

Iquitos, 01 de Octubre del 2012

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO**

**RESOLUCIÓN NUMERO TRECE.-**

Demandante:

Consortio NYSA (integrado por las empresas NEGOCIOS Y CONSTRUCCIONES S.A.C (NYCSAC), SAMAN CONTRATISTAS GENERALES E.I.R.L (SAMAN EIRL), C&C CONSULTORES EJECUTORES CONTRATISTAS GENERALES S.R.L y CONSTRUCCIONES CIVILES Y PORTUARIAS S.A y por la persona natural CARDENAS MAYTA ANTONIO ELISEO).

En adelante el **Contratista**.

Demandado:

Municipalidad Distrital de Belén.

En adelante la **Entidad**.

Tribunal Arbitral:

- Dr. Miguel Avilés García (Presidente)
- Dr. David Perea Sánchez (miembro)
- Dr. Dargüing Fuentes Guerrero (miembro)

Secretario Arbitral:

Miguel Angel Villa Vega

**I. ANTECEDENTES**

1. Con fecha 23 de mayo de 2008, se suscribió el Contrato de Ejecución de Obra<sup>1</sup> a Suma Alzada, para la ejecución de la obra denominada "ALCANTARILLADO DEL DISTRITO DE BELEN I-ETAPA", entre el Consortio NYSA y la Municipalidad Distrital de Belén.

2. La Cláusula Vigésimo Sexta del Contrato establece lo siguiente:

(...) "26.2 Aplicación del Arbitraje .- En caso no haya acuerdo para la Conciliación las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato, incluida la de su validez, anulabilidad, resolución o rescisión será resuelto mediante arbitraje, conforme a las

<sup>1</sup> Ver el Medio Probatorio "1)" del escrito de Demanda de fecha 19 de agosto de 2011.

disposiciones del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM y su modificatoria.

El arbitraje será resuelto por un Tribunal Arbitral conformado por tres (03) árbitros. A falta de acuerdo en la designación de los mismos o del Presidente del Tribunal Arbitral o ante la rebeldía de una de las partes en cumplir con dicha designación, la misma será efectuada por el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado conforme a las disposiciones administrativas del Decreto Supremo N° 084-2004-PCM o conforme al Reglamento del Centro de Arbitraje al que se hubiese sometido las partes, por así disponerlo las partes en el presente Contrato. El Arbitraje será de Derecho. (...)"

Como consecuencia de las controversias relacionadas con la Liquidación de Obra del presente Contrato realizadas por ambas partes, el Contratista procedió a remitir la correspondiente solicitud de arbitraje, en aplicación del convenio arbitral contenido en la citada Cláusula Vigésimo Sexta del Contrato.

Por otro lado, en el numeral 3) del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, se dispuso que en virtud de la Cláusula Vigésimo Sexta del Contrato y en aplicación del artículo 273° y 274° del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, el presente arbitraje será Nacional, Ad Hoc y de Derecho.

Asimismo, en el convenio arbitral se pactó que el laudo del presente proceso será vinculante para las partes, siendo definitivo e inapelable ante el Poder Judicial o ante cualquier instancia administrativa.<sup>2</sup>.

## II. DESARROLLO DEL PROCESO

### Actuaciones Preliminares del Tribunal Arbitral

1. Con fecha 08 de agosto de 2011, a las 12:00 horas, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral en la sede del arbitraje, donde se reunieron el Dr. Miguel Ángel Avilés García, en calidad de Presidente, Dr. Dargüing Fuentes Guerrero, en calidad de Arbitro y Dr. David Perea

<sup>2</sup> Ver Clausula Vigésimo Sexta del Contrato, ubicado en el Medio Probatorio "1)" del escrito de Demanda de fecha 19 de agosto de 2011.

Sánchez, en calidad de Arbitro, conjuntamente con el Abog. Miguel Villa Vega, Secretario Arbitral del presente proceso, con el propósito de instalar el Tribunal Arbitral que se encargaría de resolver la presente controversia, habiendo concurrido el representante de la demandante y el Procurador Publico Municipal de la Municipalidad Distrital de Belén.

2. Con fecha 19 de agosto de 2011, el Consortio NYSA, presentó su escrito de demanda, la misma que fue admitida mediante Resolución N° 01 de fecha 20 de setiembre de 2011, corriéndose a su vez, traslado de dicho escrito a la Municipalidad Distrital de Belén, a fin de que en el plazo de diez (10) días hábiles de notificada, cumpla con contestarla conforme a su derecho y, de considerarlo conveniente, formule reconvencción.
3. Con fecha 12 de octubre de 2011, y dentro del plazo concedido para ello, la Municipalidad de Belén contestó la demanda, negándola en todos sus extremos y solicitando que la misma sea declarada infundada. Siendo que además la entidad presento tacha contra los medios probatorios ofrecidos por el contratista en su escrito de demanda, identificados con los números 3), 17), 18), 19) y 20). Dicho escrito fue proveído y puesto en conocimiento de la contraria mediante Resolución N° 03 de fecha 13 de octubre de 2011, otorgándosele un plazo de cinco (05) días para que manifieste lo conveniente a su derecho.
4. Con fecha 24 de octubre del 2011, y dentro del plazo concedido, el Consortio NYSA, cumple con absolver la tacha presentada por la entidad y a la vez formula oposición a la solicitud de pericia ofrecida por la entidad como medio probatorio identificado con el numeral 1) de la contestación de la demanda. Dicho escrito fue proveído y puesto en conocimiento de la parte contraria mediante Resolución N° 04 de fecha 18 de noviembre de 2011, a fin de que en el plazo de cinco (05) días hábiles de notificada, cumpla con contestarla conforme a su derecho.
5. A través de escrito de fecha 04 de noviembre del 2011, la Municipalidad Distrital de Belén, solicita la suspensión del proceso arbitral por considerar que no se ha acreditado documentalmente, el consentimiento de revocación de facultades, de todas las empresas que conforman el Consortio NYSA, en vista que la entidad ha recibido otra solicitud de arbitraje presentada por

otro supuesto apoderado del Consortio NYSA. Asimismo, con escrito (carta notarial) de fecha 18 de noviembre del 2011, el señor Tomas Alarcón Vásquez, se apersona al proceso arbitral y se desiste del mismo como supuesto representante legal del Consortio NYSA, al considerar que las pretensiones planteadas afectan el derecho de su representada. Dichos escritos fueron proveídos y puestos en conocimiento de la parte contraria mediante Resolución N° 04 de fecha 18 de noviembre de 2011, a fin de que en el plazo de cinco (05) días hábiles de notificada, cumpla con contestarla conforme a su derecho.

6. Mediante escrito de fecha 30 de noviembre del 2011, dentro del plazo otorgado, el Consortio NYSA, absuelve el pedido de suspensión presentado por la entidad y absuelve el pedido de apersonamiento y desistimiento presentado por el Sr. Tomas Alarcón Vásquez, como supuesto representante legal.
7. Con Resolución N° 05, de fecha 23 de febrero del 2012, el Tribunal Arbitral, después de la revisión de los medios probatorio presentados por el contratista y el análisis respectivo, resuelve: no ha lugar el pedido de suspensión del proceso arbitral presentado por la Municipalidad Distrital de Belén y asimismo, declara improcedente el pedido de apersonamiento y desistimiento presentado por el Sr. Tomas Alarcón Vásquez.
8. Mediante Resolución N° 07 de fecha 24 de abril de 2012, se citó a las partes a la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el día jueves 10 de mayo de 2012 a las 16:00 horas, a efectos de (i) Determinar las cuestiones que serán materia de pronunciamiento del Tribunal Arbitral; (ii) Admitir o rechazar los medios probatorios ofrecidos por las partes; y (iii) Disponer, de estimarlo conveniente, la realización de una o más audiencias referidas a las cuestiones que serán materia de pronunciamiento por el Tribunal Arbitral.
9. Estando a la citación efectuada, en el día y hora fijados para ello, en la sede de arbitraje, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos con la asistencia del representante del Consortio NYSA y la inasistencia del representante de la Municipalidad Distrital de Belén, pese a estar debidamente notificado, por lo cual no fue factible que



se concrete un acuerdo conciliatorio. Acto seguido, se procedió a determinar las cuestiones materia del arbitraje.

10. En relación a los puntos controvertidos, referidos a las pretensiones de las partes, éstos fueron fijados de la siguiente manera:

- **Derivadas de la Demanda presentada por el Contratista:**

- i) Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene el pago de la suma de S/. 516, 416.67 (quinientos dieciséis mil cuatrocientos dieciséis con 67/100 nuevos soles), como saldo a favor del Consortio NYSA, de la Liquidación de Obra Ejecutada por la entidad mediante Resolución de Gerencia de Infraestructura N° 052-2010-MDB-GIDUR, de fecha 17 de diciembre de 2010, más pagos de intereses moratorios, compensatorios desde la fecha del incumplimiento hasta su cancelación definitiva.
- ii) Determinar si corresponde reconocer y condenar a la Entidad el pago de una indemnización por daños y perjuicios, originados por el incumplimiento de una obligación, por un monto ascendente a la suma de S/. 1,500.000.00 (un millón quinientos mil con 00/100 Nuevos Soles).
- iii) Determinar a quién corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que genere el presente proceso arbitral, más los intereses hasta la fecha de su cancelación.

11. Asimismo, en la mencionada Audiencia, se admitieron los medios probatorios descritos de la siguiente manera:

- **De la parte Demandante:**

Se admiten los medios probatorios ofrecidos por el Consortio NYSA, en su escrito de demanda de fecha 19 de agosto de 2011, incluidos en el acápite "VI. MEDIOS PROBATORIOS" de dicho escrito, identificados con los numerales que van del 1 al 21 y el medio probatorio ofrecido con el escrito de fecha 05 de setiembre de 2011, identificado como anotación y escritura pública de constitución de hipoteca.

- **De la parte Demandada:**

Se admiten los medios probatorios ofrecidos por la Municipalidad Distrital de Belén en su escrito de contestación de demanda presentado

el 12 de octubre de 2011, incluidos en el acápite "MEDIOS PROBATORIOS" de dicho escrito, identificados con los numerales que van del 2 al 8.

Asimismo, se debe precisar que, con escrito de fecha 14 de mayo del 2012, el Consortio NYSA, presenta un pedido reconsideración del Acta de Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, en vista que el Tribunal Arbitral, no había resuelto ni había hecho reserva sobre las tachas y oposición formulada por las partes.

De tal manera que con Resolución N° 09 del 29 de mayo del 2012, el Tribunal Arbitral, resolvió declarar improcedente la solicitud de pericia formulada por la Municipalidad Distrital de Belén y excluir el medio probatorio incluido en el acápite "Medios Probatorios" numeral 1. de la contestación de la demanda del Acta del 10 de mayo del 2012. Asimismo, resolvió integrar la Resolución N° 09 al Acta de de Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, asimismo, resolvió reservar pronunciarse sobre la tacha presentada por la entidad conjuntamente con le emisión del laudo.

12. Con fecha 07 de junio de 2012, la Municipalidad Distrital de Belén, presenta recurso de reconsideración contra la Resolución N° 09 del 29 de mayo del 2012, al considerar que se ha vulnerado su derecho de defensa, al excluir la pericia ofrecida en el acápite "Medios Probatorios" numeral 1. de la contestación de la demanda del Acta del 10 de mayo del 2012. Al respecto con Resolución N° 10 de fecha 04 de Julio del 2012, el Tribunal Arbitral resuelve declarando improcedente el recurso de reconsideración presentado por la entidad, al considerar dicha pericia como un medio probatorio impertinente, al no existir vinculación entre el hecho objeto de la controversia con el hecho que acredita la prueba, toda vez que constituye prueba impertinente : "aquella que no tiene ninguna relación con los puntos controvertidos y que, por ende, no será tomada en cuenta en la motivación del fallo".

13. Cabe señalar, que en relación a los medios probatorios ofrecidos por las partes y sobre la base del principio de la amplitud de la prueba que se

aplica en todo procedimiento arbitral, este Tribunal Arbitral, deja constancia que no se ha generado nulidad alguna en el presente proceso arbitral y que se han actuado todos los medios probatorios presentados, los que han sido evaluados en su integridad por este colegiado.

14. Con fechas 07 de junio de 2012, la Municipalidad Distrital de Belén, presento sus alegatos escritos dentro del plazo establecido para dicho efecto y solicito el uso de la palabra; escrito que fue proveído mediante Resolución N° 10 de fecha 03 de julio de 2012, a través de la cual se tuvo por presentado el escrito de alegatos de la parte demandada y se tuvo como no presentado los alegatos de la parte demandante, poniéndose en conocimiento de los mismos a ambas partes. En la misma Resolución N° 10 el Tribunal Arbitral citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales, la cual se llevaría a cabo el día jueves 12 de julio de 2012, a las 15:00 hrs.
15. Con fecha 12 de julio de 2012, en la hora fijada para tales efectos, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, diligencia en la cual se dejó constancia de la asistencia del representante del Consortio NYSA y de la inasistencia del representante de la Municipalidad Distrital de Belén, pese a estar debida y oportunamente notificada y pese a que dicha audiencia se programó a solicitud del mismo.
16. Con Resolución N° 11 de fecha 02 de agosto del 2012, se fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles contados a partir del día hábil siguiente de notificada dicha resolución a las partes.

### III. SOBRE LAS CUESTIONES PROBATORIAS (TACHA)

#### **ANTECEDENTES:**

La Municipalidad Distrital de Belén, en cuanto a la demanda presentada por el Consortio NYSA, ha planteado tacha contra cinco medios probatorios por las siguientes consideraciones:

- 1- **Acta de Recepción de la Obra**, medio probatorio No. 3 (Anexo No. 5) de fecha 08 de noviembre del año 2010, afirmando que No Obran los resultados de las Pruebas Hidráulicas, Pruebas de Funcionamiento de los

Equipos de Cámara de Bombeo, Pruebas Eléctricas y las Certificaciones de las entidades rectoras de los servicios de Saneamiento y electricidad, llámese **Electro Oriente y Sedaloretto**, tal cual contempla la **Clausula Quinta en su inciso 5.02** del Contrato.

- 2- **Multas Impuestas Por la Dirección Regional de Trabajo**, medio probatorio No. 17 (Anexo No. 19-A), refiriendo que las Resoluciones **Sub Directorales No. 01-15-12-322-2009** y la **Resolución Sub Directoral No. 01-15-12-333** la misma que se refiere en el primer caso a la Resolución emitida el **08 de julio del año 2009** en el cual el Ministerio de Trabajo Sanciona al Consortio NYSA por No cumplir el Pago de la Liquidación de los Beneficios Sociales del trabajador de nombre **NESTOR PASTOR VASQUEZ**, tal cual obra en el Medio Probatorio 19-A de la Demanda Arbitral, **LO CUAL NO TIENE RAZON DE SER COMO MEDIO PROBATORIO DE UN PERJUICIO DOLOSO CAUSADO POR ALGUNA INEJECUCION DE LAS OBLIGACIONES DE NUESTRA PARTE.** Y en el caso de la **Resolución Sub Directoral No. 01-15-12-333**, se emitió el **26 de Octubre del año 2010** y es el resultado de una Orden de Inspección Externa **LO CUAL AL SER DETECTADO COMO INFRACCIONES GRAVES**, devino en una Sanción y Multa hacia la Empresa, siendo el caso que ambas, por la fecha, no podrían haber originado Daño alguno hacia el Consortio, lo cual el Consortio tendría que Demostrar o indicar cuál es el Daño que le causo la Municipalidad Distrital de Belén, posterior a la supuesta inejecución de la Obligación.
- 3- **Procesos Judiciales de Pago de Beneficios Sociales**, medio probatorio No. 18 (Anexo No. 20-A), afirmando que **TODOS LOS PROCESOS JUDICIALES SON INICIADOS EL AÑO 2009 Y DEL AÑO 2010**, y son el resultado que la empresa No pago sus Beneficios Sociales a los Obreros que trabajaron para dicho Consortio, **lo cual no guarda Relación con los supuestos daños causados por la supuesta inejecución de la obligación de pago por parte de la Municipalidad.**
- 4- **Procesos Judiciales de Pago de AFPs**, medio probatorio No. 19 (Anexo 21-A), afirmando que estos se refieren a Procesos Judiciales iniciados el año **2010** y que corresponde a pagos No realizados de Periodos

devengados correspondientes al año 2009 y son el resultado que la empresa No pago los Aportes Previsionales de sus trabajadores que trabajaron para dicho Consorcio, lo cual no guarda Relación con los supuestos daños causados por la supuesta inejecución de la obligación de pago por parte de la Municipalidad.

- 5- Acta de Transferencia de Vehículo Automotor de fecha 12 de julio del año 2011, medio probatorio No. 20 (Anexo 22-A), refiriendo que de acuerdo a la Minuta es otorgada por el señor Carlos Malatesta Hinostroza y su conyugue Trinidad Claire del Águila Salcedo de Malatesta a favor de Claudio Sanabria Ruiz, los cuales como personas Naturales, no forman parte del Consorcio.

Al respecto este Tribunal Arbitral, luego del debate y análisis respectivo procede a resolver las tachas antes indicadas:

**Y CONSIDERANDOS:**

**Primero.-** El proceso arbitral como instrumento ideal mediante el cual las partes facultan a un tercero para resolver el conflictos de intereses, tiene como sustento la actividad probatoria que tiene por finalidad a los árbitros sobre la verdad de los hechos controvertidos en él, sobre cuya base se decidirá el derecho que emerge de los mismo, orden que inspira el ordenamiento procesal peruano, por ello es necesario recurrir al Código Procesal Civil, para resolver las tachas formuladas por la entidad.- **Segundo.-** La tacha es el instrumento procesal por el cual se cuestiona a los testigos, documentos y pruebas atípicas. Dicha cuestión probatoria tiene por finalidad quitarle validez a las declaraciones testimoniales, o restarle eficacia probatoria a los documentos y/o pruebas atípicas. Con respecto a la tacha de documentos, ésta tiene por finalidad restarle eficacia probatoria al documento mismo, mas no al acto jurídico contenido en él. Esto es, la tacha documentaria buscará que el documento no sea tenido en cuenta para probar la materia controvertida, ello se desprende de los artículos 242 y 243 del Código Procesal Civil, de tales artículos también se puede deducir que las causales por las cuales se puede tachar un documento son: a) falsedad, y b) la ausencia de una formalidad esencial que para el documento la ley prescribe bajo sanción de nulidad.- **Tercero.-** Que, conforme es de verse de los fundamentos de la procuraduría este ha formulado impugnación contra medios probatorios, sin precisar si se trata de una tacha o de una oposición, hecho que posterior al análisis y mediante resolución número



nueve de fecha 29 de mayo de 2012, se ha precisado que se trata de una tachada, en consecuencia este Tribunal procede a efectuar un análisis de los documentos tachados, y si los fundamentos de la entidad cumplen con los presupuestos legales para la procedencia de esta cuestión probatoria.-

**Cuarto.-** Respecto a la tachada contra los documentos antes indicados (en los antecedentes de esta resolución) la entidad fundamenta su tachada en que estas son impertinentes y carecen de validez legal, sin acompañar medio probatorio que la sustente, por consiguiente y al amparo de lo antes mencionado, la municipalidad no prueba que exista falsedad o ausencia de una formalidad esencial (nulidad) en los documentos, por consiguiente debe ser declarada improcedentes.- **Quinto.-** Que no obstante lo expuesto, debe quedar bien en claro que todos los medios probatorios presentados van a ser valorados por el Tribunal Arbitral en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada; por estos fundamentos **SE RESUELVE:** Declarar **IMPROCEDENTE** las tachadas contra los documentos indicados en los antecedentes de la presente resolución.

#### IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

##### 1.- CUESTIONES PRELIMINARES

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

- (i) Que, el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes.
- (ii) Que, el Contratista presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.
- (iii) Que, la Entidad fue debidamente emplazada con la demanda y presentó su contestación de demanda dentro de los plazos establecidos.
- (iv) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar ante el Tribunal Arbitral.
- (v) Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes.

##### 2.- MATERIA CONTROVERTIDA

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos de fecha 10 de mayo de 2012, en

el presente caso corresponde al Tribunal Arbitral determinar lo siguiente en base a los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje.

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

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

*"... la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó"*<sup>3</sup>

## 2.1 PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene el pago de la suma de S/. 516, 416.67 (quinientos dieciséis mil cuatrocientos dieciséis con 67/100 nuevos soles), como saldo a favor del Consortio NYSA, de la Liquidación de Obra Ejecutada por la entidad mediante Resolución de Gerencia de Infraestructura N° 052-2010-MDB-GIDUR, de

<sup>3</sup> TARAMONA HERNÁNDEZ., José Rubén. "Medios Probatorios en el Proceso Civil". Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

fecha 17 de diciembre de 2010, más pagos de intereses moratorios, compensatorios desde la fecha del incumplimiento hasta su cancelación definitiva.

### 2.1.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

El Contratista ampara su pedido en los siguientes fundamentos de hecho y derecho:

1. Afirma la demandante que, con fecha 23 de mayo de 2008, conjuntamente con la Municipalidad Distrital de Belén, suscribieron el Contrato de Ejecución de Obra a suma alzada por la suma ascendente a S/. 11'763,700.51 (Once millones setecientos sesenta y tres mil setecientos con 51/100 nuevos soles), con precios vigentes al mes de enero de 2008. En la cláusula Vigésimosegunda del contrato, se estableció el procedimiento de liquidación de la obra.
2. Sostiene que con fecha 06 de septiembre de 2010, se dio inicio al proceso de recepción de obra, siendo que la misma concluyó el 23 del mismo mes y año, con observaciones que posteriormente fueron levantadas. Así mismo afirma que, mediante Acta de Recepción de Obra, de fecha 08 de noviembre de 2010, la entidad hizo la recepción formal de la obra luego de haberse levantado las observaciones.
3. Indica que, mediante Carta N° 098-2010/CONSORCIO NYSA, de fecha 23 de noviembre de 2010 presentó a la Municipalidad Distrital de Belén, luego de haber presentado a la Supervisión, su liquidación de obra con un saldo a favor de S/. 597,836.18, y que mediante Resolución de Gerencia de Infraestructura N° 052-2010-MDB-GIDUR, de fecha 17 de diciembre de 2010, la propia entidad aprobó la liquidación de obra con un saldo a favor su favor de S/. 516,416.67 (Quinientos dieciséis mil cuatrocientos dieciséis con 67/100 nuevos soles). Afirma la demandante que esta última liquidación elaborada por la Municipalidad Distrital de Belén a la fecha ha quedado consentida al no haber sido observada por nuestra parte, por lo que nos asiste el derecho a su pago.

## 2.1.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

A continuación se reseñan los fundamentos de hecho y derecho a los que hace referencia la Municipalidad Distrital de Belén, respecto a este punto controvertido:

1. La entidad sostiene que si bien es cierto mediante Resolución de Gerencia de Infraestructura No. 052-2010-MDB-GIDUR, de fecha 17 de diciembre del año 2010, se aprobó la Liquidación de la Obra "Alcantarillado del Distrito de Belén I Etapa", también es cierto que existe la Resolución de Alcaldía No. 193-2008-ALC-MDB, de fecha 30 de junio del año 2008, en la cual se resuelve en su **Artículo Primero**: Incorporar al Proyecto Denominado "Alcantarillado del Distrito de Belén I Etapa", como Ente Dependiente directo tanto económica como Administrativamente de la Gerencia General, así como también dispone en su Artículo Tercero: que su Vigencia tendrá duración en cuanto dure la Ejecución de la obra hasta la Liquidación Final de la Obra, siendo el caso que se había instalado una oficina dependiente de la Gerencia General que se denominaba Coordinación FIP. Lo cual, al decir de los mismos les da la razón en el hecho que existe la Carta No. 015-2010/dgps, de fecha 15 de diciembre del año 2010, en donde la empresa solicita la Liquidación de la Obra, la cual es dirigida al Señor Víctor Rivera Cabrera, en su calidad de Coordinador del Proyecto -FIP tal cual se ve en el sello de Recepción de la carta en Mención y en el Documento de Referencia que es la Carta No. 154-2010-MDB-GG-FIP-PADB-IE lo que nos demuestra que existía una oficina encargada del proyecto bajo el mando de la Gerencia General de la Municipalidad Distrital de Belén, quienes serían los encargados de practicar la Liquidación de la Obra, y que según su razonamiento que la Gestión del Alcalde Ing. Hermogenes Flores Gómez, empezó el 03 de enero del presente año, cuando ya se había emitido la Resolución de Gerencia de Infraestructura No. 052-2010-MDB-GIDUR, de fecha 17 de diciembre del año 2010, siendo el caso que al revisar la documentación encontraron muchas deficiencias y contradicciones en los documentos sustentatorios de la Liquidación de la Obra, más aun, cuando desde antes de la Liquidación de la

Obra se avizoraba deficiencias en la Construcción de la Obra de parte de Sedaloretto y con el transcurrir el tiempo siguieron recibiendo quejas y memoriales de parte de los pobladores en donde se construyo esta obra, así como también del mismo FONDO ITALO PERUANO, quienes mediante Carta No. 642-2011-FIP, de fecha 01 de agosto del presente año, indican que la Empresa REA Ramírez Enríquez Asociados –Auditores y Consultores, luego de la visita a la obra a levantado cuatro observaciones.

2. Indica que la empresa Contratista, mediante Carta No. 007-2011/Consortio NYSA de fecha 28 de febrero del año 2011, solicita el pago de su Liquidación de Obra, por el monto de S/ 476,828.38 Nuevos Soles, tal cual lo acepta la Empresa Contratista en el Punto 3.1.8 de su Demanda Arbitral, lo cual nos demuestra que la misma empresa Contratista estaban consientes que la Resolución Gerencial que Aprobó su Liquidación de Obra, carecía de validez, toda vez que la Gerencia de Infraestructura no tenía facultades para practicar la liquidación de la obra.
3. Asimismo, indica que deben informar que a todas esas suspicacias de la validez de la Resolución Gerencial de Liquidación de Obras, se suma el hecho que en el mismo Contrato en el punto 12.10 establece que con la Liquidación del Contrato de Obra, el Contratista presentara:
  - a. Copia Certificada de la Planilla correspondiente a la Obra y los Duplicados de la Boletas de Pago.
  - b. Los Documentos Cancelatorios de Indemnización y Vacaciones de los trabajadores de la Obra.
4. Lo cual refieren, no encontraron en el Acervo Documentario del proyecto, así como también no encontraron que con la Liquidación se haya entregado la Minuta de Declaración de Fabrica o Memoria Descriptiva, debiendo ser solicitado por el Tribunal Arbitral como Medio de Prueba, a fin de que tenga una idea más clara que el Consortio NYSA, no cumplió con realizar la Obra al 100% tal cual indica el Expediente Técnico, mas aun que en el Acta de Entrega de Terreno figura que el Plazo de Ejecución de la Obra se realizaría en 240 días calendarios, el cual no se cumplió ya que la obra comenzó el 02 de junio del año 2008 y culmino el 16 de noviembre del año



2010, quiere decir en 840 días calendarios, tal cual se prueba con la respectiva Acta de Recepción de la Obra, Existiendo además Documentación que Prueban que las Ampliaciones de Plazos solicitadas por el Consortio, fueron declaradas Improcedentes mediante Resoluciones.

5. Finalmente, advierte que siendo los hechos así dados, la actual Gestión Municipal, en todo momento ha tratado de conversar en forma personal con los representantes de la Empresa Contratista a fin de que se practique una nueva Liquidación acorde con la Realidad de cómo dejaron esa obra que hasta la fecha no tiene operatividad, lo cual tendría que ser verificado por un Perito Civil.

### 2.1.3 POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Para llevar a cabo un análisis de este punto controvertido, es preciso hacer un recuento de los hechos relacionados de forma directa con la controversia, así como respecto a la suscripción del Contrato para la Ejecución de la Obra.

Esta controversia deriva del Contrato de Ejecución de Obra a Suma Alzada, para la ejecución de la obra denominada "ALCANTARILLADO DEL DISTRITO DE BELEN I-ETAPA", entre el Consortio NYSA y la Municipalidad Distrital de Belén.

De lo establecido en la Cláusula Primera del Contrato, el Tribunal aprecia que las condiciones, requisitos y obligaciones de las partes, se encuentran enmarcadas dentro de la Normatividad de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aplicable, esto es: i) La Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – Ley N° 26850, aprobado por D.S. N° 083-2004-PCM; ii) El Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – D.S. N° 084-2004- PCM; iii) Así, como el Código Civil.

En razón a lo expuesto, tenemos que todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente Contrato de Ejecución de Obra celebrado, deberán solucionarse mediante arbitraje de derecho, en virtud de lo dispuesto en la Clausula Vigésimo Sexta del Contrato.

Luego de haber establecido el marco legal mediante el cual se procederá a analizar las controversias surgidas, este Tribunal Arbitral toma en cuenta que el Contrato celebrado ha sido suscrito por ambas partes, razón por la cual se entiende que las cláusulas contenidas en el mismo son de

conocimiento de ambas, no pudiendo actuar éstas, de forma contraria o no respetando los lineamientos que se han establecido de antemano en el Contrato.

En este orden corresponde al Tribunal verificar si se ha cumplido con el procedimiento establecido en la Ley y en el Reglamento respecto a la liquidación de la obra, que al decir de la demandante se encuentra a la fecha consentida, y de allí partir el análisis si corresponde o no el pago del mismo. Es de advertir respecto al sustento de la entidad de que la contratista no cumplió con los requisitos para la liquidación de la obra, esta no se trata de un requerimiento de cumplimiento de su liquidación sino el cumplimiento de pago de la liquidación ejecutada por la propia entidad; por lo que hace presuponer que la liquidación de obra presentada por la contratista cumplió en su oportunidad con los requisitos legales, dando origen a una nueva liquidación por parte de la entidad.

Respecto a la existencia de un plazo mayor a lo establecido en el contrato de obra, lo que al decir de la entidad hace presuponer la existencia de un incumplimiento del contrato, es de advertir que dentro de los contratos de ejecución de obras existen las figuras de plazo inicial y el plazo final, siendo que es en esta última, que se contemplan las ampliaciones de plazos ejecutadas y aprobadas, por consiguiente y no siendo materia de cuestionamiento por parte de la entidad ni de la contratista las ampliaciones de plazo, se entiende que las mismas han sido aprobadas y aceptadas, y no es materia de punto controvertido.

Al amparo del artículo 43° de la Ley, los contratos de ejecución o consultoría de obras, culminan con la liquidación, la misma que será elaborada y presentada a la Entidad por el contratista, según los plazos y requisitos señalados en el Reglamento debiendo aquélla pronunciarse en un plazo máximo fijado también en el Reglamento bajo responsabilidad del funcionario correspondiente. De no emitirse resolución o acuerdo, debidamente fundamentado en el plazo antes señalado, la liquidación presentada por el contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales.

Así mismo el artículo 269° del Reglamento establece 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 de ejecución de la obra, el*

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

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

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

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

(...)."

En este orden legal y de los medios probatorios se aprecia lo siguiente:

1. Que, de acuerdo al Contrato de Ejecución de Obra de fecha 23 de mayo de 2008, la Municipalidad Distrital de Belén a través del Alcalde Municipal, suscribió el contrato antes referido y por lo tanto tiene la posición contractual (contratante) en la ejecución de obra y por ende las obligaciones allí pactadas que le corresponde asumir, como es el pago de la liquidación.
2. Que, del contenido del Informe N° 002-2011-MDB/COMISION TECNICA, del punto 9 de Objetivos del Proyecto Ejecutado, así como del contenido de la propia Resolución de Gerencia de Infraestructura N° 052-2010-MDB-GIDUR, se determina que la Gerencia de Infraestructura, Desarrollo Urbano y Rural, tenía facultades delegadas mediante Resolución de Alcaldía N° 344-2009-ALC-MDB, de fecha 01 de octubre de 2009.
3. Que, del contenido del Informe N° 002-2011-MDB/COMISION TECNICA, (medio probatorio presentado por la entidad), en sus conclusiones determina lo siguiente:

- a. "El proyecto (...) cuenta con resolución con la cual se aprueba la liquidación de obra, emitida por la Gerencia de Infraestructura de la anterior gestión edil.
  - b. "La actual gestión recepciona sucesivamente documentos de los moradores y/o dirigentes de los asentamientos humanos ubicados en el área de influencia del proyecto (...).
  - c. La Municipalidad Distrital de Belén debe de tomar las acciones legales pertinentes para el funcionamiento y operatividad del proyecto, (...).
4. Que, del propio medio probatorio contenido en el anexo 2 de la absolución de demanda, que mediante Carta N° 642-2011-FIP de fecha 01 de agosto de 2011, el Fondo Ítalo Peruano, afirma que al momento de la recepción de la obra, evidenció el correcto funcionamiento de la obra contratada, así como afirma que con fecha 17 de diciembre de 2010, mediante Resolución de Gerencia de Infraestructura N° 952-2010-MDB.GIDUR, se aprobó la liquidación final de la obra. Así mismo afirma el fondo que a la fecha se develan el abandono, falta de mantenimiento y consecuentemente inoperatividad de las obras ejecutadas.
  5. Que, conforme es de verse de las actas, con fecha 06 de septiembre de 2010, se dio inicio al proceso de recepción de la obra, la misma que concluyo con el levantamiento de las observaciones el 08 de noviembre de 2010.
  6. Que, la ahora demandante, mediante Carta N° 098-2010/CONSORCIO NYSA, presento a la supervisión su liquidación de obra, con un saldo a su favor ascendiente a la suma de S/. 597,836.18, siendo que la propia entidad mediante Resolución de Gerencia de Infraestructura N° 052-2010-MDB-GIDUR de fecha 17 de diciembre de 2010, aprueba su propia liquidación de obra con un saldo a favor de la contratista ascendente a la suma de S/. 516,416.67.
  7. Que, en los actuados arbitrales, se determina que la contratista ahora demandante no observó la liquidación elaborada por la entidad por lo que la misma se encontraría consentida.

En este orden de hechos probados se determina, que tanto la entidad como el contratista siguieron el procedimiento establecido en el artículo 269° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, por consiguiente al no haber sido observado y menos cuestionado la liquidación practica por la Municipalidad Distrital de Belén, la liquidación ejecutada por esta última se encuentra consentida para todos sus efectos legales, existiendo obligación de pago del monto aprobado.

Por las consideraciones expuestas a lo largo de todo este punto controvertido, el Tribunal Arbitral, considera que de acuerdo al procedimiento establecido y al análisis llevado a cabo, está claramente probado que la Liquidación Final de Obra presentada por el Consortio NYSA ha quedado aprobada de pleno derecho, y en consecuencia corresponde declarar fundada esta pretensión, disponiéndose el pago de la suma de S/. 516,416.67 (Quinientos dieciséis mil cuatrocientos dieciséis con 67/100 nuevos soles), al que se debe de agregar el pago de los intereses legales desde el día siguiente de su incumplimiento de pago hasta su cancelación. Siendo de obligación el pago del total aprobado con los intereses por parte de la Municipalidad, conforme al contrato suscrito, existiendo incumplimiento de sus obligaciones contractuales lo cual es el pago de la liquidación aprobada por la propia entidad.

## 2.2 SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

**Determinar si corresponde reconocer y condenar a la Entidad el pago de una indemnización por daños y perjuicios, originados por el incumplimiento de una obligación, por un monto ascendente a la suma de S/. 1,500.000.00 (un millón quinientos mil con 00/100 Nuevos Soles).**

### 2.2.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

El Contratista ampara su pedido en los siguientes fundamentos de hecho y derecho:

1. *La Indemnización de daños y perjuicios, está referida a la obligación de resarcir daños o perjuicios ocasionados por el hecho propio ocasionados por acciones u omisiones dolosas de la entidad edil.*
2. *Afirma la demandante, que la indemnización por daños y perjuicios consiste además en la acción que tiene el acreedor o el perjudicado para exigir del deudor o causante del daño una cantidad de dinero*



equivalente a la utilidad o beneficio que a aquél le hubiese reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación o a la reparación del mal causado. Este deber de indemnizar, proviene de lo siguiente: No haber cumplido una obligación contenida en el contrato por causas imputables a éste.

3. La contratista fundamenta su petitorio en que, de acuerdo a la doctrina para que exista responsabilidad deben contener los siguientes elementos: Existencia de un contrato válido, existencia de daño o perjuicio. Una relación de causalidad y existencia de dolo.
4. Afirma la demandante que, las indemnizaciones por daños y perjuicios se clasifican en dos clases, en función de su procedencia. Contractuales son las que debe pagar un deudor en caso de incumplir una obligación contractual, con el fin de resarcir al acreedor por su incumplimiento. Extracontractuales son aquellas que no proceden de un contrato. Su causa se debe a una acción dolosa o culpable que provoca un daño a otras personas. Por otra parte, la indemnización por daños y perjuicios, con independencia de su origen o procedencia, tiene por objeto indemnizar al acreedor de las consecuencias perjudiciales causadas por el incumplimiento de la obligación o por la realización del acto ilícito. Siendo esta indemnización preferentemente de carácter pecuniario (salvo en determinados supuestos de obligaciones extracontractuales que pueden dar lugar a una reparación específica), se debe proceder a valorar económicamente distintos aspectos o componentes.
5. La contratista, refiere que el daño causado se demuestra con las multas impuestas por no poder pagar la liquidación de beneficios sociales de sus trabajadores que son como siguen:
  - a. Además, refiere que, con fecha 11 de julio de 2011, ante el constante incumplimiento de pago, y con la finalidad de que nuestra representada pueda subsistir nuestro integrante del consorcio y socio de NYSA, se tuvo que vender el vehículo rural por la suma de US.\$/. 18,000.00, monto de dinero que ingreso a la empresa.
  - b. Afirma la contratista que, a la fecha se mantiene procesos judiciales de trabajadores por pago de beneficios sociales, por pagar, los mismos que han generado intereses, que ascienden a la suma de S/. 43,434.66.

- c. Asimismo, manifiesta que, mantienen deudas por pagar a las AFP en procesos judiciales ascendiente a la suma de S/.565.30.
6. Que, afirma que con el estado de cuenta del Consortio NYSA, emitido por el banco Scotiabank, han logrado una transferencia de la suma de S/. 320,000.00 en calidad de préstamo monto de dinero que ha sido utilizado en el pago de parte de los beneficios sociales de nuestros trabajadores, refiere la demandante que, lo antes expuesto tiene que ver con el daño emergente producido por el incumplimiento de pago por parte de la entidad.
7. Señalando que, en cuanto al lucro cesante, estimamos que esta asciende a la suma que se detalla a continuación: S/. 300,000,00 (Trecientos Mil y 00/100 nuevos soles), esta se detalla en las utilidades dejadas de percibir por tener pendiente de pago la obligación puesta a cobro, y comprometida nuestra capacidad libre de contratación.
8. Afirma la demandante que, en cuanto al daño moral, consideramos que existe un daño a nuestra empresa en la imagen institucional, que si bien aparentemente es subjetivo, esta imagen de ha sido afectado a tal punto de no ser sujetos de crédito, lo cual consideramos que asciende a la suma de S/. 200,000.00.
9. Finalmente, indica la contratista que, con la finalidad de asumir sus obligaciones pendientes de pago viene tramitando una crédito con garantía hipotecaria, así como la realización de ventas de inmuebles en la ciudad de Pucallpa que más adelante se sustentará, ello asciende aproximadamente a la suma de S/. 476,000.00. Como se puede observar existe un daño causado a nuestra representada y por ende existe la obligación de resarcirlo.

### 2.2.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

A continuación se reseñan los fundamentos de hecho y derecho a los que hace referencia la Municipalidad Distrital de Belén, respecto a este punto controvertido:

1. La Entidad señala que resulta totalmente temerario las pruebas sustentatorias del pedido de pago de una Indemnización de Daños y Perjuicios por el monto de **S/ 1,500.000 Nuevos Soles** por daños que comprende tanto el lucro cesante y el daño emergente, toda vez que resultan inverosímiles y carentes de valor probatorio, los cuales

a simple vista y con una simple deducción lógica jurídica es de verse que no tienen sustento y contradice lo indicado en el artículo 1330 del código civil, en cuanto a la prueba del Dolo, corresponde al perjudicado lo cual no tiene sustento.

2. Siendo todo lo contrario, cuando a la vista se da cuenta que a lo largo de toda la ejecución de la Obra, existen demoras injustificadas en la Ejecución de la Obra, tal cual lo indica la Clausula Decimoquinta del Contrato, así como también el hecho que no se cobraron Penalidades estipuladas en la Clausula Undécima.
3. Afirma la demandada que, en cuanto a lo indicado en la Demanda Arbitral presentada, tienen que indicar que, existe:
  - a. Contrato Valido, que fue incumplido mayoritariamente por el Contratista.
  - b. Existencia de Daño Perjudicial, al respecto de lo Alegado, tenemos que indicar lo siguiente:
    - i. La Demandante, indica que su Consorcio ha tenido que realizar préstamos con intereses, vender terrenos, vender un auto, soportar multas impuestas por el Ministerio de Trabajo, otorgar Garantía Hipotecaria E.T.C
    - ii. Sin embargo deben indicar en cuanto se refiere a préstamos con Intereses y otorgar Garantía Hipotecaria, que estas se realizaron entre la señorita Elita Marina Suasnabar Pérez en su condición de Acreedora y de la otra parte Negocios y Construcciones S.A.C-NICSAC, en su condición de Deudora, no figurando el Consortio NYSA como parte, tal cual lo indica la Escritura pública de Ampliación de Hipoteca presentada como Medio Probatorio, que sustenta el Perjuicio causado, mediante escrito de fecha 05 de setiembre del presente año.
    - iii. En cuanto afirma que tuvieron que vender un auto, (Punto 3.2.4 de la Demanda) también tenemos que indicar que presentan en el Medio Probatorio de su Demanda 22-A, el Acta de Tránsito de Vehículo

Automotor que otorga el señor Carlos Malatesta Hinostroza y su conyugue Trinidad Claire del Águila Salcedo de Malatesta a favor de Claudio Sanabria Ruiz, los cuales como personas Naturales, no forman parte del Consorcio.

- iv. En cuanto a soportar Multas Impuestas por el Ministerio de Trabajo, ( PUNTO 3.2.3 DE LA Demanda) tenemos que indicar que de Puro Derecho tendrá que ser Declarado Inadmisibile, por cuanto en el colmo de la desfachatez y la falta de sustento, hacen mención a las Resoluciones Sub Directorales No. 01-15-12-322-2009 y la Resolución Sub Directoral No. 01-15-12-333 la misma que se refiere en el primer caso a la Resolución emitida el 08 de julio del año 2009 en el cual el Ministerio de Trabajo Sanciona al Consorcio NYSA por No cumplir el Pago de la Liquidación de los Beneficios Sociales del trabajador de nombre NESTOR PASTOR VASQUEZ, tal cual obra en el Medio Probatorio 19-A de la Demanda Arbitral. Y en el caso de la Resolución Sub Directoral No. 01-15-12-333, se emitió el 26 de Octubre del año 2010 y es el resultado de una Orden de Inspección Externa LO CUAL AL SER DETECTADO INFRACCIONES GRAVES, devino en una Sanción y Multa hacia la Empresa, siendo el caso que ambas, por la fecha, no podrían haber originado Daño alguno hacia el Consorcio.
- v. En cuanto a la afirmación de Vender terrenos, la Demandada No presenta elemento Probatorio alguno, siendo la constante que en todas sus afirmaciones No presente Pruebas Idóneas del supuesto Daño Doloso causado.
4. En cuanto a la relación de Causalidad, afirma que no existe, toda vez que en ningún de los casos presentan pruebas que demuestren que existen hechos realizados de forma Dolosa que hayan causado

Daños al Consortio Demandante, por lo tanto no se puede hablar de Responsabilidad de parte de la Municipalidad Distrital de Belén.

5. En cuanto a la existencia de Dolo, que no está probado de ninguna manera que la Municipalidad Distrital de Belén haya actuado con Dolo, por ser una persona Jurídica de Derecho Público, en la cual no se demuestra lo contrario ya que la carga de la prueba del Daño le corresponde a quien invoca la reparación.
6. Además, indica la entidad que, en cuanto a la Afirmación que mantienen Procesos Judiciales de trabajadores por pagos de Beneficios Sociales por pagar (PUNTO 3.2.4 DE LA DEMANDA) afirman que esto carece de valor probatorio para afirmar que fueron resultados de la Inejecución de la Obligación por parte de la Municipalidad, que ha generado Intereses por el monto de S/ 43,434.66 Nuevos Soles, y son el resultado que la empresa No pago sus Beneficios Sociales a los Obreros que trabajaron para dicho Consortio, lo cual no guarda Relación con los supuestos daños causados por la inejecución de la obligación de pago por parte de la Municipalidad.
7. Asimismo, refiere la demandada que, en cuanto a lo que indican en el Punto 3.2.5 de la Demanda Arbitral, que mantienen procesos con las AFPs por Deudas que pagar, tenemos que indicar que estos se refieren a Procesos Judiciales iniciados el año 2010 y que corresponde a pagos No realizados de Periodos devengados correspondientes al año 2009 y son el resultado que la empresa No pago los Aportes Previsionales de sus trabajadores que trabajaron para dicho Consortio, lo cual no guarda Relación con los supuestos daños causados por la inejecución de la obligación de pago por parte de la Municipalidad.
8. Afirma la entidad que, en cuanto a lo indicado en el Punto 3.2.6 de la Demanda Arbitral indican que lograron una transferencia de la suma de S/ 320, 000 Nuevos Soles en el banco Scotiabank en calidad de préstamo que fue utilizado en el pago de los Beneficios Sociales de sus trabajadores, siendo el caso que como Medio Probatorio, lo anexan en el ANEXO 23-A de la Demanda anexo No. 5, que se refiere a un Estado de Cuenta con Saldo Final al 31 de agosto del año 2010, lo cual no guarda Relación con los supuestos daños



causados por la inejecución de la obligación de pago por parte de la Municipalidad.

9. Refiere la entidad que en cuanto al punto 3.2.7 de la Demanda que se refiere al Lucro Cesante y ponen un cuadro de supuestas utilidades dejadas de Percibir y que se comprometió su libre capacidad de Contratación, tenemos que indicar que el Consortio NYSA, es un Consortio creado con NATURALEZA TEMPORAL y que su vigencia es desde la firma del Contrato hasta la Liquidación de la Obra Alcantarillado del Distrito de Belén, tal cual lo indica la Minuta de Constitución del Consortio, de fecha 28 de febrero del año 2008, en su Cuarta Disposición, que a letra dice: la Duración del Consortio Nysa queda limitada al tiempo que demore la Ejecución de la Obra y la Vigencia del Contrato que se suscriba en cumplimiento de la Buena Pro otorgada, hasta su culminación y liquidación final del Contrato.
10. Que, tal como lo han Demostrando, el Consortio NYSA, está tratando de sorprender al Tribunal Arbitral, con supuestos daños ocasionados que no tienen sustento legal y muy por el contrario denota una actitud de viveza que reflejan su accionar desde la Construcción de la obra que hasta la fecha es Inoperativa.
11. Asimismo refiere que; en cuanto al punto 3.2.8 de la Demanda Arbitral, tengo que indicar que No se puede hablar de Daño Moral por un supuesta daño a la imagen institucional que les afecta hasta el punto de no ser sujetos de Crédito, toda vez que el Consortio NYSA, es un Consortio creado con NATURALEZA TEMPORAL y que su vigencia es desde la firma del Contrato hasta la Liquidación de la Obra Alcantarillado del Distrito de Belén, tal cual lo indica la Minuta de Constitución del Consortio, de fecha 28 de febrero del año 2008, en su Cuarta Disposición.
12. Finalmente indica la entidad que, tal como estamos demostrando el Consortio NYSA pretende sorprender al Tribunal Arbitral con una lista de supuestos Daños ocasionados por la inejecución de la obligación de parte de la Municipalidad Distrital de Belén, lo cual demuestra que su accionar está encaminado a tapar la verdad de los hechos y generar una indemnización por daños y perjuicios a su

favor, lo cual tiene que ser evaluado de manera consciente y responsable por el Tribunal Arbitral.

### 2.2.3 POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Sobre esta pretensión se debe señalar que habiéndose llegado a la conclusión que el primer punto controvertido ha sido declarado fundado corresponde pronunciarse sobre la presente pretensión.

El concepto de indemnización está vinculado con el incumplimiento de pago de la liquidación, tal y conforme se ha razonado la misma se encuentra consentida y ha sido requerida en su pago, y que el contratista entiende le ha causado daño pasible de reparación.

En cuanto se refiere a ambas pretensiones indemnizatorias, es de considerar que como se tiene conocimiento, la responsabilidad contractual es la que procede ante la infracción de un contrato válido o aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Asimismo, debe tenerse en cuenta que para que se configure la responsabilidad contractual, corresponde:

- a. que exista un contrato válidamente celebrado y eficaz; contrato que efectivamente existe;
- b. que se haya producido un incumplimiento absoluto o relativo de las obligaciones por parte del deudor, incumplimiento que debe ocasionar un daño;
- c. que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento del deudor y el daño ocasionado al acreedor y
- d. que se configuren los factores de atribución subjetivos y objetivos.

En cuanto al primero de los atributos anotados es evidente la existencia de una relación contractual entre las partes y en cuanto al segundo, el Tribunal ha discernido previamente que en el presente caso, se ha configurado el supuesto del incumplimiento que habría ocasionado daño al demandante por defecto de la Entidad y por ende, se ha generado la supuesta responsabilidad civil contractual, circunstancia que hace posible la pretensión dañosa. En cuanto al tercer y cuarto atributos podemos indicar que están satisfechos en consideración a que, la resolución del contrato y sus consecuencias suponen una disminución del patrimonio del contratista

que ve afectada su expectativa legítima de concluir el contrato, de conseguir las utilidades previstas y los ingresos provenientes de su trabajo dañado.

Ahora bien como conocemos en nuestro sistema de responsabilidad civil, rige la regla según la cual el daño, definido éste como el menoscabo que sufre el sujeto dentro de su esfera jurídica, patrimonial o extra-patrimonial, debe ser reparado o indemnizado, teniendo como daños patrimoniales; al daño emergente<sup>4</sup> y lucro cesante<sup>5</sup>; y daños extra-patrimoniales al daño moral y al daño a la persona, de conformidad con lo establecido por el artículo 1321º del Código Civil.<sup>6</sup>

Siguiendo al maestro OSTERLING PARODI, *"el primer párrafo del artículo 1321 prescribe que queda sujeto a indemnización de daños y perjuicios quién inejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa breve"*, lo que importa que la Entidad debe responder por las consecuencias de su incumplimiento, lo que queda por determinar es la forma y el monto de la reparación, atendiendo a que *"La indemnización, para ser completa, debe comprender todo lo necesario a fin de colocar al acreedor en la misma situación jurídica en que se encontraría si la obligación hubiese sido cumplida. Por eso, conforme al segundo párrafo del artículo 1321, el acreedor tiene derecho de exigir el resarcimiento por el daño emergente y el lucro cesante"*<sup>7</sup>.

En cuanto a la determinación de la reparación el artículo 1331 del Código Civil<sup>8</sup> ordena que la prueba de la existencia de los daños y perjuicios, así

<sup>4</sup> **"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 autorizado de la doctrina italiana, "la disminución de la esfera patrimonial" del dañado."

<sup>5</sup> **"Lucro cesante:** Se manifiesta por el no incremento en el patrimonio dañado (sea por el incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito). Es "la ganancia patrimonial neta dejada de percibir" por el dañado." Espinoza Espinoza, Juan. Derecho de la responsabilidad civil. Gaceta Jurídica. Páginas: 157,158.

<sup>6</sup> **Código Civil**

Art. 1321.- indemnización por dolo; culpa leve e inexcusable.

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.

(.....)

<sup>7</sup> OSTERLING PARODI, FELIPE, Las Obligaciones, Biblioteca para leer el Código Civil Vol. VI. PUC, Fondo Edit. 1988, pags. 207, 208.

<sup>8</sup> **Código Civil**

como la de su cuantía, corresponda al perjudicado por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. A ese respecto es claro que incumplimiento de pago de la liquidación por causal atribuible a la Entidad, por lo que el concepto de lucro cesante no debe ser amparado.

Situación distinta es la que corresponde al supuesto de reparación por concepto de daño emergente, toda vez que *"Las pérdidas que sufre el acreedor como consecuencia de la inejecución de la obligación, o de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, corresponden al daño emergente; Las utilidades que deja de percibir, por iguales motivos, corresponde al lucro cesante. El daño emergente al legítimo enriquecimiento que se frustra.*

*El segundo párrafo del artículo 1321 comentado consigna otro precepto importante: la indemnización debe comprender todos los daños y perjuicios que sean consecuencia inmediata y directa del incumpliendo, trátase de daños y perjuicios previstos o no previstos."*<sup>9</sup>

De lo ya expuesto resulta que, si bien el evento dañoso, el incumplimiento del contrato, ha quedado esclarecido fuera de toda duda, a ello se suma que la propia entidad pese a existir requerimientos de pagos esta no ha cumplido con tramitarlos y presupuestarlos, hecho que da lugar a un análisis al daño emergente, pues con los medios probatorios como son los procesos judiciales, la contratista tuvo que recurrir a una solicitud de abono por transferencia por la suma de S/. 320,000.00, con la cual la misma ha afirmado que se ha cubierto parte de la ejecución del contrato; además debemos tomar en cuenta lo dispuesto por el artículo 1332° del Código Civil que regula la valorización equitativa del resarcimiento en caso el daño no pudiera ser probado en su monto preciso, confiriéndole al Juez la facultad de fijarlo.

Al efecto señala la doctrina que la .." *La evaluación del daño depende de una serie de factores complejos, muchas veces difíciles de acreditar en su monto preciso,....., el juez deberá contentarse muchas veces con presunciones.*

Art. 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.

<sup>9</sup> OSTERLING PARODI, FELIPE, Op. Cit. Pag. 208.

*A ello obedece el texto del artículo 1332 comentado, que obliga al juez a liquidar con valoración equitativa en caso de que el daño no pueda ser probado en su momento preciso"*<sup>10</sup>

A título de referente se debe anotar que existe jurisprudencia reiterada y uniforme respecto a la determinación por parte del Juez, de los daños irrogados, de magnitud no probada, en una suma prudencia, utilizando su criterio equitativo, en los casos en que la víctima ha probado fehacientemente la existencia del daño, cuando las pruebas aportadas no son determinantes para orientar sobre la cuantía de la inejecución de la obligación.

Así, la norma acotada permite al juzgador fijar el quantum de la reparación con criterio subjetivo y equitativamente procurando que la reparación reclamada comprenda en lo posible, la suma necesaria a fin de colocar al demandante en la misma situación jurídica en que se encontraría si la obligación hubiese sido cumplida<sup>11</sup>.

En ese orden de ideas, en cuanto al monto de S/. 1'500,000.00, monto que no se encuentra determinado plenamente, este Tribunal, haciendo su valoración al amparo de lo dispuesto por el artículo 1332º del Código Civil, establece que debe disminuirse a la suma de S/. 400,000.00, atendiendo a que dicho monto fue incorporado como abono a cuenta y tomando en consideración la existencia de adeudos laborales reflejados en los procesos judiciales, con carácter eminentemente resarcitorio; significando que la razonabilidad de tal cuantía deviene tanto, de la intensidad de la entidad de haber programado el pago. Como conclusión de lo discernido respecto a este acápite, el Tribunal Arbitral ha formado convicción en el sentido que le corresponde el pago de la suma de S/. 400,000.00 por concepto de daños y perjuicios.

<sup>10</sup> OSTERLING PARODI, FELIPE, Op. Cit. Pags. 217, 218.

<sup>11</sup> Cas. N° 3871-2001-Huaura, Cas. N° 1278-2003-Tacna, Ejecutoria. 11-03-5 (LEDESMA NAVEZ, Marianella, Ejecutorias, Lima 1995, T.2, p.160).



### **2.3 TERCER PUNTO CONTROVERTIDO**

Determinar a quién corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que genere el presente proceso arbitral, más los intereses hasta la fecha de su cancelación.

#### **2.3.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA**

El Contratista ampara su pedido en los siguientes fundamentos de hecho y derecho:

Afirma la demandante que, se encuentra probado en autos que la demandada no tiene fundamentos o sustentos para recurrir al arbitraje.

Refiere la contratista que, existe un acto doloso de incumplimiento de sus obligaciones lo que nos ha forzado recurrir al arbitraje, siendo de su exclusiva responsabilidad es por ello que exigimos el pago del 100% de lo gastado en el proceso arbitral.

#### **2.3.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD**

A continuación se reseñan los fundamentos de hecho y derecho a los que hace referencia la Municipalidad Distrital de Belén, respecto a este punto controvertido:

La Entidad indica que, deben indicar que resulta inoficioso pronunciarse de esta Pretensión, por cuanto con fecha 05 de octubre del presente año, presentamos un escrito en la cual comunicamos nuestra imposibilidad de asumir el Costo de los Honorarios del Tribunal Arbitral y Secretaria Arbitral.

#### **2.3.3 POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

En este punto corresponde determinar a quién corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que ha generado el presente proceso arbitral.

El numeral 1) del artículo 72° del Decreto Legislativo N° 1071, dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en su artículo 70°. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73° del citado cuerpo normativo señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo

pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En el convenio arbitral contenido en la cláusula vigésimo sexta del Contrato, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del proceso arbitral. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

Considerando el resultado de este arbitraje en el que en puridad, desde el punto de vista del Tribunal Arbitral, no puede afirmarse que existe una "parte perdedora", en vista de que ambas tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, y que, además, el Tribunal Arbitral considera a efectos de regular el pago de tales conceptos, la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, la cual motivó el presente arbitraje.

Sin embargo, se tiene además que la demandante ha cumplido con cancelar la suma de S/. 56,178.00 por concepto de honorarios arbitrales, en la que incluso se ha incluido la suma de S/. 28,089.00 correspondiente al pago de la Municipalidad, por lo que le corresponde que la Municipalidad proceda a devolver tal importe.

En tal sentido, corresponde disponer que cada una de las partes asuma los costos que debió sufragar; en consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (este rubro incluye los honorarios de los árbitros y del secretario, así como los gastos procedimentales), así como los costos y costas en que incurrieron o debieron incurrir como consecuencia del presente proceso arbitral.

### DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

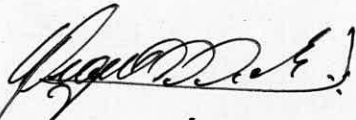
Estando a las consideraciones expuestas el Tribunal Arbitral, en Derecho y dentro del plazo fijado para tales efectos, **RESUELVE:**

**PRIMERO.- DECLÁRESE FUNDADA** la Primera Pretensión derivada de la demanda planteada por el Consortio NYSA y contenida en el Acta de la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos; y en consecuencia, **ORDENAR** a la Municipalidad Distrital de Belén, pague al Consortio NYSA la suma de S/. 516, 416.67 (quinientos dieciséis mil cuatrocientos dieciséis con 67/100 nuevos soles), como saldo a favor del Consortio NYSA, de la Liquidación de Obra Ejecutada por la entidad mediante Resolución de Gerencia de Infraestructura N° 052-2010-MDB-GIDUR, de fecha 17 de diciembre de 2010, al que deberá añadirse el pago de los intereses legales correspondiente en relación a dicho monto, los cuales deberán computarse desde el día siguiente de su incumplimiento, hasta la fecha de pago.

**SEGUNDO.- DECLÁRESE FUNDADA en parte** la Segunda Pretensión derivada de la demanda planteada por el Consortio NYSA y contenida en el Acta de la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios; y en consecuencia, **ORDENAR** a la Municipalidad Distrital de Belén pague al Consortio NYSA la suma S/. 400,000.00 (Cuatrocientos mil y 00/100 Nuevos Soles), por resarcimiento de daños y perjuicios por el incumplimiento de una obligación de su obligación de pago.

**TERCERO.-** Declarar que cada parte deberá asumir los gastos arbitrales que les correspondía sufragar (50% a cada una de ellas); asimismo, cada una de las partes deberá asumir los gastos de asesoría legal y demás en que hubieran incurrido a raíz del presente proceso arbitral. Y **DISPÓNGASE**, que la Municipalidad Distrital de Belén, proceda a devolver la suma de S/. S/. 28,089.00, conforme a lo expuesto en el presente laudo arbitral.

**CUARTO.- NOTIFICAR** el presente Laudo Arbitral de Derecho a las partes y al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE.



**Abog. Miguel Ángel Avilés García**  
Presidente



**Abog. Dargüing Fuentes Guerrero**  
Arbitro



**Abog. David Perea Sánchez**  
Arbitro



**Abog. Miguel Ángel Villa Vega**  
Secretario Arbitral