

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

RESOLUCIÓN N° 26

Lima, 19 de febrero de 2013.-

Demandante:

LUIS FELIPE LOZADA PODESTÁ

En adelante EL CONTRATISTA O EL DEMANDANTE

Demandado:

INSTITUTO METROPOLITANO PROTRANSPORTE DE LIMA

En adelante LA ENTIDAD O EL DEMANDADO

Tribunal Arbitral:

Dr. José Germán Pimentel Aliaga – Presidente del Tribunal Arbitral

Dr. Mario Manuel Silva López – Árbitro

Dr. Juan Huamaní Chávez – Árbitro

Secretaria Ad Hoc:

Dra. Claudia Tatiana Sotomayor Torres

En la ciudad de Lima, con fecha 19 de febrero del 2013, en la sede del arbitraje, sito en Calle Tinajones N° 181, Oficina N° 504, distrito de Santiago de Surco, provincia y departamento de Lima, se reunió el Tribunal Arbitral integrado por el Doctor José Germán Pimentel Aliaga, quien lo preside, el Doctor Mario Manuel Silva López y el Doctor Juan Huamaní Chávez, a efectos de emitir el siguiente Laudo Arbitral de Derecho, en el proceso arbitral seguido entre el señor LUIS FELIPE LOZADA PODESTÁ y el INSTITUTO METROPOLITANO PROTRANSPORTE DE LIMA.

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 7 de octubre de 2010, el señor LUIS FELIPE LOZADA PODESTÁ suscribió con el INSTITUTO METROPOLITANO PROTRANSPORTE DE LIMA, el Contrato N° 076-2010-MML/IMPL/AN, en adelante EL CONTRATO, luego de haber obtenido la Buena Pro de la Adjudicación Directa Selectiva N° 001-2010-MML-IMPL-CEPO.

El Contrato tenía como objeto que EL CONTRATISTA ejecute la Obra: "ACCESO AL ASENTAMIENTO HUMANO LA UNIFICADA - PSJE. EL ÁNGEL", en adelante LA OBRA.

El monto de la obra se estableció en S/. 470,553.66 (Cuatrocientos Setenta Mil Quinientos Cincuenta y Tres y 66/100 Nuevos Soles) incluido el I.G.V.

El plazo de ejecución de la obra se estableció en treinta (30) días calendarios.

Posteriormente, con fecha 06 de diciembre de 2010, las partes suscribieron la Adenda N° 01 al Contrato, fijando en cuarenta (40) días calendarios el plazo de ejecución de la obra.

Con fecha 06 de diciembre de 2010, las partes suscribieron la Adenda N° 02 al Contrato, fijando el nuevo monto del Contrato en la suma de S/.489,140.17 (Cuatrocientos Ochenta y Nueve Mil Ciento Cuarenta con 17/100 Nuevos Soles) incluido el I.G.V.

Durante la ejecución del Contrato surgieron controversias entre las partes que son materia del presente proceso arbitral.

II. DESARROLLO DEL PROCESO ARBITRAL

II.1 INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y PROCEDIMIENTO ARBITRAL APLICABLE

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

Inicio del Proceso Arbitral, Designación e Instalación del Tribunal Arbitral

De común acuerdo las partes, señor LUIS FELIPE LOZADA PODESTÁ y el INSTITUTO METROPOLITANO PROTRANSPORTE DE LIMA, designan al Tribunal Arbitral conformado por el Dr. José Germán Pimentel Aliaga, Presidente del Tribunal, Dr. Mario Manuel Silva López, Árbitro, y el Dr. Juan Huamaní Chávez, Árbitro, a fin que resuelvan las controversias surgidas durante la ejecución del Contrato.

Una vez aceptada la designación del Tribunal Arbitral, se procedió a la instalación del mismo con fecha 14 de junio de 2011, acto que se realizó con presencia y participación de las partes, siendo que los miembros del Tribunal Arbitral se ratificaron en señalar que no existía circunstancia alguna que pueda afectar su imparcialidad e independencia y que no tenían incompatibilidad o compromiso alguno con las partes, comprometiéndose a desempeñar la labor encomendada con imparcialidad, probidad e independencia. En este acto se señalaron las reglas del proceso y se fijaron los anticipos de honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaria Arbitral.

Cabe resaltar que las partes han aceptado plenamente la designación de los miembros del Tribunal Arbitral, al no haber recusado ni manifestado motivo alguno para dudar de su independencia e imparcialidad, dentro de los plazos y oportunidades establecidos en el Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, en adelante, la Ley de Arbitraje.

El Convenio Arbitral y la Competencia del Tribunal Arbitral

En la Cláusula Décimo Octava del Contrato relativa a la Solución de Controversias se estableció 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 144°, 170°, 175°, 177°, 199°, 201°, 209°, 210° y 211° del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley. El arbitraje será de derecho.

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia”.

Por otro lado, en el punto 3) del Acta de Instalación de Tribunal Arbitral, en adelante el Acta, se dispuso que en virtud a lo establecido en el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante el Decreto Legislativo N° 1017, el arbitraje sería NACIONAL y de DERECHO.

Asimismo, en el convenio arbitral concordante con el numeral 35) del Acta, se pactó que el laudo es definitivo e inapelable y se sujetará a lo dispuesto en el artículo 59° del Decreto Legislativo N° 1071.

Procedimiento arbitral aplicable

Según lo estipulado en el punto 4) del Acta, el arbitraje debe regirse de acuerdo con las reglas establecidas en ella y, en su defecto, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado – Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento, y supletoriamente, por el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje.

Asimismo, en caso de discrepancias de interpretación, de insuficiencia de reglas o de vacío normativo respecto al contenido del Acta, el Tribunal Arbitral quedó facultado para resolver en forma definitiva del modo que considere apropiado, al amparo de lo establecido en los artículos 34° y 40° del Decreto Legislativo N° 1071.

II.2 CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

El presente laudo se expide de conformidad con lo estipulado en el artículo 52º de la Ley de Arbitraje. Estando a lo dispuesto en el mencionado Artículo, el Tribunal Arbitral advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en la parte considerativa del presente laudo.

En lo concerniente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en el presente proceso arbitral se ha actuado de conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 43º de la Ley de Arbitraje, que a la letra señala que:

"El Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva, la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas".

II.3 LA DEMANDA

EL CONTRATISTA presentó su escrito de demanda arbitral, con fecha 06 de julio de 2011, complementado por escrito presentado el 21 de julio de 2011, quedando en los siguientes términos:

PETITORIO

El Contratista señala como pretensiones de la demanda, las siguientes:

- a) Se declare el reconocimiento y pago por parte de la Entidad Contratante, del resarcimiento de daños y perjuicios, por la demora en el pago del Adelanto Directo, por un monto ascendente a la suma de S/.47,055.36 (Cuarenta y siete mil y cincuenta y cinco y 36/100 Nuevos Soles), más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.
- b) Se declare la nulidad y/o ineficacia parcial de la Resolución de Gerencia de Obras y Mantenimiento N° 062-2010-MML/IMPL/GOM, de fecha 06.12.10, la misma que resuelve aprobar la Ampliación de Plazo N° 01, por diez (10) días calendarios, sin el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales; en consecuencia, se reconozca y se ordene el pago por parte de la Entidad

Laudo Arbitral de Derecho

**LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA**

Contratante de los Mayores Gastos Generales por el monto ascendente a la suma de S/.4,795.50 (Cuatro mil setecientos noventa y cinco y 50/100 Nuevos Soles), al amparo del artículo 202° del DS N° 184-2008-EF Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.

- c) Se declare la nulidad y/o ineficacia total de la Resolución de Gerencia General N° 017-2011-MML/IMPL/GG, la misma que resuelve el contrato de manera arbitraria, por no tener asidero legal.
- d) La obligación por parte de la Entidad Contratante de dar suma de dinero (pago), de la valorización del Presupuesto Adicional N° 01, por el monto ascendente a la suma de S/.18,586.61 (Dieciocho mil quinientos ochenta y seis y 61/100 Nuevos Soles), al amparo del artículo 197°, del D.S.N°184-2008-EF, Reglamento de la Ley De Contrataciones y Adquisiciones del Estado, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.
- e) La obligación por parte de la Entidad Contratante de dar suma de dinero (pago), de las partidas ejecutadas necesarias para cumplir con el objetivo de la obra, por el monto ascendente a la suma de S/.119,872.78 (Ciento diecinueve mil ochocientos setenta y dos y 78/100 Nuevos Soles), para que no se configure el enriquecimiento indebido por parte de la Entidad Contratante, al amparo del artículo 1954° del Código Civil.
- f) Que se declare la inaplicación de la penalidad, por el supuesto incumplimiento del contrato, en razón de que el Contratista ha cumplido totalmente las obligaciones contractuales.
- g) La obligación por parte de la Entidad Contratante, de dar suma de dinero (Pago), de los costos (Honorarios de abogado) y costas (Gastos del proceso: Honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaria Arbitral) derivados del presente proceso, más los intereses hasta la fecha de su pago.
- h) Se reconozca y ordene el pago por los daños y perjuicios que se originan como daño emergente, en el mayor costo de nuestras pólizas de caución, de fiel cumplimiento de contrato, adelanto directo y adelanto de materiales, al

Laudo Arbitral de Derecho

**LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA**

haberse excedido los plazos contractuales, los mismos que no se pueden recuperar por la desidia de la entidad contratante; la demora innecesaria a la solución de las presentes controversias como el perjuicio causado por gastos de pagos a empresas asesoras para el proceso de conciliación y arbitraje; tal y como lo estipula los artículos 1969º y 1985º del Código Civil; así como las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no permitiendo la participación del Contratista en diversos procesos de selección.

El escrito que complementa la demanda señala que la pretensión signada con la letra H) queda aclarada en los siguientes términos: "Se reconozca y ordene el pago por los daños y perjuicios que se originan como daño emergente, en el mayor costo de la Carta Fianza, de fiel cumplimiento de contrato, al haberse excedido los plazos contractuales, los mismos que no se pueden recuperar por la desidia de la Entidad Contratante; la demora innecesaria a la solución de las presentes controversias como el perjuicio causado por gastos de pagos a empresas asesoras para el proceso de conciliación y arbitraje; tal y como lo estipula los artículos 1969º y 1985º del Código Civil; así como, las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no permitiendo la participación del Contratista en diversos procesos de selección, por un monto ascendente a la suma de S/.5,000.00 (Cinco mil y 00/100 Nuevos Soles)".

En ese sentido, señala que el monto de la pretensión se valoriza en S/.196,316.25 (Ciento noventa y seis mil trescientos dieciséis y 25/100 Nuevos Soles), más los intereses legales a la fecha de pago, y S/.5,000.00 (Cinco mil y 00/100 Nuevos Soles), por los daños y perjuicios al no aplicarse correctamente la legislación.

FUNDAMENTOS DE HECHO

A fin de fundamentar sus pretensiones, el Contratista sostiene que:

1. Producto de la A.D.S. N° 001-2010-MML-IMPL-CEPO, con fecha 07.10.10, las partes suscribieron el Contrato para la Ejecución de la Obra: "Acceso al Asentamiento Humano La Unificada - Pasaje El Ángel", por un monto ascendente a la suma de S/.470,553.66 (Cuatrocientos setenta mil quinientos cincuenta y tres y 66/100 Nuevos Soles) y fijando el plazo de treinta (30) días calendarios para la ejecución de la obra.

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

2. Con Carta N° 0136-2010/LLP, recibida el 15.10.10, se remitió a la Entidad, la solicitud de Adelanto Directo, por el monto ascendente a la suma de S/.94,110.73 (Noventa y cuatro mil ciento diez y 73/100 Nuevos Soles), para lo cual se adjuntó la Carta Fianza N° 210300276; dentro del plazo legal establecido en el artículo 187° del D.S. N°184-2008-EF Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el mismo que señala:

Artículo 187°.- Entrega del Adelanto Directo

"...el contratista dentro de los ocho (8) días contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato, podrá solicitar formalmente la entrega del adelanto, adjuntando a su solicitud la garantía y el comprobante de pago correspondientes, debiendo la Entidad entregar el monto solicitado dentro de los siete (7) días contados a partir del día siguiente de recibida la mencionada documentación. En el caso que las Bases hubieran previsto entregas parciales del adelanto directo, se considerará que la condición establecida en el inciso 5) del artículo 184° se dará por cumplida con la entrega del primer desembolso.

3. Con Carta N° 0137-2010/LLP, de fecha 15.10.10, se remitió a la Entidad, la solicitud de Adelanto de Materiales por el monto ascendente a la suma de S/.188,221.46 (Ciento ochenta y ocho mil doscientos veintiuno y 46/100 Nuevos Soles).
4. Con Carta N° 0138-2010/LLP, de fecha 25.10.10, se solicitó a la Entidad que ordene a quien corresponda, en alcanzar lo siguiente: Planos D-1. P-1. SM-1, asimismo le comunicó que faltaban detalles de los semáforos, detalles de cimentación para los semáforos, detalles de los ductos de pase de los cables eléctricos de la semaforización, requerimientos que no se entregaron a tiempo y que impidieron avanzar con la normal ejecución de la obra.
5. Con Carta N° 0140-2010/LLP, recibida el 29.10.10, se reiteró a la Entidad, que ordene a quien corresponda, en alcanzar lo siguiente: Los semáforos a colocar (Tipo y/o característica), detalles del cableado de pase por los pavimentos rígidos y flexibles, detalles de las cajas de alimentación del cableado a los semáforos, detalles de colocación de los semáforos, también se

Laudo Arbitral de Derecho

**LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA**

precisó que en el replanteo se tiene problemas con la ubicación de 01 poste de concreto en el pase proyectado hacia el pasaje el ángel; por lo que se hace imprescindible la presencia del Supervisor, asimismo se solicitaron los Planos D-1. P-1. SM-1, y se le comunicó que sobre la falta detalles de los semáforos, detalles de cimentación para los semáforos y detalles de los ductos de pase de los cables eléctricos de la semaforización.

6. Con Acta de Entrega de Terreno, de fecha 20.10.10, se realizó la entrega del lugar donde se ejecutará la Obra, participando de dicho acto el Coordinador de Obra y el Contratista.
7. Con Acta de Entrega de Terreno, de fecha 04.11.10, se realizó la entrega del lugar donde se ejecutará la Obra participando de dicho acto el Supervisor de la Obra, el Coordinador de Obra y el Contratista.
8. Con Oficio N° 3241-2010-MML/GTU-SIT, de fecha 09.11.10, la Entidad solicitó subsanar la documentación necesaria para otorgar la autorización de interferencia de vías a fin de ejecutar la obra.
9. Con Carta N° 0141-2010/LLP, de fecha 12.11.10, se entregaron a la Entidad los documentos necesarios para aprobación del cambio de trazo y estructura pórica de la semaforización de la obra.
10. Con Carta N°0143-2010/LLP, de fecha 18.11.10, se remitieron a la Entidad los documentos solicitados mediante Oficio N°3241-2010-MML/GTU-SIT, de fecha 09.11.10.
11. Con Carta N°0142-2010/LLP, de fecha 18.11.10, se comunicó a la Entidad que ella es responsable de la obtención de licencias, autorizaciones y permisos, al amparo del artículo 153° del D.S. N°184-2008-EF Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que señala lo siguiente:

Artículo 153.- Responsabilidad de la Entidad

La Entidad es responsable frente al contratista de las modificaciones que ordene y apruebe en los proyectos, estudios, informes o similares o de aquéllos cambios que se generen debido a la necesidad de la ejecución de los mismos, sin perjuicio de la responsabilidad que le corresponde a los autores de los proyectos, estudios, informes o similares.

Laudo Arbitral de Derecho

**LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA**

La Entidad es responsable de la obtención de las licencias, autorizaciones, permisos, servidumbre y similares para la ejecución de las obras, salvo que en las Bases se estipule que la tramitación de éstas correrá a cargo del contratista.

12. Con Carta N° 0143-2010/LLP, de fecha 18.11.10, se reiteró a la Entidad que alcance al Contratista la documentación necesaria complementaria al Expediente Técnico aprobado.
13. Con Carta N° 73-2010/CONS/APHJ, de fecha 25.11.10, el Ing. Alexander Huertas Jara, en su Calidad de Supervisor, remitió al Contratista los Planos de Detalles de Semaforización.
14. Con Carta N° 0145-2010/LLP, recibida el 30.11.10, se remitió a la Entidad, la Ampliación de Plazo N° 01, por 10 días calendarios, por causales atribuibles a la Entidad, por caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados, siendo el sustento las cartas antes mencionadas y las anotaciones efectuadas en el Asiento N° 03 del Cuaderno de Obra N° 01 (Folio N° 04), Asiento N° 05 del Cuaderno de Obra N° 01 (Folio N° 07), Asiento N° 09 del Cuaderno de Obra N° 01 (Folio N° 10); asimismo, refiere el Contratista que con fecha 26.11.10, la Supervisión le alcanzó la Carta N° 73-2010/CONS/APHJ, adjuntando Planos de Detalles con lo cual se procedió a la continuación de las actividades respectivas afectadas a la ruta crítica como son: Actividades de excavación de zanjas para los ductos de concreto, excavación para las cajas Tipo CE-1, Tipo CE-2, demolición de veredas, de pavimento flexible, rígido, eliminación de desmonte, instalación de los ductos de concreto de las Actividades según ruta crítica, por lo que considera que la solicitud de Ampliación de Plazo N° 01, debe ser procedente puesto que se encuentra fundamentado en las causales estipuladas en el artículo 200° del D.S. N° 184-2008-EF Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que señala:

Artículo 200°.- Causales de ampliación de plazo

De conformidad con el artículo 41° de la Ley, el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por las siguientes causales, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente:

1. *Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.*

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

La Entidad es responsable de la obtención de las licencias, autorizaciones, permisos, servidumbre y similares para la ejecución de las obras, salvo que en las Bases se estipule que la tramitación de éstas correrá a cargo del contratista.

12. Con Carta N° 0143-2010/LLP, de fecha 18.11.10, se reiteró a la Entidad que alcance al Contratista la documentación necesaria complementaria al Expediente Técnico aprobado.
13. Con Carta N° 73-2010/CONS/APHJ, de fecha 25.11.10, el Ing. Alexander Huertas Jara, en su Calidad de Supervisor, remitió al Contratista los Planos de Detalles de Semaforización.
14. Con Carta N° 0145-2010/LLP, recibida el 30.11.10, se remitió a la Entidad, la Ampliación de Plazo N° 01, por 10 días calendarios, por causales atribuibles a la Entidad, por caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados, siendo el sustento las cartas antes mencionadas y las anotaciones efectuadas en el Asiento N° 03 del Cuaderno de Obra N° 01 (Folio N° 04), Asiento N° 05 del Cuaderno de Obra N° 01 (Folio N° 07), Asiento N° 09 del Cuaderno de Obra N° 01 (Folio N° 10); asimismo, refiere el Contratista que con fecha 26.11.10, la Supervisión le alcanzó la Carta N° 73-2010/CONS/APHJ, adjuntando Planos de Detalles con lo cual se procedió a la continuación de las actividades respectivas afectadas a la ruta crítica como son: Actividades de excavación de zanjas para los ductos de concreto, excavación para las cajas Tipo CE-1, Tipo CE-2, demolición de veredas, de pavimento flexible, rígido, eliminación de desmonte, instalación de los ductos de concreto de las Actividades según ruta crítica, por lo que considera que la solicitud de Ampliación de Plazo N° 01, debe ser procedente puesto que se encuentra fundamentado en las causales estipuladas en el artículo 200° del D.S. N° 184-2008-EF Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que señala:

Artículo 200°.- Causales de ampliación de plazo

De conformidad con el artículo 41° de la Ley, el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por las siguientes causales, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente:

1. *Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.*

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

2. *Atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad.*
3. *Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobada.*
4. *Cuando se aprueba la prestación adicional de obra. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado.*
15. Con Carta N° 0146-2010/LLP, recibida el 30.11.10, se remitió a la Entidad el Adicional de Obra N° 01, con el Deductivo de Obra N° 01, por mayor metrado de concreto $F'c=350\text{kg/}$ en el acceso central y Deductivos producto del cambio de Semáforos semipórticos y Pórticos en el presupuesto de Semaforización, para su respectivo trámite y aprobación.
16. Con Carta N°0145-2010/LLP, de fecha 01.12.10, recibida el 03.12.10, se remitió a la Entidad, la Resolución de Subgerencia N°14273- 2010-MML/GTU-SIT, de fecha 26.11.10, en la misma que la Gerencia de Transporte Urbano resuelve autorizar al Contratista interferir el tránsito para ejecutar la obra.
17. Con Carta N°492-2010-MML/IMPL/GOM, recibida el 06.12.10, la Entidad notificó al Contratista la Resolución de Gerencia General N°169-2010 MML/IMPL/GG, de fecha 06.12.10, la misma que resuelve aprobar el Presupuesto de Adicional de Obra N° 01, por un monto ascendente a la suma de S/.29,007.52 (Veintinueve Mil Siete y 52/100 Nuevos Soles) y aprobar el Presupuesto Deductivo N01 vinculante por un monto ascendente a la suma de S/.10,490.91 (Diez Mil Cuatrocientos Noventa y 91/100 Nuevos Soles).
18. Con fecha 06.12.10, se firmó la Adenda N° 01 al Contrato, en la misma que se acuerda modificar la cláusula 10.2 del Contrato por efecto de la Aprobación de la Ampliación de Plazo N° 01, por diez (10) días calendarios según lo dispuesto en la Resolución N°062-2010-MML/IMPL/GOM, quedando modificada la Cláusula Séptima: El Contratista se Obliga a ejecutar la obra en un plazo de cuarenta (40) días calendario.
19. Con fecha 06.12.10, se firmó la Adenda N° 02 al Contrato, en la misma que se acuerda modificar la Cláusula Tercera del Contrato por efecto de la Aprobación del Presupuesto del Adicional de Obra N° 01 y el Presupuesto Deductivo Vinculante N° 01, quedando modificada la Cláusula Tercera: El

Laudo Arbitral de Derecho

**LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA**


monto total del Contrato asciende a la suma de S/.489,140.17 (Cuatrocientos ochenta y nueve mil ciento cuarenta y 17/100 Nuevos Soles).

20. Con Oficio N° 496-2010-MML/IMPL/GOM, de fecha 09.12.10, la Entidad notificó al Contratista la Resolución de Gerencia de Obras y Mantenimiento N° 062-2010-MML/IMPL/GOM, de fecha 06.12.10, la misma que resuelve Aprobar la Ampliación de Plazo N° 01, por diez (10) días calendarios, sin otorgar los Mayores Gastos Generales.
21. Con Carta N° 0010-2011/LLP, de fecha 04.01.11, recibida el mismo día, remitimos a la Entidad Contratante, la Valorización de Obra N° 01, por un monto ascendente a la suma de S/.68,348.68 (Sesenta y ocho mil trescientos cuarenta y ocho y 68/100 Nuevos Soles).
22. Con Oficio N° 06-2010-MML/IMPL/GOM, recibido el 06.01.11, la Entidad notifica al Contratista la Resolución N° 069-2010-MML/IMPL/GOM, de fecha 27.12.10, en la misma que nombra el comité de recepción de obra y señala el día 14.01.10, para el acto de verificación de término de la obra.
23. Mediante Acta de Verificación y Observaciones de Obra, de fecha 14.01.11, se señalan observaciones a la obra, las mismas que el Contratista señala haber levantado oportunamente.
24. Con Carta N° 022-2011-MML/IMPL/GOM, de fecha 01.02.11, la Entidad comunicó al Contratista que no se ha cumplido con levantar las observaciones planteadas en la recepción de Obra, lo cual es falso puesto que el Contratista cumplió con levantar dichas observaciones.
25. Con Carta N° 0020-2011/LLP, de fecha 01.02.11, recibido el 02.02.11, el Contratista solicitó a la Entidad, la devolución de la Cartas Fianzas de Adelanto de Materiales y Adelanto Directo, ya que dichas fianzas han sido amortizadas al 100% en la valorización N° 02.
26. Con Carta N° 0142-2011/LLP, de fecha 23.03.11, recibida el día 28.03.11, se remitió a la Entidad la Valorización N° 01 del Adicional de Obra N° 01, por un monto ascendente a la suma de S/.18,586.51 (Dieciocho mil quinientos ochenta y seis y 51/100 Nuevos Soles), para su trámite y aprobación respectiva.

Laudo Arbitral de Derecho

*LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA*

27. Con Oficio N° 059-2011-MML/IMPL/GOM, recibido el 30.03.11, el Arquitecto Roberto Vallejo Barra, en su calidad de Gerente de Obras y Mantenimiento, remite al Ing. Alexander Primitivo Huertas Jara, la Valorización N° 01, para su trámite y aprobación respectiva.
28. Con Oficio N°158-2011-MML/IMPL/GG, de fecha 30.03.11, la Entidad remitió al Contratista la Resolución de Gerencia General N° 017-2011-MML/IMPL/GG, por la que se resuelve el contrato de manera arbitraria y sin tener fundamento lógico y técnico.
29. Con Carta N°131-2011-FLP, de fecha 31.03.11, recibida el 01.04.11, se remitió a la Entidad la solicitud de arbitraje, respecto de la controversia surgida por la Resolución de Contrato mediante Resolución de Gerencia General N° 017-2011-MML/IMPL/GG, de fecha 30.03.11.
30. Mediante Acta de Constatación Física e Inventario, de fecha 02.04.11, se realizó la constatación física de los materiales colocados en la obra.
31. Con Carta Notarial, de fecha 05.04.11, el Contratista resuelve el contrato a la empresa Soluciones de Sistemas Computarizados de Organizaciones del Perú S.A. de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1371° del Código Civil.
32. Con Oficio N° 073-2011-MML/IMPL/GOM, de fecha 11.04.11, la Entidad remitió al Contratista el Informe Técnico N04-2011/SUP/APHJ, en el cual el Ing. Alexander Huertas Jara, concluye que la Valorización N° 01, ha sido revisada y observada, siendo que dicho informe carece de sustento legal y técnico.
33. Con Carta N° 0143-2011/LLP, de fecha 12.04.11, se comunicó a la Entidad, la aprobación y conformidad a la Valorización del Adicional N° 01, remitida con Oficio N°073-2011-MML/IMPL/GOM, asimismo se adjuntó la factura para los trámites y pago respectivo.
34. Por todo lo expuesto, el Contratista señala como conclusiones de los fundamentos de hecho, las siguientes:
 - a. La Entidad actuó en forma injusta e ilegal, desde el inicio de ejecución de la obra, al no haber atendido adecuadamente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 01, siendo que aprobó la misma pero no



Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

reconoció los Mayores Gastos Generales, derecho que es irrenunciable.

- b. La Entidad de manera arbitraria resolvió el contrato sin tener fundamento técnico ni legal.
- c. Con las controversias surgidas con la Entidad y ante el presente proceso arbitral, se ha generado al Contratista un perjuicio frente a las empresas del sistema financiero nacional, ya que al tomar conocimiento de ello, éstas elevaron su calificación de riesgo, exigiendo gravar nuevos inmuebles para la cobertura de las garantías ya emitidas.
- d. Ante lo manifestado por la Entidad, el Contratista instó a una solución a toda la problemática de la obra, pero al no haber posibilidades de entendimiento y en estricta aplicación de lo establecido en los artículos 215º y 216º del D.S. Nº184-2008-EF Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, hubo la necesidad de plantear el presente arbitraje.
- e. Que siempre se ha tenido la intención de solucionar las controversias de la manera más rápida y sin causar un mayor gasto económico a las partes, a diferencia de la Entidad que en todo momento se ha negado a dicho propósito, siendo intransigente en su actuar, causando un perjuicio económico mayor.
- f. La Entidad obra de manera incorrecta y sin sustento legal ni técnico, esperando que el Contratista desista de su derecho de reclamar por un hecho injusto, negándose en todo momento a solucionar las controversias antes de este proceso arbitral con la intención de que no se acudiera a esta instancia.
- g. Respecto de la indemnización por daños y perjuicios causados por la Entidad, el Contratista señala que:

La doctrina y la literatura especializada sostienen que el hecho dañoso puede constituir una conducta activa u omisiva del agente del daño (la Entidad), tratarse de un supuesto doloso o culposo, o de un hecho que no siendo doloso ni culposo, puede vincularse al resultado (daño), a

Laudo Arbitral de Derecho

**LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA**

través de un factor objetivo de atribución (riesgo o peligro creados, garantía de reparación, equidad, etc.).

La culpa inexcusable, no se trata de una negligencia cualquiera, un descuido, un olvido circunstancial, sino una torpeza mayor inaceptable en una persona de intelecto medio, a quien no puede aceptarse ninguna clase de disculpa ni justificación.

En cuanto al daño emergente, éste consiste en la disminución del patrimonio del acreedor, es el empobrecimiento real y efectivo que sufre el acreedor con ocasión del incumplimiento de la obligación de parte del deudor. La Entidad actuó inobservando la normatividad vigente negándose en todo momento a solucionar las controversias, siendo intransigente en su actuar al rechazar la conciliación, causando un perjuicio económico mayor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El Contratista señala como fundamentos de derecho de sus pretensiones, las normas que se encuentran reguladas en el ordenamiento civil, tales como la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, el Contrato, el Código Civil y el Código Procesal Civil; de esta manera, invoca el artículo 40º inciso b) del D.L. N°1017 - Ley de Contrataciones del Estado, el artículo 184º, 200º, 201º, 203º, 204º, 209º, 212º y 215º del D.S. N°184-2008-EF - Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el artículo VII y IX del Título Preliminar del Código Civil y los artículos 140º, 1219º, 1244º, 1245º, 1246º, 1321º, 1322º y 1954º del Código Civil.

MEDIOS PROBATORIOS

El Demandante ofreció como medios probatorios, los que se indican en el escrito de demanda y el escrito que lo complementa, en el rubro "5. Medios Probatorios", desde el numeral 5.1 al 5.33, adjuntos como anexos, del A al AF.

Mediante Resolución N° 3, de fecha 22 de julio de 2011, se admitió a trámite la demanda arbitral, corriéndose traslado de la misma al Instituto Metropolitano Protransporte de Lima, para que cumpla con contestarla.

II.4 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y RECONVENCION

LA ENTIDAD presentó escrito por el que contesta la demanda y la reconviene, con fecha 18 de agosto de 2011, el mismo que complementó mediante escrito presentado el 8 de septiembre de 2011, manifestando lo siguiente:

II.4.1. CONTESTACIÓN DE DEMANDA

PETITORIO

Declárese improcedente o, en su defecto, infundada la demanda arbitral interpuesta por el Contratista, la cual se niega y contradice en todos sus extremos en mérito a los fundamentos que se detallan a continuación:

FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

El Demandado señala como fundamentos de hecho y de derecho de la contestación de demanda, los siguientes:

Antecedentes

1. Con fecha 07 de octubre de 2010, PROTRANSPORTE y el Contratista suscribieron el Contrato N° 076-2010-MML-IMPL/AN para la Ejecución de la Obra "Acceso al Asentamiento Humano La Unificada - Psje. El Ángel", por un monto total de S/. 470,553.66 (Cuatrocientos setenta mil quinientos cincuenta y tres con 66/100 Nuevos Soles), incluido IGV.
2. Según lo señalado en la Cláusula Séptima del Contrato, el plazo de ejecución de la obra es de 30 días calendario, contado a partir del día siguiente en que se cumplieran las condiciones establecidas en el artículo 184° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
3. Con fecha 04 de noviembre de 2010, PROTRANSPORTE y el señor Alexander Primitivo Huertas Jara, suscribieron el Contrato N° 081-2010-MML/IMPL/AN, para la Supervisión de la Obra, por un monto total de S/. 32,938.76 (Treinta y dos mil novecientos treinta y ocho con 76/100 Nuevos Soles), y por un plazo de 45 días calendario: 30 días corresponden a la etapa de supervisión y

Laudo Arbitral de Derecho

*LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA*

- control de la Obra y 15 días corresponden a la etapa de liquidación de la Obra.
4. Mediante Carta N° 0145-2010/LLP, de fecha 30 de noviembre de 2010, el Contratista remitió los documentos que sustentan su solicitud de Ampliación de Plazo N° 01 al Supervisor de la Obra.
 5. Mediante Carta N° 04-2010/SUP/APHJ, del 03 de diciembre de 2010, el Supervisor de la Obra remitió a la Gerencia de Obras y Mantenimiento de PROTRANSPORTE, el Informe de Supervisión a la Ampliación de Plazo N° 01 solicitada por el Contratista.
 6. Con Resolución de la Gerencia de Obras y Mantenimiento N° 062-2010-MML/IMPL/GOM, de fecha 06 de diciembre de 2010, se aprobó la Ampliación de Plazo N° 01 por 10 días calendario, correspondiente a la Obra, por lo que el nuevo plazo del Contrato se extendió de 30 a 40 días calendario, trasladándose la fecha de término de la obra del 04 de diciembre de 2010 al 14 de diciembre de 2010.
 7. Con fecha 06 de diciembre de 2010, las partes suscribieron la Adenda N° 01 al Contrato, por medio de la cual, en virtud de la Resolución de la Gerencia de Obras y Mantenimiento N° 062-2010-MML/IMPL/GOM, se amplió el plazo del contrato en 10 días calendario, y fijándose como plazo de vencimiento de la obra el 14 de diciembre de 2010.
 8. Con fecha 06 de diciembre de 2010, mediante Resolución de Gerencia General N° 169-2010-MML/IMPL/GOM, se aprobó el Presupuesto Adicional de Obra N° 01 al Contrato N° 076-2010-MML-IMPL/AN, por la suma de S/. 18,586.51 (Dieciocho mil quinientos ochenta y seis con 51/100 nuevos soles), incluido IGV, por lo que el nuevo monto actualizado de dicho Contrato quedó en S/. 489,140.17, incluido IGV.
 9. Con fecha 06 de diciembre de 2010, las partes suscribieron la Adenda N° 02 al Contrato, por medio de la cual, en virtud de la Resolución de Gerencia General N° 169-2010-MML/IMPL/GG, se modificó el monto contractual por la suma de S/. 489,140.17, incluido IGV.
 10. Con fecha 27 de diciembre de 2010, mediante Resolución N° 069-2010-

Laudo Arbitral de Derecho

*LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA*

MML/IMPL/GOM, PROTRANSPORTE designó al Comité de Recepción de Obra encargado de verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas de la Obra, conformado por los siguientes profesionales: Ing. Fausto Huamaní Condori - Presidente, Ing. William Sandoval Villafranca - Miembro 1, Ing. Fernando Nuñez Terrones - Miembro 2 e Ing. Alexander P. Huertas Jara - Miembro 3.

11. Con fecha 14 de enero de 2011, se suscribió el Acta de Verificación y Observaciones de Obra por los miembros del Comité de Recepción, dos veedores (del Órgano de Control Institucional y de la Gerencia de Operaciones de la Entidad), y el Contratista.
12. El Comité concluyó en no recibir la Obra por encontrarse la misma CON OBSERVACIONES y le otorgó plazo al Contratista, hasta el 22 de enero de 2011, para subsanar las mismas, de conformidad con lo establecido en el artículo 210º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
13. En el Anexo del Acta de Verificación y Observaciones de Obra, denominado Pliego de Observaciones de Obra - Contrato N° 076-2010-MML-/IMPL/AN, se clasificó las Observaciones en Generales, Administrativas y Específicas, haciéndose una relación de cada una de ellas.
14. Con fecha 27 de enero de 2011, el SUPERVISOR, mediante Carta N° 02-2011/SUP/APHJ del 25 de enero de 2011, informó a PROTRANSPORTE que el Contratista no había levantado las observaciones efectuadas el 14 de enero de 2011, pese a que el plazo para hacerlo había vencido el 22 de enero de 2011.
15. Mediante Oficio N° 022-2011-MML/IMPL/GOM, de fecha 01 de febrero de 2011, la Gerencia de Obras y Mantenimiento de PROTRANSPORTE, hace de conocimiento del Contratista, con fecha 02 de febrero de 2011, la Carta N° 02-2011/SUP/APHJ del SUPERVISOR, con la que comunicó que no se había cumplido con levantar la totalidad de las observaciones formuladas por el Comité de Recepción mediante Acta de Verificación y Observaciones de Obra del 14 de enero de 2011. La Gerencia de Obras y Mantenimiento informó, en dicho oficio, que procedería a aplicar la penalidad por el monto que corresponda de acuerdo con lo establecido en el artículo 165º y 210º, inciso 5, del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Laudo Arbitral de Derecho

*LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA*

16. Mediante Memorándum N° 28-2011-MML-IMPL/OCI, del 15 de febrero de 2011, la Jefatura del Órgano de Control Institucional solicitó a la Gerencia de Obras y Mantenimiento, se le comunique la fecha del Acto de Recepción de Obra, toda vez que el plazo para el levantamiento de observaciones formuladas durante al Acto de Verificación y Observaciones, se había vencido.
17. En atención al Memorándum N° 28-2011-MML-IMPL/OCI, la Gerencia de Obras y Mantenimiento, a través del Memorándum N° 121-2011-MML-IMPL/GOM del 17 de febrero de 2011, comunica a la Jefatura del Órgano de Control Institucional que, mediante Carta N° 02-2011/SUP/APHJ del 25 de enero de 2011, el SUPERVISOR de la Obra informó a PROTRANSPORTE que el Contratista no había culminado con el levantamiento de observaciones efectuadas el 14 de enero de 2011, pese a que el plazo para hacerlo había vencido.
18. Con fecha 22 de febrero de 2011, mediante Informe N° 004-2011-MML/IMPL/GOM-FNT, el Especialista en Obras y Supervisión de la Gerencia de Obras y Mantenimiento, concluyó que el Contratista no había cumplido con levantar el 100% de las observaciones, las mismas que constan en el Acta de Verificación y Observaciones de Obra, dentro del plazo establecido, indicando que por dicho motivo, la Entidad se reservaba el derecho de proceder conforme a lo estipulado en el artículo 168° y 210°, inciso 5, del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, resolviendo el contrato por incumplimiento.
19. Con fecha 24 de febrero de 2011, mediante Memorando N° 127-2011-MML/IMPL/GOM, la Gerencia de Obras y Mantenimiento de PROTRANSPORTE solicitó opinión legal sobre la posibilidad de la Entidad de resolver el Contrato N° 076-2010-MML/IMPL/AN, en atención a lo informado por el Especialista en Obras y Supervisión.
20. Con Informe N° 031-2011-MML/IMPL/OAJ, de fecha 03 de marzo de 2011, la Oficina de Asesoría Jurídica de PROTRANSPORTE emitió opinión en atención a lo informado por la Gerencia de Obras y Mantenimiento, concluyendo que la Obra no habría sido recibida aún por la Entidad por cuanto el Contratista no habría cumplido con levantar al 100% las observaciones que efectuara el Comité de Recepción de Obra, pese a haber transcurrido en exceso el plazo otorgado; y que, por tanto, al no haber levantado todas las observaciones

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

dentro del plazo otorgado, se configuró un incumplimiento por parte del Contratista, por lo que de conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 210º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el retraso debe considerarse como demora para efectos de las penalidades que correspondan, pudiendo la Entidad proceder a resolver el contrato por incumplimiento.

21. Mediante Informe N° 007-2011-MML/IMPL/GOM-FNT, de fecha 11 de marzo de 2011, el Especialista en Obras y Supervisión de la Gerencia de Obras y Mantenimiento, concluyó entre otras cosas que: i) el Contratista no había cumplido con levantar las observaciones formuladas mediante Acta de Verificación y Observaciones de Obra, habiéndose llegado a cubrir el monto máximo de la penalidad (10% del monto de contrato vigente), el 07 de febrero de 2011, por lo que la Entidad podía proceder a resolver el Contrato por incumplimiento; y, ii) de conformidad con lo dispuesto por el artículo 169º del Reglamento, no era necesario efectuar un requerimiento previo al Contratista cuando la resolución del Contrato se debe a acumulación del monto máximo de la penalidad por mora, bastando comunicar al Contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el Contrato. En ese sentido, recomendó resolver el Contrato suscrito con el Contratista.
22. Mediante Resolución de Gerencia General N° 017-2011-MML/IMPL/GG, de fecha 30 de marzo de 2011, se resolvió el Contrato por incumplimiento del Contratista al haberse acumulado el monto máximo de la penalidad, en virtud de los fundamentos expuestos en dicha Resolución y de conformidad con lo establecido en la Cláusula Décimo Sexta del Contrato; artículos 40º inciso c) y 44º de la Ley de Contrataciones del Estado; y, los artículos 165º, 168º, 169º tercer párrafo y 210º inciso 5 de su Reglamento. En dicha Resolución se indica que la Resolución del Contrato operará a partir de la fecha de su notificación; asimismo, se dispone que se efectúe la constatación física e inventario en el lugar de la obra, el día 02 de abril de 2011, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 209º del Reglamento.
23. Con Oficio N° 158-2011 MML/IMPL/GG del 30 de marzo de 2011, se notificó al Contratista, en la misma fecha, la Resolución de la Gerencia General N° 017-2011-MML/IMPL/GG de fecha 30 de marzo de 2011.
24. Con Carta N° 131-2011-FLP de fecha 31 de marzo de 2011, notificada a

Laudo Arbitral de Derecho

*LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA*

PROTRANSPORTE el 01 de abril de 2011, el Contratista solicita el inicio del arbitraje debido a la controversia surgida por la Resolución del Contrato N° 076-2010-MML/IMPL/AN dispuesta mediante Resolución de la Gerencia General N° 017-2011-MML/IMPL/GG.

25. Con fecha 02 de abril de 2011, de acuerdo a lo dispuesto mediante Resolución de Gerencia General N° 017-2011-MML/IMPL/GG y con la presencia del Notario Público de Lima Fausto Montoya Romero, se levantó el Acta de Constatación Física e Inventario en el lugar de la Obra, con la participación de: Ing. Fernando Nuñez Terrones - Administrador de Contrato, Ing. Alexander Primitivo Huertas Jara - Supervisor de Obra e Ing. Luis Felipe Lozada Podestá - Contratista. En dicho acto se dejó constancia que el proyecto en cuanto a semaforización debía constar de los siguientes equipos:

- 15 semáforos vehiculares
- 10 semáforos peatonales
- 04 contadores
- 01 controlador

Sin embargo, según la constatación física efectuada se verificó:

- La existencia de 13 semáforos vehiculares instalados.
- La falta de 02 semáforos vehiculares
- La falta de 10 semáforos peatonales.
- La existencia de un contador digital.
- Respecto al controlador se constató la existencia de un gabinete metálico totalmente cerrado con chapas y candado no permitiendo observar qué es lo que se encuentra en su interior.

En el mismo acto, el Contratista dejó constancia que los equipos de semáforos vehiculares, peatonales y contadores faltantes estuvieron instalados cuando se hizo el Acta de Verificación y Observaciones de Obra y que, posiblemente, habían sido retirados por el vendedor de dichos equipos; en cuanto al gabinete metálico de la berma central, el Contratista manifestó que dentro de dicho gabinete se instalaron los equipos pero que a la fecha se encontraba cerrado y que las llaves las tenía el vendedor de los equipos, por lo que no se pudo observar que había adentro; asimismo, dejó constancia que levantó

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

algunas observaciones del Acta de Verificación y Observaciones de Obra.

Expuestos los antecedentes, el Demandado procedió a contestar cada una de las pretensiones de la demanda manifestando lo siguiente:

Sobre la primera pretensión principal

1. La Entidad cumplió con entregar al Contratista el adelanto directo.
2. En ningún momento efectuó ningún pedido o presentó queja alguna respecto a una supuesta demora en el pago del adelanto directo. Es más, el propio demandante ha reconocido expresamente que se le entregó el monto correspondiente al adelanto directo solicitado.
3. El Contratista, en su Carta N° 0143-2010/LLP, remitida a la Entidad el 22 de noviembre de 2010, señaló lo siguiente:

"... 3).- Con fecha 04/11/2010, la Entidad otorga al Contratista el adelanto directo solicitado dentro del plazo, ascendente a la suma de S/. 94,110.73 (NOVENTA Y CUATRO MIL CIENTO DIEZ CON 73/100 NUEVOS SOLES)"
4. Es decir, a fecha 22 de noviembre de 2010, y ya ejecutando la obra, el demandante estaba de acuerdo con el plazo en que le había sido entregado el adelanto.
5. Por lo que, considera extraño que el Contratista solicite la suma de S/. 47,055.36, más intereses, como resarcimiento de daños y perjuicios por una supuesta demora en el pago del adelanto directo, cuando el monto por adelanto corresponde únicamente a S/. 94,110.73. Es decir, estaría solicitando más del 50% del monto que le correspondía por adelanto.
6. El demandante no precisa ni sustenta de manera lógica su pretensión, no presenta ningún cálculo que justifique el monto pretendido y peor aún cuando, como se desprende de lo manifestado por el demandante, esto no lo afectó en la ejecución del contrato.

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

7. Por tanto, debe declararse IMPROCEDENTE o en su defecto INFUNDADA esta pretensión.

Sobre la segunda pretensión principal

1. El Demandante, mediante Carta N° 0145-2010/LLP, de fecha 30 de noviembre de 2010, remitió al Supervisor de la Obra los documentos que sustentan la Ampliación de Plazo N° 01, equivalente a 10 días calendario considerados desde el 05 de diciembre de 2010 hasta el 14 de diciembre de 2010.
2. Mediante Carta N° 04-2010/SUP/APHJ, de fecha 03 de diciembre de 2010, el Supervisor de la Obra remitió a la Gerencia de Obras y Mantenimiento, el Informe de Supervisión a la Ampliación de Plazo N° 01 solicitada por el Contratista.
3. En el Informe de Supervisión se adjuntó el Informe del Contratista con los documentos que sustentan la Ampliación de Plazo N° 01.
4. De acuerdo al análisis efectuado, sobre la causal invocada por el contratista, la Supervisión concluyó en su Informe que, respecto al aspecto de fondo: *"...SI es procedente la ampliación de plazo por 10 (diez) días naturales..."*
5. Por tanto, mediante Resolución de la Gerencia de Obras y Mantenimiento N° 062-2010-MML/IMPL/GOM, de fecha 06 de diciembre de 2010, se aprobó la Ampliación de Plazo N° 01 por 10 días calendario, correspondiente a la Obra, por lo que el nuevo plazo del Contrato N° 076-2010-MML-IMPL/AN se extendió a 40 días calendario, trasladándose la fecha de término de la obra al 14 de diciembre de 2010.
6. La resolución fue emitida tomando como fundamento lo expresamente solicitado por el demandante y sustentado en su Informe de Ampliación de Plazo; y, la conclusión emitida por el Supervisor de la Obra en su respectivo Informe. En tal sentido se otorgó explícitamente la ampliación de plazo por 10 días calendario.

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

7. El demandante, una vez notificada la Resolución de la Gerencia de Obras y Mantenimiento N° 062-2010-MML/IMPL/GOM del 06 de diciembre de 2010, no objetó ningún aspecto de la ampliación de plazo otorgada.
8. Al respecto, el artículo 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece textualmente que:
"(...) Cualquier controversia relacionada con la ampliación del plazo por parte de la Entidad podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión."
9. Sin embargo, el Demandante no objetó, dentro del plazo dispuesto legalmente, ni siquiera durante la ejecución de la obra, la ampliación de plazo otorgada.
10. Por tales razones, solicitamos se declare IMPROCEDENTE o en su defecto INFUNDADA esta pretensión.

Sobre la tercera, cuarta, quinta y sexta pretensión principal

1. Mediante Resolución N° 069-2010-MML/IMPL/GOM, la Gerencia de Obras y Mantenimiento designó al Comité de Recepción de Obra que se encargaría de verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas de la Obra.
2. Sin embargo, según consta del Acta de Verificación y Observaciones de Obra, suscrita el 14 de enero de 2011, la obra no fue recibida por el Comité por cuanto, tras la verificación efectuada de todos los trabajos efectuados por el Contratista, se efectuaron observaciones a la obra. En dicha Acta expresamente se consignó lo siguiente: *"no recepcionar la obra por encontrarse **CON OBSERVACIONES.**"*

Dichas observaciones constan en el Anexo del Acta de Verificación y Observaciones de Obra. Y el Comité, en dicho acto, otorgó de plazo, a LUIS FELIPE LOZADA PODESTÁ, hasta el 22 de enero de 2011 para subsanar las observaciones, de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 210° del Reglamento.

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

En el acto participaron, además de los miembros del Comité de Recepción, dos veedores: uno del Órgano de Control Institucional y otro de la Gerencia de Operaciones de PROTRANSPORTE, y el Contratista.

3. Mediante Carta N° 02-2011/SUP/APHJ, de fecha 25 de enero de 2011, recibida por PROTRANSPORTE el 27 de enero de 2011, el Supervisor de Obra le comunicó al Gerente de Obras y Mantenimiento de la Entidad lo siguiente:

"NO habiendo la empresa contratista culminado con el levantamiento de observaciones según el acta de verificación y observaciones de obra de fecha 14.01.2011, y considerando que su plazo vencía el día 22.01.2011, esta Supervisión al amparo del artículo 210° del Reglamento de Contrataciones del Estado, INFORMA a vuestra Entidad, para los fines que estime pertinente."

4. Teniendo en cuenta lo señalado por el Supervisor, la Entidad, mediante Oficio N° 022-2011-MML/IMPL/GOM, de fecha 01 de febrero de 2011, recibido por el Contratista el 02 de febrero de 2011, le informó a éste que:

"no ha cumplido con levantar la totalidad de las observaciones", por lo que "habiendo vencido el plazo de levantamiento de observaciones el día 22 de enero de 2011, se procederá a aplicar la penalidad por el monto que corresponda de acuerdo con lo establecido en el artículo 165° y 210° inciso 5 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado."

5. Ante este hecho, con Informe N° 004-2011-MML/IMPL/GOM-FNT de fecha 22 de febrero de 2011, suscrito por el Ing. Fernando Nuñez Terrones, remitido al Arq. Roberto Vallejo Barba, Gerente de Obras y Mantenimiento, se concluye lo siguiente:

"A la fecha de expedición del presente informe (el informe es de fecha 22 de febrero de 2011, es decir, un mes después de la fecha que tenía el contratista para levantar las observaciones formuladas por el Comité de Recepción) el contratista Luis Felipe Lozada Podestá no ha cumplido con levantar el 100% de las observaciones planteadas por el Comité de Recepción de Obra, mediante acta de verificación y observaciones del 14 de Enero de 2011, formuladas a la obra en referencia; por dicho motivo, la Entidad se reserva el

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

derecho de proceder conforme a lo estipulado en el artículo 168º y 210º, inciso 5 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, resolviendo el contrato por incumplimiento."

6. En tal sentido, el Demandante no cumplió con su obligación de levantar todas las observaciones consignadas por el comité de recepción de obra en el acta de verificación y observaciones de obra, pese a haber transcurrido en exceso el plazo concedido.
7. Por lo tanto, se configuró incumplimiento por parte del Contratista, estando la Entidad en capacidad, de proceder a aplicar las penalidades correspondientes, pudiendo inclusive resolver el Contrato.
8. Al respecto, el numeral 5 del artículo 210º del Reglamento de la Ley de Contrataciones señala que:

(...) 5. Todo retraso en la subsanación de las observaciones que exceda del plazo otorgado, se considerará como demora para efectos de las penalidades que correspondan y podrá dar lugar a que la Entidad resuelva el contrato por incumplimiento. Las penalidades a que se refiere el presente artículo podrán ser aplicadas hasta el tope señalado en la Ley, el Reglamento o el contrato, según corresponda (...)".

9. Es así que, mediante Informe N° 031-2011-MML/IMPL/OAJ, de fecha 03 de marzo de 2011, la Oficina de Asesoría Jurídica emitió opinión concluyendo que al no haber levantado todas las observaciones dentro del plazo otorgado, se configuró un incumplimiento por parte del Contratista, por lo que de conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 210º del Reglamento, el retraso debe considerarse como demora para efectos de las penalidades que correspondan, pudiendo la Entidad proceder a resolver el contrato por incumplimiento; siendo que las penalidades se deberán aplicar conforme a lo establecido en la Cláusula Décimo Tercera del Contrato N° 076-2010-MML/IMPL/AN, es decir: una penalidad por cada día de atraso, hasta un monto máximo equivalente al 10% del monto del contrato vigente, y, en caso llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, se podrá resolver el contrato por incumplimiento.

Laudo Arbitral de Derecho

*LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA*

10. Al respecto, el artículo 165º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece lo siguiente:

"Artículo 165.- Penalidades por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta. (...) Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, la Entidad podrá resolver el contrato por incumplimiento. (...)"

11. Teniendo en cuenta lo indicado en la norma, y el incumplimiento del Contratista resultaba de aplicación la Cláusula Décimo Tercera del Contrato N° 076-2010-MML/IMPL/AN, en la cual se establece que PROTRANSPORTE aplicará una penalidad por cada día de atraso, hasta un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, en concordancia con el artículo 165º del Reglamento, y, en caso se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, se podrá resolver el contrato por incumplimiento.

Para calcular la penalidad debía aplicarse la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto}}{F \times \text{Plazo en días}}$$

Donde F = 0.40 (por ser el plazo menor a sesenta (60) días)

12. Más aún, mediante Informe N° 007-2011-MML/IMPL/GOM-fnt, de fecha 11 de marzo de 2011, suscrito por el Especialista en Obras y Supervisión, Administrador del Contrato, remitido al Arq. Roberto Vallejo Barba, Gerente de Obras y Mantenimiento, se señaló lo siguiente:

"... CONCLUSIONES

A la fecha de expedición del presente informe el contratista Luis Felipe Lozada

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

Podestá no ha cumplido con levantar el 100% de las observaciones formuladas por el Comité de Recepción de Obra, mediante acta de verificación y observaciones del 14 de enero de 2011, habiendo llegado a cubrir el monto máximo de la penalidad (10% del monto del contrato vigente), el 07 de febrero de 2011; por dicho motivo, la Entidad se reserva el derecho de proceder conforme a lo estipulado en la cláusula décimo sexta del contrato y los artículos 165º y 210º, inciso 5 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, resolviendo el contrato por incumplimiento.

Se constituyen actualmente las siguientes 3 causales para la resolución por incumplimiento, de conformidad con el artículo 168º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

- 1. Incumplimiento injustificado por parte del contratista de las obligaciones contractuales pese a ser requerido para ello.*
- 2. Ha llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora.*
- 3. El contratista ha paralizado injustificadamente la ejecución de la obra durante el proceso de levantamiento de observaciones.*

De conformidad con el artículo 169º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, no es necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a acumulación del monto máximo de penalidad por mora. En este caso bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

Según la cláusula décimo sexta del contrato de ejecución, en caso se resuelva el contrato por causa imputable al contratista, se ejecutará la Garantía de fiel Cumplimiento del Contrato que éste ha otorgado, de conformidad con el artículo 164º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de la indemnización por daños y perjuicios ulteriores que pueda exigir. "

- 13. Asimismo, el Arq. Roberto Vallejo Barba, Gerente de Obras y Mantenimiento de PROTRANSPORTE, mediante Memorando N° 165-2011-MML/IMPL/GOM de fecha 14 de marzo de 2011, avaló el Informe N° 007-2011-MML/IMPL/GOM-fnt, suscrito por el Ing. Fernando Núñez Terrones - Especialista en Obras y*

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

Supervisión, Administrador del Contrato.

14. Por todas estas consideraciones, mediante Resolución de Gerencia General N° 017-2011-MML/IMPL/GG de fecha 30 de marzo de 2011, se resolvió el Contrato por incumplimiento del Contratista al haberse acumulado el monto máximo de la penalidad, en virtud de los fundamentos expuestos en dicha Resolución y de conformidad con lo establecido en la Cláusula Décimo Sexta del Contrato; artículos 40° inciso c) y 44° de la Ley; y, los artículos 165°, 168°, 169° tercer párrafo y 210° inciso 5 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. En dicha Resolución se indicó que la Resolución del Contrato operará a partir de la fecha de su notificación.
15. Debemos manifestar que, a fin de tomar decisiones o emitir resoluciones, la Entidad, en su condición de Organismo Público Descentralizado de la Municipalidad Metropolitana de Lima, se basa y sustenta en Informes válidamente emitidos por funcionarios de las áreas administradoras y supervisoras de las ejecuciones de las obras.
16. Por tanto, la resolución del Contrato dispuesta mediante la Resolución de Gerencia General N° 017-2011-MML/IMPL/GG, es válida y cuenta con los fundamentos y la motivación suficiente.
17. Asimismo, la penalidad está correctamente impuesta en aplicación de la Cláusula Décimo Tercera del Contrato, en concordancia con el artículo 165° del Reglamento.
18. Además, en la Resolución de Gerencia General N° 017-2011-MML/IMPL/GG se dispuso que se efectúe la constatación física e inventario en el lugar de la obra, el día 02 de abril de 2011, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 209° del Reglamento.
19. Por tal razón, con fecha 02 de abril de 2011, de acuerdo a lo dispuesto mediante Resolución de Gerencia General N° 017-2011-MML/IMPL/GG y con la presencia del Notario Público de Lima Fausto Montoya Romero, se levantó el Acta de Constatación Física e Inventario en el lugar de la Obra.
20. Por lo expuesto, se considera que la Resolución de Gerencia General N° 017-2011-MML/IMPL/GG que dispone la resolución del Contrato es válida y cuenta

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

con los fundamentos y la motivación suficiente, debiendo ser declarada IMPROCEDENTE o en su defecto INFUNDADA la pretensión del demandante sobre este extremo.

21. Asimismo, y en mérito a lo expuesto, las pretensiones cuarta y quinta del demandante deben ser declaradas IMPROCEDENTES o en su defecto INFUNDADAS.
22. En el mismo sentido, la penalidad acotada por la Entidad está correctamente impuesta en aplicación de la Cláusula Décimo Tercera del Contrato, en concordancia con el artículo 165º del Reglamento, debiendo ser declarada IMPROCEDENTE o en su defecto INFUNDADA la pretensión del demandante sobre este extremo.

Sobre la sétima pretensión principal

1. De acuerdo a los fundamentos expuesto contra la pretensión primera, segunda, tercera, cuarta, quinta y sexta del demandante, no corresponde el pago de las costas y costos, debido a que la Entidad es quien está siendo perjudicada por el incumplimiento reiterado del Contratista, y ahora con las supuestas pretensiones solicitadas en la demanda arbitral. Por tanto, la pretensión invocada debe ser declarada IMPROCEDENTE o en su defecto INFUNDADA.

Sobre la octava pretensión principal

1. De acuerdo a los fundamentos alegados por PROTRANSPORTE contra las pretensiones anteriores, se ha demostrado que quien está siendo perjudicada por el incumplimiento reiterado del Contratista es la Entidad.
2. La resolución del Contrato fue motivada única y exclusivamente por el incumplimiento de éste, habiéndose acumulado el monto máximo de la penalidad, y en virtud de lo establecido en la Cláusula Décimo Sexta del Contrato; artículos 40º inciso c) y 44º de la Ley de Contrataciones del Estado; y, los artículos 165º, 168º, 169º tercer párrafo y 210º inciso 5 del Reglamento.

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

3. Por otra parte, el Demandante se limita en su pretensión a señalar qué es la indemnización, qué es la culpa inexcusable y qué es el daño emergente, emitiendo conceptos que en cualquier libro de Derecho pueden encontrarse.
4. El demandante, de haberse producido daños y perjuicios, lo que negamos, debió haber precisado y sustentado de manera lógica su pretensión. Sin embargo, no ha presentado ningún cálculo ni presupuesto, ni documento cualquiera que justifique el monto pretendido; por lo que el monto estimado por el demandante es un monto antojadizo e inexistente que lo único que acredita es que nunca se le ocasionó los daños y perjuicios alegados.
5. Por tanto, la pretensión invocada en este extremo por el demandante debe ser declarada IMPROCEDENTE o en su defecto INFUNDADA.

MEDIOS PROBATORIOS

En la contestación de la demanda, el Demandado ofreció como medios probatorios, los que se indican en el rubro "Medios Probatorios de la Contestación de la Demanda", desde el numeral 1) al 24), adjuntos como anexos, del 3 al 25.

II.4.2. RECONVENCIÓN

PETITORIO

La Entidad solicitó que se determine que el Contratista está obligado a asumir el pago por la penalidad máxima incurrida, por incumplimiento de contrato, por el monto ascendente a la suma de S/. 41,104.21 (Cuarenta y un mil ciento cuatro con 21/100 nuevos soles), más IGV; suma que deberá pagar a PROTRANSPORTE incluyendo los intereses que se generen hasta la fecha de pago.

MEDIOS PROBATORIOS

En la reconvención, el Demandado ofreció como medios probatorios, los mismos medios probatorios que se indican en el rubro "Medios Probatorios de la Contestación de la Demanda", desde el numeral 1) al 24), adjuntos como anexos, del 3 al 25.

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

Mediante Resolución Nº 8, de fecha 19 de septiembre de 2011, se admitió el escrito de contestación de demanda y se tuvo por formulada la reconvención, corriéndose el traslado de la misma a la parte contraria.

II.5 ABSOLUCIÓN A LA RECONVENCIÓN

Con fecha 12 de octubre de 2011, el Contratista presentó su escrito de absolución a la reconvención, manifestando lo siguiente:

1. La Entidad no ha descrito los hechos en que fundamenta su petitorio de reconvención, ello al amparo del artículo 445º del Código Civil.
2. Los requisitos de la contestación de la demanda están señalados en el inciso 4 del artículo 442º del TUO del Código Procesal Civil, sobre los fundamentos de defensa, siendo que a la reconvención le falta dicho requisito por lo que deviene en inadmisibile.
3. Con fecha 14.01.10, se firmó el Acta de Observaciones de Obra, las mismas que el Contratista ha cumplido con levantar, toda vez que en el Acta Notarial de Constatación Física e Inventario de Obra de fecha 02.04.11, se deja constancia de que se levantaron las siguientes observaciones:
 - Limpieza General de la Zona de Obra.
 - Pintura de los postes deben ser homogéneos y uniformes
 - Limpieza de las señales verticales.
 - La altura de todas las señales verticales deben ser 2.10 mts. Desde la base hasta el límite inferior de la señal (Manual de disposiciones de control para calles y carreteras).
 - Las señales verticales informativas aéreas deben de complementarse y adecuarse con las estructuras de los semáforos.
 - Las líneas canalizadoras de tráfico deben ser de 15 mts.
 - La línea de atención deberá pintarse en el pasaje El Ángel solo en el sentido este - oeste hacia la Av. Túpac Amaru.
 - Las rampas para discapacitados deberán tener una pendiente adecuada acorde a la RNE.
 - Alinear la verticalidad de todos los postes semafóricos.
 - Alinear horizontalidad de la viga, estructura metálica pórtico.

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

- Alinear horizontalidad de la viga estructuras metálicas aéreas de las semipórticas.
- Asegurar la varilla de cobre y tapa del pozo a tierra.

Señala que se ha ejecutado la instalación de un tendido de cable eléctrico tipo NYY desde la estación El Milagro del servicio Metropolitano hasta el controlador ubicado en el pasaje El Ángel.

4. Queda demostrado que el Contratista ha cumplido con levantar las observaciones dentro del plazo legal; por lo que, no existe causal para aplicar penalidad establecida en el artículo 165º del Reglamento y por ende no existe causal de resolución de contrato, estipulada en el inciso 2 del artículo 168º del Reglamento, y no existe razón para que el Contratista pague penalidad alguna.
5. Al no existir causal de resolución de contrato, la Resolución de Gerencia General Nº 017-2011-MML/IMPL/GG, no tiene asidero legal por lo que debe ser declarada su nulidad y/o ineficacia, ello al amparo del inciso 1 del artículo 10 de la Ley Nº 27444.
6. Por todo lo anterior, se solicita declarar infundada la pretensión de la reconvención.

Mediante Resolución Nº 10, de fecha 14 de octubre de 2011, se admitió el escrito de absolución de reconvención.

II.6 LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

Con fecha 27 de octubre de 2011 se celebró la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios. En ella, el Tribunal Arbitral, exhortó a las partes a arribar a un acuerdo conciliatorio. Sin embargo, ante la imposibilidad de arribar a un acuerdo total o parcial de las posiciones de las partes, el Tribunal Arbitral decidió proseguir con el presente proceso.

Laudo Arbitral de Derecho

*LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA*

Seguidamente, y luego de escuchar a las partes, el Tribunal Arbitral procedió a establecer los siguientes Puntos Controvertidos:

De la demanda presentada por el ingeniero LUIS FELIPE LOZADA PODESTA:

1. Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que el reconocimiento y pago por parte de la entidad contratante, del resarcimiento de daños y perjuicios, por la demora en el pago del adelanto directo, por un monto ascendente a la suma de S/.47,055.36 (Cuarenta y siete mil y cincuenta y cinco y 36/100 Nuevos Soles), más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.
2. Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la entidad se declare la nulidad y/o ineficacia parcial de la Resolución de Gerencia de Obras y Mantenimiento N° 062-2010-MML/IMPL/GOM, de fecha 06.12.10, la misma que resuelve aprobar la Ampliación de Plazo N° 01, por diez (10) días calendarios, sin el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales. En consecuencia, se reconozca y se ordene el pago por parte de la Entidad Contratante de los Mayores Gastos Generales por el monto ascendente a la suma de S/.4,795.50 (Cuatro mil setecientos noventa y cinco y 50/100 Nuevos Soles), al amparo del artículo 202° del DS N° 184-2008-EF Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.
3. Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare la nulidad y/o ineficacia total de la Resolución de Gerencia General N° 017-2011-MML/IMPL/GG, la misma que resuelve el contrato.
4. Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad que pague al Contratista la valorización del Presupuesto Adicional N° 01, por el monto ascendente a la suma de S/.18,586.61 (Dieciocho mil quinientos ochenta y seis y 61/100 Nuevos Soles), al amparo del artículo 197° del D.S.N°184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.

Laudo Arbitral de Derecho

*LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA*

5. Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad que pague al Contratista las partidas ejecutadas, por el monto ascendente a la suma de S/.119.872.78 (Ciento diecinueve mil ochocientos setenta y dos y 78/100 Nuevos Soles).
6. Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare la inaplicación de la penalidad impuesta por el incumplimiento del contrato.
7. Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad que pague al Contratista los daños y perjuicios que se originan como daño emergente, en el mayor costo de las pólizas de caución, de fiel cumplimiento de contrato, adelanto directo y adelanto de materiales.
8. Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad que pague al Contratista el perjuicio causado por gastos de pago a empresas asesoras para el proceso de conciliación y arbitraje.
9. Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad que pague al Contratista las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no pudiendo participar en diversos procesos de selección.

De la contestación de demanda y reconvención presentada por el INSTITUTO METROPOLITANO PROTRANSPORTE DE LIMA:

1. Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que el ingeniero Luis Felipe Lozada Podestá está obligado a pagar a PROTRANSPORTE el monto ascendente a la suma de S/. 41,104.21 (Cuarenta y un mil ciento cuatro con 21/100 Nuevos Soles) más IGV; por concepto de la penalidad máxima incurrida por incumplimiento de contrato, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.

Punto controvertido común:

1. Determinar a quién corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que generen el presente proceso arbitral.

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

II.7 LOS MEDIOS PROBATORIOS

En la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, el Tribunal Arbitral dispuso admitir los siguientes medios probatorios:

Medios probatorios ofrecidos por la parte demandante:

- Los medios probatorios ofrecidos por el Ingeniero Luis Felipe Lozada Podesta en su escrito de demanda presentado el 6 de julio de 2011, complementado mediante escrito de fecha 21 de julio de 2011 detallados en el numeral 5 "Medios Probatorios" de dichos escritos e identificados con los numerales 5.1 al 5.33 e identificados como anexos A al AF.

Medios probatorios ofrecidos por la parte demandada:

- Los medios probatorios ofrecidos por el Instituto Metropolitano Protransporte de Lima - PROTRANSPORTE en su escrito de contestación de demanda presentado el 18 de agosto de 2011, señalados en el numeral IV "Medios Probatorios de la Contestación de la demanda" de dicho escrito e identificados con los numerales 2 al 24 (Anexo 3 al 25), los mismos que fueron ofrecidos para la reconvención.

Respecto al numeral 1 de los medios probatorios ofrecidos "Peritaje Técnico a realizarse sobre la ejecución de las obras" el Colegiado se reservó el derecho de disponer oportunamente la actuación de dicho medio probatorio ofrecido, siendo que mediante Resolución N° 19, de fecha 31 de julio de 2012, se resolvió declarar improcedente su actuación.

En relación a los medios probatorios ofrecidos por las partes y sobre la base del principio de la amplitud de la prueba que se aplica en todo procedimiento arbitral, el Tribunal Arbitral deja constancia que los mismos han sido actuados y evaluados en su integridad.

II.8 ALEGATOS E INFORME ORAL

Mediante Resolución N° 19, de fecha 31 de julio de 2012, se otorgó a las partes un plazo de cinco (05) días hábiles para la presentación de sus alegatos y, de ser el caso, soliciten el uso de la palabra.

Laudo Arbitral de Derecho

*LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA*

Con fecha 03 de agosto de 2012, el ingeniero Luis Felipe Lozada Podesta presentó su escrito señalando que los alegatos se expondrían en la Audiencia de Informes Orales.

Con fecha 08 de agosto de 2012, el Instituto Metropolitano Protransporte de Lima presentó su escrito de alegatos.

Mediante Resolución N° 20, de fecha 15 de agosto de 2012, se resolvió tener presente los alegatos de ambas partes y se les citó a la Audiencia de Informes Orales para el 22 de agosto de 2012 a las 11:30 horas en la Sede Arbitral.

Con fecha 22 de agosto de 2012, se realizó la Audiencia de Informes Orales con la participación de los representantes de ambas partes. En ella, ambas partes hicieron uso de la palabra y respondieron las preguntas y consultas del Tribunal Arbitral.

Con fecha 21 de setiembre de 2012, el Ingeniero Luis Felipe Lozada Podesta presentó escrito por el que precisa el monto de las pretensiones. En ese sentido, señala que respecto al resarcimiento de daños y perjuicios, por la demora en el pago del Adelanto Directo, este asciende a la suma de S/.2,823.32 (Dos Mil Ochocientos Veintitrés y 32/100 Nuevos Soles), más los intereses que se generen hasta la fecha de pago; respecto a los mayores gastos generales de la Ampliación de Plazo N° 01, estos ascienden a la suma de S/.5,973.54 (Cinco Mil Novecientos Setenta y Tres y 54/100 Nuevos Soles); y, respecto al pago por los daños y perjuicios que se originan como daño emergente, en el mayor costo de las pólizas de caución de fiel cumplimiento de contrato, estos ascienden a la suma de S/.4,163.04 (Cuatro mil ciento sesenta y tres y 04/100 Nuevos Soles)

Mediante Resolución N° 21, de fecha 3 de octubre de 2012, se resolvió poner en conocimiento de la parte demandada el escrito presentado por el Contratista.

Con fecha 12 de octubre de 2012, el Demandado presentó escrito por el que absuelve el traslado conferido. En ese sentido, señala que los montos de las pretensiones son confusos e improcedentes, siendo que varían los montos de los tres conceptos demandados, por lo que no puede ser amparado.

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

Mediante Resolución N° 22, de fecha 5 de noviembre de 2012, se resolvió tener presente la absolución, disponiéndose que el Tribunal Arbitral resolverá el pedido del demandante respecto a la reducción de los montos al momento de emitir el laudo arbitral.

II.9 PLAZO PARA LAUDAR

Mediante Resolución N° 22, de fecha 5 de noviembre de 2012, se fijó el plazo de treinta (30) días hábiles para expedir el correspondiente laudo arbitral, reservándose el Tribunal Arbitral la facultad de prorrogar dicho de estimarlo conveniente. Asimismo, mediante Resolución N° 25 se amplió en treinta (30) días hábiles el plazo para laudar.

CONSIDERANDO:

I. CUESTIONES PRELIMINARES:

Antes de entrar a analizar las materias controvertidas, corresponde confirmar lo siguiente:

- Que, el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral celebrado entre las partes.
- Que, no se ha recusado a los miembros del Tribunal Arbitral, ni se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
- Que, el Contratista presentó su demanda dentro del plazo dispuesto.
- Que, la Entidad fue debidamente emplazada con la demanda y se le permitió ejercitar su derecho de defensa.
- Que, las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar las pruebas ofrecidas.

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

- Que, las partes han tenido la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente.
- Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro del plazo establecido en el presente proceso arbitral.

II. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en relación a cada uno de los puntos controvertidos que se procede a analizar, se han tenido en cuenta los fundamentos de hecho y de derecho invocados por las partes en el transcurso del presente proceso arbitral.

En este sentido, las conclusiones que se alcanzan corresponden a la real y cabal convicción del Tribunal Arbitral sobre cada uno de los extremos establecidos como puntos controvertidos, sujetos a la competencia resolutoria de éste.

PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA DEMADA

1. **Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que el reconocimiento y pago por parte de la entidad contratante, del resarcimiento de daños y perjuicios, por la demora en el pago del adelanto directo, por un monto ascendente a la suma de S/.47,055.36 (Cuarenta y siete mil y cincuenta y cinco y 36/100 Nuevos Soles), más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.**

Antes de determinar si se han producido daños y perjuicios al Contratista por una supuesta demora en el pago del Adelanto Directo, corresponde primero analizar si el procedimiento seguido para la entrega del Adelanto Directo se efectuó conforme a derecho, para así posteriormente, conocer si efectivamente se ha producido demora en la entrega del Adelanto Directo.

Al respecto, la Cláusula Novena del Contrato establece en su segundo párrafo que: "En caso El Contratista solicitara el Adelanto Directo o el Adelanto para

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

Materiales o Insumos previstos en las Bases, éste deberá entregar a PROTRANSPORTE una Carta Fianza como garantía por el adelanto, por idéntico monto al solicitado y conforme a lo establecido en las Bases y en los artículo 187º y 188º del Reglamento de Contrataciones del Estado, respectivamente."

De la misma manera, el artículo 187º del Reglamento dispone que: *"En el caso que en las Bases se haya establecido el otorgamiento de este adelanto, el contratista dentro de los ocho (8) días contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato, podrá solicitar formalmente la entrega del adelanto, adjuntando a su solicitud la garantía y el comprobante de pago correspondientes, debiendo la Entidad entregar el monto solicitado dentro de los siete (7) días contados a partir del día siguiente de recibida la mencionada documentación".*

Así, en el presente caso, ha quedado acreditado que con fecha 07 de octubre de 2010, PROTRANSPORTE y el Contratista suscribieron el Contrato N° 076-2010-MML-IMPL/AN para la Ejecución de la Obra "Acceso al Asentamiento Humano La Unificada - Psje. El Ángel".

Asimismo, ha quedado acreditado que, dentro del plazo establecido en el artículo 187º del Reglamento, el Contratista notificó a la Entidad la Carta N° 0136-2010/LLP de fecha 15 de octubre de 2010, por la que solicita Adelanto Directo, por el monto ascendente a la suma de S/.94,110.73 (Noventa y cuatro mil ciento diez y 73/100 Nuevos Soles), entregando además, la Carta Fianza N° 210300276 sobre el monto solicitado.

De la misma manera, conforme al artículo 187º del Reglamento antes citado, la Entidad debía entregar el monto correspondiente al Adelanto Directo solicitado dentro de los siete (7) días contados a partir del día siguiente de recibida la mencionada documentación; sin embargo, se advierte de la Carta N° 0143-2010/LLP de fecha 22 de noviembre de 2010, que la parte demandante indica *"con fecha 04/11/2010, la Entidad otorga al Contratista el adelanto directo solicitado dentro del plazo, ascendente a la suma de S/. 94,110.73 (NOVENTA Y CUATRO MIL CIENTO DIEZ CON 73/100 NUEVOS*

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

SOLES)"; cabe precisar que, dicho medio probatorio ha sido presentado por ambas partes.

De esta manera, este Colegiado advierte que han transcurrido más de siete (7) días desde la fecha en que fue solicitado el Adelanto Directo hasta el momento en que se hizo efectivo el mismo, no existiendo medio probatorio que acredite impedimento u observación por parte de la Entidad, para que se realice la entrega del monto del Adelanto Directo en plazo posterior al establecido en el artículo 187° del Reglamento; en ese sentido, cabe establecer que se ha producido demora en la entrega del Adelanto Directo solicitado por el Contratista.

Por otro lado, el artículo 184° del Reglamento establece que "El inicio del plazo de ejecución de obra comienza a regir desde el día siguiente de que se cumplan las siguientes condiciones: (...) 5. Que se haya entregado el adelanto directo al contratista, en las condiciones y oportunidades establecidas en el artículo 187°. Las condiciones a que se refieren los literales precedentes, deberán ser cumplidas dentro de los quince (15) días contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato (...) Asimismo, si la Entidad no cumple con lo dispuesto en los incisos precedentes por causas imputables a ésta, en los quince (15) días siguientes al vencimiento del plazo previsto anteriormente, el contratista tendrá derecho al resarcimiento de daños y perjuicios debidamente acreditados, hasta por un monto equivalente al cinco por mil (5/1000) del monto del contrato por día y hasta por un tope de setenta y cinco por diez mil (75/10000)". (El subrayado y resaltado es nuestro)

Al respecto, en el presente caso, el Contrato N° 076-2010-MML-IMPL/AN se suscribió con fecha 07 de octubre de 2010; con lo que, conforme a lo establecido en los artículos 184° y 187° del Reglamento, la Entidad tenía que cumplir con entregar el monto correspondiente a la solicitud de Adelanto Directo con fecha máxima el 22 de octubre de 2010.

De la misma manera, debido a que la Entidad no cumplió con entregar en el plazo enunciado en el párrafo anterior, únicamente tendrá derecho el Contratista al resarcimiento de daños y perjuicios conforme al artículo 187°

Laudo Arbitral de Derecho

*LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA*

del Reglamento antes enunciado, siempre que la Entidad no cumpla con entregar el monto de la solicitud de Adelanto Directo dentro del plazo de quince (15) días de cumplido el plazo primigenio, que en el presente caso es a partir del 22 de octubre de 2010; con lo que, la Entidad debía entregar el monto del Adelanto Directo solicitado como máximo con fecha 06 de febrero de 2010.

De esta manera, de acuerdo a lo señalado por el Contratista en su Carta N° 0143-2010/LLP de fecha 22 de noviembre de 2010, la Entidad cumplió con entregar el monto del Adelanto Directo solicitado con fecha 04 de noviembre de 2010; por lo que, este Tribunal Arbitral establece que no se debe otorgar el resarcimiento de daños y perjuicios de acuerdo al artículo 184° del Reglamento, puesto que la Entidad cumplió con la entrega del monto del Adelanto Directo solicitado dentro del plazo otorgado en el último párrafo del artículo en mención.

Por lo tanto, el Tribunal Arbitral declara **INFUNDADA** la primera pretensión de la demanda; en consecuencia, no corresponde declarar el reconocimiento y pago por parte de la Entidad, del resarcimiento de daños y perjuicios, por la demora en el pago del adelanto directo, por un monto ascendente a la suma de S/.47,055.36 (Cuarenta y siete mil y cincuenta y cinco y 36/100 Nuevos Soles), así como, no corresponde reconocer intereses por dicho concepto.

2. **Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la entidad se declare la nulidad y/o ineficacia parcial de la Resolución de Gerencia de Obras y Mantenimiento N° 062-2010-MML/IMPL/GOM, de fecha 06.12.10, la misma que resuelve aprobar la Ampliación de Plazo N° 01, por diez (10) días calendarios, sin el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales. En consecuencia, se reconozca y se ordene el pago por parte de la Entidad Contratante de los Mayores Gastos Generales por el monto ascendente a la suma de S/.4,795.50 (Cuatro mil setecientos noventa y cinco y 50/100 Nuevos Soles), al amparo del artículo 202° del DS N° 184-2008-EF Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.**

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

Al respecto, este Colegiado advierte que en el presente punto controvertido debe tenerse presente que corresponde realizar el análisis, de dos materias:
(i) La nulidad y/o ineficacia de la Resolución N° 062-2010-MML/IMPL/GOM de fecha 06 de diciembre de 2012; (ii) Realizar un análisis si corresponde reconocer y ordenar a la Entidad el pago de los Mayores Gastos Generales.

En ese sentido, respecto del primer punto, esto es, la nulidad y/o ineficacia de la Resolución N° 062-2010-MML/IMPL/GOM de fecha 06 de diciembre de 2012, este Colegiado debe primero determinar si se ha cumplido con la formalidad respectiva para la emisión de dicha resolución.

En ese sentido, el artículo 201° del Reglamento establece que *"Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal, el contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra. En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo. El inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la Entidad, en un plazo no mayor de siete (7) días, contados desde el día siguiente de presentada la solicitud. La Entidad emitirá resolución sobre dicha ampliación en un plazo máximo de diez (10) días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe. De no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo señalado, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad."*

Así, en el Asiento N° 03 del Cuaderno de Obra de fecha 06 de noviembre de 2010, el Contratista señala que *"Se deja constancia que: Con fecha 25.10.2010 se ingresó Carta N° 0138-2010/LLP dirigida al Ing. Fernando Núñez Terrones (...)"*.

Laudo Arbitral de Derecho

*LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA*

En ese sentido, mediante Carta N° 0138-2010/LLP de fecha 25 de octubre de 2010, el contratista solicita a la Entidad alcanzar detalles de los planos D-1, P-1 y SM-1, detalle de los semáforos, de cimentación de los mismos, los ductos de los cables de semaforización. Asimismo, mediante Carta N° 0140-2010/LLP de fecha 29 de octubre de 2010, el contratista reitera las observaciones a los planos.

Posteriormente, con fecha 26 de noviembre de 2010, la Supervisión alcanza al Contratista la Carta N° 73-2010/CONS/APHJ, en la cual se le hace llegar al Contratista de los Planos de Semaforización.

Así, dentro del plazo establecido, mediante Carta N° 0145-2010/LLP de fecha 30 de noviembre de 2010, la parte demandante solicita la Ampliación de Plazo N° 01, debido a que se han generado atrasos por causas atribuibles a la Entidad y por caso fortuito o fuerza mayor debidamente acreditados, los mismos que han sido consignados en el Cuaderno de Obra.

De la misma manera, transcurrido tres (03) días desde la recepción de la Carta N° 0145-2010/LLP, con la que, se solicita la Ampliación de Plazo N° 01, mediante Carta N° 04-2010/SUP/APHJ de fecha 03 de diciembre de 2010, el Coordinador de Obra Ingeniero Fernando Núñez Terrones presenta el Informe de Supervisión a la Ampliación del Plazo N° 01 solicitada por el Contratista, en el cual se establece que sí es procedente la ampliación de plazo solicitada.

Finalmente, transcurridos tres (3) días desde la recepción por parte de la Entidad del Informe de Supervisión, mediante Resolución de Gerencia de Obras y Mantenimiento N° 062-2010-MML/IMPL/GOM de fecha 06 de diciembre de 2012, la Entidad resuelve aprobar la Ampliación de Plazo N° 01 solicitada por el Contratista por diez (10) días calendario.

Así pues, de lo indicado en párrafos anteriores se advierte que la emisión de la Resolución, mediante el cual se otorga la ampliación de plazo N° 01 solicitada por el contratista, ha cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 201° del Reglamento.

Laudo Arbitral de Derecho

*LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA*

De otro lado, en el artículo 202° del Reglamento se establece que *"Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables (...)".*

Al respecto, ha quedado establecido que mediante la Resolución de Gerencia de Obras y Mantenimiento N° 062-2010-MML/IMPL/GOM de fecha 06 de diciembre de 2010, la Entidad aprobó la Ampliación de Plazo N° 01 solicitada por el contratista.

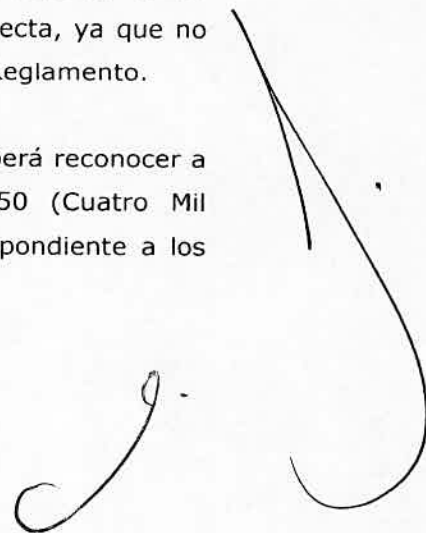
De esta manera, al habersele aprobado la Ampliación Plazo solicitada por el Contratista, corresponde consecuentemente, que la Entidad le reconozca los mayores gastos generales variables.

En este punto de análisis, cabe indicar que, mediante escrito de fecha 21 setiembre de 2012, el Contratista solicita que se proceda a la modificación del monto de los mayores gastos generales solicitados a la suma de S/. 5,973.54 (Cinco Mil Novecientos Setenta y Tres y 54/100 Nuevos Soles).

De la misma manera, mediante Resolución N° 22, este Tribunal Arbitral estableció que en el presente laudo establecería si procede el cambio del monto de los gastos generales solicitado por el Contratista en su escrito de fecha 21 de setiembre de 2012.

Respecto a lo indicado, este Colegiado considera que el monto variado en el escrito presentado por Luis Lozada Podestá de fecha 21 de setiembre de 2012 no será tomado en cuenta, puesto que el mismo, de acuerdo a los documentos presentados, ha sido calculado de manera incorrecta, ya que no se ha aplicado lo establecido en los artículos 202° y 203° del Reglamento.

De esta manera, este Tribunal Arbitral establece que se le deberá reconocer a favor del Contratista el monto ascendente a S/. 4,795.50 (Cuatro Mil Setecientos Noventa y Cinco y 50/100 Nuevos Soles) correspondiente a los mayores gastos generales.



Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

Por otro lado, este Tribunal Arbitral deberá determinar si corresponde declarar o no el pago de los respectivos intereses; y de ser el caso, determinar el tipo de intereses y la fecha desde que deberán computarse.

Para ello, resulta pertinente citar a los doctores Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre¹:

"(...) Debe quedar claro que el pago de intereses es susceptible de aplicarse a todo tipo de deudas, entiéndase: deuda pecuniaria o dineraria y deuda no pecuniaria o de valor (...).

De este modo, no la naturaleza de la obligación principal, ni el objeto de su prestación, constituyen óbice para el cobro de los intereses". (El subrayado es nuestro).

En el presente punto controvertido, se ha determinado que la Entidad debe cancelar a favor del Contratista, la suma ascendente a S/. 4,795.50 (Cuatro Mil Setecientos Noventa y Cinco y 50/100 Nuevos Soles), correspondiente a la mayores gastos generales correspondiente a la Ampliación de Plazo N° 01.

De lo señalado en el considerando anterior se puede inferir que la Entidad tiene una deuda a favor del Contratista, la misma consiste en el pago de los mayores gastos generales correspondientes a la Ampliación de Plazo N° 01. Por tal motivo, encontrándonos frente a una deuda que a la fecha no ha sido cancelada, corresponde declarar que el Consorcio tiene derecho también a percibir los respectivos intereses.

Ahora bien, para poder determinar el tipo de interés que corresponde al Contratista, tenemos primero que conocer los tipos de intereses que encontramos en nuestra legislación.

Así, el ordenamiento peruano ha establecido dos tipos de intereses: el interés compensatorio y el moratorio. El primero se da cuando se constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien. A diferencia, el

¹ Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario. "Compendio de Derecho de las Obligaciones". Lima: Palestra Editores, p.517.

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

interés será moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago, conforme a lo dispuesto en el artículo 1242° del Código Civil.

Habiendo definido ambos tipos de intereses, queda claro que para la aplicación de los mismos en el presente arbitraje, corresponderá aplicar solamente los moratorios, en tanto lo que se busca es reparar los daños y perjuicios por el retraso en la ejecución de una obligación.

Al respecto, Fernández Fernández señala:

*"(...) los intereses moratorios vienen a ser aquellos que constituyen la manera de indemnizar supletoriamente al acreedor por el cumplimiento tardío de la obligación pecuniaria por parte del deudor, cubriéndose de esta manera los daños y perjuicios ocasionados precisamente por efectos de la mora en el pago"*².

Asimismo, el artículo 1246° del Código Civil ha establecido que si los contratantes no pactan el pago de un interés moratorio, el deudor se encontrará obligado al pago de un determinado tipo de interés por causa de mora, que según sea el caso, se tratará del interés compensatorio (pactado) o del interés legal³.

En ese sentido, de autos se advierte que la Entidad y el Contratista no han pactado ningún tipo de interés; por lo que, para la resolución del presente punto controvertido, este Tribunal Arbitral se regirá por los intereses legales a los que hace alusión el artículo 1246° del Código Civil. Al respecto, el artículo 1244° del mismo cuerpo normativo, nos precisa que la tasa de interés legal será fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

Para ello, y siendo que los intereses a los que hacemos alusión, se tratan de intereses por mora, se deberá determinar desde cuando se produce dicho interés. En ese sentido, se advierte que las partes no han pactado nada al

² Fernández Fernández, César, "Interés por Mora". En: Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en las diversas materias del derecho civil. Lima: Gaceta Jurídica, 2007. Pág. 418.

³ Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario. Op. Cit. Pág. 533.

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

respecto; sin embargo, tenemos que el artículo 1334° del Código Civil dispone que:

"En las obligaciones de dar suma de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda (...)"

De lo expuesto, se desprende que los intereses moratorios para cuyo cálculo se aplicará la tasa de interés legal, se deberán computar a partir de la fecha de presentación de la demanda para someter a arbitraje la controversia surgida en torno a la Resolución del Contrato celebrado entre la Entidad y el Consorcio.

Cabe indicar que, el presente arbitraje se inicia en la fecha de recepción de la solicitud para someter la presente controversia a arbitraje, de acuerdo a lo establecido en el artículo 33° de la Ley de Arbitraje, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1071, es por ello que, este Tribunal Arbitral ha considerado conveniente de acuerdo a los fundamentos expuestos otorgar los intereses a partir del inicio de arbitraje, es decir desde la fecha de recepción de la solicitud para someter la presente controversia a arbitraje.

En tal sentido, siendo que la solicitud para someter la presente controversia a arbitraje fue recepcionada por la Entidad con fecha 01 de abril de 2011, es desde esta fecha que se deberá computar el pago de intereses legales a favor del Contratista, en base al monto adeudado, esto es la suma de S/.4,795.50 (Cuatro Mil Setecientos Noventa y Cinco y 50/100 Nuevos Soles).

Por lo expuesto, este Colegiado declara **FUNDADA EN PARTE** la segunda pretensión de la demanda. En consecuencia, no debe declararse la nulidad y/o ineficacia parcial de la Resolución de Gerencia de Obras y Mantenimiento N° 062-2010-MML/IMPL/GOM, de fecha 06.12.10, que resuelve aprobar la Ampliación de Plazo N° 01, por diez (10) días calendarios, en consecuencia, deben reconocerse los Mayores Gastos Generales, en tal sentido este Colegiado ordena el pago por parte de la Entidad de los Mayores Gastos Generales por el monto ascendente a la suma de S/.4,795.50 (Cuatro mil setecientos noventa y cinco y 50/100 Nuevos Soles), más los intereses legales

Laudo Arbitral de Derecho

*LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA*

correspondientes, los mismos que empezarán a computarse desde la fecha de recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje, esto es, a partir del día 01 de abril de 2011.

- 3. Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare la nulidad y/o ineficacia total de la Resolución de Gerencia General N° 017-2011-MML/IMPL/GG, la misma que resuelve el contrato.**

Mediante Resolución de Gerencia General N° 017-2011-MML/IMPL/GG de fecha 30 de marzo de 2011, la Entidad resuelve lo siguiente: *"Resolver el contrato N° 076-2010-MML/IMPL/AN suscrito con el señor LUIS FELIPE LOZADA PODESTÁ para la ejecución de la obra "Acceso al Asentamiento Humano La Unificada - Psje. El Ángel", por incumplimiento de éste al haberse acumulado el monto máximo de la penalidad"*.

Para poder determinar la nulidad o no de la referida Resolución Gerencia que resuelve el contrato, este Colegiado considera conveniente analizar si la Entidad ha procedido con la formalidad correspondiente para resolver el contrato, es decir si la resolución de contrato observa las formalidades para su procedencia.

Así pues, el tercer párrafo del artículo 169° del Reglamento establece que: *"No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato"*.

De esta manera, de la Resolución de Gerencia General N° 017-2011-MML/IMPL/GG de fecha 30 de marzo de 2011, se aprecia que la Entidad resuelve el contrato celebrado con la demandante, pues éste ha acumulado el monto máximo de la penalidad tras no haber absuelto las observaciones planteadas en el Acta de Verificación y Observaciones de Obra de fecha 14 de enero de 2011.

Laudo Arbitral de Derecho

**LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA**

De la misma manera, mediante Oficio N° 158-2011-MML/IMPL/GG de fecha 30 de marzo de 2011, la Entidad pone en conocimiento de la demandante la Resolución de Gerencia General N° 017-2011-MML/IMPL/GG de fecha 30 de marzo de 2011; dicho Oficio ha sido remitido a la demandante por medio de la Carta Notarial N° 172-11.

En ese sentido, este Colegiado establece que la Entidad ha cumplido con la formalidad establecida en el segundo párrafo del artículo 169° del Reglamento, puesto que la causa de la resolución ha sido la acumulación de la penalidad máxima, siendo ésta comunicada mediante vía notarial.

Por otro lado, para poder determinar si se ha producido el hecho invocado por la Entidad, como causa para que se produzca la resolución del contrato, debemos primero conocer si realmente no se ha absuelto las observaciones, y en consecuencia, se ha producido la penalidad máxima.

Así, según se advierte del Acta de Verificación y Observaciones de Obra, suscrita el 14 de enero de 2011, se efectuaron observaciones a la obra; por lo que, el Comité de recepción, procedió a no aprobar su recepción.

En este punto cabe indicar que, en el ámbito jurídico, la prueba es el instrumento mediante el cual las partes comparan la afirmación realizada sobre unos actos y la realidad de éstos, para así, crear en el juzgador, la convicción respecto de lo afirmado. Ello resulta en razón de que para el Derecho, la acreditación probatoria de las alegaciones es la actividad necesaria que implica demostrar la certeza de un hecho, su existencia o contenido según los medios establecidos por la ley. Así, **la prueba recae sobre quien alega algo**, ya que por principio probatorio se establece que quien alega debe probar la veracidad de aquello que afirma.

Como señala el profesor Canelo, *"Con la prueba se persigue la justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley"*⁴

⁴ CANELO RABANAL, R. Comentario al artículo 188 del Código Procesal Civil en Código Procesal Civil Comentado por los mejores especialistas Tomo II. 1ra. Edición. Editorial ADRUS, Arequipa, Junio 2010. p. 36.

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

Esto responde al denominado por la doctrina como **Onus Probandi**, (o carga de la prueba) que es una expresión latina del principio jurídico que señala quién está obligado a probar un determinado hecho ante los tribunales. El fundamento del **Onus Probandi**, radica en un viejo aforismo de derecho que expresa que "lo normal se presume, lo anormal se prueba". Básicamente, lo que se quiere decir con este aforismo es que la carga o el trabajo de probar un enunciado debe recaer en aquel que rompe el estado de normalidad.

En ese sentido, este Colegiado advierte que las observaciones planteadas en el Acta de Verificación son requerimiento que debe levantar el contratista, "in situ", esto es, realizar los cambios y/o modificaciones observadas en la obra de manera física; con lo que, solamente podría acreditarse la subsanación o no de las observaciones, con la realización de una verificación o comprobación física, es decir en el lugar de la obra. Así, conforme la legalidad que reviste la comprobación del hecho supone que la acreditación de dicha verificación sea plasmada en un documento y no solamente alegada por los meros supuestos expresados, en este caso particular, por la Entidad.

De esta manera, se acreditará que el Contratista no ha cumplido con subsanar las observaciones planteadas por el Comité de Recepción de Obra, por medio de una verificación realizada por la Entidad, con la participación del Supervisor y del Contratista, en la cual se establezca expresamente que este último no ha cumplido con subsanar las observaciones efectuadas.

Así pues, de los medios probatorios presentados por la Entidad, no se observa que ésta haya efectuado constatación o verificación alguna en la obra respecto del levantamiento de las observaciones efectuadas, mucho menos la Entidad ha dejado constancia mediante Acta o documento escrito del incumplimiento por parte del Contratista de la subsanación de las observaciones planteadas; basándose únicamente en los informes internos de sus áreas técnicas y de lo indicado por el Supervisor. En ese sentido, se advierte que la Entidad no ha acreditado de manera real que en la obra no se ha efectuado la subsanación de las observaciones planteadas por el Comité de Recepción de Obra.

Laudo Arbitral de Derecho

*LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA*

No obstante lo indicado en el párrafo anterior, se advierte que con fecha 02 de abril de 2011, con presencia del Notario Público, doctor Fausto Montoya Romero, las partes, conjuntamente con dicho profesional procedieron a la Constatación Física e Inventario de la Obra, levantando el Acta correspondiente, en el cual se deja constancia de que el contratista ha levantado observaciones efectuadas por el Comité de Recepción con fecha 14 de enero de 2011.

Así, en el Acta de Constatación Física e Inventario de la Obra se indica lo siguiente:

"(...) Asimismo, el contratista de la Obra, deja constancia que del acta de verificación y observaciones de obra ha levantado las siguientes observaciones:

- Limpieza General de la Zona de Obra
- Pintura de los postes deben ser uniforme y/o homogéneas
- Limpieza de las señales verticales
- La altura de todas las señales deben ser 2.10 mts. Desde la base hasta el límite inferior de la señal (Manual de Dispositivos de Control para Calles y Carreteras)
- Las señales verticales informativas aéreas deban de complementarse y adecuarse con las estructuras de los semáforos.
- Las líneas canalizadoras de tráfico deben ser de 15 mts.
- La línea de retención deberá pintarse en el Pasaje El Ángel solo en el sentido este - oeste hacia la Av. Túpac Amaru.
- Las rampas para discapacitados deberán tener una pendiente adecuada acorde a la RNE.
- Alinear la verticalidad de todos los postes semafóricos.
- Alinear la horizontalidad de la (viga) estructura metálica pórtico.
- Alinear la horizontalidad de las (viga) estructuras metálica aéreas de los semipórticos.
- Asegurar la varilla de cobre y tapa del pozo a tierra.(...)"

En ese sentido, este Tribunal considera que las partes han efectuado la verificación "*in situ*" de las observaciones planteadas, recién con la

Laudo Arbitral de Derecho

*LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA*

Constatación Física e Inventario de la Obra de fecha 02 de abril de 2011, en la cual, tal como hemos establecido en el párrafo anterior, se indica que el Contratista ha cumplido con subsanar las observaciones planteadas por el Comité de Recepción de Obra, no encontrándose además, oposición por parte de la Entidad o la Supervisión respecto de lo establecido en el Acta de Constatación correspondiente, la misma que fue Suscrita, tanto por el Notario; el contratista, Ing. Luis Felipe Lozada Podestá; la Supervisión de Obra, Ing. Alexander Primitivo Huertas Jara y el Ing. Fernando Núñez Terrones en su calidad de Administrador del Contrato.

Consiguientemente, este Tribunal Arbitral establece que de los medios probatorios presentados por la partes, se acredita mediante Inspección Física de la Obra que el Contratista ha cumplido con subsanar las observaciones planteadas por el Comité de Recepción de Obra, advirtiéndose además, respecto de la subsanación de observaciones no ha sido contradictoria.

Finalmente, cabe resaltar que, en una relación contractual las partes deberán guardar cierto comportamiento, es decir deberán proceder con la diligencia debida; de acuerdo a este Tribunal, dicha diligencia supone que las partes deben realizar las acciones que sean necesarias para el eficaz cumplimiento de sus obligaciones o de las normas a los que estas se hayan subordinado, así también las partes deben dejar constancia de la inacción de la otra parte ante el cumplimiento de sus obligaciones, las que además, servirán de acreditación fehaciente de las alegaciones que estas plantean.

De esta manera, este Colegiado considera que en el presente arbitraje la Entidad no procedió a actuar de manera diligente, debido a que, dicha parte para acreditar fehacientemente que el Contratista no ha cumplido con subsanar las observaciones planteadas por el Comité de Obra, debió proceder a realizar una verificación en el lugar de la obra, documentando debidamente dicha constatación, conducta que la Entidad no ha cumplido con realizar.

En este punto de análisis conviene citar el numeral 4 del artículo 210° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual indica lo siguiente:



Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

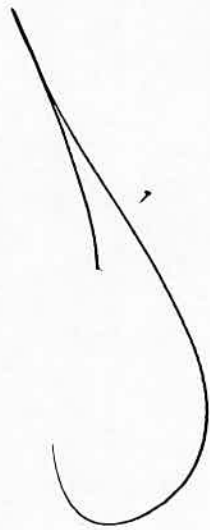
"Si vencido el cincuenta por ciento (50%) del plazo establecido para la subsanación, la Entidad comprueba que no se ha dado inicio a los trabajos correspondiente, salvo circunstancias justificadas debidamente por el contratista, dará por vencido el plazo, ésta intervendrá y subsanará las observaciones (...)"

Tal como puede apreciarse, la Entidad no comprobó que se dieron inicio a los trabajos correspondientes por parte del contratista, mucho menos dejó constancia documental de dicho hecho, en tal sentido se demuestra la inconducta de la Entidad respecto de la exigencia en la diligencia debida; adicionalmente cabe preguntarse ¿Por qué la Entidad al darse cuenta del supuesto incumplimiento no aplicó lo establecido en el párrafo antes citado? Justamente, no lo pudo hacer pues no había comprobado que las observaciones fueron levantadas, lo que supone un normal desenvolvimiento de los trabajos para subsanar las observaciones, tanto es así que al momento que la realización de la constatación Física e inventario de la obra, las observaciones estaban totalmente levantadas.

Cabe precisar entonces, que la resolución del Contrato, se efectuó sin comprobar que las observaciones realizadas por el Comité de Recepción ya se habían levantado, situación que a juicio de este Tribunal importa la falta de motivación real, debidamente fundamentada, que exige la normativa correspondiente para la emisión del documento que resuelve un contrato, vulnerándose el derecho del Contratista, ya que uno de los elementos para la resolución del contrato es justamente que dicha resolución sea motivada.

Por lo expuesto, este Tribunal Arbitral resuelve que corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia total de la Resolución de Gerencia General N° 017-2011-MML/IMPL/GG, que resuelve el contrato materia de litis.

4. **Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad que pague al Contratista la valorización del Presupuesto Adicional N° 01, por el monto ascendente a la suma de S/.18,586.61 (Dieciocho mil quinientos ochenta y seis y 61/100 Nuevos Soles), al amparo del artículo 197° del D.S.N°184-2008-EF, Reglamento de la Ley de**



Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

Contrataciones del Estado, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.

Para la resolución del presente punto controvertido, este Colegiado primero realizará un análisis respecto a si se ha cumplido con la formalidad establecida en la normativa aplicable para el otorgamiento del Adicional de Obra N° 01 así como sus implicancias y efectos, para posteriormente establecer si procede o no el pago de la valorización del referido Presupuesto Adicional N° 01.

Al respecto, el artículo 207° del Reglamento señala que *"Sólo procederá la ejecución de obras de adicionales cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestario y la resolución del Titular de la Entidad y en los casos en que sus montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, sean iguales o no superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original (...) La necesidad de tramitar y aprobar una prestación adicional de obra se inicia con la correspondiente anotación en el cuaderno de obra, ya sea por el contratista o el supervisor, la cual deberá realizarse con treinta (30) días de anticipación a la ejecución. Dentro de los diez (10) días siguientes de la anotación en el cuaderno de obra, el contratista deberá presentar al supervisor o inspector el presupuesto adicional de obra, el cual deberá remitirlo a la Entidad en un plazo de diez (10) días. La Entidad cuenta con diez (10) días para emitir la resolución aprobatoria"*.

Así pues, en el Asiento N° 05 del Cuaderno de Obra de fecha 09 de noviembre de 2010, el Contratista registró que el corte de pavimento rígido del corredor del Metropolitano para efectos de la instalación de dos semipórticos para el sistema semafórico originaría el debilitamiento de la estructura, proponiendo colocar una estructura aporticada de 8.50m de luz, a fin de evitar demoler la estructura del referido pavimento rígido.

De la misma manera, en el Asiento N° 017 del Cuaderno de Obra de fecha 22 de noviembre de 2010, el Contratista indica que en la partida 05.03 CONCRETO $f'c=350$ Kg/cm², ha existido un error en la hoja de metrados donde se consigna una cantidad de concreto menor que la realmente necesaria en dicha partida.

Laudo Arbitral de Derecho

*LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA*

Asimismo, mediante Carta N° 0146-2010/LLP de fecha 30 de noviembre de 2010, el Contratista remite al Supervisor de Obra los documentos que sustentan el Adicional por mayor metrado de concreto $f'c=350$ kg en el acceso central, así como, los deductivos producto del cambio de semáforos semipórticos a Pórticos en el Presupuesto de Semaforización.

De igual manera, mediante Informe N° 043-2010-MML/IMPL/GOM/fnt de fecha 03 de diciembre de 2010, el Especialista de Obras y Supervisión manifestó su conformidad con el Informe sobre el Presupuesto Adicional N° 01 y Deductivo Vinculado N° 01, considerando procedente la aprobación de la prestación adicional.

Igualmente, mediante Memorándum N° 1084-2010-MML/IMPL/GOM de fecha 03 de diciembre de 2010, la Gerencia de Obras y Mantenimiento dio su conformidad al Expediente Técnico Adicional N° 01 y Deductivo de Obra N° 01 solicitado por el Contratista, haciendo presente que dicho presupuesto cuenta con la disponibilidad presupuestal correspondiente.

Finalmente, mediante Resolución de Gerencia General N° 169-2010-MML/IMPL/GG de fecha 06 de diciembre de 2010, la Entidad, luego de los informes internos y de la supervisión de la obra, decide resolver lo siguiente:
"Artículo Primero: Aprobar el Presupuesto Adicional de Obra N° 01 al Contrato de Obra N° 076-2010-MML/IMPL (...) por la suma de S/. 29,007.52 (Veintinueve Mil Setenta y Siete y 52/100 Nuevos Soles) **Artículo Segundo:** Aprobar el Presupuesto Deductivo N° 01 Vinculante, al Contrato de Obra N° 076-2010-MML/IMPL (...) por la suma de S/.10,490.91 (Diez Mil Cuatrocientos Noventa y 91/100 Nuevos Soles) (...) Aprobar el Adicional de Obra N° 01 por el importe de S/. 29,586.51 (Dieciocho Mil Quinientos Ochenta y Seis con 51/100 Nuevos Soles), incluido el IGV, del contrato N° 076-2010-MML/IMPL/AN (...)"

De esta manera, de lo indicado en los párrafos anteriores, este Colegiado establece que se ha cumplido con la formalidad establecida en el artículo 207° del Reglamento; por lo que, realizará el análisis respecto a establecer si procede o no el pago de la valorización del Presupuesto Adicional N° 01.

Laudo Arbitral de Derecho

*LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA*

Así, el penúltimo párrafo del artículo 207° del Reglamento señala que *"El pago de los presupuesto adicionales aprobados se realiza mediante valorizaciones adicionales"*.

Así, mediante Carta N° 0142-2011/LLP de fecha 28 de marzo de 2011, el Contratista hace entrega de la Valorización N° 01 del Adicional de Obra N° 01, por el importe de S/. 18,586.51 (Dieciocho Mil Quinientos Ochenta y Seis y 51/100 Nuevos Soles).

Posteriormente, mediante Oficio N° 059-2011-MML/IMPL/GOM de fecha 30 de marzo de 2011, el Gerente de Obra y Mantenimiento (e) de la Entidad, remite al Ing. Alexander Primitivo Huertas Jara la Valorización N° 01 del Adicional de Obra N° 01 presentado por el Contratista mediante Carta N° 0142-2011/LLP, para que así, éste proceda a emitir pronunciamiento respecto al mismo.

De la misma forma, mediante Oficio N° 073-2011-MML/IMPL/GOM de fecha 12 de abril de 2011, la Entidad pone en conocimiento del Contratista del Informe Técnico N° 04-2011/SUP/APHJ elaborado por el Ing. Alexander Primitivo Huertas Jara, en el cual establece que la Valorización del Adicional N° 01 presentado por el Contratista ha sido revisada y observada, adjuntando una nueva valorización, además, estando la Entidad conforme a lo indicado por el mencionado Ingeniero.

Finalmente, mediante Carta N° 0143-2011/LLP de fecha 12 de abril del 2011, el Contratista señala lo siguiente: *"Por medio de la presente tenemos a bien informarles que habiendo sido notificada la valorización del adicional N° 01 de la obra "Acceso al Asentamiento Humano La Unificada - Pasaje El Ángel", mediante oficio de la referencia, les manifestamos nuestra aprobación y conformidad. Asimismo adjuntamos factura para los trámites respectivos de cancelación"*.

De esta manera, de lo establecido en los párrafos anteriores, se aprecia que el Contratista ha cumplido con presentar la Valorización N° 01 correspondiente al Adicional de Obra N° 01; con lo que, consecuentemente corresponde que la Entidad otorgue el monto ahí solicitado, más aún, cuando ambas partes se

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

encuentran conformes con el monto establecido por el Ingeniero Alexander Primitivo Huertas Jara en su Informe Técnico N° 04-2011/SUP/APHJ.

Sin embargo, de los medios probatorios presentados por la partes en el presente proceso, se advierte que no se ha acreditado la cancelación de la Valorización N° 01 presentada por el Contratista; con lo que, corresponde que este Tribunal Arbitral establezca que la Entidad debe cancelar a favor del Contratista la suma ascendente a S/. 18,586.61 (Dieciocho Mil Quinientos Ochenta y Seis y 61/100 Nuevos Soles), correspondiente a la Valorización N° 01 del Adicional de Obra N° 01.

Cabe precisar que este Colegiado no está emitiendo pronunciamiento alguno respecto del Adicional de Obra, ya que este fue aprobado por la Entidad mediante Resolución de Gerencia General N° 169-2010-MML/IMPL/GG de fecha 06 de diciembre de 2010, simplemente el Tribunal se pronuncia respecto del pago de la valorización aprobada del adicional de Obra antes citado.

Ahora bien, habiendo determinado que la Entidad debe cancelar a favor del Contratista la suma ascendente a S/. 18,586.61 (Dieciocho Mil Quinientos Ochenta y Seis y 61/100 Nuevos Soles), correspondiente a la Valorización N° 01 del Adicional de Obra N° 01, este Tribunal Arbitral deberá determinar si corresponde declarar o no el pago de los respectivos intereses; y de ser el caso, determinar el tipo de intereses y la fecha desde que deberán computarse.

Para ello, resulta pertinente citar a los doctores Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre⁵:

"(...) Debe quedar claro que el pago de intereses es susceptible de aplicarse a todo tipo de deudas, entiéndase: deuda pecuniaria o dineraria y deuda no pecuniaria o de valor (...).

⁵ Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario. "Compendio de Derecho de las Obligaciones". Lima: Palestra Editores, p.517.

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

De este modo, no la naturaleza de la obligación principal, ni el objeto de su prestación, constituyen óbice para el cobro de los intereses". (El subrayado es nuestro).

En el presente punto controvertido, se ha determinado que la Entidad debe cancelar a favor del Contratista, la suma ascendente a S/. 18,586.61 (Dieciocho Mil Quinientos Ochenta y Seis y 61/100 Nuevos Soles), correspondiente a la Valorización N° 01 del Adicional de Obra N° 01.

De lo señalado en el considerando anterior se puede inferir que la Entidad tiene una deuda a favor del Contratista, la misma consiste en el pago de la Valorización N° 01 correspondiente al Adicional de Obra N° 01. Por tal motivo, encontrándonos frente a una deuda que a la fecha no ha sido cancelada, corresponde declarar que el Consorcio tiene derecho también a percibir los respectivos intereses.

Ahora bien, para poder determinar el tipo de interés que corresponde al Contratista, tenemos primero que conocer los tipos de intereses que encontramos en nuestra legislación.

Así, el ordenamiento peruano ha establecido dos tipos de intereses: el interés compensatorio y el moratorio. El primero se da cuando se constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien. A diferencia, el interés será moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago, conforme a lo dispuesto en el artículo 1242° del Código Civil.

Habiendo definido ambos tipos de intereses, queda claro que para la aplicación de los mismos en el presente arbitraje, corresponderá aplicar solamente los moratorios, en tanto lo que se busca es reparar los daños y perjuicios por el retraso en la ejecución de una obligación.

Al respecto, Fernández Fernández señala:

"(...) los intereses moratorios vienen a ser aquellos que constituyen la manera de indemnizar supletoriamente al acreedor por el cumplimiento tardío de la obligación pecuniaria por parte del deudor, cubriéndose de

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

*esta manera los daños y perjuicios ocasionados precisamente por efectos de la mora en el pago*⁶.

Asimismo, el artículo 1246° del Código Civil ha establecido que si los contratantes no pactan el pago de un interés moratorio, el deudor se encontrará obligado al pago de un determinado tipo de interés por causa de mora, que según sea el caso, se tratará del interés compensatorio (pactado) o del interés legal⁷.

En ese sentido, de autos se advierte que la Entidad y el Contratista no han pactado ningún tipo de interés; por lo que, para la resolución del presente punto controvertido, este Tribunal Arbitral se regirá por los intereses legales a los que hace alusión el artículo 1246° del Código Civil. Al respecto, el artículo 1244° del mismo cuerpo normativo, nos precisa que la tasa de interés legal será fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

Para ello, y siendo que los intereses a los que hacemos alusión, se tratan de intereses por mora, se deberá determinar desde cuando se produce dicho interés. En ese sentido, se advierte que las partes no han pactado nada al respecto; sin embargo, tenemos que el artículo 1334° del Código Civil dispone que:

"En las obligaciones de dar suma de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda (...)"

De lo expuesto, se desprende que los intereses moratorios para cuyo cálculo se aplicará la tasa de interés legal, se deberán computar a partir de la fecha de presentación de la demanda para someter a arbitraje la controversia surgida en torno a la Resolución del Contrato celebrado entre la Entidad y el Consorcio.

⁶ Fernández Fernández, César, "Interés por Mora". En: Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en las diversas materias del derecho civil. Lima: Gaceta Jurídica, 2007. Pág. 418.

⁷ Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario. Op. Cit. Pág. 533.

Laudo Arbitral de Derecho

*LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA*

Cabe indicar que, el presente arbitraje se inicia en la fecha de recepción de la solicitud para someter la presente controversia a arbitraje, de acuerdo a lo establecido en el artículo 33° de la Ley de Arbitraje, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1071, es por ello que, este Tribunal Arbitral ha considerado conveniente de acuerdo a los fundamentos expuestos otorgar los intereses a partir del inicio de arbitraje, es decir desde la fecha de recepción de la solicitud para someter la presente controversia a arbitraje.

En tal sentido, siendo que la solicitud para someter la presente controversia a arbitraje fue recepcionada por la Entidad con fecha 01 de abril de 2011, es desde esta fecha que se deberá computar el pago de intereses legales a favor del Contratista, en base al monto adeudado, esto es la suma de S/. 18,586.61 (Dieciocho Mil Quinientos Ochenta y Seis y 61/100 Nuevos Soles).

Por lo expuesto, el cuarto punto controvertido debe declararse **FUNDADO**, en tal sentido, debe ordenarse a la Entidad pague a favor del Contratista la valorización del Presupuesto Adicional N° 01, por el monto ascendente a la suma de S/.18,586.61 (Dieciocho mil quinientos ochenta y seis y 61/100 Nuevos Soles), más los intereses correspondientes, los mismos que empezarán a computarse desde la fecha de recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje, esto es, a partir del día 01 de abril de 2011.

- 5. Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad que pague al Contratista las partidas ejecutadas, por el monto ascendente a la suma de S/.119.872.78 (Ciento diecinueve mil ochocientos setenta y dos y 78/100 Nuevos Soles).**

Conforme lo señalamos en los considerandos del punto controvertido cuarto, el artículo 197° del Reglamento señala que: *"Las valorizaciones tiene 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."*

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

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 1244°, 1245° y 1246° del Código Civil. Para el pago de los intereses se formulará una Valorización de Intereses y se efectuará en las valorizaciones siguientes.”.

Estando al artículo transcrito, debemos indicar que tal como se ha mencionado en los argumentos presentados por las partes, mediante Carta N° 0010-2011/LLP de fecha 06 de enero de 2011, el Contratista remite a la Entidad los documentos referentes a la valorización N° 02 correspondiente a la obra materia de litis.

De la misma manera, en la mencionada Carta se adjunta el documento denominado “Hoja de Metrado”, en el cual se indican las obras realizadas por el Contratista, con los correspondientes metrados efectuados. En este punto es importante señalar que la demandante sustenta su posición bajo la supuesta configuración del enriquecimiento indebido por parte de la entidad contratante, al amparo del artículo 1954° del Código Civil, conforme estableció en su escrito de demanda señalado lo siguiente:

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

"La Obligación por parte de la Entidad contratante de dar suma de dinero (PAGO), de las partidas ejecutadas necesarios para cumplir con el objetivo de la obra, por el monto ascendente a la suma de S/.119.872.78 (Ciento diecinueve mil ochocientos setenta y dos y 78/100 Nuevos Soles), para que no se configure el enriquecimiento indebido por parte de la entidad contratante, al amparo del artículo 1954° del Código Civil."

Al respecto, es pertinente indicar que debe indicarse que el Código Civil, en su artículo 1954°, establece y reconoce la figura del enriquecimiento sin Causa de la siguiente manera: *"Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a **indemnizarlo**"* (el resaltado es agregado). En este artículo el Código Civil reconoce la acción por enriquecimiento sin causa, la cual constituye un *"mecanismo de tutela para aquel que se ha visto perjudicado por el desplazamiento de todo o parte de su patrimonio en beneficio de otro. El primero, será el actor o sujeto tutelado y, el segundo, el demandado o sujeto responsable (...)."*

Así, para que se configure un enriquecimiento sin causa y, por ende, pueda ejercitarse la respectiva acción, la doctrina reconoce que es necesario que se verifiquen las siguientes condiciones:

- a) El enriquecimiento del sujeto demandado y el empobrecimiento del actor
- b) La existencia de un nexo de conexión entre ambos eventos; y,
- c) La falta de una causa que justifique el enriquecimiento.

A mayor abundamiento, debe indicarse que sobre el enriquecimiento sin causa en el marco de las contrataciones estatales, el Tribunal de Contrataciones del Estado, mediante la Resolución N° 176/2004.TC-SU, ha establecido lo siguiente: *"(..) nos encontramos frente a una situación de hecho, en la que ha habido – aún sin contrato válido – un conjunto de prestaciones de una parte debidamente aceptadas - y utilizadas por la otra, **hecho que no puede ser soslayado para efectos civiles**. En este sentido, cabe señalar que, conforme al artículo 1954° del Código Civil, el ordenamiento jurídico nacional no ampara en modo alguno el enriquecimiento sin causa. En efecto, no habiéndose suscrito el contrato correspondiente, no ha existido fundamento legal ni causa justa para dicha atribución patrimonial*

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

que sustente el enriquecimiento indebido en el que ha incurrido la Entidad, circunstancias que deberá ser ventilada por las partes en la vía correspondiente." (El resaltado es agregado).

De esta manera, para que en el marco de las contrataciones del Estado se verifique un enriquecimiento sin causa es necesario que:

- (i) La Entidad se haya enriquecido y el proveedor se haya empobrecido;
- (ii) Que exista conexión entre el enriquecimiento de la Entidad y el empobrecimiento del proveedor, la cual estará dada por el desplazamiento de la prestación patrimonial del proveedor a la Entidad; y
- (iii) Que no exista una causa jurídica para esta transferencia patrimonial, como puede ser la ausencia de contrato al haberse declarado su nulidad de oficio.

Por tanto, el contratista que se encuentre en la situación descrita podría ejercer la acción por enriquecimiento sin causa ante la vía correspondiente a efectos que requiera el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas a favor de la Entidad mediante una indemnización. Situación en la cual, la autoridad que conozca dicha acción deberá resolver de acuerdo a derecho.

Sin embargo, cabe anotar que en materia presupuestal el pago constituye la etapa final de la ejecución de un gasto devengado, la pretensión del Demandante radica directamente en el pago de la valorización respecto de lo cual la Entidad no ha efectuado pronunciamiento alguno, justamente porque dicho pago deviene del procedimiento de la Liquidación Final de Obra, conforme lo ha establecido el Artículo 211º del reglamento, siendo el caso que la Liquidación Final de Obra es el ajuste formal de cuentas; es decir, las operaciones realizadas para determinar lo pagado en relación al contrato original actualizado; conteniendo los conceptos de Adicionales, Intereses, Gastos Generales, Utilidades, entre otros; así como cuentas a favor de la Entidad, tales como penalidades, amortizaciones. En conclusión la liquidación de Obra es un proceso de cálculo técnico en función de las condiciones contractuales y de las disposiciones legales aplicables al tema, cuya finalidad principalmente es el costo total de la obra y el saldo económico puede ser a

Laudo Arbitral de Derecho

*LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA*

favor o en contra del Contratista o de la Entidad según corresponda.

Teniendo en cuenta lo señalado en los párrafos anteriores, la presente pretensión, no procedería en razón de que aun no se ha practicado la Liquidación Final de Obra, por ende, no puede reconocerse pago alguno por este concepto, puesto que el Contratista aun no ha practicado su Liquidación Final de Obra; razón por la cual, este Colegiado declara IMPROCEDENTE la presente pretensión.

6. Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare la inaplicación de la penalidad impuesta por el incumplimiento del contrato.

El presente punto controvertido se encuentra vinculado al tercer punto controvertido común, respecto del cual el Tribunal Arbitral ha resuelto declarar Fundada la tercera pretensión de la demanda y por ende, es nula y/o ineficaz la Resolución de Gerencia General N° 017-2011-MML/IMPL/GG, que resuelve el contrato bajo la causal de acumulación máxima de la penalidad.

Así el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones señala: "(...) *En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. (...)*"

En tal sentido, al haberse determinado anteriormente que no existe un incumplimiento en el levantamiento de las observaciones formuladas por la Entidad, la contratista no ha incumplido con sus obligaciones contractuales, razón por la cual no debe aplicarse la penalidad señalada.

En consecuencia, atendiendo a los fundamentos expuestos, el Tribunal Arbitral declara **FUNDADA** la sexta pretensión de la demanda, en consecuencia, se declara la inaplicación de la penalidad impuesta por la Entidad.

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

- 7. Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad que pague al Contratista los daños y perjuicios que se originan como daño emergente, en el mayor costo de las pólizas de caución, de fiel cumplimiento de contrato, adelanto directo y adelanto de materiales.**

Antes de realizar un análisis respecto al presente punto controvertido, debemos tener presente ante qué tipo de responsabilidad civil nos encontramos en el presente arbitraje. Así, la doctrina establece que existen dos tipos de responsabilidad civil: la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual.

La Responsabilidad Civil es, tal como lo establece el doctor Juan Espinoza Espinoza, "una técnica de tutela (civil) de los derechos (u otras situaciones jurídicas) que tiene por finalidad imponer al responsable (no necesariamente el autor) la obligación de reparar los daños que éste ha ocasionado⁸".

De otro lado, en la doctrina se establece que la responsabilidad civil contractual consiste en aquel daño que es producto del incumplimiento de una obligación que le corresponde a una de las partes; en cambio, en la responsabilidad civil extracontractual, el daño es producto del incumplimiento del deber jurídico de que la actividad no sea causante de daño a los demás.

Al respecto, el doctor Lizardo Taboada⁹ expresa que "(...) La diferencia esencial entre ambos aspectos de la responsabilidad civil radica como es evidente en que en un caso el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación previamente pactada y en el otro caso el daño es producto del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a los demás (...)".

⁸ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. Editorial Rhodas S.A.C. Lima: 2002. Pág. 42.

⁹ TABOADA Córdova, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil. Editora Jurídica Grijley E, I.R.L. 2º Edición. Lima: 2003, pág. 31.

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

De la misma forma, el artículo 1321° del Código Civil establece que *"Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve."*

Así, en el presente arbitraje, este Tribunal Arbitral advierte que la posible responsabilidad civil que se le imputa a la Entidad, deriva de la relación contractual del Contrato N° 076-2010-MML/IMPL/AN, celebrado entre el Instituto Metropolitano Protransporte de Lima y Luis Felipe Lozada Podestá.

De la misma manera, en la doctrina se establece que el daño puede clasificarse en dos tipos: daño patrimonial, el cual consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica; y daño extrapatrimonial, consistente en el daño producido a la persona y al daño moral.

Igualmente, el doctor Espinoza Espinoza señala que el daño patrimonial puede clasificarse en daño emergente y lucro cesante. Respecto al daño emergente, este autor establece que es *la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito*; mientras que el lucro cesante, considera el autor mencionado, es *el no incremento en el patrimonio del dañado (sea por el incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito)*.

De esta manera, tal como se aprecia del presente punto controvertido, lo que solicita el Contratista es el otorgamiento de la indemnización correspondiente al daño emergente, debido al mayor costo de las pólizas de caución, de fiel cumplimiento de contrato, adelanto directo y adelanto de materiales.

De otro lado, en el ámbito jurídico, la prueba es el instrumento mediante el cual las partes comparan la afirmación realizada sobre unos actos y la realidad de éstos, para así, crear en el juzgador, la convicción respecto de lo afirmado.

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

Así pues, la carga de la prueba consiste en que aquella parte que alega un hecho debe demostrarlo mediante los medios probatorios que acrediten su alegación.

De la misma manera, el doctor COVIELLO señala que *"Probar los hechos jurídicos constituye propiamente un deber, porque falta el derecho correlativo, y el que no prueba, no puede ser constreñido a ello por ninguno, perjudicándose solo a si mismo, en cuanto a su pretensión no será acogida por el magistrado. Por eso la prueba constituye una necesidad práctica, o, como más comúnmente se dice, una carga (...)"*¹⁰

Igualmente, el artículo 1331° del Código Civil establece que *"La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso"*.

De esta manera, con lo indicado en el artículo anterior, se aprecia que quien solicita una indemnización debe probarlo. En ese sentido, y estando a lo indicado, se aprecia que en el presente caso arbitral, corresponderá al Contratista demostrar la existencia del daño emergente, con lo que, será dicha parte quien tiene la carga de probar, esto es, si se le provocó el solicitado daño.

Sin embargo, de los medios probatorios presentados por el Contratista, este Tribunal Arbitral aprecia que estos no generan certeza de que efectivamente se ha producido daño en contra del Contratista.

Finalmente, cabe señalar que las Garantías de Fiel Cumplimiento deben encontrarse vigentes hasta el momento de culminación del contrato, que conforme al artículo 42° de la Ley, en el caso de los contrato de ejecución de obra culmina con la liquidación y pago correspondiente.

En la misma línea de lo señalado en el párrafo anterior, el artículo 158° del Reglamento establece que respecto a la Carta Fianza de Fiel

¹⁰ COVIELLO, Nicolás (1938): Doctrina general del derecho civil. Traducido de la cuarta edición italiana por Felipe de J. Tena, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México pag. 563

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

Cumplimiento"(...) Esta deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original y tener vigencia hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras".

De esta manera, el Contratista debe mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento hasta que quede consentida la liquidación final del contrato; con lo que, la renovación de la Carta Fianza correspondiente a la Garantía de Fiel Cumplimiento, y los gastos que se incurran por la misma, es una obligación única y exclusiva asumida por parte del Consorcio

Por lo tanto, al no haberse acreditado el daño emergente aludido, y además siendo la renovación de Carta Fianza correspondiente a la Garantía de Fiel Cumplimiento una obligación del Contratista, este Colegiado establece declarar **INFUNDADO** el presente punto controvertido, y en consecuencia, no se debe ordenar a la Entidad que pague a favor del Contratista los daños y perjuicios que se originan como daño emergente, en el mayor costo de las pólizas de caución, de fiel cumplimiento de contrato, adelanto directo y adelanto de materiales.

8. Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad que pague al Contratista el perjuicio causado por gastos de pago a empresas asesoras para el proceso de conciliación y arbitraje.

Sobre este punto cabe indicar que, el Contratista defiende su posición alegando que, debido a las diversas controversias que se generaron a raíz de la Resolución del Contrato realizados por la Entidad, estas han tenido que ser ventiladas mediante los mecanismos de conciliación y arbitraje.

En ese sentido, este Colegiado expresa que si bien es cierto, el presente proceso de arbitraje prueba que efectivamente la demandante ha incurrido en el pago de los gastos arbitrales que amerita un proceso de arbitraje (honorarios profesionales de los Árbitros y de la Secretaría Arbitral); sin embargo, no ha acreditado documentariamente los gastos en los que ha incurrido por las asesorías que requirió para poder llevar a cabo su defensa ya sea mediante un proceso de conciliación o a través del presente proceso arbitral.

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

Por tal motivo, al no acreditarse debidamente el supuesto daño que se ha producido en su contra, no es posible atribuir responsabilidad contractual alguna, sobre un daño que no ha podido ser verificado.

No obstante a lo señalado en el párrafo anterior, es preciso indicar que los gastos en los que han incurrido cada una de las partes para la defensa de sus posiciones son de responsabilidad de cada una de éstas, siendo que las mismas se han visto obligadas a seguir el presente proceso para obtener la satisfacción de sus respectivos intereses vía arbitral.

De lo expuesto, este Tribunal Arbitral considera que se debe declarar **INFUNDADO** el presente punto controvertido, y en consecuencia, no se ordene a la Entidad pague a favor del Contratista el perjuicio causado por gastos de pago a empresas asesoras para el proceso de conciliación y arbitraje.

9. **Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad que pague al Contratista las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no pudiendo participar en diversos procesos de selección.**

Este Tribunal Arbitral advierte que lo solicitado por el Contratista mediante el presente punto controvertido, corresponde a las utilidades dejadas de percibir a favor del Contratista, en ese sentido, lo que se busca con el presente punto controvertido, es que se otorgue el monto indemnizatorio correspondiente al lucro cesante.

En este punto, este Tribunal Arbitral considera que el demandante no ha cumplido con demostrar el acto antijurídico, el perjuicio o daño, la culpa y el nexo causal de la responsabilidad, ya que, conforme la doctrina mayoritaria el lucro cesante se configura toda vez que la pérdida de la perspectiva de obtener un beneficio, en este caso económico, debe ser complementemente verificable y no ser una perspectiva incierta o ambigua; es decir, que la pérdida de la ganancia alegada por el Contratista debe derivarse de un hecho factico verificable y no de una proyección.

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

A manera de ejemplo debe indicarse que es incierto que el Contratista, al participar en otras licitaciones o concursos para contratar con el Estado, hubiera ganado; es decir, no existe la certeza de este hecho, con lo que no se verifica la existencia real y fehaciente del daño alegado.

Queda claro entonces, que no se otorgará una indemnización por lucro cesante, ante una posibilidad o proyección de ganar un proceso de selección, debido a que esta situación es totalmente incierta.

En esa misma línea de pensamiento, el Contratista se ha limitado únicamente a indicar que existe utilidades dejadas de percibir, pero no ha indicado, por ejemplo, cual es exactamente ese perjuicio ni cuál es el nexo de causalidad entre el hecho que provoca el perjuicio y el propio perjuicio.

Finalmente, al observar los medios probatorios, no se aprecia que alguno de ellos determinen el daño, esto es, los mismos no prueban que la Entidad demandada haya ocasionado el daño al demandante, en ese sentido, no se ha acreditado el monto de la utilidad dejada de percibir por el Contratista.

Teniendo en cuenta el análisis realizado, este Colegiado declara **INFUNDADO** el presente punto controvertido, y en ese sentido, no se debe ordenar que la Entidad pague a favor del Contratista las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no pudiendo participar en diversos procesos de selección.

Por todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral declara **INFUNDADA** la octava pretensión de la demanda.

PUNTO CONTROVERTIDO DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA Y RECONVENCIÓN

1. **Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que el ingeniero Luis Felipe Lozada Podestá está obligado a pagar a PROTRANSPORTE el monto ascendente a la suma de S/.41,104.21 (Cuarenta y un mil ciento cuatro con 21/100 Nuevos Soles) más IGV;**

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

por concepto de la penalidad máxima incurrida por incumplimiento de contrato, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.

Respecto al presente punto controvertido, debemos indicar que en el tercer punto controvertido, este colegiado ha establecido la nulidad e ineficacia de la Resolución de Gerencia General N° 017-2011-MML/IMPL/GG, que resuelve el contrato, en razón de que se ha determinado que la contratista sí cumplió con levantar las observaciones realizadas por la Entidad; en consecuencia, teniendo en cuenta lo resuelto precedentemente, este Colegiado debe declarar el presente punto controvertido **INFUNDADO**, por las consideraciones y argumentos establecidos a lo largo del análisis de los puntos controvertidos anteriores.

PUNTO CONTROVERTIDO COMÚN

- 1. Determinar a quién corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que generen el presente proceso arbitral.**

Respecto al presente punto controvertido, resulta aplicable el artículo 70° del Decreto Legislativo N° 1071, el cual dispone que el Tribunal Arbitral se pronunciara en el laudo arbitral sobre los costos del arbitraje comprendidos en dicho artículo.

Asimismo, el numeral 1) del artículo 73° del citado cuerpo normativo señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; en caso, el convenio arbitral no contenga pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, el Tribunal Arbitral podrá distribuir y prorratar estos costos entre las partes, si estima que el prorrato es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

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

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

En ese sentido, considerando el resultado de este arbitraje en el que desde el punto de vista del Tribunal Arbitral, no puede afirmarse que existe una "*parte perdedora*", en vista de que ambas tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, y que, además, a efectos de regular el pago de tales conceptos, resulta atendible tener en cuenta el comportamiento procesal de las partes y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, la cual motivó el presente arbitraje; este Colegiado, dispone que cada parte debe asumir los gastos propios en que hubiere incurrido, siendo que los costos comunes del arbitraje, deberán ser asumidos por ambas en partes exactamente iguales, entendiéndose por comunes los honorarios del Tribunal Arbitral, la secretaría arbitral y los demás gastos procedimentales.

Ahora bien, en el Acta de Instalación de fecha 14 de junio de 2011, se fijó como anticipo de los honorarios del Tribunal Arbitral la suma neta de S/.4,000.00 (Cuatro Mil y 00/100 Nuevos Soles) y los honorarios de la Secretaria Ad Hoc en la suma neta de S/. 2,000.00 (Dos Mil y 00/100 Nuevos Soles).

Mediante la Resolución N° 6, de fecha 12 de agosto de 2011, el Tribunal Arbitral dejó constancia de que ambas partes habían cumplido con el pago de los gastos arbitrales de su cargo.

Mediante la Resolución N° 9, de fecha 19 de setiembre de 2011, el se fijó como segundos anticipos de los honorarios del Tribunal Arbitral la suma neta de S/.4,000.00 (Cuatro Mil y 00/100 Nuevos Soles) y los honorarios de la Secretaria Ad Hoc en la suma neta de S/. 2,400.00 (Dos Mil Cuatrocientos y 00/100 Nuevos Soles).

Mediante la Resolución N° 13, de fecha 11 de noviembre de 2011, el Tribunal Arbitral dejó constancia de que PROTRANSPORTE había cumplido con el pago de los gastos arbitrales de su cargo.

Laudo Arbitral de Derecho

*LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA*

Mediante la Resolución N° 14, de fecha 25 de noviembre de 2011, el Tribunal Arbitral facultó a PROTRANSPORTE para que realizara el pago de los gastos arbitrales que eran de cargo de el Contratista.

Mediante la Resolución N° 18, de fecha 24 de abril de 2012, el Tribunal Arbitral dejó constancia de que PROTRANSPORTE había cumplido con el pago de los gastos arbitrales de cargo del Contratista.

Por lo anterior, mediante el presente laudo, corresponde que se fije como honorario neto total del Tribunal Arbitral la suma de S/.8,000.00 (Ocho Mil y 00/100 Nuevos Soles y honorario neto de la secretaria ad hoc y gastos procedimentales en la suma S/. 4,400.00 (Cuatro mil cuatrocientos y 00/100 Nuevos Soles).

En ese sentido, siendo que PROTRANSPORTE ha cumplido con el pago de los gastos arbitrales que le correspondían y el pago de los gastos arbitrales de cargo de su contraria, respecto a los segundos anticipos, y habiéndose resuelto que los gastos comunes (honorarios del Tribunal Arbitral, secretaria arbitral y demás gastos procedimentales) sean asumidos por el Contratista y por la Entidad, en partes exactamente iguales; corresponde que el Contratista devuelva a favor de PROTRANSPORTE la suma neta de S/.3,200.00 (Tres Mil Doscientos y 00/100 Nuevos Soles).

Por las razones expuestas, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1071, el Tribunal Arbitral, dentro del plazo correspondiente, en **DERECHO, LAUDA:**

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la primera pretensión de la demanda, en consecuencia, no corresponde declarar el reconocimiento y pago por parte de la Entidad, del resarcimiento de daños y perjuicios, por la demora en el pago del adelanto directo, por un monto ascendente a la suma de S/.47,055.36 (Cuarenta y siete mil y cincuenta y cinco y 36/100 Nuevos Soles); así como, no corresponde reconocer intereses por dicho concepto.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la segunda pretensión de la demanda; en consecuencia, no debe declararse la nulidad y/o ineficacia parcial de

Laudo Arbitral de Derecho

*LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA*

la Resolución de Gerencia de Obras y Mantenimiento N° 062-2010-MML/IMPL/GOM, de fecha 06.12.10, que resuelve aprobar la Ampliación de Plazo N° 01, por diez (10) días calendarios, que no se pronuncia sobre el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales; y, en tal sentido debe reconocerse y ordenarse el pago por parte de la Entidad de los Mayores Gastos Generales por el monto ascendente a la suma de S/.4,795.50 (Cuatro mil setecientos noventa y cinco y 50/100 Nuevos Soles), más los intereses correspondientes, los mismos que empezarán a computarse desde la fecha de recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje, esto es, a partir del día 01 de abril de 2011.

TERCERO: DECLARAR FUNDADA la tercera pretensión principal de la demanda; en consecuencia, corresponde declarar la nulidad e ineficacia total de la Resolución de Gerencia General N° 017-2011-MML/IMPL/GG, que resuelve el contrato.

CUARTO: DECLARAR FUNDADA la cuarta pretensión principal de la demanda, y en consecuencia, se debe ordenar a la Entidad pague a favor del Contratista la valorización del Presupuesto Adicional N° 01, por el monto ascendente a la suma de S/.18,586.61 (Dieciocho mil quinientos ochenta y seis y 61/100 Nuevos Soles).

QUINTO: DECLARAR IMPROCEDENTE la quinta pretensión principal de la demanda, por los motivos expuestos en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral.

SEXTO: DECLARAR FUNDADA la sexta pretensión principal de la demanda; en consecuencia, corresponde declarar la inaplicación de la penalidad impuesta por el incumplimiento del contrato.

SÉTIMO: DECLARAR INFUNDADA la séptima pretensión principal de la demanda, y en consecuencia, no se debe ordenar a la Entidad pague a favor del Contratista los daños y perjuicios que se originan como daño emergente, en el mayor costo de las pólizas de caución, de fiel cumplimiento de contrato, adelanto directo y adelanto de materiales.

OCTAVO: DECLARAR INFUNDADA la octava pretensión principal de la demanda, y en consecuencia, no se ordene a la Entidad pague a favor del Contratista el

Laudo Arbitral de Derecho

LUIS FELIPE LOZADA PODESTA - INSTITUTO METROPOLITANO
PROTRANSPORTE DE LIMA

perjuicio causado por gastos de pago a empresas asesoras para el proceso de conciliación y arbitraje.

NOVENO: DECLARAR INFUNDADO el noveno punto principal controvertido, y en ese sentido, no se debe ordenar que la Entidad pague a favor del Contratista las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no pudiendo participar en diversos procesos de selección.

DÉCIMO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión principal de la reconvención, por los motivos expuestos en la parte considerativa del presente Laudo.

DÉCIMO PRIMERO: DISPÓNGASE que cada una de las partes asuma los gastos propios en que hubiere incurrido; y, que los gastos comunes (honorarios del Tribunal Arbitral, secretaría arbitral y demás gastos procedimentales) sean asumidos por el Contratista y por la Entidad, en partes exactamente iguales; en consecuencia, conforme a lo expuesto en parte considerativa, el Contratista deberá devolver a favor de PROTRANSPORTE la suma neta de S/.3,200.00 (Tres Mil Doscientos y 00/100 Nuevos Soles).

Notifíquese a las partes.


JOSÉ GERMÁN PIMENTEL ALIAGA
Presidente del Tribunal Arbitral


MARIO MANUEL SILVA LÓPEZ
Árbitro


JUAN HUAMANÍ CHÁVEZ
Árbitro