razón por la cual este Despacho comparte la posición tomada por la Opinión N° 104-2013/DTN y considera que la normativa de contrataciones permite reemplazar la liquidación del **CONTRATISTA** cuando la **ENTIDAD** presente en el plazo de observaciones una liquidación, situación que ocurrió y ha sido acreditado de acuerdo a los hechos del presente caso.
80. En ese orden de ideas ahora corresponde analizar si los argumentos vertidos por el **CONTRATISTA** resultan correctos o no para pretender aplicar la Opinión N° 160-2017/DTN al respecto corresponde graficar la situación fáctica del caso

SITUACIÓN DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO TOMANDO EN CONSIDERACIÓN LA OPINIÓN N° 104-2013/DTN

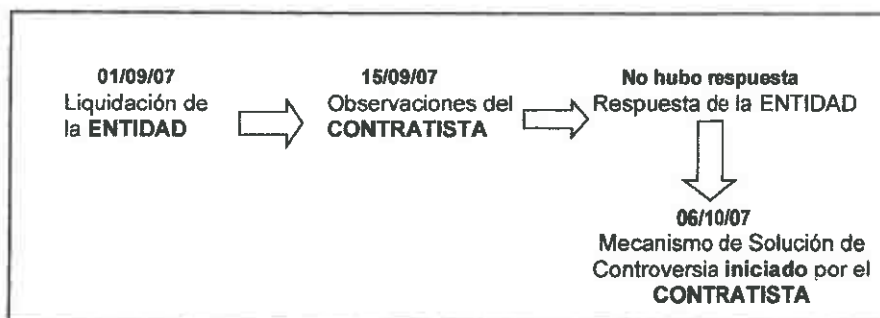


Elaboración propia por la Árbitra Única

81. De lo señalado, se puede apreciar que la conducta tomada por el **CONTRATISTA** fue discutir en arbitraje la liquidación elaborada por la **ENTIDAD** tal como se puede apreciar de la propia solicitud de arbitraje del **06 de octubre de 2017**, razón por la cual la Opinión N° 160-2017/DTN de la Dirección Técnica del OSCE hubiera resultado aplicable si hubiera presentado en su oportunidad algún elemento probatorio en el que hubiera informado a la **ENTIDAD** sobre el consentimiento de su liquidación situación que no ha ocurrido en el presente caso. Asimismo, la falta de inicio de arbitraje de la **ENTIDAD** no es un elemento que permita declarar consentida una liquidación que ha sido reemplazada por otra liquidación ya que de acuerdo a los hechos en el tiempo si la primera liquidación fue reemplazada por la segunda liquidación entonces carece de objeto iniciar o discutir un arbitraje para analizar la primer liquidación tomando el criterio de la Opinión N°104-2013/DTN.
82. Por todo lo señalado, este Despacho considera que corresponde declarar **INFUNDADO** el Primer Punto en Controversia no **correspondiendo** declarar consentida la liquidación presentada por el **CONTRATISTA** con fecha **14 de julio de 2017**.

83. De acuerdo a lo analizado en los presentes considerandos corresponde por cuestiones de ordenes analizar el Tercer Punto en Controversia al haberse concluido que no corresponde declarar consentida la liquidación del **CONTRATISTA** de fecha **14 de julio de 2017**.
84. En virtud a ello ahora corresponde determinar si corresponde aprobar, declarar valida y/o eficaz la liquidación de obra presentada por el **CONTRATISTA** de fecha **14 de julio de 2017** sin las observaciones de la **ENTIDAD**.
85. Al respecto este Despacho en atención a lo analizado en los considerandos anteriores de la presente Decisión se ha determinado que la liquidación de obra presentada por el **CONTRATISTA** ha sido reemplazada por la liquidación efectuada por la **ENTIDAD** de acuerdo al siguiente flujograma:

SITUACIÓN DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO TOMANDO EN CONSIDERACIÓN LA OPINIÓN N° 104-2013/DTN



Elaboración propia por la Arbitra Única

86. En atención a lo advertido ya no carece de objeto determinar la validez de la liquidación que presentó en su oportunidad el **CONTRATISTA** al haber sido reemplazada por la liquidación que presentó la **ENTIDAD** con fecha **01 de setiembre de 2017**, en función al criterio tomado en la Opinión N°104-2013/DTN razón por la cual a criterio de este Despacho corresponde declarar **IMPROCEDENTE** el Tercer Punto en Controversia correspondiendo no correspondiendo aprobar la misma, el declararla valida y/o eficaz al ser la única liquidación la presentada por la **ENTIDAD**.
87. De acuerdo a los elementos analizados en la presente decisión se advierte que las partes no están cuestionando a través de sus pretensiones en el presente proceso arbitral la invalidez, ineficacia y/o nulidad parcial o total del contenido de la liquidación elaborada por la **ENTIDAD**, sino que discuten sobre la liquidación de obra elaborada por el **CONTRATISTA**.
88. Con respecto a lo resuelto en el Primer y Segundo Punto en Controversia se advierte por este Despacho que el Segundo Punto en Controversia tiene relación con ambos puntos debido a que el **CONTRATISTA** solicita la suma de S/ 492,764.39 (Cuatrocientos Noventa y Dos Mil Setecientos Sesenta y Cuatro con 39/100 Soles) por la liquidación presentada.
89. Que, habiendo determinado que no corresponde aprobar la liquidación del **CONTRATISTA** al haber sido reemplazada por la liquidación elaborada por la **ENTIDAD**

Árbitra Única

Zoila Milagros Campos Loo

conforme al análisis realizado en la presente Decisión, carece de objeto pronunciarse sobre la procedencia del pago por lo que corresponde declarar **IMPROCEDENTE** el Segundo Punto en Controversia.

CUARTO PUNTO EN CONTROVERSIA

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR QUE LA ENTIDAD PAGUE AL CONTRATISTA EL IMPORTE ASCENDENTE A S/ 27,449.74 (VEINTISIETE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y NUEVE CON 74/100 SOLES) MÁS LOS RESPECTIVOS INTERESES LEGALES IRROGADOS POR EL MANTENIMIENTO DE LA CARTA FIANZA.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA

90. El **CONTRATISTA** señala que para el reconocimiento de una indemnización es necesario la concurrencia de estos cuatro (04) requisitos: antijuricidad, daño causado, relación de causalidad y factores de atribución
91. El **CONTRATISTA** señala respecto a la antijuricidad lo siguiente: *"(...) esta implica la contravención de una norma prohibitiva y/o la violación del sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico."*
92. El **CONTRATISTA** señala respecto al daño causado lo siguiente: *"(...) disminución o detrimento del patrimonio o los detrimentos morales sufridos por una persona."*
93. El **CONTRATISTA** señala respecto a la relación de causalidad lo siguiente: *"(...) relación jurídica de causa y efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima."*
94. El **CONTRATISTA** señala respecto a los factores de atribución lo siguiente: *"(...) se clasifica en culpa leve culpa grave o inexcusable, y el dolo (...)".*
95. El **CONTRATISTA** solicita que la **ENTIDAD** reconozca los gastos irrogados como consecuencia de la demora en el cumplimiento de las obligaciones que eran cargo de la **ENTIDAD**.
96. El **CONTRATISTA** señala que la **ENTIDAD** no cumplió con su obligación de instalar y habilitar la acometida eléctrica y dilató **innecesariamente** la suscripción del Acta de Recepción de Obra, por lo que el **CONTRATISTA** señala que estas conductas realizadas por la **ENTIDAD** son antijurídicas, ya que contravienen el artículo 210° y 211° del RLCE.
97. El **CONTRATISTA** señala que durante la actuación de los medios probatorios acreditó el incumplimiento de la **ENTIDAD** en instalar y habilitar la acometida eléctrica, por lo que se puede corroborar la generación de un daño al **CONTRATISTA**, al verse obligado a mantener sus cartas fianzas por un mayor tiempo.
98. El **CONTRATISTA** manifiesta que a pesar de que la obra había finalizado el día **05 de julio de 2016** y la culminación fue confirmada por el inspector de la obra el día **06 de julio de 2016**, el Acto de Recepción no se realizó dentro del plazo máximo.

Árbitra Única

Zoila Milagros Campos Loo

99. El **CONTRATISTA** señala que si bien es su obligación es mantener vigentes las cartas fianzas para asegurar el cumplimiento de sus prestaciones, le resulta ilegal y arbitrario que se vea obligado a seguir manteniendo cartas fianzas sobre una obra que debió ser recibida con antelación de la fecha en la que se dio la recepción de obra, cuando no existía fundamento legal y factico que lo sustente.

100. Por lo antes señalado, el **CONTRATISTA** solicita el reconocimiento del monto ascendente a S/ 27,449.74 (Veintisiete Mil Cuatrocientos Cuarenta Y Nueve con 74/100 Soles) por concepto de lo gastos incurridos en el mantenimiento de las cartas fianzas.

POSICION DE LA ENTIDAD

101. La **ENTIDAD** señala que para la procedencia de la responsabilidad civil, es necesario la concurrencia de los siguientes requisitos: antijuricidad, daño causado, relación de causalidad y factores de atribución.

102. La **ENTIDAD** señala que ninguno de los requisitos para la procedencia de la **responsabilidad** civil se encuentran demostrados y acreditados por el **CONTRATISTA**.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO

103. En atención a las posiciones de las partes, corresponde señalar que en el artículo 158° del RLCE establece que:

"Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo. Esta deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original y tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras."(el subrayado es nuestro).

104. De acuerdo a la cláusula Séptima del Contrato suscrito entre las partes establece y describe que la entrega de la carta fianza de fiel cumplimiento presentada por el **CONTRATISTA** para la formalización del contrato; señalando expresamente que *"deberá mantenerse vigente hasta el consentimiento de la liquidación final"*.

105. Asimismo, esta Arbitra Única señala que, para el caso de obras, la garantía de fiel cumplimiento debía encontrarse vigente —considerando que la vigencia de la garantía podía ser renovada hasta antes de la fecha de su vencimiento— hasta que la liquidación final del contrato estuviera consentida.

106. Que, la normativa de contrataciones no contempla regulación sobre la indemnización de daños y perjuicios derivados por la responsabilidad contractual causada por la inexecución de obligaciones, por lo al no existir disposiciones normativas en las normas de derecho público corresponde utilizar las normas contempladas en el Código Civil sobre **responsabilidad** contractual en inexecución de obligaciones.

107. De acuerdo a los artículos 1321, 1327, 1328, 1329, 1330 y 1331 del C.C. este Despacho considera necesario analizar los siguientes elementos: i) existencia de un contrato válido; ii) existencia de relación causal que genere el incumplimiento de

Árbitra Única

Zoila Milagros Campos Loo

obligaciones; y iii) existencia de los daños y perjuicios acontecidos; para acceder a la indemnización solicitada por ambas partes .

108. Que, a fin de tener los elementos ilustrativos necesarios este Despacho considera que al no existir norma en la Ley de Contrataciones del Estado que desarrolle los conceptos de la indemnización, resulta pertinente considera citar el artículo 1321° del C.C que prescribe que:

"(...) Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída".

109. El daño consiste en el perjuicio resarcible; es decir, aquel perjuicio cierto, subsistente al momento de la resolución y que responda a un interés propio directo o indirecto⁴. Así, en el segundo y tercer párrafo del artículo 1321° del C.C., se establecen los daños que son materia de indemnización, según corresponda al factor de atribución que medió en el incumplimiento.

110. Según entiende este Despacho, para que el **CONTRATISTA** tengan derecho a una indemnización por daños y perjuicios por el exceso de tiempo de mantenimiento de las cartas fianzas alegado debe acreditarse la existencia de un daño como consecuencia directa de dicho accionar. A ello se le denomina nexo causal. Así, si un hecho antijurídico no ha producido daño alguno, entonces no habrá resarcimiento alguno, por más contrario a la ley que este fuera.

111. De los elementos probatorios acompañados por el **CONTRATISTA** en su demanda arbitral en sus anexos 1-N, 1-Ñ, 1-O, 1-P y 1-Q se advierte que existió una demora para la revisión de las pruebas eléctricas y mecánicas en el nuevo laboratorio del CENSOPAS – Chorrillos; sin embargo la **ENTIDAD** no ha cumplido con desvirtuar que la demora acontecida no resultara imputable a su **responsabilidad**, lo cual a criterio de esta juzgadora advertiría que las demoras ocasionadas fueron por causas imputables a la **ENTIDAD**.

112. Por otro lado, corresponde señalar que el daño emergente es la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito, o como sostiene un sector de la doctrina italiana, "la

⁴ Ibid., pp. 595-596.

Árbitra Única
Zoila Milagros Campos Loo

disminución de la esfera patrimonial del dañado⁵". Mientras que el lucro cesante o también conocido como "*Lucrum cesans*" lo conforma todo aquello que se ha dejado de percibir como consecuencia del evento dañoso. El lucro cesante a criterio de esta juzgadora viene a ser pues aquello que ha impedido que el acreedor perciba una ganancia a la que tenía derecho. Se trata de la "ganancia frustrada o ganancia dejada de obtener, que es el incremento patrimonial que el acreedor debería recibir como consecuencia del cumplimiento o el que deja de obtener como consecuencia del incumplimiento".⁶(El subrayado es nuestro).

113.En ese sentido, para la procedencia de la indemnización del daño resarcible, en sus dos manifestaciones, se necesita de la probanza de la certeza del daño, lo que significa que los únicos daños resarcibles serán los que tengan certeza fáctica y lógica y, además, que hayan sido probados en su existencia.

114.De los elementos probatorios acompañados se puede apreciar que el **CONTRATISTA** ha presentado elementos probatorios tales como los ofrecidos en el Anexo 1-U, en los cuales el **CONTRATISTA** acompaña elementos que permiten demostrar que la carta fianza N° 0011-0194-9800035841-80 por la suma de S/ 313,697.00 (Trescientos Ciento Trece Mil Seiscientos Noventa y Siete con 00/100 Soles) y la carta fianza N° 0011-0194-9800038972-80 por la suma S/ 8,708.51 (Ocho Mil Setecientos Ocho con 51/100 Soles) han sido renovadas hasta el **28 de mayo de 2019**.

115.De lo anteriormente expuesto se infiere que el **CONTRATISTA** se encuentra obligado a mantener la vigencia de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento de contrato hasta que la liquidación final quede consentida, por lo que este Despacho considera que si bien pudo haber existido demora imputable a la **ENTIDAD** para la recepción de obra sin observaciones se advierte que el **CONTRATISTA** ha determinado que la suma de S/ 27,449.74 (Veintisiete Mil Cuatrocientos Cuarenta Y Nueve con 74/100 Soles) por concepto de lo gastos incurridos en el mantenimiento de las cartas fianzas sin sustentar que calculo ha efectuado para demostrar que dicho monto es realmente su costo efectivo por los costos de renovación de las garantías.

116.En virtud a lo señalado este Despacho considera que no resulta atendible la pretensión ya que el medio probatorio 1-U del escrito de la demanda del **CONTRATISTA** lo cual ha sido reafirmado en sus alegatos no acredita que el daño ocasionado ascienda a la suma de S/ 27,449.74 (Veintisiete Mil Cuatrocientos Cuarenta Y Nueve con 74/100 Soles), razón por la cual no se ha cumplido con acreditar fehacientemente la existencia de un daño patrimonial, ya que de la revisión de los medios probatorios no sustenta el cálculo de la suma solicitada, por lo cual esta Árbitra Única considera que debe declararse **IMPROCEDENTE** el Cuarto Punto en Controversia.

QUINTO PUNTO EN CONTROVERSIA
DETERMINAR A QUIÉN CORRESPONDE PAGAR LOS COSTOS DEL PRESENTE PROCESO ARBITRAL.

⁵ Ibidem. Págs. 157 y 158.

⁶ DIEZ-PICASSO, LUIS. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Editorial Tecnos. Tomo 1. Pág. 687.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO

117. Que, en cuanto a los costos del arbitraje, los artículos 70° y 73° de la LA, disponen que el tribunal tenga en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
118. Que, además de lo antes expuesto, los costos incluyen (i) los honorarios y gastos del tribunal arbitral; (ii) los honorarios y gastos del secretario; (iii) los gastos administrativos de la institución arbitral; (iv) los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; (v) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; (vi) los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.
119. Que, de acuerdo al desarrollo del presente proceso arbitral se advierte que el **CONTRATISTA** asumió la totalidad de los honorarios arbitrales que incluyen los honorarios arbitrales del Árbitro Único y del Secretario Arbitral, los mismos que ascendieron a la suma de S/ 29,648.10 (Veintinueve Mil Seiscientos Cuarenta y Ocho con 10/100 Soles).
120. Al respecto consideramos que han existido motivos suficientes para las partes para discutir en el presente arbitraje por lo que corresponde que cada parte asuma sus costos del proceso arbitral, razón por la cual corresponde que la **ENTIDAD** reembolse al **CONTRATISTA** la suma de S/ 14,824.05 (Catorce Mil Ochocientos Veinticuatro con 05/100 Soles) por concepto del pago de honorarios arbitrales del Árbitro Único y del Secretario Arbitral asumidos en subrogación de la parte contraria.

SE RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO el Primer Punto en Controversia por los motivos expuestos en la parte considerativa.

SEGUNDO: DECLARAR IMPROCEDENTE el Segundo Punto en Controversia por los motivos expuestos en la parte considerativa.

TERCERO: DECLARAR IMPROCEDENTE el Tercer Punto en Controversia por los motivos expuestos en la parte considerativa.

CUARTO: DECLARAR IMPROCEDENTE el Cuarto Punto en Controversia por los motivos expuestos en la parte considerativa.

QUINTO: SEÑALAR que cada una de las partes asumirá los costos y costas del presente arbitraje.

SEXTO: DECLARAR que corresponde a la **ENTIDAD** debe reembolsar al **CONTRATISTA** el monto ascendente a la suma de S/ 14,824.05 (Catorce Mil Ochocientos Veinticuatro con 05/100 Soles) por concepto de costos del presente arbitraje.

Árbitra Única
Zoila Milagros Campos Loo

SÉPTIMO: El presente Laudo es inapelable y tiene carácter vinculante e imperativo para las partes; en consecuencia una vez firmado, notifíquese, para su cumplimiento, con arreglo a lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado y el Decreto Legislativo N° 1071 –Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.


ZOILA MILAGROS CAMPOS LOO
Arbitro Único