



## RESOLUCION N° 035

En Chiclayo, a los veintiséis días del mes de diciembre del dos mil doce, el Tribunal Arbitral, luego de realizar las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las reglas fijadas por las partes, actuados los medios probatorios, escuchado los argumentos, y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y en la reconvención; dicta el laudo siguiente, con el voto singular del Arbitro Juan Manuel Rivera Paredes:

### I. CONVENIO ARBITRAL

Con fecha 22 de febrero del 2010, Consorcio Huarango (en adelante **EL CONSORCIO**) y la Municipalidad Distrital de Huarango (en adelante **LA ENTIDAD**) celebraron el Contrato de Ejecución de Obra "Mejoramiento de la capacidad resolutiva del Servicio Materno Infantil de los Centros de Salud de Huarango y El Porvenir de la Micro Red Huarango – DISA – Jaén" (en adelante **EL CONTRATO**).

En la cláusula décimo octava del Contrato, se estipuló que cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144º, 170º, 175º, 177º, 199º, 201º, 209º, 210º y 211º del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52º de la Ley. Y mediante Acta de Audiencia Preliminar de fecha 8 de junio del 2011, ambas partes convinieron en someterse a un arbitraje institucional administrado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio y Producción de Lambayeque .

### II. COMPOSICION DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

Mediante Carta de fecha 30 de junio del 2011, los señores Gerardo Guerrero Franco y Juan Manuel Rivera Paredes, árbitros designados por las partes, comunicaron al doctor Juan Manuel Fiestas Chunga su designación como Presidente del Tribunal Arbitral (en adelante **EL TRIBUNAL**). Dicha designación fue aceptada por el doctor Juan Manuel Fiestas Chunga mediante comunicación de fecha 04 de julio del 2011.

### III. INSTALACION DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

Con fecha 21 de Julio del 2011 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal en la sede institucional del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio y Producción de Lambayeque (en adelante el Centro), con la presencia de los representantes de ambas partes. En la Audiencia, los miembros del Tribunal declararon haber sido designados conforme a ley y reiteraron no tener ninguna incompatibilidad para el cumplimiento del cargo, ni vínculo alguno con las partes. En tal sentido, se establecieron las reglas



aplicables, el monto de honorarios del Tribunal y de los gastos administrativos, y se declaró abierto el arbitraje.

#### IV. DEMANDA PRESENTADA POR EL CONSORCIO HUARANGO.

Mediante escrito de fecha 06 de setiembre de 2011 y escrito de subsanación a observaciones de la demanda presentado el 23 de septiembre de 2011, EL CONSORCIO presentó su demanda, señalando como pretensiones:

- 6.1. La NULIDAD e improcedencia de la Resolución de Contrato de fecha 28 de Marzo del 2011 emitida por LA MUNICIPALIDAD que declara resuelto el Contrato de Obra denominada "Mejoramiento de la capacidad resolutiva del servicio materno infantil de los C.S. de Huarango y el Porvenir de la Micro Región de Salud de Huarango-DISA Jaén- y Equipamiento", y en consecuencia el contrato debe declararse vigente para que continúen con la ejecución de la obra.
- 6.2. El pago de los montos adeudados por valorizaciones, reajustes, reintegros, mayores trabajos, mayores obras y gastos directos cuyo monto total es de UN MILLON SEISCIENTOS SESENTISIETE MIL TRESCIENTOS VEINTINUEVE y 66/100 NUEVOS SOLES (S/. 1'667,329.66) que la demandada deberá cancelar por concepto de principal; así mismo, deberá cancelarse los intereses legales que devenguen dichos montos calculados a la fecha de pago, conforme al detalle que indica en cuadro en la demanda.
- 6.3. El reembolso o restitución en forma solidaria de los montos de las Cartas Fianzas ejecutadas a través de la R. de A. N° 018-2011/MDH, solidariamente con FOGAPI (Fundación Fondo de Garantía para Préstamos a la Pequeña Industria), por el importe de DOSCIENTOS OCHEINTINUEVE MIL y 00/100 NUEVOS SOLES (S/. 289,000.00) más los intereses legales que se hayan generado desde el momento de la ejecución de las referidas cartas fianzas.
- 6.4. La indemnización por daños y perjuicios contractuales ascendentes a QUINIENTOS MIL y 00/100 NUEVOS SOLES (S/. 500,000.00) por la ejecución de las Cartas Fianza utilizando la Resolución de Alcaldía N° 018-2011, más los intereses legales que se devenguen, conforme al detalle que presentan en la demanda.
- 6.5. El pago de costos y costas que demande el desarrollo del presente proceso arbitral.

Fundamenta su demanda, en resumen, en lo siguiente:

- A. El 29 de Enero del 2010, el Comité Especial de LA MUNICIPALIDAD adjudicó a EL CONSORCIO la Buena Pro en el Proceso de Selección bajo el D.U. N° 041-2009, para ejecución de la Obra: "Mejoramiento de



la Capacidad Resolutiva del Servicio Materno Infantil de los C.S. de Huarango y El Porvenir de la Micro Red Hurango – DISA – Jaén" y Equipamiento.

- B. El 22 de febrero del 2010 EL CONSORCIO y LA MUNICIPALIDAD suscribieron el Contrato, por el monto de S/. 2, 002,454.86, sin IGV, por un plazo de 150 días calendarios para el componente obras civiles, y 90 días calendarios para el equipamiento. La suscripción del contrato implicaba el cumplimiento de obligaciones cargo de CONSORCIO en sus términos y condiciones, teniendo en cuenta como referencia las especificaciones técnicas contenidas en el expediente técnico y el marco legal aplicable. En la ejecución del contrato, surgieron circunstancias que alteraron la normal ejecución de la obra, tales como: a) situaciones de caso fortuito y de fuerza mayor que impidieron el normal proceso constructivo generándose ampliaciones de plazo en dos oportunidades; b) deficiencias en el expediente técnico que generaron adicionales; c) valorizaciones insolutas e intereses; d) incremento de gastos generales directos e indirectos; e) cambios de gestión municipal debido a las elecciones municipales de octubre de 2010.
- C. Respecto a la pretensión de nulidad e improcedencia de la resolución del contrato, sostiene que el cambio de la gestión municipal por elecciones, dio inicio al interior de la entidad de un proceso de dudas, cuestionamientos, observaciones de los actos y de las decisiones de la gestión saliente y como consecuencia de ello, la determinación de responsabilidad. El cambio de gestión municipal afecta porque pierde la continuidad y conocimiento de los hechos relevantes en la ejecución de las obras previamente contratadas y de las consecuencias técnicas y legales que se deriven de ellos, de tal manera que LA MUNICIPALIDAD tenía pendiente de pronunciamiento y reconocimiento de ampliaciones de plazo, pago de valorizaciones, adicionales de obra por deficiencias en el expediente técnico, reajustes de valorizaciones, adicionales de obra por deficiencias en el expediente técnico, reajustes de valorizaciones y otros conceptos.
- D. La nueva gestión somete a consideración del Consejo Municipal la situación del contrato, por lo que mediante Resolución de Alcaldía N° 018 – 2011/MDH, de fecha 02 de febrero de 2011, LA MUNICIPALIDAD resolvió en su artículo primero "rescindir" de manera unilateral el Contrato de Obra suscrito entre las partes, y en su artículo segundo solicita a FOGAPI la ejecución de las cartas fianzas por adelanto directo y por materiales.
- E. El acto administrativo fue materia de solicitud de nulidad, fundamentando que: a) la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento no contemplan la figura jurídica de la rescisión contractual; b) la improcedencia de rescindir un contrato con los niveles y



porcentajes de ejecución 95% en caso de obras civiles; c) por la omisión deliberada y manifiesta de requerirles el cumplimiento y satisfacción de las obligaciones a su cargo y aplicárseles el apercibimiento de ley, y d) por estar pendientes de pronunciamiento sus requerimientos de pago de adicionales, valorizaciones, reintegros, mayores gastos generales, etc.

- F. El 16 de febrero de 2011 EL CONSORCIO solicita el inicio del arbitraje ante el centro de arbitraje de la Cámara de Comercio y Producción de Lambayeque, en mérito de los alcances de la Resolución de Alcaldía Nº 018-2011/MDH.
- G. Con fecha 21 de febrero de 2011 LA MUNICIPALIDAD emite la Resolución de Alcaldía Nº 034-2011/MDH declarando fundada la nulidad y declara nula la resolución de Alcaldía Nº 018-2011/MDH y las cartas notariales de fecha 20 de enero del 2011 y 02 de febrero de 2011. Pese a ello, la Resolución de Alcaldía ya había generado consecuencias jurídicas tales como: a) las cartas fianzas emitidas por FOGAPI sobre adelanto directo y adelanto de materiales ya habían sido ejecutadas el 02 de febrero de 2011; b) la ejecución indebida e ilegal de las cartas fianzas impiden la renovación de la carta fianza de fiel cumplimiento, por el apresuramiento de la municipalidad, causando un grave perjuicio la imposibilidad técnica de renovar la carta fianza; c) la falta de pronunciamiento sobre pedidos de adicionales, pago de valorizaciones, etc. no reconocido y que inciden en el desarrollo y ejecución de obra; d) la municipalidad había perdido competencia en razón al proceso arbitral solicitado de conformidad con lo señalado en el 215 del Reglamento.
- H. El 28 de marzo del 2011 LA MUNICIPALIDAD comunica la resolución del contrato por incumplimiento de obligaciones, la no renovación de carta fianza, la paralización de la obra declarada improcedente en el mismo acto; la falta de reinicio de la obra.
- I. Que se les atribuye el incumplimiento de obligación sin haberse tenido en cuenta las situaciones de caso fortuito y fuerza mayor consistente en lluvias torrenciales en la zona, lo que generó ampliaciones de plazo en dos oportunidades, una por 25 días y otra por 60 días debidamente sustentadas y anotadas en el cuaderno de obra. Sin embargo, respecto a ese pedido LA MUNICIPALIDAD no se pronunció, quedando consentida a favor de la contratista. Con la segunda y última ampliación otorgada por silencio administrativo, el plazo se vencía el 28 de febrero de 2011, sin embargo, el contrato ya había sido rescindido.
- J. Por deficiencias en el expediente técnico se generaron adicionales de obra, las mismas que fueron inscritas en el cuaderno de obra y solicitadas a la Entidad. El adicional Nº 01 el monto total de S/. 55,325.91 sin IGV; y el adicional Nº 03 por S/. 215,265.02 sin IGV, la cual fue



recibida por la entidad y el Supervisor de Obra el 20 de agosto de 2010; ambas reiteradas mediante carta cursada el 26 de enero de 2011.

- K. La Entidad incumplió por su parte con sus obligaciones derivadas del contrato en perjuicio de LA CONTRATISTA al no haber reconocido y pagado las valorizaciones 8 y 9 que debidamente sustentada se presentaron a LA MUNICIPALIDAD, haciendo hincapié que los trabajos correspondientes a dichas valorizaciones se presentaron en su oportunidad y han sido real y claramente ejecutados. En consecuencia, el incumplimiento genera intereses por las valorizaciones, mayores gastos generales, reintegros, reajustes de formulas polinómicas, etc., conceptos que a la fecha se encuentran impagos, por causa imputable a LA ENTIDAD.
- L. Respecto a la renovación de las cartas fianzas, la imposibilidad de renovar las cartas fianzas se debió a que las cartas fianzas emitidas por FOGAPI sobre adelanto directo y adelanto de materiales ya habían sido ejecutadas al 02 de febrero del 2011, como consecuencia del apresuramiento de la Municipalidad de Huarango, lo cual hizo imposible una renovación.
- M. Respecto a la segunda pretensión de pago de los montos adeudados por valorizaciones, reajustes, reintegros, mayores trabajos, mayores obras y gastos directos cuyo monto total asciende a un millón seiscientos sesenta y siete mil trescientos veintinueve y 66/100 nuevos soles e intereses legales que devenguen, sostiene EL CONSORCIO que LA MUNICIPALIDAD ha actuado con dolo y ha incumplido las obligaciones que le correspondían.
- N. Respecto a la pretensión resarcitoria, sostiene que le han causado perjuicio y agravio en lo moral como en lo económico siendo su relación de causalidad como lo precisa el artículo 1321 del C.C., el hecho que la Municipalidad ejecute en forma arbitraria e ilegal las garantías de adelanto de materiales y adelanto directo; extensivo al pago de daños y perjuicios irrogados a EL CONSORCIO que se estiman en S/. 500,000.00 los que se computarán a partir de la expedición de la R.A. N° 018-2011/MDH, hasta la ejecución del laudo.

#### V. CONTESTACION DE DEMANDA

Mediante escrito 01 presentado el 10 de octubre de 2011, LA MUNICIPALIDAD contestó la demanda, fundamentando, en resumen, lo siguiente:

- a) Que el contrato se suscribió el 22 de febrero de 2010 por el monto de S/. 2'002,454.86, en virtud a ello, CONSORCIO HUARANGO se obliga a otorgar una carta fianza de fiel cumplimiento del contrato, por el 10% del monto total, es decir por S/. 200,245.49 con una vigencia hasta el



consentimiento de la liquidación final (la vigencia de la carta alcanzada fue del 19.02.10 al 20.05.10, luego fue renovada por el mismo monto por el plazo de 20.05.10 hasta 18.08.10 y finalmente fue renovada del 18.08.10 al 15.11.10, es por ello que LA MUNICIPALIDAD, con carta del 17 de noviembre de 2010 requirió a EL CONSORCIO para que cumpla con renovar la Carta Fianza, ante el incumplimiento de éste, mediante carta del 20 de enero de 2011 se requiere a EL CONSORCIO a cumplir con renovar dicha carta fianza. Como también la obra fue paralizada el 31 de diciembre del 2010, mediante carta del 10.01.11 emitida por el Supervisor de Obra y el Informe N° 13-2011 del 28.01.11 emitida por el jefe de la DIDUR, se emitió la Resolución de Alcaldía N° 18-2011-MDH del 02.02.11 que resolvió rescindir el contrato de obra y ejecutar a favor de LA MUNICIPALIDAD la carta fianza N° 3437-2010-FG por concepto de adelanto directo por el monto de S/.172,451.40 y la carta fianza N° 3148-2010-FG por concepto de adelanto de materiales por el monto de S/. 117,000.00.

- b) Con fecha 07 de febrero de 2011, EL CONSORCIO solicita la nulidad de la referida resolución y, mediante Resolución de Alcaldía N° 034-2011/M DH del 21 de febrero de 2011, se declara fundada la nulidad formulada por EL CONSORCIO, en consecuentemente se retrotrae el proceso administrativo tomando vigencia el contrato de obra; y, mediante carta del 23.02.11 se le requiere a EL CONSORCIO cumpla con renovar la Carta fianza en un plazo no mayor de 08 días hábiles, asimismo reiniciar los trabajos de ejecución de obra en una plazo de 48 horas, bajo el apercibimiento de resolver el contrato sin perjuicio de la indemnización por daños y perjuicios irrogados; sin embargo, EL CONSORCIO no cumplió con dicho requerimiento. LA MUNICIPALIDAD sostiene que la razón de la ejecución de las cartas fianzas fue totalmente legal, dado el incumplimiento por parte de EL CONSORCIO a la renovación de la carta fianza y a la paralización de la obra a partir del 01 de enero de 2011.
- c) En relación a la resolución del Contrato de Obra, LA MUNICIPALIDAD expone que ésta se hizo cumpliendo los requisitos previstos en el artículo 40º inciso c) del D. Leg. N° 1017 de la Ley de Contrataciones del Estado; asimismo el artículo 168º del D. S. N° 184-2008-EF del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, supuestos que se cumplen en el presente caso, dado que al haberse vencido la Carta de Fiel Cumplimiento el día 15 de noviembre de 2010, mediante cartas del 17.11.10 y 23.02.11 se le requirió para que cumpla con renovar dicha carta, asimismo se le requirió para que reinicie los trabajos en la obra que se encontraban paralizados a partir del 01 de enero del 2011. Mediante carta del 28.03.11 se le comunica que ha sido declarada improcedente la paralización de obra y sumado a ello, el incumplimiento de renovar la carta fianza de fiel cumplimiento, se declaró resuelto de pleno derecho el contrato por causales atribuibles



a EL CONSORCIO y mediante carta de fecha 28.04.11 se comunica el consentimiento de la resolución del contrato.

- d) Que no se cumplió con el procedimiento de solicitud de adicionales de obra, que no se ha contado con la certificación de crédito presupuestario por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, y que la decisión de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no podrá ser sometida a arbitraje. Tampoco podrán ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República, por lo tanto en merito a ello el Tribunal Arbitral no tiene competencia para resolver la controversia sobre Adicional de Obra, resultando por ello improcedente la demanda en ese extremo.
- e) Con relación al reembolso o restitución del monto de las cartas fianzas, éstas fueron ejecutadas legalmente a raíz de emitirse la Resolución de Alcaldía N° 018-2011-MDH del 02.02.11 que resuelve rescindir el contrato, como también por no haberse renovado las cartas fianzas 3437-2010-FG por concepto de adelanto directo por el monto de S/. 172,451.40 vencía el 05-03-2011 y la carta fianza 3148-2010-FG por adelanto de materiales por el monto de S/. 117,000.00 vencía el 06-02-11, monto que ha sido retenido hasta que se resuelva la controversia entre las partes, habiendo sido depositada en la cuenta de la Municipalidad por concepto de RDR;; además por la paralización de la obra.
- f) La pretensión resarcitoria es absurda el pago de daños y perjuicios peticionados por el demandante, toda vez que el que ha incumplido el contrato es EL CONTRATISTA pues al vencer la carta fianza del 15.11.10, EL CONSORCIO no renovó pese a que fue una garantía que debería permanecer hasta la liquidación de la obra conforme lo establece la clausula octava del contrato y artículo 158 del D.S. N° 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, asimismo, el 31.12.10 el demandante paralizó la ejecución de la obra lo que dio origen la emisión de la resolución de Alcaldía N° 018-2011-MDH, del 02.02.11 por haber incumplido el contrato.

## VI. RECONVENCIÓN

Simultáneamente con la contestación, LA MUNICIPALIDAD presentó reconvención solicitando como pretensiones las siguientes:

- 6.1. Se declare la validez de la resolución del contrato de obra, por causas imputables a EL CONTRATISTA, así como la eficacia de la carta de Resolución de Contrato de fecha 28.03.11.



- 6.2. El pago de una indemnización por daños y perjuicios por la suma de S/.500,000.00 pretensión que se sustenta en el incumplimiento contractual por parte de EL CONSORCIO al haber incumplido con renovar la carta fianza que venció el 15.11.10, la carta fianza por concepto de adelanto de materiales que vencía el 06.02.11, paralización injustificada de la obra a partir del 01.01.11 que generaron un perjuicio a LA MUNICIPALIDAD.
- 6.3. El pago de una indemnización de daños y perjuicios por S/.200,000.00 por haber cobrado la carta de fiel cumplimiento.

Fundamenta la reconvención, en resumen, en lo siguiente:

- Que EL CONTRATISTA CONSORCIO HUARANGO, no cumplió con el plazo contractual, con renovar la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, paralización injustificada de la ejecución de la obra. EL CONTRATISTA, con la única finalidad de justificar su retraso o paralizaciones indebidas, ha solicitado ampliaciones de plazo, sin tener ninguna razón o amparo legal para ello, o pretendiendo justificar su demora alegando que mi representada no ha cumplido con sus prestaciones, sin embargo la Entidad ha cumplido en su totalidad con cancelar al demandante el monto total del contrato y todas las demás prestaciones que le correspondía de modo contractual.
- Que EL CONTRATISTA no ha acreditado tener ni siquiera derecho alguno sobre su pedido por lo tanto debe ser desestimado en todos sus extremos y declararse fundada la reconvención en la forma solicitada, precisando que la resolución del CONTRATO DE OBRA, celebrado el 22.02.10, relacionado a con la obra, efectuado por la Municipalidad Distrital de Huarango, mediante Carta de Resolución de Contrato de fecha 28.03.11, se hizo por el incumplimiento del contrato por parte de CONSORCIO HUARANGO, por las causales de paralización de obra, y además haber incumplido renovar la Carta de Fiel Cumplimiento, como también renovar la carta de adelanto de contrato, y al amparo del artículo 40 inciso c) del D. Leg N° 1017 de la Ley de Contrataciones del Estado, establece en el caso incumplimiento por parte del contratista de algunas de sus obligaciones, que haya previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, ésta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial; asimismo en el artículo 167º del D. S. N° 184-2008-EF señala que cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto en el contrato con sujeción a la ley; como también el artículo 168º del D. S. N°184-2008-EF del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, señala la entidad podrá resolver el contrato de conformidad con el inciso C) del artículo 40º de la ley en los casos en que el contratista incumpla



injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese haber sido requerido a ello; por cuanto quien incumplió el contrato fue EL CONSORCIO HUARANGO, lo cual está acreditado en autos, por lo ya afirmado.

- Por lo tanto el pago de una indemnización por daños y perjuicios, calculado en S/. 500,000.00, pretensión sustentada en la causal de incumplimiento contractual por parte del CONSORCIO HUARANGO, por haber paralizado de obra, y además haber incumplido renovar la Carta de Fiel Cumplimiento como también renovar la Carta de Adelanto de Contrato, cuyo incumplimiento contractual ha causado un gran perjuicio en agravio de mi representada, también está acreditado, resultando por ello procedente el pago de la indemnización en el monto solicitado, mas aun si tenemos en cuenta que la indemnización por daños y perjuicios, esta se sustenta en los gastos innecesarios que me causa el presente proceso a causa de la conducta y accionar del demandante, quien sin ningún amparo legal y más por el contrario actuando mala fe contractual pretende beneficiarse de sus propios errores e incumplimiento contractual, quedando así acreditado los daños, por cuanto sus elementos está acreditado, los mismos que son: **a).**- La Antijuricidad, por la existencia de la infracción legal, por parte del demandante, sin tener derecho para ello; **b).**- La antijuricidad resultaría imputable al demandante por su actuar dolosa, ya que tiene pleno conocimiento que incumplido el contrato; **c).**- Este acto ilegal si nos ha causado un daño como el ya expresado y resulta indemnizable; y, **d).**- La existencia del nexo causal entre el hecho y el daño producido, conforme ya lo expliqué, lo que nos hace concluir de modo fehaciente que el cobro de indemnización si resulta procedente en el monto solicitado.
- Que, el daño causado por haber cobrado la Carta de Fiel Cumplimiento la misma que tenía vigencia hasta el consentimiento de la vigencia de la obra, estando en un avance de ejecución de obra del 68.48% según el Informe N°02-2011, de fecha 12-03-11 emitido por el Ing. Supervisor de obra y el Informe N°039-2011, de fecha 11-03-11 emitido por el Jefe de la Dirección de Desarrollo Urbano y Rural – Obras de la Municipalidad, lo que se demuestra un cobro indebido, dado que la Carta de Fiel Cumplimiento constituida una garantía de la ejecución del contrato, esto es, hasta ver sido liquidada la obra, en ese sentido, CONSORCIO HUARANGO estaba obligado a renovar antes del vencimiento de la última carta que fue el 15 de noviembre del 2010, pero el demandante no lo hizo, sino más bien por el contrario cobró la carta por el monto de S/. 200, 245.49 nuevos soles, beneficiándose de esta manera y en perjudicando a la Municipalidad Distrital de Huarango, como también a la población beneficiaria.



- Que la reconvención según la posición unánime de la doctrina califica como una demanda nueva y autónoma que se acumula, por el demandado, por lo tanto la reconvención no se considera como un medio de defensa sino como una nueva demanda. También debo afirmar que el enriquecimiento indebido o sin causa, se entiende a aquel beneficio patrimonial que se obtiene sin causa justa ya sea porque no existe el derecho de la acreencia que se pretende o porque existe el mismo, no del cargo del deudor que sufre el detrimento patrimonial, lo cual según el CODIGO PROCESAL CIVIL EN SU JURISPRUDENCIA, GACETA JURIDICA DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA, Primera Edición Mayo - 2007 PAG 6409, así también siguiendo esta línea doctrinaria se entiende que el enriquecimiento sin causa opera independientemente de la causa jurídica y esto se produce cuando quiebra el equilibrio entre dos patrimonios de manera injusta y las condiciones para su interposición o demanda son : **a)** Que el demandado debe haberse enriquecido por la percepción de un beneficio, material, intelectual y aun moral; **b)** Este beneficio debe haberse obtenido a expensas del demandante, quien se ha empobrecido; **c)** Que tal enriquecimiento sea injusto; **d)** Que exista una ventaja patrimonial de una parte en desmedro de otro y sin que exista justificación alguna para ello; y, **e)** Que el demandante no tenga otro remedio para obtener satisfacción, por lo que tal acción es de carácter residual y subsidiaria, supuestos que si se cumplen en el caso materia de autos, por cuanto EL CONSORCIO HUARANGO, de modo indebido ha cobrado ilegalmente el monto de S/. 200,245.49, resultando por ello probado lo reconvenido y fundado mi pedido.

## VII. AUDIENCIA DE CONCILIACION, FIJACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISION DE MEDIOS PROBATORIOS.

El 04 de enero de 2012, se realizó la audiencia de conciliación fijación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios. Al no ser posible llegar a un acuerdo conciliatorio, se fijaron los siguientes puntos controvertidos:

### DE LA DEMANDA:

-   
**1.** Determinar si procede declarar la nulidad e improcedencia de la resolución de contrato mediante carta de fecha 28 de marzo del 2011 emitida por la Municipalidad Distrital de Huarango a mérito del cual declaran resuelto el contrato de obra denominado: "Mejoramiento de la capacidad resolutiva del servicio materno infantil de la C.S DE Huarango y el Porvenir de la Micro Región de Salud de Huarango -DISA Jaén y Equipamiento.



**2.-** Determinar si procede el pago de los montos adeudados por valorizaciones, reajustes, reintegros, mayores trabajos, mayores obras y gastos directos cuyo monto se señala asciende a UN MILLON SEICIENTOS SESENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS VEINTINUEVE CON SESENTA Y SEIS CÉNTIMOS DE NUEVO SOL (S/. 1'667, 329.66), más los intereses legales que devenguen de dichos montos.

**3.-** Determinar si procede el reembolso o restitución en forma solidaria de los montos de la carta fianzas ejecutadas a través de la Resolución de Alcaldía N° 018-2011/MDH conjuntamente con FOGAPI por el importe de DOSCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL NUEVOS SOLES (S/. 289, 000.00).

4.- Determinar si procede la indemnización de daños y perjuicios contractuales ascendentes a QUINIENTOS MIL NUEVOS SOLES (S/. 500.000.00).

5. El pago de costas y costos que demande el desarrollo del proceso arbitral a cargo de la demandada.

#### DE LA RECONVENCIÓN:

1. Determinar si la resolución del Contrato de Obra de fecha 22 de Febrero del 2010, suscrita entre la Municipalidad Distrital de Huarango y Consorcio Huarango, sobre ejecución de Mejoramiento de la capacidad resolutiva del servicio materno infantil de la C.S DE Huarango y el Porvenir de la Micro Región de Salud de Huarango -DISA Jaén y Equipamiento, sea considerado por causas imputables al contratista, por lo tanto se declare la eficacia de la Carta de Resolución de Contrato de fecha 28 de marzo del 2011.
2. El pago de una indemnización por daños y perjuicios calculado en la suma de QUINIENTOS MIL NUEVOS SOLES (S/. 500.00) por causal de incumplimiento contractual por parte del Consorcio Huarango, al haber incumplido con renovar la Carta de Fiel Cumplimiento vencida el 15 de Noviembre del 2011, la carta fianza por adelanto de materiales, que vencía el 6 de febrero del 2011, paralización injustificada de la obra a partir del 01 de Enero del 2011, causando perjuicio.
3. El pago de una indemnización por daños y perjuicios en la suma de DOSCIENTOS MIL NUEVOS SOLES (S/. 200.00) por haber cobrado la carta de fiel cumplimiento.

Asimismo, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por ambas partes; y se convocó para una audiencia de actuación de medios probatorios.

#### **VIII. AUDIENCIA DE PRUEBAS**

El 17 de Enero del 2012 se actuaron las documentales siguientes:

Del demandante:



1. Contrato de obra.
2. Cartas de fecha 23 de noviembre solicitando ampliación de plazo y pago de adicionales 01 y 03.
3. Cartas de 19 de agosto de 2010, solicitando el pago de adicionales 01 y 03 con sus presupuestos.
4. Carta de fecha 12 de septiembre del 2011 reiterando el reconocimiento y pago de los adicionales 01 y 03.
5. Carta de fecha 26 de enero de 2011 solicitando el pago de adicionales por mayores trabajos y partidas nuevas.
6. Acuerdo de Consejo 160-2010-MDH aprobando la ampliación presupuestaria.
7. Carta de fecha 06 de enero de 2011 solicitando el pago de la valorización 09 y de sus reintegros con cuadro resumen.
8. Cartas dirigidas a la MDH de fecha 08 de enero de 2011 solicitando se retenga el 10% del saldo por valorizar en calidad de la Garantía de Fiel Cumplimiento.
9. Cartas dirigidas a FOGAPI y e-mails solicitando la emisión de la carta fianza de cumplimiento de contrato.
10. Anotaciones en cuaderno de obra.
11. Resolución de Alcaldía N° 018-2011/MDH del 02.02.11.
12. Recurso administrativo de nulidad contra la R. de A. N° 018-2010/MDH
13. Resolución de Alcaldía N° 034-2011/MDH del 23.02.11.
14. La solicitud de inicio de arbitraje presentado con fecha 16.02.11.
15. Carta de segunda resolución de contrato de obra del 28.03.11.
16. Exhibicional de los documentos donde conste el pago de adicionales de obra 01 y 03 y sus conceptos, el pago de valorizaciones 8 y 9 con todos sus conceptos, el pago de intereses, el pago de montos por ampliación de plazo, reintegros por aplicación de fórmula polinómica.

De la demandada:

1. Contrato de obra de fecha 22 de febrero de 2010.



2. Carta de requerimiento a Consorcio Huarango del 17 de noviembre de 2010.
3. Resolución de alcaldía N° 018-2011/MDH, del 02 de febrero de 2011 y cartas notariales del 20 de enero y 02 de febrero de 2011.
4. Resolución de alcaldía N° 034-2011/MDH, del 21 de febrero de 2011.
5. Carta de requerimiento a Consorcio Huarango del 23 de febrero de 2011.
6. Carta notarial de resolución de contrato, de fecha 28 de marzo de 2011.
7. Carta notarial del 28 de abril de 2011.
8. Informe N° 002-2011-supervisión/JABB, del 12 de marzo de 2011.
9. Solicitud de ampliación de plazo, del 23 de agosto del 2010.
10. Informe de ampliación de plazo N° 01-2010, emitido por el Supervisor de obra.
11. Resolución de alcaldía N° 211-2010-MDH del 02 de septiembre del 2010.
12. Solicitud de ampliación de plazo del 18.11.10, informe de ampliación de plazo N° 02-2010 del 26.11.10 emitido por el supervisor de obra y Resolución de alcaldía N° 312-2010-MDH del 09.12.10.
13. Carta N° 05-2010-SAH/JODUO/MDH, del 02 de diciembre de 2010.
14. Informe N° 039-2011-SAHM/J.ODUR, del 11 de marzo de 2011.
15. Informe N° 003-2011-SUPERVISOR/JABB, del 23 de marzo de 2011.
16. Informe N° 057-2011-SAHM/J.DUR, del 24 de marzo de 2011.
17. Exhibicional del cuaderno de obra, y del calendario de avance de obra valorizado-actualizado y programación PERT-CPM correspondiente presentado por el contratista al supervisor, considerando las partidas que se han visto afectadas y en armonía con relación a la primera ampliación de plazo concedida por 25 días.
18. Exhibicional del presupuesto institucional de apertura del año 2010.
19. Pericia Técnica, sobre los siguientes aspectos:
  - el monto exacto de la liquidación final de obra.



- si la obra estuvo paralizada injustificadamente desde el 01 de enero del 2011.

- el porcentaje de avance físico y económico de la obra al 28 de marzo del 2011.

#### 20. Pericia Contable, sobre los siguientes aspectos:

- si en los presupuestos institucionales de apertura de los años 2010, contaba con disponibilidad presupuestaria para aprobar un adicional de obra N° 01 y N° 03 por la suma de S/. 270,590.93 y reconocimiento de gastos generales.
- si la Municipalidad Distrital de Huarango adeuda al Consorcio Huarango por concepto de: valorizaciones, reajustes, reintegros, mayores trabajos, mayores obras y gastos directos; y de ser así, calcular sus importes.
- si el Consorcio Huarango ha sufrido daños y perjuicios debido a la resolución del Contrato de Ejecución de obra celebrado entre las partes; y de ser así calcular su monto.
- si la Municipalidad Distrital de Huarango ha sufrido daños y perjuicios debido al incumplimiento contractual por parte del Consorcio Huarango; y de ser así calcular su monto.
- si el Consorcio Huarango ha cobrado la carta de fiel cumplimiento; de ser así, si dicho cobro produjo daños y perjuicios a la Municipalidad Distrital de Huarango, calculando su monto.

#### IX. AUDIENCIA DE SUSTENTACION DE PERICIAS

El 28 de setiembre del 2012 se sustentó el informe pericial contable en audiencia extraordinaria donde las partes formularon sus observaciones y comentarios al informe.

#### X. ALEGATOS E INFORMES ORALES

Mediante resolución N° 29, de fecha 11 de octubre del 2012, el Tribunal Arbitral cerró la etapa probatoria y otorgó a las partes el plazo de cinco días para que presenten sus alegatos escritos y de ser el caso soliciten informes orales.

En audiencia del 31 de octubre del 2012, las partes informaron oralmente, exponiendo sus posiciones.

#### XI. AUTOS PARA LAUDAR

Mediante acta extendida en la audiencia de informes orales, el Tribunal Arbitral comunicó a las partes que el expediente se encuentra expedido para



laudar, y señaló en 30 días el plazo correspondiente. Mediante Resolución N° 034, el Tribunal Arbitral prorrogó por 30 días adicionales el plazo para laudar.

En consecuencia, el Tribunal Arbitral procede a emitir el laudo dentro del plazo establecido, teniendo en cuenta que los días 01 y 02 de noviembre, y 24 de diciembre fueron declarados feriados.

### **CONSIDERANDO:**

1. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que el Tribunal Arbitral fue designado de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes; (ii) que en momento alguno se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; (iii) que EL CONSORCIO presentó su escrito de demanda dentro del plazo dispuesto; (iv) que LA MUNICIPALIDAD fue debidamente emplazado con la demanda, contestó ésta dentro del plazo conferido y ejerció plenamente su derecho de defensa; (v) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos; y, (vi) que, el Tribunal Arbitral está procediendo a laudar dentro del plazo que corresponde a las reglas de este proceso.
2. De acuerdo con la cláusula quinta del CONTRATO, la relación contractual entre las partes se rige por el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado (LCE), y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (RLCE).
3. Al analizar los puntos controvertidos el Tribunal Arbitral constata que existe una relación de conexidad entre la primera pretensión de la demanda y la primera pretensión de la reconvenCIÓN, que coinciden con el primer punto controvertido de la demanda, y el primer punto controvertido de la reconvenCIÓN, ya que al analizar si procede o no declarar la nulidad e improcedencia de la resolución de contrato a que se refiere la carta de fecha 28 de marzo del 2011, se determinará al mismo tiempo si procedente o no declarar la eficacia de dicha Carta. Por tanto en este laudo ambos puntos controvertidos serán analizados y resueltos en forma conjunta, sin que ello altere el sentido de las decisiones.
4. Asimismo, el quinto punto controvertido de la demanda será analizado al final, por cuanto tratándose de los gastos arbitrales, solo es posible dilucidar ese punto cuando se hayan analizados tanto las pretensiones de la demanda como de la reconvenCIÓN.
5. **Primer punto controvertido de la demanda:** Determinar si procede declarar la nulidad e improcedencia de la resolución de contrato mediante carta de fecha 28 de marzo del 2011 emitida por la



Municipalidad Distrital de Huarango a mérito del cual declaran resuelto el contrato de obra denominado: "Mejoramiento de la capacidad resolutiva del servicio materno infantil de la C.S de Huarango y el Porvenir de la Micro Región de Salud de Huarango -DISA Jaén y Equipamiento.

**Primer punto controvertido de la reconvención:** Determinar si la resolución del Contrato de Obra de fecha 22 de Febrero del 2010, suscrita entre la Municipalidad Distrital de Huarango y Consorcio Huarango, sobre ejecución de Mejoramiento de la capacidad resolutiva del servicio materno infantil de la C.S de Huarango y el Porvenir de la Micro Región de Salud de Huarango -DISA Jaén y Equipamiento, sea considerado por causas imputables al contratista, por lo tanto que se declare la eficacia de la Carta de Resolución de Contrato de fecha 28 de marzo del 2011.

5.1. Para dilucidar estos puntos controvertidos, y tratándose de un arbitraje de Derecho, en principio debemos revisar si EL CONSORCIO controvirtió la resolución del CONTRATO a que se refiere la carta del 28 de marzo del 2011, y si sometió dicha controversia a conciliación o arbitraje dentro de los 15 días hábiles siguientes de comunicada dicha resolución, en cumplimiento de lo previsto en el último párrafo del Art. 170º del RLCE, que prescribe:

*"Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida".*

Esta norma reglamentaria es norma de derecho público, de carácter imperativo, y a ella se sometieron las partes expresamente a través de la cláusula Décimo Octava del CONTRATO; por lo que resulta imperativo verificar el cumplimiento de dicho requisito para que sea posible al Tribunal Arbitral pronunciarse sobre la controversia, pues de no haberse controvertido dicho acto, ni sometido a conciliación o arbitraje dicha controversia, no será posible al Tribunal Arbitral emitir pronunciamiento válido sobre su nulidad o validez.

5.2. Del análisis de lo actuado, se verifica que tanto en su escrito de demanda, como de subsanación de demanda, y absolución de reconvención, EL CONSORCIO declara que el 28 de marzo del 2011 fue notificado con la carta notarial mediante la cual LA



MUNICIPALIDAD le comunica la resolución del CONTRATO. En el mismo sentido se pronuncia LA MUNICIPALIDAD, de tal manera que al respecto no hay discrepancia. Siendo así, EL CONSORCIO tenía hasta el 18 de abril del 2011 para hacer conocer a LA MUNICIPALIDAD su decisión de controvertir tal resolución de contrato y someterla a conciliación o arbitraje; y de no hacerlo, queda consentida dicha resolución de contrato por mandato imperativo de la parte final del quinto párrafo del Art. 170 del RLCE antes citado.

- 5.3. No obstante, no obra en este expediente arbitral ningún documento con el cual EL CONSORCIO haya manifestado a LA MUNICIPALIDAD su decisión de controvertir la resolución de contrato comunicada mediante carta del 28 de marzo del 2011, ni documento alguno que acredite haber sometido a conciliación o arbitraje tal resolución dentro del plazo de 15 días hábiles de comunicada la misma.
- 5.4. En cuanto a la solicitud de arbitraje que da origen al presente proceso arbitral, se verifica en el cargo de recepción, que dicha solicitud fue presentada al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio y Producción de Lambayeque el 16 de febrero del 2011, esto es antes de producirse la resolución del contrato del 28 de marzo del 2011, y consigna como una de las controversias la nulidad de la rescisión del CONTRATO comunicada por LA MUNICIPALIDAD el 02 de febrero del 2011. Tal solicitud de arbitraje no controvierte la resolución de contrato a que se refiere la carta del 28 de marzo del 2011. Tampoco se puede considerar que sus efectos alcance a la resolución del contrato del 28 de marzo del 2011 puesto que no hay ningún documento posterior que EL CONSORCIO haya cursado a LA MUNICIPALIDAD ampliando los alcances de dicha solicitud de arbitraje a la resolución del contrato.
- 5.5. Abundando en argumentos, la Resolución de Alcaldía N° 018-2011/MDH que rescindió el CONTRATO, fue materia de un recurso de nulidad presentada a la MUNICIPALIDAD el 07 de febrero del 2011 según consta en el cargo de recepción presentada como medio probatorio de la demanda. Tal recurso administrativo de nulidad habilitó a LA MUNICIPALIDAD para que revise su propio acto administrativo y la anule de ser el caso, lo que en efecto ocurrió al emitir LA MUNICIPALIDAD su Resolución de Alcaldía N° 034-2011-MDH, de fecha 21 de febrero del 2011, comunicada al CONSORCIO mediante carta notarial del 23 de febrero del 2011 también ofrecida como medio probatorio por la parte demandante (anexo 1-LL de la demanda). De tal manera que la Resolución de Alcaldía N° 034-2011-MDH es un acto con plena



validez, y puso fin, legítimamente, a la controversia sobre la nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 018-2011/MDH que rescindió el CONTRATO; quedando así la solicitud de arbitraje del 16 de febrero del 2011 desprovista de tal controversia por sustracción de la materia, no debiendo perder de vista que tal sustracción fue promovida y habilitada por el propio CONSORCIO al presentar su recurso administrativo de nulidad de Resolución de Alcaldía.

- 5.6. Adicionalmente, la solicitud de arbitraje del 16 de febrero del 2012 no fue tramitada conforme a lo términos del Convenio Arbitral contenido en la cláusula Décimo Octava del CONTRATO, la cual corresponde a una "cláusula modelo" que remite a un arbitraje de tipo Ad Hoc, en la cual la solicitud de inicio se dirige directamente a la otra parte. En el presente caso, al ser presentada la solicitud a través de la Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lambayeque para llevar adelante un arbitraje institucional, dicha solicitud constituye una propuesta de modificación del Convenio Arbitral que sólo adquiere validez y eficacia a partir de la aceptación de la otra parte, lo cual en el caso de autos se produjo en la Audiencia Preliminar de fecha 8 de junio del 2011 en la cual ambas partes acordaron que el curso y desarrollo del procedimiento arbitral se realizará en el Centro de arbitraje de la CCPL, bajo sus disposiciones legales, y que ambas partes darán solución al proceso a través del arbitraje de derecho por medio de un Tribunal Arbitral independiente e imparcial. Tales acuerdos modifican el Convenio Arbitral inicial convirtiendo el arbitraje ad hoc en uno institucional. Ahora bien, no existe en autos ningún documento que acredite que entre el 16 de febrero del 2011, fecha de presentación de la solicitud de arbitraje al Centro de Arbitraje de la CCPL, y el 08 de junio del 2011, fecha de modificación del Convenio Arbitral, EL CONSORCIO haya presentado algún documento adicional controvirtiendo la carta de resolución de contrato del 28 de marzo del 2011, ni que haya expresado su voluntad de someterla a arbitraje en el presente procedimiento.
- 5.7. Finalmente, la contradicción a la resolución del contrato aparece recién planteada por EL CONSORCIO en su demanda presentada al Centro de Arbitraje el 06 de setiembre del 2011, cuando ya había vencido con exceso el plazo de 15 días hábiles a que se refiere el Art. 170º del RLCE antes citado.
- 5.8. Siendo así, el Tribunal Arbitral verifica que la resolución del contrato a que se contrae la carta del 28 de marzo del 2011 no ha sido sometida a conciliación o arbitraje dentro del plazo de 15 días hábiles de notificada al CONSORCIO, y en consecuencia



quedó consentida; y como tal no puede ser materia de pronunciamiento en cuanto a su nulidad o invalidez. Por las mismas razones, carece de objeto emitir pronunciamiento sobre la primera pretensión de la reconvención, que corresponde al primer punto controvertido de la reconvención.

6. Segundo Punto Controvertido de la demanda: Determinar si procede el pago de los montos adeudados por valorizaciones, reajustes, reintegros, mayores trabajos, mayores obras y gastos directos cuyo monto se señala asciende a UN MILLON SEISCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS VEINTINUEVE CON SESENTA Y SEIS CÉNTIMOS DE NUEVO SOL (S/. 1'667,329.66), más los intereses legales que devenguen de dichos montos.
  - 6.1. En este punto controvertido se encuentran diversas materias que el Tribunal Arbitral abordará por separado, y en el orden lógico que corresponde, teniendo en cuenta que al exponer el punto 2 de su petitorio, EL CONSORCIO ha insertado una tabla de detalle (página 2 del escrito de subsanación de demanda, en adelante "la tabla de detalle"), indicando en ella varios conceptos específicos, cada uno con sus respectivos montos, ya sea en forma precisa, como mediante cantidades estimadas. Por tanto, el Tribunal arbitral emitirá pronunciamiento sobre cada uno de los extremos de la "tabla de detalle" considerándolos como pretensiones independientes.
  - 6.2. En relación a las valorizaciones, el Artículo 197º del RLCE prescribe:

*"Las valorizaciones tienen el carácter de pagos a cuenta y serán elaboradas el último día de cada período previsto en las Bases, por el inspector o supervisor y el contratista.*

*En el caso de las obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios, las valorizaciones se formularán en función de los metrados ejecutados con los precios unitarios ofertados, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad ofertados por el contratista; a este monto se agregará, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas.*

*En el caso de las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada, durante la ejecución de la obra, las valorizaciones se formularán en función de los metrados ejecutados contratados con los precios unitarios del valor referencial, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad del valor referencial. El subtotal así obtenido se multiplicará por el factor de relación, calculado hasta la quinta cifra decimal; a este monto se*



agregará, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas.

En las obras contratadas bajo el sistema a precios unitarios se valorizará hasta el total de los metrados realmente ejecutados, mientras que en el caso de las obras bajo el sistema de suma alzada se valorizará hasta el total de los metrados del presupuesto de obra.

Los metrados de obra ejecutados serán formulados y valorizados conjuntamente por el contratista y el inspector o supervisor, y presentados a la Entidad dentro de los plazos que establezca el contrato. Si el inspector o supervisor no se presenta para la valorización conjunta con el contratista, éste la efectuará. El inspector o supervisor deberá revisar los metrados durante el período de aprobación de la valorización.

El plazo máximo de aprobación por el inspector o el supervisor de las valorizaciones y su remisión a la Entidad para períodos mensuales es de cinco (5) días, contados a partir del primer día hábil del mes siguiente al de la valorización respectiva, y será cancelada por la Entidad en fecha no posterior al último día de tal mes. Cuando las valorizaciones se refieran a períodos distintos a los previstos en este párrafo, las Bases establecerán el tratamiento correspondiente de acuerdo con lo dispuesto en el presente artículo.

A partir del vencimiento del plazo establecido para el pago de estas valorizaciones, por razones imputables a la Entidad, el contratista tendrá derecho al reconocimiento de los intereses legales, de conformidad con los artículos 1244º, 1245º y 1246º del Código Civil. Para el pago de los intereses se formulará una Valorización de Intereses y se efectuará en las valorizaciones siguientes".

- 6.3. En el presente caso, el Informe Pericial Contable establece que EL CONSORCIO presentó al Supervisor las valorizaciones N° 08 y 09, correspondientes a los trabajos ejecutados en noviembre y diciembre del 2011 respectivamente, con saldos de S/. 45,766.43 y S/. 28,299.67 a favor de EL CONSORCIO. Consta asimismo, que con los informes del supervisor N° 284-2010/SAHM/J.ODUO de fecha 15 de diciembre del 2010; y N° 002-2011-SUPERVISION/JABB, de fecha 12 de marzo de 2011, dichas valorizaciones fueron aprobadas por la Supervisión y presentadas a LA MUNICIPALIDAD para el pago correspondiente. Sin embargo, la Entidad no efectivizó tales pagos bajo el argumento que EL CONSORCIO no había cumplido con renovar la carta fianza de fiel cumplimiento vencida el 11 de noviembre del 2011. Con ese mismo argumento, LA MUNICIPALIDAD contesta la pretensión demandada, conforme se



aprecia en su escrito presentado el 31 de Enero de 2012, en el cual la Municipalidad reconoce expresamente que no pagó al Consorcio las valorizaciones N° 08 y N° 09, en razón de que el Consorcio no cumplió con renovar la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento.

- 6.4. Al respecto, ni la LCE ni el RLCE condicionan el pago de las valorizaciones a la renovación de la carta fianza de fiel cumplimiento; ello en razón a que la normativa mencionada otorgan a las valorizaciones el carácter de pagos a cuenta de la contraprestación de los trabajos realizados en la obra. A todo ello se agrega que LA MUNICIPALIDAD no acredita en este expediente con documento alguno que haya apercibido a EL CONSORCIO con retener el importe de las valorizaciones en caso de incumplir la obligación contractual de renovar la carta fianza de fiel cumplimiento. Por el contrario, con las cartas de 17 de noviembre del 2010, 23 de febrero del 2011 y 28 de marzo del 2011, se establece que LA MUNICIPALIDAD decidió hacer uso del apercibimiento de resolver el CONTRATO en caso EL CONSORCIO no renovara la carta fianza de fiel cumplimiento. Así, el Tribunal Arbitral no encuentra razonable la posición de LA MUNICIPALIDAD de no pagar las valorizaciones N° 08 y 09 aprobadas por la Supervisión, en las fecha que correspondía sus pagos, esto es hasta el último día de diciembre (para la valorización N° 08) y hasta el último día de enero del 2011 para la valorización N° 09). Por tanto, corresponde amparar esta pretensión, ordenándose el pago que debe hacer LA MUNICIPALIDAD al CONSORCIO de los importes de S/. 45,766.43 y S/. 28,299.67, correspondientes a las mencionadas valorizaciones.
- 6.5. En cuanto al pago de intereses por valorizaciones insolutas, EL CONSORCIO demanda el pago de S/. 20,000.00 por este concepto (numeral 2.6 de la "tabla de detalle"). Al respecto, el último párrafo del Art. 197º del RLCE antes citado, establece tanto el derecho del contratista al reconocimiento de los intereses legales en caso de demora en el pago de las valorizaciones, como el procedimiento que debe seguirse para el reconocimiento y pago de tales intereses:

*"A partir del vencimiento del plazo establecido para el pago de estas valorizaciones, por razones imputables a la Entidad, el contratista tendrá derecho al reconocimiento de los intereses legales, de conformidad con los artículos 1244º, 1245º y 1246º del Código Civil. Para el pago de los intereses se formulará una Valorización de Intereses y se efectuará en las valorizaciones siguientes".*



- 6.6. En el caso de autos, estando determinado que no son atendibles las razones que tuvo LA MUNICIPALIDAD para omitir el pago oportuno de las valorizaciones N° 08 y 09, corresponde declarar también el derecho que tiene EL CONSORCIO al reconocimiento y pago de los intereses legales, en los importes de dichas valorizaciones que de forma actualizada y al no haber sido materia de la pericia contable evacuada en autos se deberán liquidar en ejecución del presente laudo y bajo estricto ajuste a lo previsto en los artículos 1244º, 1245º y 1246º del Código Civil referidos a la aplicación de los intereses legales; teniendo en cuenta que en el presente caso ya no es posible presentar otra valorización al haber sido resuelto el contrato de obra y haberse consentido dicha resolución.
- 6.7. El Tribunal Arbitral hace presente que no puede realizar dicho cálculo en el presente laudo porque ninguna de las partes ha sometido a la consideración y decisión del Tribunal una liquidación con indicación de sus criterios, parámetros, fórmula de cálculo, factores y demás elementos propios de una liquidación de Intereses. EL CONSORCIO únicamente ha indicado una cantidad estimada en S/. 20,000, sin indicar los elementos de juicio que permiten llegar a esa cifra, por lo que no es posible ordenar el pago de esa cantidad, sino disponer el procedimiento que se debe seguir para establecer el monto de tales intereses para su pago en ejecución de laudo.
- 6.8. En cuanto a los "reajustes por fórmula polinómica de valorizaciones N° 06, 07 y 08" a que se refiere el numeral 2.3 de la "tabla de detalle", EL CONSORCIO señala que su importe asciende a la suma de S/. 5,673.23. En su sustento indica que se encuentran debidamente documentadas y que la Entidad no se ha pronunciado al respecto. Por su parte, LA MUNICIPALIDAD nada ha alegado al respecto.
- 6.9. En relación al reajuste las valorizaciones, el inciso 2 del Art. 49º del RLCE, establece:

"2. En el caso de contratos de obras pactados en moneda nacional, las Bases establecerán las fórmulas de reajuste. Las valorizaciones que se efectúen a precios originales del contrato y sus ampliaciones serán ajustadas multiplicándolas por el respectivo coeficiente de reajuste "K" que se obtenga de aplicar en la fórmula o fórmulas polinómicas, los Índices Unificados de Precios de la Construcción que publica el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI, correspondiente al mes en que debe ser pagada la valorización.



Tanto la elaboración como la aplicación de las fórmulas polinómicas se sujetan a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 011-79-VC y sus modificatorias, ampliatorias y complementarias".

- 6.10. Ahora bien, con el informe pericial contable ofrecido por la misma MUNICIPALIDAD, elaborado por la perito contable CPC Paulina Consuelo Ventura Zapata, se establece en la décimo tercera conclusión que "según la documentación examinada se ha encontrado documentación presentada por el Ing. Supervisor como son: Planilla de reintegro de las Valorizaciones N° 06 – Set.2010 (S/. 1,989.53), N° 07 – Oct. 2010 (S/. 1,303.78), y N° 08 – Nov. 2010 (S/. 2,391.29) de la obra, por un total ascendente a S/. 5,673.23". De acuerdo con el ítem II del capítulo 5.9 del referido informe pericial (página 20), dichas planillas fueron hechas llegar por EL CONSORCIO al Jefe de Supervisión Ing. Juan Balcázar Becerra, mediante carta de fecha 22 de diciembre de 2010; y el 27 de diciembre del mismo año, el mencionado Supervisor informa al Alcalde Sixto Coronel Infante acerca del pago de reintegro de las valorizaciones, pero este no fue aprobado ni cancelado al Consorcio Huarango.
- 6.11. Con base en el informe pericial contable antes glosado, el Tribunal Arbitral considera probada la deuda que tiene LA MUNICIPALIDAD a favor del CONSORCIO, por concepto de reajustes por fórmula polinómica de valorizaciones N° 06, 07 y 08, en un importe de S/. 5,673.23; en tanto que LA MUNICIPALIDAD no ha probado haber honrado dicha obligación mediante el pago correspondiente. Por tanto, este extremo de la demanda resulta fundada.
- 6.12. En cuanto al extremo sobre Reintegro de fórmula polinómica de la Valorización N° 09, por la suma de S/. 3,000.00, (numeral 2.4. de la "tabla de detalle"), no existe en este expediente arbitral ningún documento o elemento probatorio que permita establecer que EL CONSORCIO presentó al Supervisor o a LA MUNICIPALIDAD la correspondiente planilla de reintegro de valorización N° 09. Al respecto, informe pericial contable no aporta ningún elemento de juicio, a pesar de haber contado con la documentación de la obra para practicar el peritaje; lo que constituye un indicio razonable de que no existe tal documentación.
- 6.13. No debe perderse de vista que en arbitraje, al igual que en el fuero ordinario, la carga de la prueba es también de quien afirma un hecho. En este caso, si EL CONSORCIO afirma que LA MUNICIPALIDAD le adeuda por concepto de reintegro de fórmula polinómica de la Valorización N° 09, tiene la carga de probar su afirmación mediante el aporte de la documentación que



acredita que presentó su respectiva planilla de reintegro. Del mismo modo, tiene que probar que dicho reintegro asciende a S/. 3,000. En este caso, EL CONSORCIO no ha aportado prueba de ninguno de tales aspectos, por lo que este extremo deviene improcedente, sin perjuicio de que pueda hacer valer su derecho en la liquidación final de la obra.

- 6.14. En lo que se refiere a los mayores gastos generales de 1º y 2º ampliación de plazo, por S/. 15,000 (numeral 2.6 de la "tabla de detalle"), del análisis conjunto la demanda se puede establecer que la pretensión está referida al reconocimiento y pago de mayores gastos generales variables, tanto porque esta pretensión específica está directamente sustentada en las ampliaciones de plazo N° 01 y N°02, es decir que se trata de costos indirectos relacionados con el tiempo de ejecución de la obra; como por el hecho de que la demanda contiene además una pretensión de pago de "gastos directos" que es materia de pronunciamiento más adelante.
- 6.15. Para resolver este aspecto de la demanda arbitral, es necesario tener presente que de acuerdo con el Art. 202º del RLCE, el pago de los gastos generales variables es un efecto de las ampliaciones de plazo en los contratos de obra; y equivalen al número de días correspondientes a la ampliación, multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de obras adicionales que cuentan con presupuestos específicos. Sin embargo, cuando la ampliación de plazo es generada por la paralización de la obra por causas no atribuibles al contratista, solo procede el pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso.

Asimismo, debe tenerse presente que el Art. 204º del RLCE establece que para el pago de los mayores gastos generales se formulará una Valorización de Mayores Gastos Generales, la cual deberá ser presentada por el residente al inspector o supervisor, quien en cinco días la elevará a la Entidad para su revisión, aprobación y pago. No debe perderse de vista que esta norma resulta también de carácter imperativa, y como tal es de cumplimiento obligatorio.

- 6.16. Ahora bien, en el presente caso, la pretensión de mayores gastos generales corresponden a la Ampliación de Plazo N° 01, y a la Ampliación de Plazo N° 02. Respecto de la primera, ambas partes están de acuerdo que la Ampliación de Plazo N° 01 por veinticinco (25) días, fue aprobada mediante Resolución de



Alcaldía N° 211-2011/MDH, de fecha 02 de setiembre del 2010, en atención a la solicitud de fecha 23 de agosto del año 2010, por las fuertes lluvias caídas en la zona de la obra; hecho señalado por ambas partes como una causa no atribuible al contratista. La mencionada Resolución de Alcaldía ha sido ofrecido como prueba por LA MUNICIPALIDAD; y en ella se aprecia que no existe pronunciamiento sobre el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales variables, de manera que no existe una decisión de LA MUNICIPALIDAD de reconocer y pagar tal concepto por dicha ampliación de plazo.

- 6.17. En cuanto a la Ampliación de Plazo N° 02, existe controversia entre las partes en cuanto a la procedencia o no de dicha ampliación de plazo; pues mientras que EL CONSORCIO sostiene que se le concedió la ampliación por silencio positivo, LA MUNICIPALIDAD sostiene que el contratista no cumplió con el procedimiento ni con la acreditación de los requisitos de fondo para el otorgamiento de la ampliación y que por ello no procedería pagar mayores gastos generales variables por dicha ampliación. Por tanto, cabe analizar en primer lugar este aspecto de la controversia, teniendo en cuenta el marco legal que regula el procedimiento y los plazos para ampliaciones de plazo, en especial el primer párrafo del Art. 201º del RLCE, en cuanto prescribe que el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el supervisor.

LA MUNICIPALIDAD ha aportado al proceso arbitral los documentos relacionados con la solicitud de ampliación de plazo N° 02 de fecha 18 de noviembre del 2010, por sesenta (60) días, en la cual EL CONSORCIO señalo cuatro motivos: i) demora en el pago del reintegro referido al quinto mes de ejecución de obra; ii) demora en la aprobación del Adicional N° 01; iii) Aprobación del Adicional N° 02; iv) comprobado desabastecimiento de materiales por alza de precios. Asimismo, ha presentado el Informe de Ampliación de Plazo N° 02-2010-MDH/S-JBB, del 26 de noviembre del 2010, presentado por el Supervisor de Obra, Ing. Juan Balcazar Becerra cuya información está corroborada además con la anotación del Residente de Obra en el Asiento N° 208 del Cuaderno de Obra. Por tanto, el plazo para el pronunciamiento de LA MUNICIPALIDAD se cuenta desde el día siguiente de presentada la solicitud de ampliación, esto es desde el 19 de noviembre del 2010, hasta el 05 de diciembre del 2010; apreciándose que entre los medios probatorios aportados por LA MUNICIPALIDAD se encuentra la copia de la Resolución de Alcaldía N° 312-2010/MDH/A, de fecha 09 de diciembre del 2010, que declara improcedente la ampliación de plazo N° 02; cuando el plazo para pronunciarse ya había culminado, por lo que en



ampliación de lo dispuesto en el segundo párrafo del Art. 201 del RLCE, se considera ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad. En consecuencia, es conforme la afirmación de EL CONSORCIO de haberse concedido dicha ampliación de plazo por no haberse pronunciado LA MUNICIPALIDAD dentro del plazo reglamentario.

- 6.18. No obstante, EL CONSORCIO no ha demostrado en este arbitraje que cumplió con acreditar ante el Supervisor y/o ante LA MUNICIPALIDAD los mayores gastos generales variables que le habrían ocasionado la paralización de los trabajos por causa no atribuible al contratista y que dio lugar a la ampliación de plazo N° 01 por veinticinco días; como tampoco los mayores gastos generales que le habrían ocasionado los hechos que sustentaron su solicitud de ampliación de plazo N° 02. Asimismo, tampoco ha acreditado en este proceso EL CONSORCIO que cumplió con presentar al supervisor la Valorización de Mayores Gastos Generales a que se refiere el Art. 204º del RLCE.
- 6.19. De todo lo antes analizado se concluye que la pretensión de pago de mayores gastos generales resulte improcedente, sin perjuicio de que EL CONSORCIO pueda ejercer su derecho de acreditar tales gastos generales variables y valorizarlas en la Liquidación Final de Obra.
- 6.20. En relación a las pretensiones de Adicionales mayores Trabajos N° 01 presentado el 09.07.2010, por S/. 55,325.91 (numeral 2.7 de la "tabla de detalle"), y Adicionales por mayores Trabajos y partidas nuevas N° 03 del 28.08.2010, por S/. 215,265.02 (numeral 2.8 de la "tabla de detalle"), LA MUNICIPALIDAD ha propuesto la incompetencia del Tribunal Arbitral, señalando que "la decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no podrá ser sometida a arbitraje. Tampoco podrán ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República", según lo prescrito en el quinto párrafo del Art. 41 de la LCE.

Al respecto el tribunal arbitral advierte que la mencionada norma legal en efecto excluye del ámbito de las materias arbitrales a las controversias sobre adicionales de obra.

En consecuencia, sobre esta pretensión el Tribunal Arbitral carece de competencia, dejando a salvo el derecho del CONSORCIO para que lo haga valer en la vía que corresponde.



- 6.21. En cuanto a la pretensión de Reintegro de mayores trabajos por S/. 40,000 ((numeral 2.9 de la "tabla de detalle") esta pretensión deriva de la pretensión de pago de adicionales de obra, materia sobre la cual el Tribunal Arbitral carece de competencia; por tanto, siendo que lo accesorio sigue la suerte del principal, el Tribunal Arbitral también carece de competencia para pronunciarse sobre la pretensión de pago de reintegro de mayores trabajos.
- 6.22. Finalmente, en cuanto a la pretensión de Gastos Directos (Mantenimiento de oficina, mantenimiento de almacenes, personal de guardianía y gastos administrativos, etc.) de S/. 150,000 (numeral 2.10 de la "tabla de detalle"); en el presente caso EL CONSORCIO no ha aportado evidencia de los gastos directos que reclama, ni de su cuantía, por lo que este extremo de la demanda resulta improcedente dejando a salvo su derecho de aportarlos en la liquidación final de obra.
7. Tercer Punto controvertido de la demanda: Determinar si procede el reembolso o restitución en forma solidaria de los montos de la carta fianza ejecutadas a través de la Resolución de Alcaldía N° 018-2011/MDH conjuntamente con FOGAPI por el importe de Doscientos ochenta y nueve Mil Nuevos Soles (S/. 289, 000.00).

La parte demandante pretende el reembolso o restitución de las Cartas Fianzas por Adelanto Directo (S/. 172,451.40) y Adelanto de Materiales (S/. 117,000.00) ejecutadas a través de la Resolución de Alcaldía N° 018-2011/MDH.

El Tribunal Arbitral advierte al respecto que si bien correspondería prima facie la restitución de la vigencia de las cartas fianza ejecutadas como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la antes mencionada Resolución de Alcaldía, no puede dejarse de tener en cuenta que la resolución del contrato de ejecución de obra, dispuesta mediante Resolución N° 034-2011/MDH, comunicada el 28 de Marzo del año 2,011 y consentida por EL CONSORCIO, tiene como uno de sus efectos precisamente la ejecución de las cartas fianzas mencionadas, de tal manera que con posterioridad a esa fecha no es posible jurídica ni materialmente disponer que LA MUNICIPALIDAD restituya o reembolse los montos de las cartas fianza ejecutadas.

Ello no es obstáculo sin embargo para que el Tribunal Arbitral analice más adelante las recíprocas pretensiones de indemnización por daños y perjuicios que pudieran derivar de los actos que ambas partes consideran dañosos.



Adicionalmente, el Tribunal Arbitral considera que tratándose de fianzas por Adelantos tanto directo como de materiales, el dinero proveniente de su ejecución están destinados a cubrir los adelantos no amortizados a la fecha de resolución del contrato; lo cual se tendrá que considerar dentro de la Liquidación Final de la Obra.

Por todo lo antes analizado, se concluye que la pretensión es IMPROCEDENTE.

8. Cuarto punto controvertido de la demanda: Determinar si procede la indemnización de daños y perjuicios contractuales ascendentes a Quinientos Mil Nuevos Soles (S/. 500,000.00).

Como se ha visto en el resumen de los fundamentos de la demanda, EL CONSORCIO fundamenta su pretensión indemnizatoria en el hecho de la ejecución de las cartas fianzas por adelanto directo y adelanto de materiales que le habría ocasionado daños irreparables al impedir la renovación de las mismas y dejar fuera del sistema financiero a EL CONSORCIO, injustificadamente al ser nula la rescisión de contrato que dispuso la ejecución de dichas cartas fianzas.

Al respecto, LA MUNICIPALIDAD al contestar este extremo de la demanda admite que las mencionadas cartas fianza fueron ejecutadas a raíz de emitirse la Resolución de Alcaldía N° 018-2011/MDH del 02.02.11 que resuelve rescindir el contrato, como también por no haberse renovado las cartas fianzas 3437-2010-FG por concepto de adelanto directo por el monto de S/. 172,451.40 vencía el 05-03-2011 y la carta fianza 3148-2010-FG por adelanto de materiales por el monto de S/. 117,000.00 vencía el 06-02-11; y además por la paralización de la obra.

El Tribunal Arbitral no comparte la fundamentación de LA MUNICIPALIDAD por cuanto resulta evidente que al momento de solicitarse la ejecución de las cartas fianza de adelanto directo y de materiales, LA MUNICIPALIDAD tenía pleno conocimiento que aquellas se encontraban vigentes, es decir sus vigencias no habían vencido, tal es así que en el Artículo Segundo de la mencionada Resolución de Alcaldía N° 018-2011/MDH del **02 de febrero del 2011**, se dispone solicitar a FOGAPI la ejecución a favor de la Municipalidad las siguientes cartas fianzas:

“1. Carta fianza N° 3437-2010/FG por concepto de adelanto directo, presentadas a la municipalidad distrital de Huarango vigente desde el 03 de diciembre del 2010 **hasta 05 de marzo del 2011**.

2. Carta fianza N° 3148-2010/FG presentadas a la municipalidad distrital de Huarango vigente desde el 08 de



noviembre del 2010 **hasta 06 de febrero del 2011**". (La negrita es agregada).

La misma información se encuentra contenida en la Carta Notarial cursada por LA MUNICIPALIDAD a FOGAPI el 04 de febrero del 2011, como consta en la copia presentada como medio probatorio por EL CONSORCIO como anexo 1-J de su escrito de demanda.

En este orden de ideas, resulta claro para el Tribunal Arbitral que la ejecución de las mencionadas cartas fianzas producto de un acto nulo, como en efecto así fue declarado por la misma MUNICIPALIDAD, también resulta nulo, conforme lo prevé el numeral 13.1. del Art. 13º de la Ley 27444: "La nulidad de un acto solo implica la de los sucesivos en el procedimiento, cuando estén vinculados a él". Esta disposición legal concuerda perfectamente con el numeral 12.3 de la Ley 27444 y con el último párrafo del Art. 220º del Código Civil, ya que la ejecución de las mencionadas cartas fianzas no es subsanable con la Resolución de Alcaldía N° 034-2011/MDH, comunicada el 28 de Marzo del año 2011, aun cuando esta última fue consentida por EL CONSORCIO, por cuanto a esa fecha ya se había consumado la ejecución de las cartas fianzas y por tanto impedido al CONSORCIO renovarlas en el lapso transcurrido entre el 02 de febrero del 2011 y las respectivas fechas de vencimiento de dichas cartas fianzas, precisamente porque LA MUNICIPALIDAD ya había solicitado la ejecución.

La responsabilidad de indemnizar al CONSORCIO en el presente caso, deriva de la previsión legal contenido en el numeral 12.3 de la Ley N° 27444, antes mencionado, en cuanto prescribe: "En el caso de que el acto viciado se hubiera consumado, o bien sea imposible retrotraer sus efectos, sólo dar lugar a la responsabilidad de quien dictó el acto **y** en su caso, **a la indemnización para el afectado**" (la negrita es agregada).

Adicionalmente, el Tribunal Arbitral tiene presente que la ejecución de las cartas fianzas por adelanto directo y de materiales antes de la notificación de la Resolución de Alcaldía N° 034-2011/MDH, esto es cuando ambas estaban vigentes, no se sustenta en ninguna de las causales previstas en el Art. 160º del RLCE, como tampoco está amparada en el Art. 170º del RLCE.

De todo ello se concluye que la ejecución de las cartas fianzas resulta ser antijurídica. En cuanto al daño ocasionado al CONSORCIO resulta también incontrovertible pues la ejecución de las cartas fianzas antes de sus respectivos vencimientos y sin causa válida hasta ese momento, impidió al CONSORCIO renovarlas, y lo colocó en condición financiera de calificación negativa en el sistema financiero nacional. Entre el acto nulo de ejecución de las cartas fianzas mencionadas, y el daño ocasionado resulta también evidente la vínculo de causalidad, ya que



este último es consecuencia directa de la acción de ejecución de las cartas fianzas. El factor de atribución del daño causado es también evidente y no puede ser otro que la conducta culposa, sino dolosa, de LA MUNICIPALIDAD al disponer la ejecución de las cartas fianzas sin existir causa que se lo permita, como ya se ha mencionado.

Probados en el presente caso los elementos constitutivos de la responsabilidad civil por la ejecución sin causa valida y de la manera antes analizada, resulta ahora necesario precisar el quantum indemnizatorio, teniendo en cuenta que EL CONSORCIO lo estima en S/. 500,000 por concepto de daño emergente y lucro cesante.

El daño emergente está presente en este caso por la afectación directa al patrimonio intangible de EL CONSORCIO al afectarse negativamente su calificación financiera en el sistema financiero nacional como producto directo de la ejecución sin causa valida de las cartas fianzas. Por tanto, al no tener una cuantificación directa por tratarse de un bien intangible, corresponde fijarla prudencialmente tomando como base referencial el volumen de su movimiento financiero que en el presente arbitraje se limita al monto contractual del Contrato de Obra firmado por ambas partes, al no haberse acreditado la existencia de otros contratos de obra que EL CONSORCIO o sus integrantes hayan suscrito y ejecutado. Siendo así, el Tribunal Arbitral fija en el 10% del monto contractual el quantum de la indemnización que LA MUNICIPALIDAD debe reconocer y pagar al CONSORCIO por el daño ocasionado al ser un acto nulo la ejecución de las cartas fianzas de adelanto directo y de materiales, lo que hace un importe de S/. 200,245.49.

El lucro cesante es definido por el profesor Juan Espinoza Espinoza como "el no incremento en el patrimonio del dañado (sea por incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito)". Se trata de un planteamiento de daño por pérdida de oportunidad, perdida de chance o pérdida de ocasión favorable, que se define como la pérdida actual de un mejoramiento patrimonial futuro y posible, configurándose bajo la forma de lucro cesante como un daño resarcible que busca reparar el agravio cuando el acto dañoso ha frustrado la posibilidad de obtener cierta ventaja patrimonial. Ello determina que se haya privado al sujeto agraviado de ejercer las posibilidades que tenía de conseguir un beneficio patrimonial que aunque sea futuro no por ello deja de ser indemnizable.

En el presente caso, EL CONSORCIO no ha demostrado que tenía otros proyectos por ejecutar o en ejecución que se hayan visto afectados o perjudicados al ser afectado en su situación financiera al ejecutarse las cartas fianzas a solicitud de LA MUNICIPALIDAD. En consecuencia, el Tribunal Arbitral no encuentra elementos de juicio suficientes para amparar el pago de una indemnización por lucro cesante.



EL CONSORCIO ha hecho expresa mención en su demanda al pago de intereses legales que se devenguen. Al respecto, el Art. 48º de la LCE establece el derecho del contratista al reconocimiento de los intereses legales correspondientes en caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor.

Por su parte el Art. 181º del RLCE, establece que la Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. Para tal efecto, el responsable de dar la conformidad de recepción de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos recibidos. En caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48º de la Ley, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.

Como se aprecia, la normativa de Contrataciones del Estado no regula en materia de intereses legales derivados de la indemnización por daños y perjuicios. En consecuencia, se hace imperativo recurrir a las normas de aplicación supletoria, que para el presente caso es el Art. 1985º del Código Civil, que define el contenido de la indemnización dentro de la cual considera los intereses en los siguientes términos: "El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño".

Sin embargo, EL CONSORCIO no ha demandado los intereses devengados desde la fecha en que se produjo el daño, sino "los intereses legales que se devenguen"; y como por el principio de congruencia el Tribunal Arbitral tiene que pronunciarse sobre aquellas pretensiones formuladas por las partes sin excederlas ni desnaturalizarlas, el pronunciamiento al respecto no puede ser otro que el declarar que EL CONSORCIO tiene derecho a los intereses legales que se devenguen desde la notificación con la demanda arbitral, que serán calculados sobre el monto de la indemnización, en ejecución de laudo.

9. Segundo punto controvertido de la reconvención: El pago de una indemnización por daños y perjuicios calculado en la suma de QUINIENTOS MIL NUEVOS SOLES (S/. 500,000.00) por causal de incumplimiento contractual por parte del Consorcio Huarango, al haber incumplido con renovar la Carta de Fiel Cumplimiento vencida el 15 de Noviembre del 2011, la carta fianza por adelanto de materiales, que vencía el 6 de febrero del 2011, paralización injustificada de la obra a partir del 01 de Enero del 2011, causando perjuicio.

Al respecto, atendiendo a que la obligación del pago de indemnización por daños y perjuicios contractuales corresponde a la parte que resulta



culpable por el incumplimiento del contrato conforme así lo señala el artículo 44º de la Ley de Contrataciones del Estado, la pretensión de la reconvención formulada por LA MUNICIPALIDAD resulta amparable toda vez que ante la omisión del CONSORCIO de someter a materia conciliatoria o arbitral la resolución contractual que verificará la Municipalidad Distrital de Huarango con la comunicación de fecha 28 de Marzo del año 2,011 tal acto administrativo quedó plenamente consentido a tenor de lo previsto en el artículo 209º de RLCE y por tanto ello ubica al CONSORCIO en la posición de parte responsable del incumplimiento contractual, esto es, sujeto obligado al resarcimiento de daños y perjuicios por incumplimiento de las obligaciones del contrato de renovar la vigencia de la carta fianza de fiel cumplimiento y de ejecución total de la obra contratada. No es, como se ha establecido, incumplimiento del CONSORCIO la falta de renovación de la carta fianza por adelanto de materiales, por cuanto su imposibilidad provino del acto nulo de ejecución de dicha carta fianza.

El Tribunal Arbitral advierte que en efecto EL CONSORCIO no cuestionó la resolución del contrato a que se refiere la Resolución de Alcaldía N° 034-2011/MDH, la que se sustenta obviamente en el incumplimiento contractual en los aspectos antes mencionados. Por tanto, si nos encontramos ante una consentida resolución de contrato por causa imputable al contratista, resulta de aplicación imperativa el segundo párrafo del Art. 44º de la LCE, correspondiendo reconocer la indemnización por daños a favor de LA MUNICIPALIDAD, fijando prudencialmente el quantum de los mismos tomando como referente aplicativo el monto de la carta fianza de fiel cumplimiento no renovada por EL CONSORCIO, atendiendo a la naturaleza contractual y legal que se atribuye a la misma, esto es, el de compensar a la administración por el retraso de la ejecución de la obra que obviamente ya se dio y que obligara en todo caso a la entidad municipal, a convocar nueva licitación. Así, el importe de dicha indemnización por daños asciende a S/. 200,245.49.

10. Tercer punto controvertido de la reconvención: El pago de una indemnización por daños y perjuicios en la suma de DOSCIENTOS MIL NUEVOS SOLES (S/. 200.00) por haber cobrado la carta de fiel cumplimiento.

Al respecto el Tribunal Arbitral no comparte el fundamento de esta pretensión de la reconvención, por cuanto constituye un imposible jurídico y material que EL CONSORCIO haya podido cobrar la carta fianza de fiel cumplimiento no renovada. En nuestro sistema jurídico nacional, la carta fianza de fiel cumplimiento solo puede ser cobrada por aquella persona jurídica o natural con quien el afianzador (en este caso FOGAPI) se obliga a pagar en caso que el afianzado (en este caso EL CONSORCIO) no cumpla sus obligaciones contractuales. En ningún



caso el afianzado puede cobrar el importe de una carta fianza de fiel cumplimiento. Tal es así que en el presente caso no existe ninguna prueba que acredite que EL CONSORCIO ha cobrado la mencionada carta fianza.

Siendo así, corresponde declarar infundada esta pretensión de la reconvención; haciéndose presente que LA MUNICIPALIDAD no ha demandado el pago de intereses legales de la indemnización.

- 11. Quinto punto controvertido de la demanda:** El pago de costas y costos que demande el desarrollo del proceso arbitral a cargo de la demandada.

El Decreto Legislativo N° 1071, vigente desde el 01 de setiembre del 2008, considera bajo la denominación "Costos Arbitrales", los honorarios y gastos del tribunal arbitral, los honorarios y gastos del secretario, los gastos administrativos de la institución arbitral, los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral, los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje y los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales. Y en el primer numeral del Art. 73º establece específicamente que el tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes, y que a falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida, sin embargo, se podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En EL CONTRATO no se aprecia que las partes hayan pactado respecto de los costos del arbitraje, como tampoco en otros documentos actuados en autos.

Como en el presente caso, tanto la demanda como la reconvención son parcialmente fundadas, y ambas partes han tenido razones suficientes y atendibles para litigar en defensa de sus posiciones, el Tribunal Arbitral considera razonable que los costos arbitrales sean asumidos por las partes en las cantidades que ya han cubierto.

Por estas consideraciones, el Tribunal Arbitral, en Derecho, en mayoría, con el voto singular del Arbitro Juan Manuel Rivera Paredes,

LAUDA:

**Primero:** DECLARAR que el Tribunal Arbitral no puede emitir pronunciamiento sobre la primera pretensión de la demanda, sobre nulidad de la resolución de contrato, por no haberse sometido a arbitraje dicha controversia dentro de los 15 días hábiles de notificada la carta de resolución de contrato de fecha 28 de marzo del 2011, habiendo quedado consentida.



**Segundo:** DECLARAR que carece de objeto emitir pronunciamiento sobre la primera pretensión de la reconvenCIÓN, por haber quedado consentida la resolución de contrato a que se refiere carta de fecha 28 de marzo del 2011.

**Tercero:** DECLARAR FUNDADA la pretensión de pago de la valorización N° 08; en consecuencia: DISPONER que LA MUNICIPALIDAD pague al CONSORCIO el importe de S/. 45,766.43; más los intereses legales devengados desde el 01 de enero del 2011, hasta la fecha de pago; y que serán liquidados en ejecución del laudo con observancia de lo señalado por los artículos 1244º, 1245º y 1246º del Código Civil.

**Cuarto:** DECLARAR FUNDADA la pretensión de pago de la valorización N° 09; en consecuencia: DISPONER que LA MUNICIPALIDAD pague al CONSORCIO el importe de S/. 28,299.67, correspondiente a la mencionada valorización; más los intereses legales devengados desde el 01 de febrero del 2011, hasta la fecha de pago; que serán liquidados en ejecución del laudo con observancia de lo señalado por los artículos 1244º, 1245º y 1246º del Código Civil.

**Quinto:** DECLARAR FUNDADA la pretensión de pago de reajustes por fórmula polinómica de valorizaciones N° 06, 07 y 08; en consecuencia DISPONER que LA MUNICIPALIDAD pague al CONSORCIO la suma de S/. 5,673.23.

**Sexto:** DECLARAR IMPROCEDENTE la pretensión de Reintegro de fórmula polinómica de la Valorización N° 09, por la suma de S/. 3,000.00; dejando a salvo su derecho para que lo haga valer en la liquidación final de la obra.

**Séptimo:** DECLARAR IMPROCEDENTE la pretensión de pago de mayores gastos generales de las ampliaciones de plazo N° 01 y 02, dejando a salvo su derecho para que lo haga valer en la liquidación final de la obra.

**Octavo:** DECLARAR que el Tribunal Arbitral carece de competencia para pronunciarse sobre las pretensiones de pago de Adicionales mayores Trabajos N° 01 por S/. 55,325.91; Adicionales por mayores Trabajos y partidas nuevas N° 03, por S/. 215,265.02; y Reintegro de mayores trabajos por S/. 40,000.00; dejando a salvo el derecho del CONSORCIO para que lo haga valer en la vía correspondiente.

**Noveno:** DECLARAR IMPROCEDENTE la pretensión de pago de Gastos Directos; dejando a salvo el derecho del CONSORCIO para que lo haga valer en la liquidación final de la obra.

**Décimo:** DECLARAR INFUNDADA la tercera pretensión de la demanda, sobre reembolso o restitución en forma solidaria de los montos de la carta fianza ejecutadas a través de la Resolución de Alcaldía N° 018-2011/MDH.

**Décimo primero:** DECLARAR FUNDADA EN PARTE la cuarta pretensión de la demanda sobre pago de indemnización de daños y perjuicios contractuales; en consecuencia LA MUNICIPALIDAD deberá pagar al CONSORCIO el importe



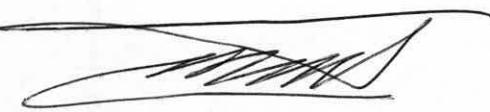
de S/. S/. 200,245.49 (Doscientos mil doscientos cuarenta y cinco con 49/100 Nuevos Soles); más los intereses legales que se devenguen desde la notificación con la demanda arbitral, que serán calculados en ejecución de laudo.

**Décimo segundo:** DECLARAR FUNDADA EN PARTE la segunda pretensión de la reconvenCIÓN, sobre pago de indemnización por daños y perjuicios por causal de incumplimiento contractual por parte del Consorcio Huarango; en consecuencia EL CONSORCIO deberá pagar a LA MUNICIPALIDAD el importe de S/. 200,245.49 (Doscientos mil doscientos cuarenta y cinco con 49/100 Nuevos Soles).

**Décimo tercero:** DECLARAR INFUNDADA la cuarta pretensión de la reconvenCIÓN, sobre pago de indemnización por daños y perjuicios por cobro de la carta de fiel cumplimiento.

**Décimo Cuarto:** DISPONER que cada parte asuma los gastos arbitrales que han asumido cada uno de ellos en el presente arbitraje.

Notifíquese y cúmplase.



Juan Manuel Fiestas Chunga  
Presidente



Gerardo Martín Guerrero Franco  
Arbitro



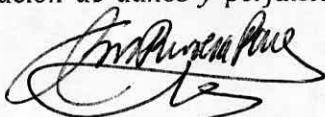
Gino Paul Silva Laos  
Secretario Arbitral

## **OPINION DISCORDANTE**

A lo previsto por el artículo 55º inciso 1 del Decreto Legislativo N° 1071 y en concordancia con lo señalado en el también 55º del Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio y Producción de Lambayeque, en mi condición de árbitro de parte para el Caso Arbitral N° 001-2011-CCA/CCPL, procedo a manifestar lo siguiente:

**Primero.**- Explicitar mi conformidad con el contenido del Laudo bajo emisión en resolución de la presente controversia y respecto a casi todas las decisiones que sostiene: **a)** DECLARAR que el Tribunal Arbitral no puede emitir pronunciamiento sobre la primera pretensión de la demanda, sobre nulidad de la resolución de contrato, por no haberse sometido a arbitraje dicha controversia dentro de los 15 días hábiles de notificada la carta de resolución de contrato de fecha 28 de marzo del 2011, habiendo quedado consentida; **b)** DECLARAR que carece de objeto emitir pronunciamiento sobre la primera pretensión de la reconvención, por haber quedado consentida la resolución de contrato a que se refiere carta de fecha 28 de marzo del 2011; **c)** DECLARAR FUNDADA la pretensión de pago de la valorización N° 08; en consecuencia: DISPONER que LA MUNICIPALIDAD pague al CONSORCIO el importe de S/. 45,766.43; más los intereses legales devengados desde el 01 de enero del 2011, hasta la fecha de pago; y que serán liquidados en ejecución del laudo con observancia de lo señalado por los artículos 1244º, 1245º y 1246º del Código Civil; **d)** DECLARAR FUNDADA la pretensión de pago de la valorización N° 09; en consecuencia: DISPONER que LA MUNICIPALIDAD pague al CONSORCIO el importe de S/. 28,299.67, correspondiente a la mencionada valorización; más los intereses legales devengados desde el 01 de febrero del 2011, hasta la fecha de pago; que serán liquidados en ejecución del laudo con observancia de lo señalado por los artículos 1244º, 1245º y 1246º del Código Civil; **e)** DECLARAR FUNDADA la pretensión de pago de reajustes por fórmula polinómica de valorizaciones N° 06, 07 y 08; en consecuencia DISPONER que LA MUNICIPALIDAD pague al CONSORCIO la suma de S/. 5,673.23; **f)** DECLARAR IMPROCEDENTE la pretensión de Reintegro de fórmula polinómica de la Valorización N° 09, por la suma de S/. 3,000.00; dejando a salvo su derecho para que lo haga valer en la liquidación final de la obra; **g)** DECLARAR IMPROCEDENTE la pretensión de pago de mayores gastos generales de las ampliaciones de plazo N° 01 y 02, dejando a salvo su derecho para que lo haga valer en la liquidación final de la obra; **h)** DECLARAR que el Tribunal Arbitral carece de competencia para pronunciarse sobre las pretensiones de pago de Adicionales mayores Trabajos N° 01 por S/. 55,325.91; Adicionales por mayores Trabajos y partidas nuevas N° 3, por S/. 215,265.02; y Reintegro de mayores trabajos por S/. 40,000.00; dejando a salvo el derecho del CONSORCIO para que lo haga valer en la vía correspondiente; **i)** DECLARAR IMPROCEDENTE la pretensión de pago de Gastos Directos; dejando a salvo el derecho del CONSORCIO para que lo haga valer en la liquidación final de la obra; **j)** DECLARAR INFUNDADA la tercera pretensión de la demanda, sobre reembolso o restitución en forma solidaria de los montos de la carta fianza ejecutadas a través de la Resolución de Alcaldía N° 018-2011/MDH; **k)** DECLARAR FUNDADA EN PARTE la segunda pretensión de la reconvención, sobre pago de indemnización por daños y perjuicios por causal de incumplimiento contractual por parte del Consorcio Huarango; en consecuencia EL CONSORCIO deberá pagar a LA MUNICIPALIDAD el importe de S/. 200,245.49 (Doscientos mil doscientos cuarenta y cinco con 49/100 Nuevos Soles); sin intereses por no haber sido demandados; **l)** DECLARAR INFUNDADA la cuarta pretensión de la reconvención, sobre pago de indemnización por daños y perjuicios por cobro de la carta de fiel cumplimiento y **m)** DISPONER que cada parte asuma los gastos arbitrales que han asumido cada uno de ellos en el presente arbitraje.

**Segundo.**- Asentar posición discordante con lo resuelto en el punto Décimo Primero del emitido Laudo en cuanto se declara "FUNDADA EN PARTE la cuarta pretensión de la demanda sobre pago de indemnización de daños y perjuicios contractuales; en consecuencia LA



*MUNICIPALIDAD deberá pagar al CONSORCIO el importe de S/. S/. 200,245.49 (Doscientos mil doscientos cuarenta y cinco con 49/100 Nuevos Soles); más los intereses legales que se devenguen desde la notificación con la demanda arbitral, que serán calculados en ejecución de laudo".*

**Tercero.-** Emitir pronunciamiento sobre la cuarta pretensión de la demanda bajo la singularidad formal del caso y en los siguientes términos:

**Considerando:**

1. Que, el demandante Consorcio Huarango como punto cuatro de Identificación de pretensiones como fluye de su escrito de subsanación de observaciones a demanda Arbitral presentado con fecha 22 de Septiembre del año 2011, ubica la correspondiente a la indemnización por daños y perjuicios contractuales ascendentes S/. 500,000.00 indicando haber sido irrogados por la Municipalidad Distrital de Huarango en su agravio por la ejecución de las Cartas Fianzas utilizando la Resolución de Alcaldía N° 018-2011 del 02 de febrero del año 2,011;
2. Que, la aludida pretensión del demandante bajo tal alcance nos remitiría a los efectos contractuales indemnizatorios derivables de un acto declarado nulo por la entidad y consentido por aquél como fue al caso de la Resolución de Alcaldía N° 018-2011 más con lo cual de ampararse aquélla se contravendría lo señalado en el artículo 44º de la Ley de Contrataciones del Estado respecto a que la obligación del pago de indemnización por daños y perjuicios contractuales corresponde a la parte que resulta culpable por el incumplimiento del contrato y así atendiendo que ante la omisión del contratista de someter a materia conciliatoria o arbitral la resolución contractual que verificará la Municipalidad Distrital de Huarango con la comunicación de fecha 28 de Marzo del año 2,011 tal acto administrativo quedara plenamente consentido a tenor de lo previsto en el artículo 209º de RLCE quedaba entonces y sustantivamente ubicado el Consorcio Huarango ahora demandante en la posición de parte responsable del incumplimiento contractual, esto es, sujeto obligado al resarcimiento de daños y perjuicios y no de acreedor por lo mismo.
3. Que, la entidad incurrió en exceso contractual al proceder con la ejecución de las cartas fianzas por Adelanto Directo (S/. 172,451.40) y Adelanto de Materiales (S/. 117,000.00) ejecutadas a través de la R.A. N° 018-2011/MDH más habiendo sido ésta declarada nula por la entidad mediante Resolución N° 034-2011/MDH al amparar la nulidad interpuesta por el propio Consorcio Huarango, en definitiva, los alcances de la pretensión reclamada se subsumen a las consecuencias de la resolución contractual por causa imputable al contratista que determinara la Municipalidad Distrital de Huarango y a que se refiere la comunicación de fecha 28 de Marzo del año 2,011 que no ha sido sometida a arbitraje, resultando procesalmente inoficioso ante este incontrovertible estado formal de disolución de vínculo contractual estimar supuesto implicante de realidad jurídica distinta como pretende la parte demandante al reclamar pago de indemnización de daños y perjuicios contractuales.

Por estas consideraciones, respecto a esta puntual pretensión del demandante y en Derecho, mi voto singular es:

**LAUDA:**

**DECLARAR IMPROCEDENTE** la cuarta pretensión de la demanda que presentara el Consorcio Huarango sobre pago de indemnización de daños y perjuicios contractuales.

Chiclayo, Diciembre 26 del 2,012

