

Tribunal Arbitral

Ernesto Armando Valverde Vilela

Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Mario Manuel Silva Lopez

LAUDO ARBITRAL NACIONAL DE DERECHO

Resolución N° 22

Lima, 05 de diciembre de 2014

LAS PARTES:

CONSORCIO HUACRACHUCO

MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MARAÑÓN

TRIBUNAL ARBITRAL:

DR. ERNESTO ARMANDO VALVERDE VILELA

PRESIDENTE TRIBUNAL ARBITRAL

DR. MARCOS RICARDO ESPINOZA RIMACHI

ÁRBITRO

ING. DR. MARIO MANUEL SILVA LOPEZ

ÁRBITRO

SECRETARIA ARBITRAL:

MILAGROS CHUECA PALOMINO

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Av. Javier Prado Este N° 210 Ofic. 7 "D"

San Isidro

Tribunal Arbitral

Ernesto Armando Valverde Vilela

Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Mario Manuel Silva Lopez

I. ANTECEDENTES.

1.1 Con fecha 25 de noviembre de 2011, el Comité Especial adjudicó la Buena Pro de la Licitación Pública N° 001-MPM-CE, para la ejecución de la Obra "Ampliación Agua - Alcantarillado y Disposición Final de Aguas Residuales, distrito de Huacrachuco, Marañón - Huánuco" al Contratista por el monto de S/. 6'121,126.29 (seis millones ciento veintiuno mil ciento veintiséis con 29/100 Nuevos Soles) incluido el impuesto General a las Ventas.

1.2 La Licitación Pública N° 001-MPM-CE, fue convocada con arreglo a las disposiciones del D.L. N° 1017 - Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, sus modificaciones y el Código Civil vigente.

II. DESARROLLO DEL PROCESO.

2.1.- Con fecha 05 de febrero de 2013, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación de Tribunal Arbitral en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, sito en Edificio El Regidor N° 108, Residencial San Felipe, distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima, donde se reunieron el Dr. Ernesto Armando Valverde Vilela, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, y los Doctores Marcos Ricardo Espinoza Rimachi y Mario Manuel Silva Lopez, en



Tribunal Arbitral

Ernesto Armando Valverde Vilela

Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Mario Manuel Silva Lopez

su calidad de árbitros, con el propósito de instalar el Tribunal Arbitral que se encargaría de resolver la presente controversia.

2.2.- Con fecha 06 de marzo de 2013, el CONSORCIO HUACRACHUCO, en adelante "EL DEMANDANTE" o "EL CONSORCIO" presentó su escrito de demanda, la cual mediante Resolución N° 01 fue declarada Inadmisible.

La demanda fue admitida mediante Resolución N° 03 de fecha 06 de mayo del 2013, corriendo traslado de la misma por el plazo de diez (10) días hábiles a la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MARAÑÓN, en adelante "LA MUNICIPALIDAD" o "EL DEMANDADO" para que la conteste y, de ser el caso, reconvenir.

2.3.- Con fecha 03 de junio de 2013, la MUNICIPALIDAD contestó la demanda arbitral, reconviniendo por lo que mediante Resolución N° 04 de fecha 05 de junio de 2013 se admitió el escrito de contestación de demanda y se corrió traslado de la reconvención por diez (10) días hábiles para que esta sea absuelta por la demandante.

2.4.- Con fecha 04 de julio del 2013, el CONSORCIO HUACRACHUCO, mediante escrito n° 03 absolvió la Reconvención Arbitral. En consiguiente, mediante Resolución N° 05, el Tribunal Arbitral tuvo por absuelta la reconvención y citó a la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos para el 20 de agosto del 2013, a horas 16:30 p.m. en la anterior Sede del Tribunal Arbitral sito en Calle Carlos Alayza y Roel N° 2647, distrito de Lince.

2.5.- Con fecha 20 de agosto del 2013 a las 16:30 horas, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios del CONSORCIO HUACRACHUCO y la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MARAÑÓN, donde se fijaron los puntos controvertidos de la siguiente manera:

De la demanda arbitral:

1. Determinar si corresponde o no se declare la aprobación por silencio positivo de la ampliación de plazo N° 01, solicitada mediante Carta N° 003-2011/CH y a su vez determinar si corresponde o no se reconozca y pague los mayores gastos generales, por el monto de S/. 3'950,000.00 Nuevos Soles.
2. Determinar si corresponde o no se realice el pago de la valorización N° 01 correspondiente al mes de febrero de 2012, por el monto ascendente a la suma de S/. 392,563.77 Nuevos Soles mas los reintegros e intereses que se generen hasta la fecha de pago.
3. Determinar si corresponde o no se realice el pago de la Valorización N° 02 correspondiente al mes de marzo 2012, por el monto ascendente a la suma de S/. 386,096.21 Nuevos Soles mas los reintegros e intereses que se generen hasta la fecha de pago.



Tribunal Arbitral

Ernesto Armando Valverde Vilela

Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Mario Manuel Silva Lopez

4. Determinar si corresponde o no se declare la nulidad y/o ineficacia de la Resolución de Alcaldía N° 198-2012-MPM/A.
5. Determinar si corresponde o no realizar el pago de costas y costos derivados del presente proceso más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.
6. Determinar si corresponde o no se ordene el pago de los daños y perjuicios que se originan como daño emergente.

De la Reconvención:

1. Determinar si corresponde o no se confirme la validez de la Resolución de Alcaldía N° 198-2012-MPM/A.
2. Determinar si corresponde o no se ordene al Consorcio Huacrachuco se devuelva o reembolse la suma de S/. 576,854.89, monto que proviene del adelanto directo otorgado al Demandante mediante Carta Fianza N° 221-2011/COOPEX/ADELANTO DIRECTO.
3. Determinar si corresponde o no se ordene al Consorcio Huacrachuco indemnice al Demandado por la suma S/. 576,854.89, por concepto de enriquecimiento sin causa.
4. Determinar si corresponde o no se ordene al Consorcio Huacrachuco se devuelva o reembolse la suma de S/.

Tribunal Arbitral

Ernesto Armando Valverde Vilela

Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Mario Manuel Silva Lopez

722,003.43 monto que proviene de la Carta Fianza N° 219-2011/COOPEX/ADELANTO DE MATERIALES.

5. Determinar si corresponde o no se ordene al Consorcio Huacrachuco indemnice al Demandado por la suma de S/. 722,003.43, por concepto de enriquecimiento sin causa.
6. Determinar si corresponde o no ordene al Consorcio Huacrachuco el pago de la suma ascendente a S/. 28,685.975 por concepto de costas y costos del proceso arbitral.

Asimismo, en la mencionada Audiencia, se admitieron los medios probatorios presentados por las partes, sin limitación alguna, toda vez que no se realizaron cuestionamientos probatorios.

2.6.- Mediante Resolución N° 10, de fecha 04 de diciembre de 2013 se procedió a corregir un error material plasmado en el sexto punto controvertido de la reconvención y también se procedió a modificar el mismo, quedando que el monto controvertido sobre las costas y costos ascendían a S/. 46,659.75 Nuevos Soles.

2.7.- Mediante Resolución N° 15 de fecha 03 de junio de 2014 el Tribunal Arbitral resolvió cerrar la instrucción y concedió el plazo para los alegatos, que fueron presentados solo por la parte demandada fijando fecha para la audiencia de informe oral el 07 de julio de 2014.

Tribunal Arbitral

Ernesto Armando Valverde Vilela

Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Mario Manuel Silva Lopez

2.8.- Mediante Resolución N° 19 de fecha 13 de agosto de 2014, el Tribunal Arbitral procedió a resolver lo siguiente:

"TENER POR DESISTIDAS las pretensiones planteadas por la demandante contenida en su demanda de fecha 06 de marzo de 2013, como consecuencia de lo señalado en la pare IN FINE del primer párrafo de la Regla 49, continuando el proceso solo con las pretensiones de demandada."

2.9.- Mediante Resolución N° 20 de fecha 20 de agosto de 2014, el Tribunal Arbitral declaró que el proceso arbitral se encuentra en estado para laudar y fijó el plazo de 30 días hábiles, ampliándolo mediante Resolución N° 21 de fecha 21 de octubre de 2014.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1. CUESTIONES PRELIMINARES

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

- (i) Que el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes.
- (ii) Que el Contratista presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.



Tribunal Arbitral

Ernesto Armando Valverde Vilela

Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Mario Manuel Silva Lopez

- (iii) Que la Entidad fue debidamente emplazada con la demanda y se dejó constancia que cumplió con presentar su contestación de demanda dentro de los plazos establecidos.
- (iv) Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar oralmente ante el Tribunal Arbitral.
- (v) Que de conformidad con las reglas establecidas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, las partes han tenido la oportunidad suficiente de plantear el recurso de reconsideración contra cualquier resolución distinta al laudo emitida en el presente proceso arbitral, que se hubiere dictado con inobservancia o infracción de una regla contenida en el Acta de Instalación, una norma de la Ley, del Reglamento o del Decreto Legislativo N° 1071, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar conforme lo señala la misma Acta de Instalación.
- (vi) Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes.

2. MATERIA DE LA CONTROVERSIA



Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso, para determinar, en base a la valoración



Tribunal Arbitral

Ernesto Armando Valverde Vilela

Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Mario Manuel Silva Lopez

conjunta de ella, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el árbitro respecto de tales hechos.

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

*"... la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó"*¹

¹ TARAMONA HERNÁNDEZ., José Rubén. "Medios Probatorios en el Proceso Civil". Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

Tribunal Arbitral

Ernesto Armando Valverde Vilela

Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Mario Manuel Silva Lopez

El Tribunal Arbitral deja constancia que al emitir el presente laudo arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado, por lo que el Tribunal Arbitral deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Tribunal Arbitral tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

Antes de desarrollar los puntos controvertidos para determinar las pretensiones sometidas a este proceso arbitral, el Colegiado debe señalar y tener presente lo analizado y resuelto en la Resolución N° 19, la cual dice en su parte resolutive lo siguiente:

"TENER POR DESISTIDAS las pretensiones planteadas por la demandante contenida en su demanda de fecha 06 de marzo de 2013, como consecuencia de lo señalado en la parte IN FINE del primer párrafo de la Regla 49, continuando el proceso solo con las pretensiones de demandada."

Dicha resolución fue notificada a las partes el día 11 y 12 de setiembre de 2014 a la parte demandada y demandante, respectivamente, es decir, a la fecha NINGUNA de las partes

interpuso recurso de reconsideración, por lo que ha quedado consentida. En este orden de ideas, el Tribunal Arbitral pasará a analizar únicamente las pretensiones producto de la reconvencción.

Análisis del Primer Punto Controvertido de la Reconvencción

Primer punto controvertido de la reconvencción:

Determinar si corresponde o no se confirme la validez de la Resolución de Alcaldía N° 198-2012-MPM/A.

POSICIÓN DE LA MUNICIPALIDAD RECONVINIENTE.-

La Resolución de Alcaldía N° 198-2012-MPM/A de fecha 21-06-2012 debe ser confirmada en esta instancia ya que hemos seguido el procedimiento establecido en el artículo 168° y 169°.

Puntualizamos que según el numeral 2 del artículo 168°, nuestra Entidad al informar que el contratista había abandonado la obra desde el día 25-04-2012 hasta EL 18-06-2012 (acumulando 54 días calendarios), superando el monto máximo de penalidad por mora (suma S/. 816,150.24), por la cual está tipificado la CAUSAL que hemos comunicado tantas veces.

En el procedimiento para resolver el contrato, en el tercer párrafo del artículo 169° del Reglamento señala "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" como nuestra entidad lo ha realizado.

La norma citada señala en forma expresa que no será necesario efectuar un requerimiento previo, cuando la resolución se debe a la acumulación del monto por penalidad, superando el monto

Tribunal Arbitral

Ernesto Armando Valverde Vilela

Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Mario Manuel Silva Lopez

máximo por mora, razón por la cual hemos cumplido con el procedimiento de la resolución.

Mediante la carta N° 45-2012-CH. 04 de fecha 25-04-2013, el contratista nos informa que se paraliza la obra por pago a los trabajadores (habiéndose entregado el adelanto directo y el adelanto de materiales), por ello nuestra Entidad con fecha 06-06-2012 se realizó la constatación del abandono de la obra, en presencia de la policía realizándose in situ cuantificando en un balance real de ejecución que alcanzo el 24.66% cuando según calendario debió estar al 48.01% habiendo un retraso del 23.35%.

Solicitamos al Tribunal la validez a la resolución N° 198-2012-MPM/A de fecha 21-06-2012, donde la entidad resuelve el contrato suscrito por el consorcio.

POSICIÓN DEL CONSORCIO.-

Al respecto, con Carta de fecha 16.05.2012, la Entidad requiere al Consorcio reiniciar los trabajos otorgándoles diez días calendarios.

Con Resolución de Alcaldía N° 198-2012-MPM/A, recibida el 26.06.2012 la Entidad resuelve el Contrato, sin apercibimiento valido.

La Entidad en su Carta de fecha 16.05.2012 requiere reiniciar los trabajos otorgando 10 días calendarios en lugar de 15 conforme lo estipula el Artículo 169° del DS N° 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.-

Sobre este particular, las alegaciones de la parte demandante (Consorcio) se basa en que la Entidad reconviniendo no habría cumplido con realizar el requerimiento previo que regula la normatividad sobre contrataciones del Estado, es decir, los

requisitos establecidos en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

En ese sentido, de la lectura del artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se establece en sus primeros párrafos que como requisito *sine que non* para la procedencia de la resolución contractual, cualquiera de las partes debe realizar un apercibimiento previo para exigir el cumplimiento contractual, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

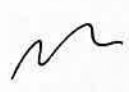
Sin embargo, a reglón seguido en su tercer párrafo se establece:

Art. 169° Procedimiento de Resolución de Contrato

(..) No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución de 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.(...).

Es decir, cuando se haya alcanzado el máximo de penalidad por mora no se requiere de realizar un apercibimiento previo.

En tal sentido, el informe N°50-2012-MPM/GDUR/G del 18 de junio de 2012 indica lo siguiente: "...con fecha 06/06/12 se hizo la constatación del abandono de la obra, por parte de la Supervisión y de la Empresa Ejecutora, en presencia de la Policía Nacional del Perú y Autoridades de la Municipalidad Provincial del Marañón, debido a esta situación la Gerencia de Desarrollo Urbano y Rural, con su personal técnico, realizó in situ la evaluación del estado situacional de la obra y lo cuantificó en un balance de avance real de ejecución de obra... evidenciándose que el porcentaje real de avance de obra a la fecha al 24.66% y que según su calendario de obra programado a la fecha sería del 48.01%, teniéndose un retraso del 23.35%. Por lo expuesto, esta Gerencia, solicita opinión legal para resolver el contrato a la



Tribunal Arbitral

Ernesto Armando Valverde Vilela

Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Mario Manuel Silva Lopez

Empresa Contratista "CONSORCIO HUACHACHUCO" por haber cubierto el máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación desde el 25/04/12 hasta el 18/06/12 que tiene un acumulado de 54 días y que asciende a la suma de S/.816,150.24 que supera el 10% del monto del contrato (S/. 612,112.68) que estipula su contrato en su cláusula décimo tercera..."

En este sentido, el Tribunal Arbitral concluye que en el presente caso el Contratista habría acumulado la penalidad máxima por mora y que por ende no era necesario un apercibimiento previo para resolver el contrato, razón por la cual el procedimiento resolutorio se encuentra bien desarrollado.

En tal sentido, la parte resolutive de la Resolución de Alcaldía N° 198-2012-MPM/A de fecha 21 de junio de 2012, que establece:

"(...) ARTÍCULO PRIMERO.- LA PROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN DE LA PENALIDAD POR MORA EN EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN, a partir de 25 de abril del año en curso en merito a la CLAUSULA DECIMO TERCERA DEL CONTRATO PARA LA EJECUCIÓN DE OBRA N° 001-2012-MPM/LP., celebrado de una parte LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MARAÑON y de la otra parte EL CONSORCIO HUACRACHUCO, en concordancia con el Artículo 165° del Reglamento acotado.

ARTÍCULO SEGUNDO.- LA RESOLUCION DEL CONTRATO PARA LA EJECUCIÓN DE OBRA N° 001-2012-MPM/LP, celebrado de una parte LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MARAÑON y de la otra parte EL CONSORCIO HUACRACHUCO, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO TERCERO.- ENCARGAR a la Gerencia Municipal la notificación por conducto notarial con arreglo a ley y de acuerdo al artículo 209° del Reglamento.

ARTÍCULO CUARTO.-ENCARGAR a la Gerencia Administrativa, Gerencia de Asesoría Jurídica, Gerencia de Desarrollo Urbano y Rural el cumplimiento de la presente Resolución."



Tribunal Arbitral

Ernesto Armando Valverde Vilela

Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Mario Manuel Silva Lopez

Se desprende que el procedimiento resolutorio se encuentra acorde a ley.

Asimismo, ello se encuentra corroborado en el penúltimo párrafo del artículo 165° del Reglamento citado que dice: *"Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, la Entidad podrá resolver el contrato por incumplimiento"*.

Y finalmente, la causal de resolución contractual se encuentra regulada en el numeral 2) del artículo 168° del Reglamento mencionado que dice:

"Causales de resolución por incumplimiento

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40° de la Ley, en los casos en que el contratista: 2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo;"

De igual manera, el OSCE a través de la Opinión N° 087-2011/DTN, establece lo siguiente:

(...)

Ahora bien, el artículo 165 del Reglamento establece que, en caso el contratista se retrase injustificadamente en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará una penalidad por cada día de atraso "hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente" (el subrayado es agregado).

Asimismo, el artículo 168 del Reglamento establece que la Entidad podrá resolver el contrato cuando el contratista "Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo;".

Tribunal Arbitral

Ernesto Armando Valverde Vilela

Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Mario Manuel Silva Lopez

De esta manera, si un contratista se retrasa injustificadamente ² en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad contratante puede aplicarle una penalidad diaria hasta el diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, de llegarse a este monto la Entidad tiene la potestad de resolver el contrato.

Cabe precisar que, de conformidad con el artículo 169 del Reglamento, cuando la resolución del contrato se debe a la acumulación del monto máximo de la penalidad por mora, la Entidad puede resolver el contrato sin necesidad de requerir previamente al contratista el cumplimiento de sus obligaciones.

Ahora bien, corresponde establecer si la causal invocada es o fue la correcta.

Al respecto, se aprecia de autos diferente documentación aportada como medios de pruebas, tales como la copia certificada de Denuncia Policial de fecha 06 de junio de 2012, donde se deja constancia que la obra se encuentra inconclusa, también se aprecia 3 Informes elaborados por la Entidad, donde se deja constancia del estado de la obra. Se debe señalar que estos documentos (o medios de prueba) no fueron cuestionados ni merituados en su oportunidad por el CONSORCIO; por tanto para este Tribunal Arbitral son medio de prueba que causan convicción en su contenido, es decir, que la causal invocada por la Entidad Edil es verdadera y se encuentra debidamente acreditada en autos, por ende la resolución de alcaldía que contiene la resolución contractual se encuentra debidamente expedida tanto por forma como por fondo.

En consecuencia, a juicio del presente Colegiado y conforme a lo expuesto precedentemente, la primera pretensión principal de la

 ² El retraso en la ejecución de las prestaciones será injustificado cuando no se haya solicitado y aprobado la ampliación del plazo contractual, por verificarse alguna de las causales previstas en el artículo 200 del Reglamento.

reconvención, debe ser declarada fundada en todos sus extremos.

Análisis del Segundo, Tercer, Cuarto y Quinto Punto Controvertido de la Reconvención.-

Segundo punto controvertido de la reconvención:

Determinar si corresponde o no se ordene al Consorcio Huacrachuco se devuelva o reembolse la suma de S/. 576,854.89, monto que proviene del adelanto directo otorgado al Demandante mediante Carta Fianza N° 221-2011/COOPEX/ADELANTO DIRECTO.

Tercer punto controvertido de la reconvención:

Determinar si corresponde o no se ordene al Consorcio Huacrachuco indemnice al Demandado por la suma S/. 576,854.89, por concepto de enriquecimiento sin causa.

Cuarto punto controvertido de la reconvención:

Determinar si corresponde o no se ordene al Consorcio Huacrachuco se devuelva o reembolse la suma de S/. 722,003.43 monto que proviene de la Carta Fianza N° 219-2011/COOPEX/ADELANTO DE MATERIALES.

 Quinto punto controvertido de la reconvención:

Tribunal Arbitral

Ernesto Armando Valverde Vilela

Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Mario Manuel Silva Lopez

Determinar si corresponde o no se ordene al Consorcio Huacrachuco indemnice al Demandado por la suma de S/. 722,003.43, por concepto de enriquecimiento sin causa.

El Tribunal Arbitral deja constancia que procede al análisis en conjunto de estos 4 puntos controvertidos, por cuanto guardan relación entre sí, es decir, los puntos controvertidos 2 y 4 tratan de un reconocimiento sobre la ejecución de las cartas fianzas de adelanto directo y de adelanto de materiales, respectivamente, mientras que los puntos controvertidos 3 y 5 tratan sobre pretensiones subordinadas a cada una de ellas por concepto de enriquecimiento sin causa. Razón por la cual, este Colegiado estima conveniente realizar el estudio en conjunto.

POSICIÓN DE LA CORPORACION EDIL.-

El Tribunal debe ordenar al Consorcio que reembolse S/. 576,854.89, monto de la carta fianza N° 221-2011/COOPEX/ADELANTO DIRECTO.

La Entidad pidió a COOPEX la ejecución de la carta fianza, acorde a las siguientes misivas.

Carta Notarial con fecha 16-05-2012, la Entidad solicita a COOPEX el cumplimiento de la ejecución de la garantía de Adelanto de Materiales (S/.722.003.43) y el cumplimiento de la ejecución de la garantía de Adelanto Directo (S/. 576.854.89).

Carta Notarial N° 31033 de fecha 25-06-2012 donde vuelve a solicitar COOPEX la ejecución de las garantías de adelanto de Materiales y Adelanto Directo.

Carta Notarial N° 9272 y 9273, ambas de fecha 27-09-2014, la entidad reitera la solicitud de la Carta Fianza N° 221-

Tribunal Arbitral

Ernesto Armando Valverde Vilela

Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Mario Manuel Silva Lopez

2011/CCOPEX/ADELANTO DIRECTO y Carta Fianza N° 219-2011/COOPEX/ADELANTO DE MATERIALES.

COOPEX no cumplió con realizar ejecución de las Cartas Fianzas N° 221-2011/COOPEX/ADELANTO DIRECTO y N° 219-2011/COOPEX/ADELANTO DE MATERIALES a favor de la entidad, señalando que El Consorcio no había solicitado su renovación, debiéndose requerir al contratista, con esto se demuestra el incumplimiento por COOPEX y del Consorcio.

La entidad señala en su cuadro el monto de cada carta fianza y su amortización, arrojando el monto que se demanda.

DE LAS PRETENSIONES SUBORDINADAS

La Entidad deposito a favor del contratista la suma de S/. 915,521.10 por concepto de adelanto directo y la suma de S/. 836,337.80 por concepto de adelanto de materiales, siendo que por parte de la empresa COMUDEIN SAC se expidieron las Facturas N° 118 y 117 por los montos citados, la cooperativa COOPEX se rehúsa a su ejecución, por ello el contratista debe indemnizarnos por la suma mencionada.

La Entidad requirió a COOPEX la ejecución de las cartas fianzas de adelanto directo y adelanto de materiales, como lo señalan en las siguientes misivas:

Carta Notarial de fecha 16-05-2012 la entidad pide a COOPEX, el cumplimiento de la ejecución de la garantía de adelanto de materiales (monto a efectivizar S/. 722.003.43) y de la ejecución de la garantía de adelanto directo (monto a efectivizar S/. 576.854.89).

Carta Notarial N° 31033 de fecha 25-06-2012, la entidad solicita a COOPEX, el cumplimiento de ejecución de garantía de adelanto de materiales (S/.722.003.43) y de la ejecución de garantía de adelanto directo (S/. 576.854.89).

Tribunal Arbitral

Ernesto Armando Valverde Vilela

Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Mario Manuel Silva Lopez

Carta Notarial N° 9272 de fecha 27-09-2012, la entidad reitera la solicitud de ejecución de la carta fianza N° 221-2011/COOPEX/ADELANTO DIRECTO y carta fianza N° 219-2011/COOPEC/ADELANTO DE MATERIALES.

COOPEX nunca cumplió con ejecutar ninguna de las Cartas Fianzas a su favor, señalando que el Consorcio no había solicitado su renovación y debiéndose requerir esto al contratista, por lo que se demuestra su incumplimiento de obligaciones tanto por COOPEX y del Consorcio.

El monto que debió ser ejecutado a nuestro favor COOPEX debe ser indemnizado por el contratista, de acuerdo a los montos reclamados y que se encuentra debidamente acreditado.

POSICION DEL CONSORCIO.-

En relación a la posición del Consorcio, se aprecia que para las pretensiones principales, alega que los adelantos dados por concepto de Materiales y de Adelanto Directo, fueron utilizados en la obra, conforme se constata de las Valorizaciones presentadas a la Entidad y en el supuesto de existir alguna deuda, la misma debe ser amortizada en la liquidación de obra, conforme al artículo 189° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Sobre las pretensiones subordinadas, alega que no se ha producido dicha situación porque los adelantos han sido utilizados en la ejecución de la obra, conforme se acredita con sus dos valorizaciones.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.-

Antes de desarrollar el análisis, se debe señalar que las cartas fianzas son:

"CONTRATO DE GARANTÍA DEL CUMPLIMIENTO DE PAGO DE UNA OBLIGACIÓN AJENA, SUSCRITO ENTRE EL FIADOR Y EL DEUDOR, Y QUE SE MATERIALIZA EN UN DOCUMENTO VALORADO EMITIDO POR UN FIADOR [BANCO O ENTIDAD FINANCIERA] A FAVOR DE UN ACREEDOR [ENTIDAD CONTRATANTE] GARANTIZANDO LAS OBLIGACIONES DEL DEUDOR [SOLICITANTE] EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL DEUDOR, EL FIADOR ASUME LA OBLIGACIÓN. FIANZA ES UNA GARANTÍA PERSONAL DONDE EL FIADOR [PERSONA NATURAL O JURÍDICA] GARANTIZA EL CUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN DEL FIADO".³

En tal sentido, la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento regula la dación y/o expedición de las distintas cartas fianzas, siendo que entre ellas se encuentran previstas las Garantías de Adelanto Directo y de Adelanto de Materiales, por tanto se trata de instrumentos financieros que sirven para garantizar los montos entregados en forma adelantada para ejecutar la obra, los cuales según la ejecución de la obra deben ser amortizados conforme se venga ejecutando la obra, apreciándose que dichas cartas fianzas fueron expedidas por COOPEX.

Ahora bien, las Garantías de Adelanto y de Adelanto de Materiales son cartas fianzas que sirven para avalar las sumas de dinero que entregan las entidades a favor de los contratistas con la finalidad de ejecutar la obra, tratándose de sumas de dinero adelantadas, se ha previsto que se deban otorgar las garantías señaladas. En este orden de ideas, se sabe que dichas garantías se deben ir amortizando conforme se vaya ejecutando la obra, en consecuencias, será la contratista quien deba probar que conforme ejecute la obra, deberá de acreditar que el dinero entregado por dichas garantías lo viene ingresando a la ejecución de la obra y ello se aprecia en las valorizaciones⁴ mensuales.

Corresponde señalar que, se aprecia de los anexos 8 al 11 de los medios de prueba del escrito de reconvención las observaciones

³ Definición proveniente de la Superintendencia de Banca y Seguros

⁴ Valorización: es la cuantificación económica del avance físico en la ejecución de la obra, realizada en un período determinado

Tribunal Arbitral

Ernesto Armando Valverde Vilela

Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Mario Manuel Silva Lopez

realizadas a las Valorizaciones 1 y 2 presentadas por el Consorcio, donde se evidencia que la Corporación Edil observo dichas valorizaciones por cuanto el Consorcio no habría cumplido con presentar las amortizaciones a los adelantos entregados (entiéndase adelanto directo y adelanto de materiales), y por otro lado, se aprecia de lo señalado por el Consorcio y de las pruebas aportadas por éste que no ha acreditado el sustento de sus valorizaciones, ni mucho menos el hecho de haber levantado las observaciones señaladas por la Corporación Edil.

Asimismo, existe en el expediente arbitral, documentos aportados por la Entidad (en su escrito de reconvención) donde se desarrolla el cuadro de las valorizaciones 1 y 2, las cuales no fueron merituadas por el Consorcio, conforme se desprende del Anexo 21 que contiene el Informe N° 050-2012-MPM/GDUR/G, de dichos documentos se visualiza el verdadero avance de obra, donde se desprende que los montos reclamados por la Entidad están acordes con el reclamo de solicitar la ejecución de las cartas fianzas por adelanto directo y adelanto de materiales, por cuanto está demostrado que no han utilizado los montos entregados para poder ejecutar la obra, no existiendo prueba alguna que demuestre lo contrario. Estando probado que los adelantos entregados no fueron utilizados en su totalidad en la ejecución de la obra.

En tal sentido, las pretensiones principales segunda y cuarta deben ser declaradas fundadas a favor de la Corporación Edil.

En relación a las pretensiones subordinadas, se debe indicar *prima facie* que la pretensión subordinada es **"Cuando concurren dos pretensiones y el actor pide que se declare fundada la segunda, para el caso que no se ampare a la primera. En otros términos, cuando la pretensión calificada como tal (subordinada, eventual o subsidiaria),**

queda sujeta a la eventualidad que no sea amparada la pretensión propuesta como principal (...)⁵

Estando a lo conceptualizado y en vista que las pretensiones principales están siendo declaradas fundadas, carece de objeto emitir pronunciamiento sobre éstas.

Análisis del sexto punto controvertido.-

Determinar si corresponde o no ordene al Consorcio Huacrachuco el pago de la suma ascendente a S/. 28,685.975 por concepto de costas y costos del proceso arbitral.

POSICION DEL TRIBUNAL ARBITRAL.-

Sobre el particular, el Tribunal Arbitral considera que no es necesario realizar un resumen de las posiciones de las partes, toda vez que, conforme a la Ley de Arbitraje, la determinación de las costas y costos arbitrales es una facultad de los árbitros.

En tal sentido, del contrato materia de Litis, en la cláusula que regula la solución de controversias, se aprecia que las partes no ejercieron su derecho de ponerse de acuerdo en la determinación de los costos y costas arbitrales, por ende, será el Tribunal Arbitral quien lo determine, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69° de la Ley de Arbitraje.

Al respecto, el artículo 70° de la norma glosada señala que:

"El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.

⁵ La Pretensión Procesal, artículo de Alejandro Ranilla Collado, profesor de Teoría General del Proceso, Universidad Nacional de San Agustín., blog de la Universidad Católica del Perú.

Tribunal Arbitral

Ernesto Armando Valverde Vilela

Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Mario Manuel Silva Lopez

- b. Los honorarios y gastos del secretario.
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales."

Por otro lado, el artículo 73º nos dice:

"Asunción o distribución de costos.

1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso."

En tal sentido, el Tribunal Arbitral aprecia que fue la Corporación Edil quien ha tenido una conducta procesal acorde a los principios arbitrales, no pudiendo decir lo mismo del Consorcio, por cuanto no cumplieron con sus obligaciones, es decir, el pago de los honorarios arbitrales.

Asimismo, se aprecia que el resultado de este proceso arbitral le favorece a la Corporación Edil, razón por la cual le debe corresponder a su cargo que se le reembolse el 100% de los costos arbitrales.

En este orden de ideas, el monto consignado en el punto controvertido, no está acorde con la realidad, por cuanto está probado que los honorarios que comprenden tanto el de los árbitros como de la secretaria arbitral son muy elevados ya que

Tribunal Arbitral

Ernesto Armando Valverde Vilela

Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Mario Manuel Silva Lopez

existió un aumento de honorarios en fecha posterior a la determinación de los puntos controvertidos y no considerar ello, supone un abuso del derecho, motivo por el cual se le debe reconocer a la Corporación Edil el monto realmente pagado por éste por concepto de pago de honorarios a favor de los miembros del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral.

En la misma línea, se aprecia que el concepto de asesoría jurídica externa y el pago de instalación del Tribunal Arbitral, no han sido variados en el tiempo, razón por la cual, también se les debe reconocer dicho monto.

En consecuencia, el Tribunal Arbitral **LAUDA POR UNANIMIDAD** en los siguientes términos:

Primero.- DECLARAR FUNDADA la primera pretensión principal de la reconvención. En consecuencia, declarar valida la Resolución de Alcaldía N° 198-2012-MPM/A de fecha 21 de junio de 2012.

Segundo.- DECLARAR FUNDADA la segunda pretensión principal de la reconvención. En consecuencia, ORDENAR al CONSORCIO HUACRACHUCO que devuelva y/o reembolse a favor de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MARAÑÓN – HUANUCO LA SUMA DE S/. 576,854.89 (Quinientos setenta y seis mil ochocientos cincuenta y cuatro con 89/100 nuevos soles) por concepto de adelanto directo dado al CONSORCIO.

Tercero.- DECLARAR FUNDADA la tercera pretensión principal de la reconvención. En consecuencia, ORDENAR al CONSORCIO HUACRACHUCO que devuelva y/o reembolse a favor de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MARAÑÓN – HUANUCO LA SUMA DE S/.722,003.43 (Setecientos veintidós mil y tres con 43/100 nuevos soles) por concepto de adelanto de materiales dado al CONSORCIO.



Tribunal Arbitral

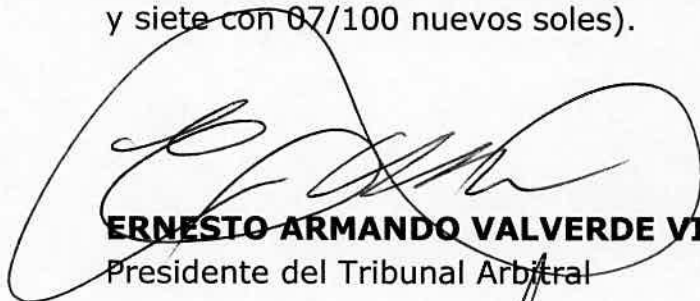
Ernesto Armando Valverde Vilela

Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Mario Manuel Silva Lopez

Cuarto.- DECLARAR que carece de objeto emitir pronunciamiento sobre las pretensiones subordinadas a la segunda y tercera pretensión principal de la reconvención.

Quinto.- DECLARAR que se condena al CONSORCIO HUACRACHUCO al pago total de los costos arbitrales, que ascienden a la suma de S/. 107,047.07 (Ciento siete mil cuarenta y siete con 07/100 nuevos soles).



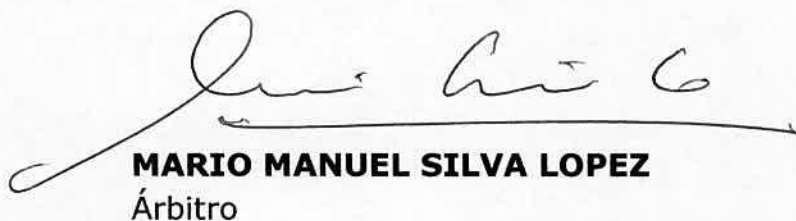
ERNESTO ARMANDO VALVERDE VILELA

Presidente del Tribunal Arbitral



MARCOS RICARDO ESPINOZA RIMACHI

Árbitro



MARIO MANUEL SILVA LOPEZ

Árbitro



MILAGROS CHUECA PALOMINO

Secretaria Arbitral