

Arbitraje de Derecho seguido entre

CONSORCIO MICRO RED MOSNA
(DEMANDANTE)

Y

MUNICIPALIDAD DISTRITAL CHAVÍN DE HUÁNTAR
(DEMANDADO)

LAUDO

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

Secretario Arbitral
Jimmy Pisfil Chafloque

Fecha de emisión: 17 de abril de 2015.

En representación del Demandante
Ing. Hugo Edmundo Zorrilla Leiva
Dr. Daniel Henostroza de la Cruz
Representante Legal

En representación del Demandado
Dr. Jorge Luis Acedo Salazar
Dr. Jaime César Ñaupari Robles
Procurador Público Municipal

ÍNDICE


- I. Vistos
 - 1. Existencia de Convenio Arbitral
 - 2. Antecedentes al presente arbitraje
 - 3. Desarrollo del presente arbitraje
- II. Consideraciones del Tribunal Arbitral
 - 1. Cuestiones Preliminares
 - 2. Cuestión previa – Excepción de Caducidad
 - 3. Análisis de los puntos controvertidos
- III. Laudo
 - 1. Acto resolutivo

RESOLUCIÓN N° 28

Lima, 17 de abril de 2015.

I. VISTOS:

1.1 EXISTENCIA DE CONVENIO ARBITRAL



Con fecha 06 de septiembre de 2010, la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar (en adelante "**el DEMANDADO**" o "**La Entidad**") y el Consorcio Micro Red Mosna conformado por las empresas: Servial Perú S.A.C.; J. Z. Inversiones S.A.C.; Constructora y Servicios Norinver S.A.C. y Contratistas y Servicios Generales Allpa Raju S.A.C., debidamente representado por su representante legal común el señor Hugo Edmundo Zorrilla Leiva, (en adelante "**el CONSORCIO**" o "**el DEMANDANTE**") suscribieron el Contrato No. 044-2010-MDCHH/GM, Contrato de Ejecución de Obra: "Mejoramiento

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

de la Capacidad Resolutiva del Centro de Salud, Chavín Micro Red Mosna, Red Huari, DISA – ANCASH” (en adelante, el CONTRATO).

El Convenio Arbitral se encuentra en la Cláusula Trigésima Tercera del Contrato N° 044-2010-MDCHH/GM, que dispone lo siguiente:

“CLAUSULA TRIGÉSIMA TERCERA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS:

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°, 199°, 201°, 209°, 210° y 211° del Reglamento o en su defecto, en el artículo 52° de la Ley.

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”.

1.2 ANTECEDENTES AL PRESENTE ARBITRAJE

EL CONSORCIO MICRO RED MOSNA y la MUNICIPALIDAD DISTRITAL CHAVÍN DE HUÁNTAR suscribieron el contrato en razón de que el primero había obtenido la Buena Pro como consecuencia del Proceso de Selección LICITACIÓN PÚBLICA N° 03-2010-MDCHH/CE (PRIMERA CONVOCATORIA), por el Sistema a SUMA ALZADA y bajo la modalidad de LLAVE EN MANO, con financiamiento de LA ENTIDAD y ASOCIACIÓN ANTAMINA a través de un Convenio de Cooperación Interinstitucional. El monto contractual ascendía a S/. 4'677,886.35 (Cuatro Millones Seiscientos Setenta y Siete Mil Ochocientos Ochenta y Seis y 35/100 Nuevos Soles), incluidos los impuestos de ley y cualquier otro concepto que incida en el costo total de la prestación del servicio y ejecución de obra, elaborados con

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

precios vigentes al mes de julio de 2010 y con un plazo máximo de ejecución de Obra de 240 días calendario.

1.3 DESARROLLO DEL PRESENTE ARBITRAJE

1.3.1 Designación del Árbitro Único

Habiéndose suscitado discrepancias entre las partes respecto a la ejecución del contrato, el Consorcio Micro Red Mosna solicita arbitraje de derecho mediante carta notarial de fecha 14 de febrero de 2011, designando como árbitro al abogado Daniel Henostroza De la Cruz. Asimismo, propone que el arbitraje sea tramitado y administrado por el Centro de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (En adelante "OSCE") o alternativamente por el Centro de Arbitraje del Consejo Departamental Lima del Colegio de Ingenieros del Perú.

Que, mediante Opinión Legal N° 028-2 011 – MDCHH-OAJ/J de fecha 18 de febrero de 2011, la ENTIDAD responde la solicitud de arbitraje planteada por el CONSORCIO concluyendo que debe declararse consentida la Resolución del Contrato N° 044-2010-MDCHH/GM y, por consiguiente, IMPROCEDENTE la mencionada solicitud de arbitraje, por haber operado la caducidad regulada en el penúltimo párrafo del artículo 209° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; por lo que el CONSORCIO, mediante escrito de fecha 22 de febrero de 2011, solicita ante la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE la designación de Árbitro Único.

Que, en atención a la solicitud de fecha 22 de febrero de 2011 presentada por el CONSORCIO, el OSCE, mediante Resolución N° 286-2011-OSCE/PRE de fecha 10 de mayo de 2011, designó como árbitro único al abogado JOSÉ BULLARD GONZALES para que resuelva la controversia surgida entre las partes.

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

Que, mediante comunicación de fecha 18 de mayo de 2011, el abogado JOSÉ BULLARD GONZALES comunica su no aceptación al encargo conferido, por lo que el OSCE, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 222° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, designa al Árbitro Sustituto el 14 de junio de 2011, recayendo dicha nominación en el abogado Héctor Ricardo Aguirre García; para tal efecto, el Árbitro Único, con fecha 17 de junio de 2011, remitió su carta aceptando tal designación, concluyendo el procedimiento administrativo de designación de Árbitro Único.

1.3.2 Inicio del Proceso Arbitral

Con fecha 05 de agosto de 2011, se llevó a cabo la audiencia de instalación del Árbitro Único en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, en presencia de los representantes de ambas partes. Por el lado del CONSORCIO asistió el señor Juan Fernando Elías Podesta, identificado con DNI N° 07241377, el señor Daniel Eugenio Henostroza de la Cruz, identificado con DNI N° 07628299 y la señorita Yahaira Flavia Zorrilla Pozo, identificada con DNI N° 80143922. Por el lado de la ENTIDAD asistió el Procurador Público Municipal, el señor Carlos Héctor Huaney Tinoco, identificado con DNI N° 31655590.

En dicha audiencia de instalación se fijaron las reglas del proceso arbitral, entre las cuales se otorgó al CONSORCIO el plazo de 15 días hábiles para la presentación de su demanda arbitral.

1.3.3 De la Medida Cautelar presentada por el Consorcio

El CONSORCIO, mediante escrito presentado con fecha 17 de agosto de 2011 y de conformidad con los incisos 1 y 2 del Artículo 47° del Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, solicitó se le otorgue las siguientes Medidas Cautelares:

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

- Que se disponga la suspensión de la eficacia jurídica de la Resolución Gerencial N° 0011-2011-MDCHH-OAJ/J (del 26/01/2011, not. el 27/01/2011), mediante la cual se resolvió el Contrato N° 044-2010-MDCHH/GM; afirmando que vulnera el procedimiento establecido imperativamente en el Art. 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, en adelante: RLCE). Solicitó que la suspensión debería mantenerse hasta la conclusión del presente arbitraje.
- Que se ordene a la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar que consigne en el Banco de la Nación, a nombre del Árbitro Único o de la Secretaría Arbitral, el monto de S/. 467,788.63 (Cuatrocientos Sesenta y Siete Mil Setecientos Ochenta y Ocho y 63/100 Nuevos Soles), por concepto de las dos garantías (i) Carta Fianza N° 010214694-000 del Banco Scotiabank hasta la suma de S/. 315,000.00 (Trescientos Quince Mil y 00/1 00 Nuevos Soles, y ii) Carta Fianza N° 010214786-000 del Banco Scotiabank hasta la suma de S/. 152,788.63 (Ciento Cincuenta y Dos Mil Setecientos Ochenta y Ocho y 63/100 Nuevos Soles) que fueron otorgadas por el Consorcio, y que figuran en la Cláusula Novena del Contrato N° 044-2010-MDCHH/GM, puesto que las mismas han sido ejecutadas por la Entidad, a pesar de que fue notificada con la solicitud de arbitraje, infringiéndose lo dispuesto en el Art.164, inciso 2 del RLCE. En este sentido, solicitó que la consignación deberá mantenerse vigente hasta la conclusión del presente arbitraje, y sea endosada a la parte victoriosa del arbitraje, conforme lo disponga el laudo respectivo.
- Que se mantenga el estado actual (statu quo) de ejecución de la Obra en controversia, y se prohíba a la ENTIDAD que continúe con su ejecución, hasta la conclusión del presente arbitraje.

1.3.3.1 El Árbitro Único, mediante resolución N° 01 de fecha 03 de octubre de 2011, notificada a la Entidad el día 25 de octubre del mismo año, puso en conocimiento de la Entidad la medida

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

cautelar presentada por la demandante, a efecto que en un plazo de cinco (05) días hábiles manifieste lo conveniente a su derecho.

1.3.3.2 La ENTIDAD, mediante escrito de fecha 02 de noviembre de 2011, absolvió el pedido de medida cautelar presentada por el CONSORCIO, solicitando sea declarada improcedente y/o infundada.

1.3.3.3 El Árbitro Único, mediante resolución N° 02 de fecha 03 de enero de 2012, recaída en el Cuaderno Cautelar, resolvió CORRER TRASLADO a la CONTRATISTA de la absolución de la Medida Cautelar presentada por LA ENTIDAD, dejando a salvo su derecho de efectuar sus apreciaciones, de ser el caso.

1.3.3.4 El Árbitro Único, mediante resolución N° 07 notificada a la CONTRATISTA el 22 de mayo de 2012, resolvió declarar INFUNDADA la solicitud de Medida Cautelar presentada por el Consorcio, continuando con el proceso del arbitraje.

1.3.4 Demanda arbitral

El CONSORCIO interpuso demanda arbitral a través del escrito presentado con fecha 26 de agosto de 2011, formulando las siguientes pretensiones:

- **Primera Pretensión:** Que se ordene a la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar que cumpla con el pago de las Valorizaciones N° 02 y N° 03, presentadas por el Consorcio y aprobadas por el Supervisor de la Obra, por los importes de Quinientos Sesenta Mil Quinientos Noventa y Cinco y 78/100 (S/. 560 595.78) Nuevos Soles y Doscientos Cuarenta y un Mil Setenta y Ocho y 59/100 (S/. 241 078.59) Nuevos Soles, correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 2010; con los respectivos intereses.

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

- **Segunda Pretensión:** Que se ordene a la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar que cumpla con el pago de la Valorización N° 4, por la suma de S/.98,778.43 (Noventa y Ocho Mil Setecientos Setenta y Ocho y 43/100 Nuevos Soles), correspondiente al mes de Enero de 2011, que no pudo ser aprobada por el Supervisor de la Obra, debido a que fue retirado del cargo; con los respectivos intereses.
- **Tercera Pretensión:** Que se declare la INEFICACIA de la Resolución Gerencial N° 0011-2011-MDCHH-OAJ/J (del 26/01/2011, notificada el 27/01/2011), en cuyo Artículo Primero se declara la Resolución del Contrato N° 044-2010-MDCHH/GM.
- **Cuarta Pretensión:** Que se ordene a la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar la devolución del monto de S/. 467,788.63 Nuevos Soles, por concepto de las dos garantías que fueron otorgadas por el Consorcio de acuerdo a lo establecido en la Cláusula Novena del Contrato N° 044-2010-MDCHH/GM; pues las mismas han sido ejecutadas por la Entidad, a pesar de que fue notificada con la solicitud de arbitraje, infringiendo lo dispuesto en el inciso 2° del Art. 164° del RLCE (D. S. N° 184-2008-EF); con los respectivos intereses.
- **Quinta Pretensión:** Que se ordene a la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar el pago de S/. 350, 000.00 (Trescientos Cincuenta Mil y 00/100 Nuevos Soles), como indemnización por los daños y perjuicios derivados de la resolución indebida del Contrato; monto integrado por el cincuenta por ciento (50%) de la Utilidad correspondiente a la parte no ejecutada de la Obra (cuyo monto estima en S/.150,000.00 Nuevos Soles), y por los daños generados por la paralización indebida de la obra e incumplimiento de los contratos suscritos con proveedores de bienes y servicios, los tributos y aportes que debió pagar a fin de estar en condiciones de ejecutar la obra; los daños derivados de la desmovilización indebida de la obra, entre otros conceptos que serán determinados mediante peritaje, y que estima referencialmente en S/. 200,000.00. Asimismo, solicita los intereses derivados de dicho importe.

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

- **Sexta Pretensión:** Que se ordene a la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar el pago de un monto equivalente al valor de los materiales que quedaron en el lugar de la obra, de acuerdo a la relación incluida en el Acta de Constatación Física e Inventario del 31/01/2011, y que fueron adquiridos por el Consorcio con sus propios recursos; monto que será determinado mediante peritaje, con los respectivos intereses.
- **Séptima Pretensión:** Que, la Entidad asuma el íntegro de las costas y costos del proceso arbitral, incluyendo honorarios del Tribunal Arbitral, de la Secretaría Administrativa, de los peritajes, así como de la defensa técnico-legal de su representada, por el monto que se determine en el Laudo Arbitral.

Asimismo, presentó los fundamentos de hecho y de derecho que sustentaban su demanda, incluido los medios probatorios.

Admisión de la demanda arbitral

Mediante Resolución N° 01 de fecha 03 de octubre de 2011, notificada a la ENTIDAD el día 25 de octubre de 2011, la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE resolvió admitir la demanda arbitral, por ofrecidos sus medios probatorios. Asimismo, ordenó correr traslado de la demanda presentada por el Consorcio, así como de sus anexos a la ENTIDAD, por un plazo de quince (15) días hábiles; a fin de que proceda a presentar su escrito de contestación de demanda arbitral, y de considerarlo conveniente, formule reconvencción.

1.3.5 De la excepción de caducidad contra la demanda, absolución de demanda y Reconvencción presentada por la ENTIDAD.

Mediante escrito presentado con fecha 17 de noviembre de 2011, la ENTIDAD cumplió con presentar su escrito de contestación de la demanda arbitral interpuesta por CONSORCIO MICRO RED MOSNA. Asimismo, presentó los fundamentos de hecho y de

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

derecho que sustentan su escrito de contestación a la demanda arbitral.

Adicionalmente, la ENTIDAD, dedujo la excepción de caducidad contra la demanda arbitral presentada por el CONSORCIO MICRO RED MOSNA, y de igual forma interpuso reconvención; en cuanto a los medios probatorios, se amparó en el principio de adquisición procesal, incluido un peritaje de parte.

1.3.5.1 Excepción de Caducidad y Reconvención

Al respecto, la ENTIDAD, señala que el plazo que tenía el CONSORCIO MICRO RED MOSNA para someter a arbitraje las pretensiones descritas, era de diez (10) días hábiles posteriores a la recepción de la Resolución Gerencial N° 0011-2011-MDCHH/GM recibida por el CONSORCIO con fecha 26 de enero de 2011; amparándose en lo establecido por el artículo 209° del D. S. N° 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Resolución de Contrato de Obras).

Traslado de la Excepción de Caducidad

Mediante Resolución N° 01, notificada con fecha 03 de octubre de 2011, la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, corrió traslado de la excepción de caducidad, la absolución de la demanda arbitral y de la demanda de reconvención presentada por la ENTIDAD, al CONSORCIO MICRO RED MOSNA, para que las absuelva dentro del plazo establecido en el Acta de instalación.

1.3.5.2 Absolución de la Excepción de Caducidad

El CONSORCIO MICRO RED MOSNA no absolvió la excepción de caducidad

1.3.5.3 Absolución de la demanda de Reconvención

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

El CONSORCIO MICRO RED MOSNA no absolvió el escrito de demanda de reconvención presentada por LA ENTIDAD.

1.3.6 Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios

Con fecha 25 de junio de 2012, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios; el Árbitro Único, procedió a fijar los puntos controvertidos de común acuerdo con las partes, siendo los siguientes:

DE LA DEMANDA.-

- a. Determinar si corresponde ordenar a la ENTIDAD que cumpla con el pago de las valorizaciones N° 02 y N° 03 por los montos de S/. 560,595.78 Nuevos Soles y 241,078.59 nuevos soles, correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 2010; más los intereses correspondientes hasta la fecha de pago.
- b. Determinar si corresponde ordenar a la ENTIDAD que cumpla con pagar la valorización N° 04 por la suma de S/. 98,778.43 correspondiente al mes de enero de 2011; más los intereses correspondientes hasta la fecha de pago.
- c. Determinar si corresponde declarar la ineficacia de la Resolución Gerencial N° 0011-2011-MDCHH-OAJ/J de fecha 26 de enero de 2011.
- d. Determinar si corresponde ordenar que la Entidad devuelva del monto de S/. 467,788.63 nuevos soles por concepto de las dos garantías ejecutadas por la ENTIDAD, a pesar de que fue notificada con la solicitud de arbitraje.

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

- e. Determinar si corresponde ordenar que la entidad pague a favor del Consorcio la suma de S/. 350,000.00 nuevos soles por concepto de indemnización por los daños y perjuicios derivados de la resolución del contrato.
- f. Determinar si corresponde ordenar que la Entidad pague un monto equivalente al valor de los materiales que quedaron en el lugar de la obra, de acuerdo a la relación incluida en el Acta de Constatación Física e Inventario de fecha 31 de enero de 2011.
- g. Determinar si corresponde condenar a la Entidad al pago de costas y costos del proceso.

DE LA RECONVENCIÓN:

- h. Determinar si corresponde ordenar que el Consorcio, pague a favor de la ENTIDAD, la suma de S/. 950.000.00 nuevos soles más intereses, por concepto de indemnización por los daños y perjuicios derivados de los supuestos incumplimientos del Consorcio.

MEDIOS PROBATORIOS:

**a) Respecto de los medios probatorios ofrecidos por
CONSORCIO MICRO RED MOSNA:**

Se admitieron todos los medios probatorios ofrecidos en el escrito de demanda de fecha 26 de agosto de 2011, en el acápite denominado "IV Medios Probatorios y anexos" Documentos del anexo 1A al 1R.

Asimismo, respecto a la pericia de parte propuesta por el Consorcio, el Árbitro Único le otorgó el plazo de cinco (05) días hábiles para que cumpla con precisar el perfil profesional del

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

perito así como el objeto y alcances de la pericia, bajo apercibimiento de prescindir de este medio probatorio.

Que, mediante escrito presentado por el Consorcio con fecha 03 de julio de 2012, cumplió con presentar lo requerido mediante Acta de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, respecto del perfil profesional del perito, así como el objeto y alcances de la pericia solicitada.

b) Respecto de los medios probatorios ofrecidos por la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CHAVÍN DE HUÁNTAR:

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos en el escrito de contestación de demanda de fecha 17 de noviembre de 2011, en el acápite "IX Medios Probatorios"; documentos que corren del numeral 9.1 al 9.11 de ese escrito.

Asimismo, se admitieron como medios probatorios del escrito de reconvención, los propuestos en el acápite "IV Medios Probatorios"; documentos que corren del numeral 4.1 al 4.8" del escrito de reconvención.

Adicionalmente, respecto a la pericia propuesta por la Entidad en su escrito de reconvención, el árbitro único otorgó el plazo de cinco (05) días hábiles para que cumpla con precisar el perfil profesional de los peritos así como el objeto y alcances de la pericia; bajo apercibimiento de prescindir de este medio probatorio.

Que, mediante escrito presentado por la Entidad, de fecha 03 de julio de 2012, ésta cumplió con presentar lo requerido mediante el Acta de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, respecto del perfil profesional del perito así como el objeto y alcances de la pericia solicitada.

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

Que, en igual sentido el Consorcio Micro Red Mosna con fecha 03 de julio de 2012 cumplió con el mandato y propuso el objeto y alcances de la pericia.

Finalmente, la Audiencia de Instalación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios concluyó quedando ambas partes debidamente notificadas en ese acto.

1.3.7 Que, a través de la resolución N° 09 se dejó constancia del cumplimiento de lo requerido y se facultó al Secretario Arbitral para que oficie al Colegio de Ingenieros, INNOVAPUCP y la Dirección Nacional de Construcción del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento; para que les requiera ternas de profesionales para el peritaje respectivo.

1.3.7.1 Mediante Carta N° 001-2013-HAG-JPCH/AD HOC de fecha 01 de febrero de 2013, se solicitó la Universidad a la Pontificia Universidad Católica del Perú, la elaboración de un informe pericial con las características señaladas, y de ser el caso remitir una terna de 3 peritos, a fin que sea elegido el perito, de acuerdo al criterio del señor Árbitro Único.

Que, INNOVAPUCP, mediante correo electrónico comunicó su desistimiento a la referida solicitud.

1.3.7.2 Asimismo, mediante Carta N° 002-2013-HAG-JPCH/AD HOC de fecha 01 de febrero de 2013, se solicitó al Colegio de Ingenieros del Perú – Consejo Departamental de Lima, la elaboración de un informe pericial con las características señaladas y, de ser el caso, remita una terna de 3 peritos a fin de que se elegido el perito, de acuerdo al criterio del Árbitro Único.

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

Que, el Centro de Peritaje el Colegio de Ingenieros del Perú, mediante Carta N° 0307-2013/CP/CD/CIP de fecha 05 de febrero de 2013, recibida por secretaría arbitral el 18 de febrero de 2013, propuso a 3 profesionales que cumplieran con las características requeridas. A tal efecto mediante resolución N° 12, el Árbitro Único designó al Ingeniero José Alex Chaparro Méndez para que realice el examen pericial, según la Propuesta Técnica Económica - Dictamen Pericial Técnico.

1.3.7.3 Que, en vista que las partes no aprobaron el monto por honorarios propuesto por el Centro de Peritaje del Colegio de Ingenieros del Perú, el señor Árbitro Único ordenó que se oficie a 02 profesionales con el objeto que presenten sus propuestas para realizar la pericia solicitada, recayendo dicha designación en el Ingeniero Federico Máximo Roldán Arrogas.

1.3.7.4 Que, la designación del Perito Federico Máximo Roldán Arrogas fue realizada mediante resolución 18, debidamente comunicada a las partes; y sobre dicha resolución y designación no hubo cuestionamiento algún por las partes; por lo que como consecuencia de ello se procedió a requerir a las partes el pago de los honorarios del Perito y la remisión de toda la documentación necesaria para que el Ingeniero Federico Máximo Roldán Arrogas pueda realizar su trabajo, dentro de los parámetros requeridos.

1.3.7.5 Así pues, con fecha 04 de abril de 2014, el Perito procedió a presentar su informe pericial, y a su vez fue puesta a conocimiento de las partes, sin que haya observación de ninguna de ellas a la pericia.

1.3.8 Audiencia de Informe Pericial


Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

Con fecha 03 de diciembre de 2014, se realizó la Audiencia de Exposición de Informe Pericial. En dicha audiencia se concedió el uso de la palabra al Perito Ingeniero Federico Roldán Arrogas con la finalidad de que sustente el informe pericial, y luego de la sustentación, tanto el Árbitro Único como los asistentes por la parte demandante, hicieron las preguntas de rigor a fin de que absuelva algunas interrogantes; dejándose constancia de la inasistencia de la parte demandada. Se precisa que en la audiencia de exposición de informe pericial, el demandante no formuló observación a dicho informe, por otro lado, se notificó del contenido del Acta al demandado para que tome conocimiento de la audiencia, no siendo observada.

En dicha audiencia se dejó constancia que se cerraba la etapa probatoria de conformidad con la regla 22 el acta de instalación, concediendo a las partes un plazo de (5) días hábiles, computados a partir del día siguiente de realizada la notificación del Acta, para que presenten sus alegatos finales y, de solicitarlo alguna de las partes, se citaría a una audiencia de informes orales y luego de ello se procedería a computar el plazo para laudar por 30 días hábiles; plazo que se podría prorrogar por 30 días adicionales.

Que, siendo el caso que el plazo para presentar alegatos o solicitar audiencia de informes finales venció en exceso, se procedió a computar la fecha para laudar, conforme se da cuenta de la resolución N° 27.

1.3.9 Fijación del plazo para laudar



Mediante resolución N° 27 de fecha 09 de marzo 2015, el Árbitro Único procedió a fijar el plazo para laudar en veinte (30) días hábiles, contado a partir del día siguiente de notificada la resolución a las partes, prorrogándose automáticamente por el plazo por quince (30) días adicionales, en caso no se emitiese el laudo dentro del plazo inicialmente previsto.

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

II. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

2.1 CUESTIONES PRELIMINARES

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

- (i) El Árbitro Único se constituyó de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y la Ley de Arbitraje, al que las partes se sometieron de manera incondicional;
- (ii) En ningún momento se ha interpuesto recusación contra el Árbitro Único;
- (iii) CONSORCIO MICRO RED MOSNA ha cumplido con presentar su escrito de demanda arbitral;
- (iv) LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CHAVÍN DE HUÁNTAR fue debidamente emplazada, contestando la demanda arbitral y reconviniendo, dentro de los plazos dispuestos y ejerciendo plenamente su derecho de defensa; y
- (v) Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente ante el Árbitro Único, habiéndose permitido a las partes ejercer con absoluta libertad sus derechos, sin limitación, sin vulnerarse el derecho de defensa, tal es así que no existe en el proceso constancia de alguna causal de anulación futura.

Asimismo, precisar que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Árbitro Único respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba: necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad. Los medios probatorios deben ser valorados por el Árbitro Único de manera conjunta, utilizando su apreciación razonada y que, si no se prueban los hechos que fundamentan sus pretensiones, éstas deberán ser declaradas infundadas.

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

De otro lado, el Árbitro Único deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomada en cuenta para su decisión.

Finalmente, que de conformidad con lo establecido en el artículo 43° de la Ley de Arbitraje, el Árbitro Único tiene la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas. Siendo ese el estado del proceso se procede a laudar dentro del plazo establecido en la resolución N° 27 de fecha 09 de marzo de 2015.

2.2 CUESTIÓN PREVIA - EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

A fin de establecer la competencia del Árbitro Único para resolver como cuestión previa la excepción de caducidad, debe tomarse en cuenta lo dispuesto por el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, que establece: *"las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada esta de manera independiente. Este plazo es de caducidad. (...) El arbitraje será de derecho y será resuelto por Árbitro Único o Tribunal Arbitral, mediante la aplicación del presente Decreto Legislativo (...)".*

2.2.1 Posición de la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar S.A. respecto de la excepción de caducidad:

2.2.1.1 La Entidad manifiesta que durante la ejecución del contrato se produjeron una serie de hechos que constituyen incumplimiento de obligaciones contractuales irreversibles por parte del contratista, las que no fueron superadas pese a los requerimientos efectuados, lo que generó la

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

resolución administrativa del contrato por causas imputables al contratista, efectuada mediante la Resolución Gerencial N° 0011-2011-MDCHH/GM de fecha 26 de enero del 2011.

2.2.1.2 Detalla que cuando la obra estaba ejecutándose, luego de los trámites previstos en la Ley, el Reglamento de Contrataciones del Estado, y el Contrato indicado, la Entidad expidió la Resolución Gerencial N° 0011-2011-MDCHH/GM, mediante la cual resolvió el Contrato N° 044-2010-MDCHH/GM, Ejecución de la Obra N° "Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva del Centro de Salud, Chavín Micro Red Mosna, Red Huari, DISA – Ancash" de fecha 06 de septiembre de 2010.

2.2.1.3 Que, la Resolución Gerencial N° 0011-2011-MDCHH/GM de fecha 26 de enero del 2011, fue notificada al DEMANDANTE el día 27 de enero del 2011, hecho corroborado con la Carta de Resolución de Contrato N° 001-2011/GM y con la solicitud de arbitraje; en cuyo punto PRIMERO textualmente afirma: "Que se declare que la Resolución Gerencial ... notificada a mi representada el 27 de Enero de 2011, que en su artículo primero de su parte resolutive ordena la Resolución del Contrato N° 044-2010-MOCH/GM ...".

2.2.1.4 Que, el demandante, mediante carta notarial de fecha 14 de febrero del 2011, ingresada por trámite documentario de la entidad con registro de Exp. N° 468 de fecha 14 de febrero del 2011, solicitó arbitraje de derecho. En este estado, se precisa que la solicitud de arbitraje fue presentada antes de la modificación del artículo 52° dispuesta por la Ley N° 29873.

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

2.2.1.5 Que, de los hechos descritos en los numerales anteriores, se advierte que el demandante solicitó el inicio de arbitraje de derecho después de que había transcurrido más de 10 días hábiles, consiguientemente sobre su derecho a recurrir al arbitraje para cuestionar la Resolución del Contrato N° 044-2010-MDCHH/GM y otras pretensiones que se deriven de dicha resolución contractual, ya había operado la caducidad en aplicación del párrafo séptimo del artículo 209° -resolución del contrato de obras, del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, entre otros dispositivos legales.

2.2.1.6 Que, en tal sentido, la ENTIDAD afirma que en el presente caso ha operado la caducidad, por lo siguiente:

- a) Las normas especiales aplicables al presente caso, como son La Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, han previsto plazos de caducidad; es así que el D.S. N° 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en su artículo 209°- Resolución del Contrato de Obras, textualmente dispone: “ ... *En caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el contrato, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida...*”, concordante con el artículo 215° - inicio de arbitraje del texto legal antes indicado, que expresamente dispone:

“Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170, 175°, 177°; 199°, 201°, 209°, 210° Y 211° ...”

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

b) Que, del mismo modo ha operado la caducidad en observancia de los siguientes artículos de las normas especiales aplicables al presente caso y que seguramente al resolver el presente los ha de tener en cuenta:

- Del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado.

Art. 5° - Especialidad de la norma V delegación: *"El presente Decreto Legislativo y su Reglamento prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables..."*

- Del Decreto Supremo N° 0184-2008-EF, Reglamento de la ley de Contrataciones del Estado:

Art. 4° - Competencia en materia de contrataciones del Estado: *"Las normas sobre contrataciones del Estado establecidos en la Ley y el presente Reglamento son de ámbito nacional..."*

Art. 215°- Inicio de Arbitraje: *"Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170, 175°, 177°, 199°, 201°, 209°, 210° Y 211 ° o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley..."*

c) Que, el DEMANDANTE, reconoce que en el presente caso ha operado la caducidad; pero tratando de argumentar de que este instituto jurídico no se ha producido, sin un sustento jurídico alguno, pretendiendo que en el presente caso aplique un control difuso de nuestra legislación; es así que en su demanda y solicitud de medida cautelar da a entender

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

la existencia de un conflicto de normas (antinomias), CONFLICTO DE NORMAS QUE ES INEXISTENTE EN EL PRESENTE CASO; es así que invoca la aplicación del artículo 51°; 118°, inciso 8; 138° de la Constitución Política del Estado, el artículo 2003° del Código Civil; es más cita una Sentencia del Tribunal Constitucional ajeno al caso materia de Litis, Sentencia del Tribunal que fue expedida en el año 2005 y en consideración de la derogada Ley General de Arbitraje y de la derogada Ley y Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

2.2.1.7 Asimismo, la Entidad aduce que los dispositivos legales citados por el DEMANDANTE así como la resolución del Tribunal Constitucional, no son aplicables ni remotamente al presente caso, por:

- La existencia de una legislación especial aplicable al presente caso (Decreto legislativo N° 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado y, el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado) que han sido expedidos en observancia del procedimiento previsto por nuestra legislación, normas que son coherentes y compatibles entre sí, por lo que a la fecha del proceso arbitral, gozan de plena eficacia y validez jurídica.
- Lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, que imperativamente dispone; "Art. 5°.- Especialidad de la norma y delegación: *"El presente Decreto Legislativo y su Reglamento prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables ..."*

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

- Que, asimismo, menciona que en el supuesto negado de existir algún conflicto de normas, la principal y primera regla a considerar para suplir este conflicto normativo sería: LA APLICACIÓN DE LA NORMA ESPECIAL (*La norma especial prima sobre cualquier norma general- principio de lex specialis derogat generali*), en el presente caso el D. Leg. N° 1017 y el D.S. N° 184-2008-EF prevalecen sobre cualquier otro dispositivo y, aplicando estos dispositivos legales ha operado la caducidad.

2.2.1.8 Que, en tal sentido, estando a los hechos expuestos, la excepción de caducidad deducida resulta a todas luces fundada, por lo que debe ser amparada en la forma y modo de ley.

❖ **Medios probatorios de la excepción de caducidad:**

- 1) Contrato N° 044-2010-MDCHHjGM "Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva del Centro de Salud Chavín Micro Red Mosna, Red Huari, DISA – Ancash".
- 2) Resolución Gerencial N° 0011-2011-MDCHH/GM de fecha 26 de enero del 2011.
- 3) Carta Notarial de fecha 14 de febrero de 2011, ingresada a la ENTIDAD con Registro de Exp. N° 468 de fecha 14 de febrero de 2011, mediante el cual el demandante solicita arbitraje de derecho.

2.2.2 Posición de Consorcio Micro Red Mosna, absolviendo la excepción de caducidad

Que, del estudio de autos, se tiene que el CONSORCIO MICRO RED MOSNA no cumplió con absolver la excepción de caducidad deducida por la entidad, sin perjuicio de aquello corresponde al Árbitro Único, resolver con arreglo a las normas pertinentes.

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

2.2.3 Consideraciones del Árbitro Único, respecto de la caducidad:

- i. Que, la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CHAVÍN DE HUÁNTAR deduce la excepción de caducidad contra la demanda arbitral interpuesta por el CONSORCIO MICRO RED MOSNA, refiriendo que se ha excedido el plazo de caducidad establecido en la normativa de la materia aplicable, específicamente el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante el Reglamento), norma aplicable por tratarse de un instrumento vigente a la fecha de convocatoria, adjudicación y suscripción del contrato materia de litis.
- ii. Que, el artículo 52 (texto original) de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante la Ley o LCE) establece que *"Las controversias que surjan entre las partes (...) se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato(...)". (El subrayado es nuestro)*
- iii. Por el contrario, el artículo 215° del Reglamento (según el texto original, aplicable al caso) señala que *"Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 177, 199, 201, 209, 210 y 211 o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley.*
- iv. Así tenemos, que la caducidad se encuentra prevista de modo amplio e impreciso en la Ley, limitada únicamente con la vigencia del contrato, mientras que en el caso de la norma reglamentaria, se establece de modo expreso un plazo cierto y específico, en este caso (por aplicación concordada de los

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

artículos 209° y 215°) de diez (10) días hábiles. La pregunta que salta a la vista de la simple comparación de ambos dispositivos es sencilla ¿puede establecerse un plazo de caducidad, en una norma de carácter reglamentaria, que es de rango menor a la Ley?

- v. Teniendo en cuenta que la solicitud de arbitraje planteada por CONSORCIO MICRO RED MOSNA, tiene como fecha de interposición el 14 de febrero de 2011, es necesario dilucidar si resulta aplicable la caducidad prevista en los artículos 209° y 215° del Reglamento.
- vi. Sobre el particular, debemos recordar que la caducidad es una institución jurídica que se encuentran regulada en los artículos 2003° al 2007° del Código Civil, no existiendo regulación al respecto ni en la Ley ni el Reglamento. Según lo establece el Código Civil, la caducidad tiene por efecto extinguir un derecho y con ello la acción relacionada con el mismo.
- vii. Como se puede apreciar, la caducidad es una institución que busca mantener la seguridad jurídica velando por el interés colectivo, y que intereses individuales no perjudiquen a los colectivos. Por lo tanto, y en relación a lo anterior, en el artículo 2004° del Código Civil se ha establecido el principio de legalidad en relación con los plazos de caducidad, con la finalidad que no se haga un uso abusivo de la misma, el mencionado artículo establece:

Art. 2004.- legalidad en plazos de caducidad.

Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto contrario. (Subrayado nuestro)

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

Al respecto, **Marcial Rubio Correa**¹ señala: "desde que las acciones están reguladas por norma de rango de ley, hay que entender que los plazos de caducidad, también deben ser fijados por normas del mismo rango, no inferiores".

- viii. Así, de lo expuesto hasta el momento, se puede apreciar la existencia de una situación de desavenencia entre la Ley de Contrataciones del Estado (que no establece un plazo cierto y específico de caducidad), respecto del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (que sí lo establece), así como de este último con las disposiciones del derecho común, que de modo específico y especializado regula el instituto de la caducidad o extinción de un derecho y la acción correspondiente, en el que establece que tal medida (la caducidad) sólo puede estar contemplada en una norma con rango de Ley.

Este razonamiento queda confirmado con las modificaciones que a partir del 20 de setiembre del año 2012 se han aprobado mediante la Ley N° 28973 sobre el artículo 52° del Decreto Legislativo N° 1017; puesto que a partir de esa fecha rige el numeral 52.2 del artículo 52°, que literalmente dispone:

*"52.2. Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. **Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ..(..), se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento**".*

¹ Marcial Rubio Correa: "Prescripción y Caducidad: La Extinción de Acciones y Derechos en el Código Civil." Vol. VII. PUC Fondo Editorial. Lima, 1989. Página 73.

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

Es decir que, a partir de esta modificación, recién se ha reconocido e introducido el plazo de caducidad en el texto de la propia ley.

Entonces, para los fines de la atención de la controversia suscitada al amparo de la normativa anterior a esta modificación, y siguiendo con el razonamiento mencionado en el numeral precedente, resulta importante citar lo establecido por los artículos I y IX del título preliminar del Código Civil, que establecen:

“Artículo I.- Abrogación de la ley

La ley se deroga sólo por otra ley. *La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de esta es íntegramente regulada por aquella.*

Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado.

Artículo IX.- Aplicación supletoria del Código Civil

Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”.

- ix. Además, la parte final del último párrafo del artículo 142º del Reglamento reafirma la aplicación supletoria del Código Civil, en cuanto establece, ***“El contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título. Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo III de este Título. En lo no previsto en la Ley y el Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado”***
- x. De lo antes mencionado, ha quedado claramente establecido que el Código Civil determina que los plazos de caducidad se

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García


establecen por Ley, y que sus disposiciones son de aplicación supletoria a las disposiciones establecidas en la normativa relacionada con las contrataciones estatales.

- xi. Ahora bien, las disposiciones contempladas en el Reglamento sobre la caducidad para recurrir en vía de arbitraje inclina a la inaplicabilidad de las mismas. Ello nos lleva necesariamente a una segunda pregunta: ¿puede un Árbitro Único inaplicar una disposición reglamentaria o preferir una norma legal frente a otra de menor rango? ¿cuáles son los límites de sus competencias respecto a los eventuales vicios que pudiesen suscitarse en el trámite de un proceso arbitral?
- xii. Lo mencionado en el punto anterior tiene relación con una de las capacidades inherentes a los árbitros. Nos referimos a la capacidad de ejercer jurisdicción y todas las acciones inherentes a esta; al respecto, el diccionario de la real academia de la lengua española define la palabra jurisdicción de la siguiente manera:

Jurisdicción.

(Del lat. iurisdictiō, -ōnis).

1. f. Poder o autoridad que tiene alguien para gobernar.
2. f. Poder que tienen los jueces y tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.
3. f. Término de un lugar o provincia.
4. f. Territorio en que un juez ejerce sus facultades de tal.
5. f. Autoridad, poder o dominio sobre otro.
6. f. Territorio al que se extiende.

- 
- xiii. Sobre este tema, el Tribunal Constitucional refiere en la resolución que resuelve el caso signado como EXP. N.º 6167-2005-PHC/TC, específicamente en el numeral 5 de los fundamentos, lo siguiente:

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

“5. El principio de unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional reconocido en el artículo 139°, inciso 1 de la Constitución, prescribe que: “No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. No hay proceso judicial por comisión o delegación”. En atención a ello, la Constitución ha establecido, como regla general, que corresponde al Poder Judicial el avocamiento único y singular del estudio y solución de los diversos tipos de conflictos jurídicos (principio de unidad), prohibiéndose al legislador que atribuya la potestad jurisdiccional a órganos no conformantes del Poder Judicial (principio de exclusividad).”

- xiv. Según la cita antes mencionada, los árbitros están habilitados constitucionalmente para poder aplicar jurisdicción, es decir aplicar derecho y juzgar como lo haría un juez del aparato judicial e, igualmente, para preferir una norma de rango legal sobre otra de nivel inferior.
- xv. Cabe mencionar que en razón a lo anteriormente expuesto, el tribunal constitucional ha establecido que, en *“la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso.”* Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Exp. N° 0023-2003-AI/TC. Caso Jurisdicción Militar. (Fundamento 13).
- xvi. Así, siguiendo con el fundamento establecido en la resolución analizada, la facultad de los árbitros para resolver un conflicto de

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

intereses no sólo se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2º inciso 24 literal a) de la constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139º de la propia constitución, siendo que el mencionado artículo establece lo siguiente:

Artículo 139º. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

“ (...)

3. la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

(...)”

- xvii. Así, pues, en relación a los principios y funciones de la tutela jurisdiccional, los árbitros se encuentran obligados a dar cumplimiento a las normas constitucionales, así como a las normas con rango de ley respecto de las de menor rango, pudiendo por tanto aplicar el control difuso de las normas, tal como se desprende de la resolución del Tribunal Constitucional materia de análisis, en cuanto señala que:

“Este tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1º de la ley general de arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido ex post, es decir, a posteriori, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo previsto en la ley general de arbitraje. Por su parte, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el código procesal constitucional; vale decir que tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5º, numeral 4 del precitado código, no proceden los procesos constitucionales

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

cuando no se hayan agotado las vías previas. En ese sentido, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la ley general de arbitraje prevé para impugnar dicho laudo."

(...)

El principio de interdicción de la arbitrariedad es uno inherente a los postulados esenciales de un estado constitucional democrático y a los principios y valores que la propia constitución incorpora; de allí que, si bien la autonomía de la jurisdicción arbitral tiene consagración constitucional, no lo es menos que, como cualquier particular, se encuentra obligada a respetar los derechos fundamentales, en el marco vinculante del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139° de la constitución); por cuanto, si así no ocurriese, será nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos, de conformidad con el artículo 31° in fine de la carta fundamental."

- xviii. Por lo tanto, se reconoce que las funciones de los árbitros deben guiarse por los principios constitucionalmente establecidos del debido proceso y por el respeto de los derechos fundamentales. En esta medida, **si en un proceso arbitral se aplicase una norma que resulta contraria a lo establecido en el ordenamiento jurídico, generaría que el fuero arbitral perdiera sentido, ya que se convertiría en una vía donde se podría resolver conflictos al margen del ordenamiento legal.**

- xix. Conforme lo expuesto en este punto, el Árbitro Único, considera que el establecimiento de la institución de la caducidad dentro de cualquier norma de carácter especial debe respetar los elementos establecidos por el ordenamiento jurídico general, no siendo por tanto aplicable el denominado "plazo de caducidad"

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

contemplado en el artículo 215° del Reglamento, por cuanto el mismo no tiene un sustento ni base preestablecida en norma con rango de ley conforme a lo dispuesto por el Código Civil, no pudiendo establecerse por vía reglamentaria disposiciones que extingan derechos; por tanto, corresponde declarar infundada la excepción de caducidad deducida por la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CHAVÍN DE HUÁNTAR, por los fundamentos antes expuestos; y, por consiguiente corresponde resolver el fondo de las controversias.

2.2.4 ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

A continuación, el Árbitro Único procede a analizar los puntos controvertidos fijados en la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, de conformidad con lo establecido en el Acta de fecha 25 de junio de 2012. Para tal efecto, se expondrá los fragmentos más importantes del desarrollo de cada parte.

Sin perjuicio de lo expuesto, se deja constancia que las pretensiones 1, 2 y 6 se resolverán de conformidad con lo dictaminado en la pericia, la misma que forma parte del valor probatorio para dichas pretensiones, a tal efecto, el orden de resolver los puntos controvertidos es el siguiente:

- Las pretensiones 1, 2 y 6 se resolverán en un solo acto o contendrán un solo pronunciamiento (Pago de valorizaciones y valorización de materiales).
- La pretensión 3 (Resolución de contrato)
- La pretensión 4 (Devolución de garantía)
- Las pretensiones 5 y 7, son pretensiones comunes (Indemnización)
- La pretensión 8 (Costos del arbitraje)

DEMANDA

a. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde ordenar a la Entidad que cumpla con el pago de las valorizaciones N° 02 y N° 03 por los montos de S/. 560,595.78 Nuevos Soles y S/. 241,078.59 nuevos soles correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 2010, más los intereses correspondientes hasta la fecha de pago.

❖ Posición de Consorcio Micro Red Mosna respecto al Primer Punto Controvertido:

Consorcio Micro Red Mosna sustenta su pretensión en lo siguiente:

- a) Con fecha 06/09/2010, suscribió con la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar (en adelante: la Entidad), el Contrato de Ejecución de Obra N° 044-2010-MDCHH/GM: "Mejoramiento de la capacidad resolutive del Centro de Salud Chavín Micro Red MOSNA, Red Huari, DISA, Ancash".
- b) Que, en la Cláusula Tercera del contrato se estableció que la Entidad podía otorgar un adelanto para la ejecución de la Obra, que en el presente caso el demandante no solicitó los adelantos que podría haber requerido. Por ello afirma que la obra fue ejecutada con sus propios recursos.
- c) En este contexto, argumenta que el Art. 197° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, en adelante: RLCE), establece el procedimiento para elaboración, aprobación y pago de las valorizaciones de obra, indicando lo siguiente:

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

- c.1 La valorización es elaborada y presentada por el Contratista al término de cada mes.
- c.2 El Supervisor revisa la valorización en un plazo de 05 días, contados a partir del primer día hábil del mes siguiente a la presentación de la valorización. Si la encuentra conforme, la aprueba.
- c.3 La Entidad paga la valorización aprobada por el Supervisor, el último día del mes en el cual éste emite su informe aprobatorio.
- d) Que, efectivamente, la norma citada señala que: *“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”.*
- e) En este sentido, manifiesta que pese a que el Consorcio avanzó con la ejecución de la Obra, LA ENTIDAD NO PAGÓ LAS VALORIZACIONES CORRESPONDIENTES, A PESAR DE QUE ESTAS FUERON APROBADAS POR EL SUPERVISOR DE LA OBRA, conforme al siguiente argumento:
- e.1) Mediante Carta N° 010-2010-CMRM/G (del 06/12/2010) se entregó al Supervisor la Valorización de Obra N° 02 del mes de Noviembre de 2010, por el monto de S/. 560,595.78 (Quinientos Sesenta Mil Quinientos Noventa y Cinco y 78/100 Nuevos Soles. Esta Valorización fue APROBADA por el Supervisor

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

mediante Carta N° 007-2010-MDCHH-/FLC-SO (del 07/12/2010), en la cual solicita a la Entidad proceder a su pago. Sin embargo, la entidad no pagó dicha valorización.

e.2) Mediante Carta N° 001-2011-CMRM/G (del 05/01/2011) se entregó al Supervisor la Valorización de Obra N° 03, del mes de diciembre de 2010, por el monto de S/. 241,078.59 (Doscientos Cuarenta y Un Mil Setenta y Ocho y 59/100 Nuevos Soles. Esta Valorización fue APROBADA por el Supervisor mediante Carta N° 001-2011-FLC/SO (del 05/01/2011), en la cual señala textualmente que la supervisión ha revisado el informe correspondiente el cual se encuentra conforme y solicita proceder con el trámite de pago correspondiente. Sin embargo, la Entidad no pagó la valorización.

f) En virtud de lo expuesto, señala que tienen derecho al pago de las valorizaciones, y al pago de los intereses legales, de conformidad con el Artículo 197°, párrafo final del RLCE.

❖ **Posición de la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CHAVÍN DE HUÁNTAR respecto del Primer Punto Controvertido:**

La Entidad sustenta su posición en lo siguiente:

- a) La Entidad, manifiesta que sobre lo expuesto en los numerales 1 y 2 de la demanda por el Consorcio Micro Red Mosna, sobre esta pretensión, no cabe emitir pronunciamiento por ser meramente informativos.
- b) En cuanto a lo expuesto por el DEMANDANTE, en el numeral 3 de su demanda, no cabe efectuar pronunciamiento alguno por ser una cita normativa referida

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

al artículo 197 del RLCE; en cuanto a lo mencionado en los numerales 3.1; 3.2 y 3.3, de la demanda, cabe indicar que de una revisión de las Bases Integradas de la Licitación Pública N° 03-2011-MDCHH/CE y del Contrato N° 044-2010-MDCHH/GM, se advierte que no se ha previsto que los periodos para efectuar las valorizaciones sean mensuales, por lo que el DEMANDANTE afirma una situación o supuesto no establecido por los documentos antes citados; para acreditar este punto deberá de revisarse la página Web del SEACE, correspondiente al proceso de selección antes indicado y las cláusulas contractuales del Contrato N° 044-2010-MDCHH/GM y; además se debe de tener en consideración el artículo 197 del RLCE claramente que dispone: *"Las valorizaciones tienen el carácter de pagos a cuenta y serán elaborados el último día de cada periodo previsto en las Bases, por el inspector o supervisor y el contratista (. . .) Los metrados de obra ejecutados serán formulados... y presentados a la Entidad dentro de los plazos que establezca el contrato(...)"*.

- c) En cuanto a lo expuesto en el numeral 4 de la demanda, es una cita textual de un párrafo del artículo 197° del RLCE que no amerita pronunciamiento alguno.
- d) Sobre lo indicado en el ítem N° 5 y sus numerales 5.1 y 5.2 de la demanda, en la que mencionan que avanzaron con la ejecución de la obra y la ENTIDAD no pagó las valorizaciones correspondientes a pesar de que estas fueron aprobadas por el supervisor de la obra; sobre dichos extremos luego de la revisión de la documentación adjuntada en la demanda, dan a conocer lo siguiente:

- d.1) Sobre el procedimiento que se siguió para la presentación y aprobación de las valorizaciones en

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

comento, de los documentos adjuntos se advierte que estas valorizaciones no fueron revisadas ni evaluadas adecuadamente por el Inspector de la obra y posiblemente hayan sido efectuadas de favor por:

- El Anexo 1B de la demanda (Carta N° 010-2010-CMRM/G de fecha 06/12/2010), por el que según el DEMANDANTE entregó al Supervisor la Valorización N° 02; de este medio probatorio se advierte que no tiene el sello firma u otro dato que revele que fue recepcionado; pero lo sorprendente del trámite que se dio a esta valorización es que el Supervisor de obra mediante Carta N° 007-2010-MDCHH/FLC-SO manifiesta que ha revisado, evaluado y encuentra conforme con dicho informe y solicita proceder con el trámite del pago; ésta carta tiene fecha 07.12.2010 pero fue ingresada el día 06.12.2010 a la División de Supervisión y Ejecución de Obras de la ENTIDAD a horas 4:PM; cuestiona que, entonces, si la valorización fue recibida, revisada, evaluada, declarada conforme y tramitada, por el supervisor el mismo 06.12.2010, en que momento fue revisado y evaluado.

- Del mismo modo, del Anexo 1D de la demanda (Carta N° 01-2011-CMRM/G de fecha 05/01/2011), por el que según el DEMANDANTE entregó al Supervisor la Valorización N° 03; de este medio probatorio se advierte que tampoco tiene el sello, firma, u otro dato que revele que fue recepcionado por el supervisor; pero también lo sorprendente del trámite que se dio a esta valorización es que el Supervisor de obra mediante Carta N° 007-2010-MDCHH/FLC-SO manifestó que revisó, evaluó y se

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

encuentra conforme con dicho informe y solicita proceder con el trámite del pago. Esta carta tiene fecha 05.01.2011 y fue ingresada ese mismo día a la ENTIDAD a horas 4.00 p.m.; por lo que también cuestiona que, entonces si la valorización fue recibida, revisada, evaluada y declarada conforme y tramitada el mismo 06.12.2010, entonces en que momento fue revisado y evaluado por el supervisor: más aún si tenemos en cuenta que es una obra de envergadura.

- Posiblemente por la rapidez con la que dio el Supervisor la conformidad a las valorizaciones N° 02 y 03 (el mismo día que fue presentada), es que haya incurrido en gravísimos errores, errores que revelan, lejos de representar los intereses de la entidad, representaban o fueron hechos en consideración de otros intereses.

d.2) La entidad, en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, previo al pago de dichas valorizaciones, a través de la Oficina competente (Sub Gerencia de Supervisión y Liquidación de Obras Públicas-GDUR), advirtió en éstos expedientes gravísimas irregularidades, motivo por el cual se suspendió el trámite de los mismos. Entre las irregularidades detectadas señala:

d.2.1) Sobre la valorización N° 02, en atención del requerimiento efectuado por esta Procuraduría, mediante Informe N° 379-2011-GDUR-MDCHH/RCSR/SGESO de fecha 09-11-2011 la Subgerencia de Supervisión y Ejecución de Obras Públicas de la MDCHH, ha informado:

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

" ... CONCLUSIONES:

1. Ha existido favorecimiento de parte de El Supervisor para El Contratista en el tema de valorización de obra.
2. El Contratista ha evadido su responsabilidad para con sus trabajadores y faltando a la verdad sorprendió a la Entidad entregando documentos de otra obra sobre los pagos e SENCICO, CONAFOVICER y ESSALUD.
3. Existe serias "Deficiencias Constructivas" y esto no hace más que corroborar que no ha existido una adecuada "Dirección Técnica", tanto por parte de La Entidad como por parte de El Contratista, que tanto en su Propuesta Técnica-Económica y Plantel Técnico en el Contrato de Obra propone.
4. Los costos considerados para los insumos de la obra (materiales, mano de obra, equipos y herramientas) no se reflejan en la ejecución de la Obra.
5. La valorización N° 02 fue debidamente observada por la Sub Gerencia debido a que existían éstas fuera de la documentación mínima necesaria para su pago, por lo que se solicitó que se realicen las modificaciones correspondientes para proceder con el trámite correspondiente de pago, que a la fecha El Contratista no ha cumplido con subsanarlas.

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

Para acreditar este hecho se adjunta el informe en mención y sus anexos.

d.2.2) Sobre la valorización N° 03, en atención del requerimiento efectuado por la Procuraduría, mediante Informe N° 387-2011-GDUR-MDCHH/RCSR/SGESO de fecha 15-11-2011, la Subgerencia de Supervisión y Ejecución de Obras Públicas de la MDCHH, comunicó:

" ... CONCLUSIONES:

1. Ha existido favorecimiento de parte de El Supervisor para El Contratista en el tema de valorización de obra.
2. Existen serias "Deficiencias Constructivas" y esto no hace más que corroborar que no ha existido una adecuada "Dirección Técnica", tanto por parte de La Entidad como por parte de El Contratista, que tanto en su Propuesta Técnica-Económica y Plantel Técnico en el Contrato de Obra propone.
3. Los costos considerados para los insumos de la obra (materiales, mano de obra, equipos y herramientas) no se reflejan en la ejecución de la Obra.
4. En la presente Valorización de obra se observó una sobre valorización de S/. 226,609.60 Nuevos Soles, los mismos que fueron advertidos en el Informe N° 013-



Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

2011-GDUR-MDCHH/RCSR/SGESO del 19 de Enero del 2011, porque luego de realizar las observaciones técnicas se realizó el cálculo de la sobrevalorización de obra. Sin incluir los costos que significarían a la Entidad para poder rehacer los trabajos.

5. La Valorización N° 03 fue debidamente observada por la Sub Gerencia debido a que existían estas deficiencias fuera de la documentación mínima necesaria para su pago, por lo que se solicitó que se realicen las modificaciones correspondientes para proceder con el trámite correspondiente de pago, que a la fecha El Contratista no ha cumplido con subsanarlas".

Para acreditar este hecho se habría adjuntado el informe en mención y sus anexos.

- e) Asimismo, indica que quien se desempeñó como Supervisor de la obra, Ing. FREDY RENEE URION CORAL, se le habría contratado sin evaluación previa (de modo directo) mediante contrato de Servicios N° 183-2010-MDCHH/GM con fecha 01 de octubre del 2010, pese a que éste no contaba con los requisitos mínimos establecidos en los términos de referencia para ocupar dicho cargo, como era el de contar con 08 años de experiencia en labores de inspección y supervisión de obras públicas de naturaleza similar y 07 años como mínimo en residencias de obras públicas, es así contaba con no más de dos años de ingeniero y peor aún sin experiencia; esta situación entre otras, posiblemente haya generado que apruebe las valorizaciones y permita la ejecución deficiente de la obra.

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

- f) Sobre las valorizaciones N° 02 y 03 se deberá de practicar el peritaje correspondiente, peritaje que entre otros debe de comprender, previa verificación in situ en obra, el cotejo o cuadro comparativo entre lo realmente ejecutado y lo consignado en los expedientes de valorización N° 02 y 03, entre otros; para dicho efecto la ENTIDAD ofrece como medio probatorio la realización de un peritaje.

b. SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde ordenar a la ENTIDAD que cumpla con pagar la valorización N° 04 por la suma de S/. 98,778.43 correspondiente al mes de enero de 2011 más los intereses correspondientes hasta la fecha de pago.

❖ Posición de Consorcio Micro Red Mosna respecto del Segundo Punto Controvertido:

El Consorcio Micro Red Mosna sustenta su pretensión en lo siguiente:

- a) Que, al Consorcio Micro Red Mosna, al haber presentado avances en la obra, le corresponde el pago de la Valorización N° 04, por las labores realizadas hasta el 27 de Enero de 2011; fecha en la cual la Entidad resolvió el Contrato mediante la Resolución Gerencial N° 0011-2011-MDCHH-OAJ/J (del 26/01/2011, not, 27/01/2011).
- b) Es pertinente indicar que el Consorcio remitió la Valorización N° 04 a la Entidad mediante Carta N° 008-2011-CMRM/G, por un monto de S/. 98,778.43 Nuevos Soles. Sin embargo hasta la fecha ésta no ha cumplido con dicho pago. Asimismo, es necesario precisar que esta Valorización no fue visada por el Supervisor,

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

debido a que la Entidad también resolvió el contrato del Supervisor.

- c) En este sentido, el Consorcio solicita que se practique un Peritaje, a fin que verifique si los conceptos y montos indicados en la Valorización N° 04 son correctos; a efecto que de esta forma se viabilice el pago de esta pretensión.

❖ **Posición de la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CHAVÍN DE HUÁNTAR respecto del Segundo Punto Controvertido:**

La Entidad sustenta su posición en lo siguiente:

El Consorcio manifiesta que sobre los numerales 1 y 2 de la demanda referidas a esta pretensión, que estos deben de ser considerados como meros argumentos, toda vez que el DEMANDANTE, no presentó documento alguno a la ENTIDAD sobre la valorización en mención; es más tratando de sorprender adjunta a su demanda una carta que no tiene ninguna constancia de recepción por parte de la ENTIDAD, lo que le resta total credibilidad.

- a) Sobre la valorización en comento, la Subgerencia de Supervisión y Liquidación de Obras Públicas, mediante INFORME N° 388-2011-GDUR-MDCHH/RCSR/SGESO informa: "Referente a la Valorización de Obra N° 04 (enero del 2011), ni el Inspector de Obra o El Contratista realizó la entrega de dicho documento, mas cabe resaltar así mismo en el presente documento que ni El Contratista ni el Inspector luego de haberse realizado las observaciones respectivas a las Valorizaciones N° 02 y 03, estos no cumplieron con hacer llegar el levantamiento de las observaciones para

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

su trámite correspondiente ... "; informe que se adjunta al presente.

- b) En todo caso, sobre esta pretensión también deberá de practicarse el peritaje correspondiente, que también debe de comprender previa verificación in situ de la obra, el cotejo o cuadro comparativo entre lo realmente ejecutado y lo consignado en el expediente de valorización N° 04, de existir las partidas que el DEMANDANTE alega haber ejecutado, ofrece como probatorio el Peritaje a realizarse.

c. SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde ordenar que la Entidad pague un monto equivalente al valor de los materiales que quedaron en el lugar de la obra, de acuerdo a la relación incluida en el Acta de Constatación Física e Inventario de fecha 31 de enero de 2011.

❖ Posición de Consorcio Micro Red Mosna respecto del Sexto Punto Controvertido:

El Consorcio Micro Red Mosna sustenta su pretensión en lo siguiente:

- a) Manifiesta que el 31/01/2011 se llevó a cabo el Acta de Constatación Física e Inventario de la Obra; el cual suscribieron el Residente de la Obra, el Gerente de Desarrollo Urbano y Rural de la Entidad, el Subgerente de Ejecución y Supervisión de Obras de la entidad, el Gerente Municipal, e incluso el Juez de Paz de la localidad.
- b) El demandante señala que en el Acta constan los diversos materiales que fueron adquiridos con recursos

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

propios y que han quedado en el área de ejecución de la obra; en tal sentido solicita que sea devuelto el monto que corresponda a dichos materiales; pues como lo ha indicado en el punto 11.1.2. de la Demanda, si bien el contrato prevee en su cláusula tercera que la Entidad podía otorgar un adelanto para la ejecución de la Obra, el Consorcio no solicitó dicho adelanto, y por ello, la obra fue ejecutada con los recursos propios del contratista. En consecuencia, si a ello se añade que la Entidad no pagó las valorizaciones por avance de obra, es evidente que los materiales existentes en el lugar de la obra fueron adquiridos con los recursos del Consorcio; por lo que, les correspondería el reintegro del valor de dichos materiales, que será determinado mediante Peritaje.

❖ **Posición de la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar respecto del Sexto Punto Controvertido:**

El Consorcio Micro Red Mosna manifiesta que la presente también resulta ser una pretensión accesorio, por lo que seguirá la suerte de lo que se resuelva en la pretensión principal; en todo caso se determinará en la liquidación de la obra.

2.2.5 Posición del Árbitro Único respecto al Primero, Segundo y Sexto Punto Controvertido:

El Árbitro Único, señala que ambas partes han mantenido sus posiciones sobre el contenido de las valorizaciones 2, 3 y 4, así como el reconocimiento de materiales de construcción en cancha, para tal efecto, en sus escritos de demanda y de contestación, solicitaron al Árbitro Único, ordene se practique de oficio un examen pericial a dichas valorizaciones para determinar si corresponde lo que se pone a cobro con lo realmente ejecutado; tal es así que la entidad demandada oportunamente presentó como medio probatorio, la

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

evaluación realizada por el Centro Peruano Japonés de Investigaciones Sísmicas y Mitigación de Desastres de la Universidad Nacional de ingeniería.

Que, a tal efecto, el Árbitro Único luego de una evaluación curricular de los profesionales propuestos, optó por designar al Perito Ing. Federico Máximo Roldán Arrogas, designación que fue puesta a conocimiento de las partes y estas no objetaron su designación, como consecuencia de ello el citado profesional procedió a realizar el examen pericial bajo los parámetros del objeto de la pericia, es decir:

- a) Determinar si las valorizaciones N° 02, 03 y 04 del Contrato N° 044-2010-MDCHH/GM se ejecutaron correctamente, o si en su defecto fueron sobrevaloradas, contienen partidas no ejecutadas o ejecutadas de manera deficiente;
- b) Determinar si lo realmente ejecutado, corresponde a lo pagado por la entidad; y
- c) Determinar el monto equivalente de los materiales que quedaron en el lugar de la obra de conformidad con lo señalado en el Acta de Constatación Física e Inventario.

Que, el Perito procedió a realizar la pericia, tomando como sustento lo siguiente: i) Expediente Técnico de obra y planos, ii) Demanda presentada por Consorcio Chavín, iii) Contestación de la demanda, iv) Estudio de la evaluación estructural de la obra realizada por el Centro Peruano Japonés de Investigaciones Sísmicas y Mitigación de Desastres de la Universidad Nacional de Ingeniería, v) Copia de las valorizaciones N° 01, 02, 03 y 04 de obra, vi) Diferentes informes del área de ingeniería de la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar, vii) Informes Legales, ix) Copia del Cuaderno de Obra y, x) Copia del Acta de Constatación Física; además de aquello, se valió de la inspección ocular a la obra en las fechas de 09 y 10 de enero de 2014.

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

Que, como consecuencia de la evaluación a la documentación y a la obra en sí (se realizó el metrado de todas las partidas ejecutadas), el resultado de la pericia fue el siguiente:

(...) Conclusiones:

- Respecto al primer punto, sí existen Partidas sobre valorizadas y partidas no ejecutadas.
- Respecto a la calidad de lo ejecutado, se pudo determinar que la calidad del concreto cumple con la especificación técnica del contrato, si bien es cierto, se ha encontrado algunas cangrejeras, estas son reparables y no comprometen la parte estructural del elemento. (...)
- Respecto al segundo punto, teniendo en consideración que no ha existido Adelanto Directo, ni Adelanto de Materiales, se puede indicar que existe una diferencia a favor del Contratista de S/. 597, 995.54 incluido I.G.V.
- Respecto al tercer punto, considerando los precios de los materiales de los análisis de precios unitarios, se obtiene una valorización por material en cancha ascendente a S/. 22, 886.04 incluido el I.G.V.

Que, como consecuencia de lo expuesto, se tiene que las valorizaciones N° 02 y 03 de los meses de noviembre y diciembre de 2010 que presentó el Consorcio Micro Red Mosna a la Entidad, en la que pretendía cobrar los montos de S/. 560,595.78 Nuevos Soles y S/. 241,078.59 Nuevos Soles, así como la valorización N° 04 por la suma de S/. 98,778.43 Nuevos Soles, correspondiente al mes de enero de 2011, no eran los montos exactos a cobrar, tal como se ha corroborado con el informe pericial del Perito; llegándose a determinar que la deuda que mantiene la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar a favor del Consorcio Micro Red Mosna por las valorizaciones N° 02, 03 y 04 es la suma de S/. 597, 995.54 (Quinientos Noventa Siete Mil Novecientos Noventa y Cinco con 54/100 Nuevos Soles), incluido I.G.V.

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

Que, siendo así las cosas, y en concordancia con el resultado de la pericia realizada a pedido de las partes, el Árbitro Único considera que corresponde que la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar pague a favor del Consorcio Micro Red Mosna la suma de S/. 597, 995.54 (Quinientos Noventa Siete Mil Novecientos Noventa y Cinco con 54/100 Nuevos Soles) incluido I.G.V., más sus intereses legales.

Para los efectos de la determinación de la fecha en que deben acotarse los intereses por la negativa al pago de las valorizaciones puestas a cobro, se deberá tener en cuenta lo establecido en el sexto y séptimo párrafo del artículo 197° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, que establecen lo siguiente: ..(...)“*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 refieren 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”.

Que, ahora bien, corresponde el pronunciamiento sobre el sexto punto controvertido relacionado a que la Entidad pague un monto equivalente al valor de los materiales que quedaron en el lugar de la obra, de acuerdo a la relación incluida en el Acta de Constatación Física e Inventario de fecha 31 de enero de 2011. Siendo así las cosas, se tiene que el dictamen pericial ha determinado que el valor

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

de los materiales en cancha ascienden a S/. 22, 866.04 (Veintidós Mil Ochocientos Sesenta y Seis con 04/100 Nuevos Soles), incluido el I.G.V.

En tal sentido, el Árbitro Único considera que corresponde que la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar pague a favor del Consorcio Micro Red Mosna, la suma de S/. 22, 866.04 (Veintidós Mil Ochocientos Sesenta y Seis con 04/100 Nuevos Soles), incluido el I.G.V., como consecuencia de la sexta pretensión del demandante.

En consecuencia, se declara fundada en parte las pretensiones 1, 2 y 6 del Consorcio Micro Red Mosna.

d. TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde declarar la ineficacia de la Resolución Gerencial N° 0011-2011-MDCHH-OAJ/J de fecha 26 de enero de 2011.

❖ Posición de Consorcio Micro Red Mosna respecto del Tercer Punto Controvertido:

El Consorcio Micro Red Mosna sustenta su pretensión en lo siguiente:

- a) El Consorcio refiere que a pesar que continuó con la ejecución de la Obra, mediante Resolución Gerencial N° 0011-2011-MDCHH-OAJ/J (del 26/01/2011 y notificada el 27/01/2011), la Entidad declaró RESUELTO el Contrato N° 044- 2010-MDCHH/GM, sin seguir el procedimiento establecido en el Art. 169° del RLCE, que dispone lo siguiente:

"Artículo 169°.- Procedimiento de resolución de Contrato.- Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato (...)"

- b) El Consorcio, detalla que la norma citada establece de manera clara e indubitable que, antes de resolver un Contrato de Obra, la entidad debe cursar una carta al contratista, otorgándole un plazo de 15 días para que cumpla con las prestaciones pendientes. Sin embargo, la propia Resolución Gerencial N° 0011-2011-MDCHH-OAJ/J, demuestra que no se cumplió con dicho requisito, pues en ella se señala expresamente que la entidad solo les habría otorgado un plazo de 02 días, lo que se realizó mediante la Notificación N° 002-2011/GDUR-MDCHH/RCSR/SGESO, de fecha 07 de enero de 2011.
- c) El Consorcio, refiere que mediante la Notificación N° 002-2011/GDUR-MDCHH/RCSR/SGESO de fecha 07 de enero de 2011, el Sub Gerente de Ejecución y Supervisión de Obra, Ing. Roberto Carlos Sánchez Recuay, notificó al Consorcio que estaba incumpliendo las cláusulas vigésimo séptima y trigésimo tercera y les otorgaba "el plazo de 48 horas a fin de que cumplan con lo establecido en la cláusula vigésimo séptima y cláusula trigésimo tercera del contrato".
- d) Por tanto, la Resolución Gerencial no puede surtir efecto jurídico alguno, pues la Entidad habría incumplido el debido Procedimiento de Resolución Contractual, establecido imperativamente en el Art. 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Procedimiento de resolución de contrato); por lo que es de aplicación el criterio fijado por el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado en la Resolución N° 1327- 2007/TC-S3, que establece que: "para que

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

la Resolución contractual sea válida es imperativo que la entidad siga el procedimiento descrito y cumpla con las formalidades previstas en la normativa".

- e) Sin embargo, del texto de la norma fluye que no se configuró ninguna de estas causales, pues no se acumuló el monto máximo de penalidad alguna. Tampoco puede señalarse que la situación de incumplimiento haya devenido en irreversible, pues en la medida que la propia Entidad habría otorgado un plazo de 48 horas para subsanar el supuesto incumplimiento contractual; quedó claro que éstos no tenían carácter irreversible, y que podían ser subsanados.
- f) Por tanto, solicitan que su pretensión debe ser declarada FUNDADA, y la Resolución Gerencial N° 0011-2011-MDCHH-OAJ/J (del 26/01/2011, not. 27/01/2011) debe ser declarada INEFICAZ, ya que no puede surtir efecto jurídico alguno.

❖ Posición de la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CHAVÍN DE HUÁNTAR respecto del Tercer Punto Controvertido:

- a) Expresan que los fundamentos expuestos en los numeral 1 y 2 de la demanda, en el que indica que el contrato fue resuelto sin seguir y/o incumpliendo el procedimiento de resolución contractual establecido en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, tal es así que no se le habría concedido el plazo de 15 días hábiles y sólo se le habría otorgado el plazo de 02 días, y ofrecen como prueba la propia Resolución Gerencial N° 0011-2011-MDCHH/GM. Del mismo modo en su numeral 4 manifiesta que la resolución antes indicada no puede surtir efecto jurídico alguno por incumplir en procedimiento; sobre estos extremos indican lo siguiente:

Que, la ENTIDAD resolvió el contrato en atención al incumplimiento del Contrato N° 044-2010-MDCHH/GM "Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva del Consorcio Micro

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

Red Mosna y se dio en observancia de lo dispuesto en el artículo 169 del RLCE; por lo siguiente:

- La Notificación N° 002-2011/GDUR-MDCHH/RCSR/SGESO, en su parte final textualmente indica: "... Sin otro particular, quedo de usted esperando la atención al presente en la brevedad del plazo no mayor a 48 horas a partir del presente."; De la revisión del contenido de esta notificación claramente se advierte que la entidad solicitó al ahora demandante que en un plazo de 48 horas remita un informe de cada uno de sus integrantes de su plantel técnico al haberse detectado omisiones técnicas, como la contaminación de suelos durante la preparación de concreto, el afirmado para pisos es menor al espesor indicado en el expediente técnico, deficiencia en el dentado de muros de albañilería confinada, IE-02 detalle del isométrico de ubicación del tablero general de distribución que se venía realizando en la obra por ausencia de los profesionales de su plantel técnico, para que la Subgerencia efectúe las visitas y verificaciones diarias de control; consiguientemente esta notificación nunca fue elaborada para efectuar requerimiento alguno al Consorcio Micro Red Mosna con la finalidad de que subsane el incumplimiento contractual en el que estaban inmersos, ni mucho menos tiene apercibimiento alguno de resolución contractual: por lo tanto el DEMANDANTE buscaría desnaturalizar el contenido y la finalidad de la notificación en comento y, pretende crear confusiones para dar apariencia de una subsunción indebida de un hecho (Notificación N° 002-2011/GDUR-MDCHH/RCSR/SGESO) a un precepto legal (primer y segundo párrafo del artículo 169 del D.S. N° 0184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado), y con ello argumentar que no se habría seguido el procedimiento establecido en el primer y segundo párrafo del artículo 169° del RLCE.

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

- La Notificación N° 002-2011/GDUR-MDCHH/RCSR/SGESO, tuvo por objeto recabar información para que la entidad realice las visitas y verificaciones diarias de control, es así que en su contenido textualmente indica: “para poder hacer las visitas y verificaciones diarias del control de la obra por las omisiones técnicas... que se viene realizando...”; notificación que no obtuvo respuesta. Esta notificación, como ya se ha indicado no efectuó requerimiento alguno para que satisfaga el incumplimiento contractual, no fue diligenciado notarialmente, no contiene apercibimiento alguno de resolución de contrato; por lo tanto los argumentos de la Demandante en el extremo de que se le dio un plazo de 48 horas en lugar de 15 días hábiles a todas luces resulta insustentable y apartado de la realidad.
- En lo concerniente a lo resuelto por el Tribunal de Contrataciones del Estado, en la Resolución N° 1327-2007/TC-S3, para el presente caso resulta totalmente inaplicable por ser situaciones fácticas diferentes.
- Las causales que a la postre determinaron de la Resolución del Contrato en comento, fueron:
 - Debido a que la Ejecución de la Obra se estaba realizando sin el equipo técnico, hecho que se corrobora con la Notificación N° 002-2011/GDUR- MDCHH/RCSR/SGESO de fecha 07.01.2011, mediante el cual se comunicó al representante legal del demandante estaba incumpliendo las Cláusulas Vigésima Séptima referida al plantel técnico, la ausencia del Residente de LA OBRA, Ing. Civil Fernando José Solís Maguiña; del Asistente del Residente de LA OBRA, Ing. Civil Julio Manuel Quispe Domínguez; del Especialista en Estructuras, Jorge Emilio Bedón López; del Ing. Sanitario, Ing. Fermín Primitivo Manrique Orellano; del



Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

Ing. Mecánico Electricista, Adolfo Jaime Alcántara Cerna; del Especialista en Seguridad de Obras, Ing. Industrial César Manuel Gregorio Dávila Paredes; del Especialista en Medio Ambiente, Ing. Civil Joaquín Támara Rodríguez; y del Especialista en Topografía, Ing. Civil Edgar Jesús Ramírez Bazán. Este incumplimiento contractual dio lugar a que se éste ejecutando una obra con omisiones técnicas gravísimas.

- Debido a que con ocasión de la revisión y evaluación de las Valorizaciones N° 02 y 03 del ahora Demandante, la Subgerencia de Ejecución y Supervisión de Obras de la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar, avalada por la Gerencia de Desarrollo Urbano y Rural, identificó que las valorizaciones efectuadas por el ahora demandante, y avaladas por el Supervisor de Obra, no eran acordes a lo realmente ejecutado, existiendo una sobre valoración ascendente al monto de S/. 226,609.60 Nuevos Soles incluido IGV, utilidad y gastos generales; y al hecho de que se determinó la existencia de deficiencias en el proceso constructivo de la obra totalmente ajenas al expediente técnico en el extremo de ejecutar sin seguir procedimientos constructivos acordes al Reglamento Nacional de Construcciones, tales como el mal proceso constructivo del muro de albañilería, entre otros.
- Los hechos mencionados en los párrafos anteriores sobre incumplimiento del contrato, según da cuenta el Informe Legal N° 009-2011-MDCHH-OAJ/J de fecha 25 de enero del 2011, determinaron que el Consorcio Micro Red Mosna, incurrió en una situación de incumplimiento que no podía ser revertida, motivo por el cual la Entidad comunicó mediante conducto notarial su decisión de resolver el contrato. El Informe Legal N° 009- 2011-MDCHH-OAJIJ de fecha 25 de enero del 2011, en el numeral 2 de su opinión indica: "2.- Exceptúese lo dispuesto por el primer párrafo

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

del artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, debiendo bastar la comunicación que se deberá efectuar a la empresa contratista con la decisión contenida en la Resolución, mediante Carta Notarial o en su defecto a través del Juez de Paz de la ciudad, debido a que la situación de incumplimiento en el presente caso no puede ser revertida.

- Las acciones adoptadas por la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar, fueron adoptadas en observancia del procedimiento de resolución contractual dispuesto en el tercer párrafo del artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que textualmente dispone: *"(...) No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba... 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..."*.
- Que, si bien es cierto, la Resolución Gerencial N° 0011-2011-MDCHH/GM que resolvió el contrato en comento, posiblemente por un error muy involuntario del proyectista, no transcribió el numeral 2 de la opinión contenida en el Informe Legal N° 009-2011-MDCHH-OAJ/J de fecha 25 de enero de 2011, por lo que de dicha omisión el demandante no puede aprovecharse para argumentar que se transgredió el artículo 169° del RLCE.
- La Resolución Gerencial N° 0011-2011-MDCHH/GM tuvo y tiene como antecedentes y sustento al Informe N° 006-2011-MDCHH/GDUR-VMOE de fecha 21.01.2011 y al Informe Legal N° 009-2011-MDCHH-OAJ/J de fecha 25 de enero del 2011, por lo que, es evidente que la causal de resolución de contrato obedeció a que la entidad consideró que las omisiones técnicas, ejecución sin observar el expediente técnico, defectos constructivos y estructurales (incumplimiento del contrato) incurrida por el ahora

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

demandante, eran irreversibles por lo tanto se prescindió del requerimiento y apercibimiento previo de resolución contractual.

- b) El demandante, en el numeral 3 de la demanda (sobre la pretensión en comentario) tratando de sorprender e incurriendo en falsedad afirma que:

"... mediante Notificación N° 002-2011/GDUR-MDCHH/RCSR/SGESO... y nos otorgaba un plazo de 48 horas a fin de que cumpla con lo establecido en las cláusulas vigésimo séptima y cláusula trigésimo tercera del contrato"; para demostrar que esta afirmación es falsa ofrecemos como medio probatorio la notificación antes indicada, el cual ha sido ofrecido por el demandante como anexo 1H, en el cual textualmente se indica: "... Sin otro particular, quedo de usted esperando la atención al presente en la brevedad del plazo no mayor a 48 horas a partir del presente." y en su contenido sólo se requirió información.


- c) Sobre lo manifestado en el numeral 6° de la demanda (sobre la pretensión en comentario), se remiten a lo expuesto en el numeral 4.1, 4.2 y 4.3 del presente escrito, recalcando que la causal de resolución del Contrato N° 044-2010-MDCHH/GM obedeció a que la ENTIDAD consideró que las omisiones técnicas, ejecución sin observar el expediente técnico, defectos constructivos y estructurales (incumplimiento del contrato) incurridas por el DEMANDANTE, eran irreversibles por lo tanto se prescindió del requerimiento y apercibimiento previo de resolución contractual.

- d) En consecuencia, solicitan que la pretensión del demandante se declare improcedente por la caducidad o infundada.

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

2.2.6 Posición del Árbitro Único respecto del Tercer Punto Controvertido:

- a) Que, previo a ello, es pertinente realizar algunos alcances sobre el particular, como por ejemplo, la definición del contrato administrativo, elementos, características, así como otros factores importantes, a fin de resolver con mayor claridad el presente punto controvertido.
- b) Roberto Dromi², define el Contrato Administrativo, como la *“declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales, una está en ejercicio de la función administrativa”, ejerciendo sus prerrogativas “en cuanto a su interpretación, ejecución y extinción, cuidando de no alterar la ecuación financiera del mismo”*³.
- c) Que, entre los elementos del Contrato Administrativo, tenemos los siguientes: i) El elemento subjetivo, constituido por el acuerdo de voluntades entre las partes, donde por lo menos una de ellas es un ente estatal con competencia para contratar; el acuerdo de voluntades que en el caso de este tipo significa la adhesión del contratante a las cláusulas previamente establecidas por la Entidad, ii) El elemento objetivo, constituido por el objeto del Contrato, que es la Obligación de Dar, Hacer o No Hacer; la causa, que es la satisfacción de una necesidad preexistente de la Administración; la formalidad y la forma, donde la primera está constituida por los requisitos que se deben cumplir para la suscripción, y la segunda es el documento propiamente dicho; la finalidad, que es la atención del interés general; y el perfeccionamiento a través de la suscripción, notificación u otros medios.



² Derecho Administrativo, cit. Pág. 475.

³ Díez, Manuel María. Derecho Administrativo. Tomo III, cit. Pág. 24.

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

- d) Que, entre las características del Contrato Administrativo tenemos las siguientes:
- (i) Constituye la exteriorización de la Potestad Administrativa del Estado, al amparo del Principio de Legalidad y se regula por normas del Derecho Público, razón por la cual no le es de aplicación el aforismo “lo que no está prohibido está permitido”.
 - (ii) Desigualdad de intereses de los contratantes, por cuanto la administración persigue la satisfacción del interés colectivo, mientras que el particular persigue el suyo propio⁴; actúa animado por el legítimo afán de lucro.
 - (iii) Efectos con relación a terceros⁵.
 - (iv) La relación jurídica que se establece entre las partes intervinientes es desigual. Aquí la autonomía de la voluntad y la libertad contractual se relativizan ante el rol preponderante del Estado en la relación jurídica que se establece, la que difiere de la existente en el ámbito privado donde concurren personas ubicadas en el mismo plano.
- e) Que, luego de haber establecido estos parámetros sobre el Contrato Administrativo, concierne verificar cuales han sido los fundamentos, causales y motivos, que conllevó a la Entidad a la resolución del contrato. Ante tal realidad se tiene que la Entidad procedió a resolver el contrato, aplicando lo establecido en el artículo 168° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que a la letra dice:

“Artículo 168.- Causales de resolución

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:

- 1) **Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.**

⁴ Diez, Manuel María. *Derecho Administrativo*. Tomo III, cit. Pág.38.

⁵ Diez, Manuel María. *Derecho Administrativo*. Tomo III, cit. Pág.38.

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

- 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;*
 - 3) *Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación. (...)*
- f) Que, conforme al artículo precitado, la Entidad basó su decisión de resolver el contrato en lo establecido en el numeral 1) del artículo 168° del citado reglamento, para ello es preciso tener en cuenta lo dicho por Alejandro Álvarez Pedroza⁶ en cuanto a causales aplicables al contratista:

"1.- Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese haber sido requerido para ello".

Qué se entiende por Obligaciones Contractuales.- Las obligaciones contractuales están constituidas, en el ámbito de las contrataciones del Estado, por la relación jurídica que se da entre una Entidad y un Contratista, con reciprocidad de exigencia, para que una, cumpla con una contraprestación (ejecución de contrato, la realización de una consultoría, la prestación de un servicio o la entrega de un bien) y a su vez la otra con la respectiva contraprestación.

El autor Álvarez Pedroza, manifiesta que cuando el Contratista no ejecuta la obra de acuerdo con el Expediente Técnico y Especificaciones Técnicas (Construcción, reconstrucción, remodelación, demolición, renovación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, edificaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros) *incumple sus obligaciones contractuales*; ha dejado de hacer la prestación


⁶ Pág.1379-1380 del Libro Comentarios a la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado, Editorial Escuela de Gerencia Gubernamental. Sexta Edición, Año 2010.

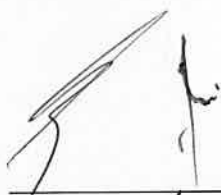
Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

establecida en el contrato que derivó del Proceso de Selección correspondiente.

Por otro lado, Álvarez Pedroza, realiza una pregunta fundamental. ¿Cuándo se produce el incumplimiento injustificado de dichas obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo? En otras palabras, ¿Cómo se determina la existencia de la falta del deber de prestación del contratista?

Para el autor, refiere que, se reputa injustificado el incumplimiento; es decir, no se cumplió con la prestación, por lo tanto, luego de verificada la no realización de las obligaciones contractuales, legales o reglamentarias se presume la culpa del contratista, quien no efectuó aquello a que se comprometió en virtud de los documentos contractuales, *salvo que se pruebe que actuó con sujeción estricta a los indicados documentos; en este caso diligencia ordinaria requerida a que se refiere el artículo 1314° del Código Civil*, esta expresada en los documentos que contiene el contrato (Art. 142°). Lo citado por el autor, se encuentra previsto en el artículo 142° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado⁷, por cuanto las normas aplicables al presente caso son el Decreto Legislativo N° 1017 y Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

Que, precisamente, en relación al incumplimiento injustificado, debemos señalar que en los casos de incumplimiento de obligaciones, existe la presunción legal establecida en el artículo 1329° del mismo Código Civil, según el cual aquél es producto de la falta de diligencia del deudor, lo que implica que el



⁷ Artículo 142.- Contenido del contrato

El contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato.

El contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título. Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo III de este Título. En lo no previsto en la Ley y el presente Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado..

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

Contratista tiene el deber de demostrar lo contrario y acreditar que, pese a haber actuado con diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la prestación, le fue imposible cumplirla por la existencia evidente de causas ajenas a su voluntad y que, dentro del indicado contexto inclusive actuó con diligencia ordinaria debida.

Qué se entiende por Incumplimiento de Obligaciones legales o reglamentarias.- Sobre el particular ALVAREZ PEDROZA, manifiesta que, la Ley ni el Reglamento definen la naturaleza de las obligaciones legales o reglamentarias. En tal sentido, necesariamente las Bases deberán precisar el objeto y la forma de ejecutar dichas obligaciones a fin de evitar problemas de interpretación y posibles controversias.

El autor citado, a su juicio, refiere que constituirían obligaciones legales o reglamentarias el pago de tributos y gravámenes que corresponden al contratista, las responsabilidades de carácter laboral y el pago de aportaciones sociales a su personal, la contratación de seguros necesarios para resguardar la integridad de los bienes, los recursos que se utilizan y los terceros eventualmente afectados.

- g) Que, conforme al desarrollo precedente, es pertinente realizar un análisis del artículo 1314° del Código Civil, a la letra dice: **“Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”**, a tal efecto, es pertinente tener presente lo dicho por Gastón Fernández Cruz. Pág. 849-874. Tomo VI, derecho de obligaciones, edición 2004, Editorial Gaceta Jurídica.

- h) Aquí cabría realizar una pregunta, ¿cuál es el concepto y función de Diligencia que se acoge en sede contractual?. Para ello debe

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

repararse que si aceptamos que en toda obligación existe siempre comprendido un resultado útil para el acreedor, deberá aceptarse también entonces que el interés de éste está centrado en dicha utilidad ante todo, por encima del esfuerzo que realice el deudor para procurarle dicha utilidad. La prestación sigue siendo entendida como un elemento vital en el concepto de obligación, pero ya no como fin de ésta, sino como el instrumento de cooperación a través del cual se procura al acreedor el resultado útil esperado.

- i) *En la doctrina comparada, el concepto clásico de diligencia, lo define (RODOTÁ 1964 [2]:540), es medida del comportamiento del deudor en la ejecución de la prestación debida, a tal efecto, comprende una serie de deberes integrativos cuyo origen no es más únicamente la voluntad del sujeto, sino, por ejemplo, el principio de la buena fe.*
- j) *A su turno, Jordano Fraga, 1987:176, se dice que basta a nivel del deber de prestación actuar con la diligencia debida para no responder. Entonces, si ello fuera así, cuando el deudor aporta la prueba de la ausencia de culpa (prueba de que actuó diligentemente), estaría probando que CUMPLIÓ la obligación, pues le habría alcanzado al acreedor el resultado esperado.*
- k) *El citado autor, **llega a la conclusión que**, cuando el deber accesorio de diligencia le implica necesariamente al deudor el despliegue de conductas de protección de la utilidad comprometida en el deber central, la prueba del empleo de la diligencia debida no significa otra cosa que una prueba de cumplimiento. (...) Dicho en otras palabras: el deudor sólo cumple con su deber de diligencia vigilando que causas ajenas a él no le impidan cumplir, extendiéndose este deber de vigilancia hasta el instante mismo del cumplimiento.*

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

- l) Que, en tal sentido, corresponde en este punto, determinar la eficacia de la Resolución Gerencial N° 0011-2011-MDCHH/GM, que resuelve declarar resuelto el contrato por causa imputable al Contratista. Para tal efecto se tendrá en cuenta lo siguiente: i) La Ley de Contrataciones con el Estado, ii) Reglamento de Contrataciones con el Estado, iii) El contrato de obra suscrito entre las partes (Bases integradas, propuestas ganadora) y iv) La Resolución Gerencial N° 0011-2011-MDCHH/GM (documento que resuelve el contrato de obra), para determinar la validez o ineficacia de la resolución de contrato realizada por la Entidad, por supuesta causal imputable al Consorcio Micro Red Mosna.
- m) Así se tiene que la Cláusula Trigésima Primera del contrato, señala lo siguiente: *"En caso de incumplimiento por parte de El CONTRATISTA de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por LA MUNICIPALIDAD, y que no haya sido materia de subsanación, ésta última podrá resolver el presente Contrato, en forma total o parcial, mediante remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica, de conformidad con el procedimiento y formalidades previstos en los artículos 40° de la Ley de Contrataciones del Estado, y en el artículo 209° de su Reglamento. (...)"*
- n) Que, estando a lo señalado en la cláusula Trigésima Primera del contrato, la entidad está obligada por mandato del propio del contrato y sobre todo por la normativa de contrataciones con el Estado a seguir el procedimiento para la resolución de contrato, es decir, debió tener en cuenta el literal c) del artículo 40° de la LCE, concordante con lo establecido en el 168° y 169° del RLCE, específicamente lo que se refiere para obras.
- o) Que, a fin de tener las ideas claras sobre la forma correcta de resolver un contrato, se debe observar en estricto el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado,

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

así se tiene que previa a la resolución del contrato, se deben de realizar las siguientes acciones en conjunto: i) Requerimiento (especificar qué obligaciones debe cumplir) para que satisfaga las obligaciones, mediante Carta Notarial, ii) Se le debe otorgar un plazo de 15 días calendario para que cumpla con subsanar o cumplir con sus obligaciones, iii) Bajo apercibimiento de resolución de contrato;

Ahora bien, para resolver el contrato, la parte perjudicada deberá de realizar las siguientes acciones en conjunto: i) Resolverá el contrato en forma total o parcial, de no precisarse se entenderá que la decisión de resolver el contrato es total, y ii) Comunicará su decisión mediante carta notarial.

p) *Que, de la revisión de la documentación para el presente caso, se tiene liminalmente que la Entidad ha incumplido con el procedimiento establecido por la normativa en contrataciones del Estado para resolver el contrato, habiendo infringido el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado; por tanto la Resolución de Gerencia N° 0011-2011-MDCHH/GM, que declaró la resolución del Contrato de Ejecución de Obra N° 044-2010-MDCHH/GM, es nula e ineficaz.*

q) Sin perjuicio del procedimiento formal, el Árbitro Único, estima conveniente pronunciarse sobre el fondo de la controversia de la resolución de contrato, con la finalidad de no dejar ningún tipo de duda o inquietud que conlleve a alguna de las partes a conjeturar que por aspectos formales no se habría resuelto de manera correcta el fondo de la controversia.

r) Que, en tal sentido, la Entidad tomó como sustento para resolver el vínculo contractual que mantenía con el demandante, que éste no habría cumplido con responder o satisfacer sus requerimientos dentro del plazo de 48 horas, relacionado a la

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

falta del plantel técnico de profesionales de acuerdo a la cláusula Vigésima Séptima, así como del contenido de la cláusula Trigésima Tercera (solución de controversias), además de ello, que existirían deficiencias en el proceso constructivo de la obra, como por ejemplo: ejecución de la obra sin seguir los procedimientos constructivos acordes al Reglamento Nacional de Construcciones, mal proceso constructivo del muro de albañilería confinada, mal proceso constructivo en las instalaciones sanitarias.

- s) Sobre tal posición de la Entidad, es pertinente traer a colación el dictamen pericial solicitado por las partes y no observado por ninguna de éstas, en cuyo folio 17 señala lo siguiente: (...) *Respecto a la calidad de lo ejecutado, se pudo determinar que la calidad del concreto cumple con la especificación técnica del contrato.* (...), siendo esto así el Árbitro Único considera que no hubo incumplimiento de obligaciones por parte del demandante. Por el contrario, al no haber seguido el procedimiento legal establecido para la resolución de un contrato, como consecuencia de ello el fondo de la controversia no podría ser amparado, de darse el caso que debiera pronunciarse el Arbitro sobre el fondo de la controversia; por lo que, en base a las consideraciones expuestas, el Árbitro Único considera que debe ampararse la tercera pretensión del demandante y, en consecuencia, deviene en ineficaz la Resolución de Gerencia N° 0011-2011-MDCHH/GM, que declaró resuelto el Contrato de Ejecución de Obra N° 044-2010-MDCHH/GM.

e. CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde ordenar que la Entidad devuelva el monto de S/. 467,788.63 Nuevos Soles por concepto de las dos garantías ejecutadas por la ENTIDAD, a pesar de que fue notificada con la solicitud de arbitraje.

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

❖ **Posición de Consorcio Micro Red Mosna respecto del Cuarto Punto Controvertido:**

El Consorcio Micro Red Mosna sustenta su pretensión en lo siguiente:

- a) El Consorcio, señala que en la medida que la Entidad resolvió el Contrato de Obra de manera ilegal, es de aplicación el Art. 52° del Decreto Legislativo 1017 - Ley de Contrataciones del Estado (LCE), que señala que: *"Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato"*.
- b) Asimismo, el Art. 42° de la Ley de Contrataciones del Estado establece que los Contratos de Obra culminan con la Liquidación Final del Contrato y el correspondiente pago. En consecuencia, la solicitud de arbitraje dirigida a impugnar la resolución del contrato puede ser presentada hasta antes de la liquidación final y pago del contrato, en el contexto que ya se ha explicado, en el sentido que la caducidad solo es aplicable por Ley y no a través de un Reglamento; de ahí la posición adoptada respecto a la inaplicación de este último para que surta efectos jurídicos.
- c) Efectivamente, aun cuando el RLCE (aprobado por Decreto Supremo N° 184- 2008-EF) ha fijado otros plazos para solicitar el arbitraje, es evidente que los plazos fijados por esta norma reglamentaria no pueden prevalecer sobre lo dispuesto por la LCE (Decreto

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

Legislativo N° 1017), pues así lo establecen las siguientes normas de la Constitución Política del Estado:

c.1) Artículo 51°.- "La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente".

c.2) Artículo 138°.- "En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera.

Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior".

d) En consecuencia, es evidente que el órgano jurisdiccional judicial o arbitral debe preferir la norma de mayor jerarquía, pues como lo ha señalado el tribunal constitucional, en el emblemático caso Fernando Cantuarias Salaverry (Exp. N° 6167-2005-HC/TC): "el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la constitución, dispuesta por el artículo 51° de la carta magna; (...). Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un tribunal arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales".

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

- e) Debe tenerse en cuenta, además, que el artículo 2003 del Código Civil establece que "los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto contrario", por lo que, ante esta prescripción, no es posible que un plazo de caducidad sea fijado por una norma de rango inferior a la Ley.
- f) Por lo expuesto, mediante Carta Notarial del 14/02/2011, el consorcio presentó la correspondiente solicitud de arbitraje, dentro del plazo de caducidad establecido en el artículo 52° de la LCE (es decir, antes de la liquidación final del contrato), por tanto, habiendo demostrado que la arbitraje fue presentada dentro del plazo previsto en el artículo 52° de la LCE, es evidente que la Entidad no debió ejecutar las garantías otorgadas por el Consorcio, pues como lo dispone el artículo 164 , inciso 2° del RLCE: Decreto Supremo N° 184-2008-EF, Artículo 164°.- Ejecución de garantías.- Las garantías se ejecutarán a simple requerimiento de la Entidad en los siguientes supuestos: 2) La garantía de fiel cumplimiento y la garantía adicional por el monto diferencial de propuesta se ejecutarán, en su totalidad, sólo cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato.
- g) Sin embargo, mediante Resolución N° 032-2011-MDCHH/GM (de 18/02/2011), la Entidad declaró la supuesta improcedencia de nuestra Solicitud de Arbitraje, y ejecutó las garantías otorgadas por nuestro Consorcio a la fecha de suscripción del Contrato materia de controversia, cuyo otorgamiento se detalla en la Cláusula Novena de dicho Contrato, y que son las siguientes:



Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

g.1) Carta Fianza N° 010214694-000 del Banco Scotiabank hasta la suma de S/. 315,000.00 (Trescientos Quince Mil y 00/100 Nuevos Soles).

g.2) Carta Fianza N° 010214786-000 del Banco Scotiabank hasta la suma de S/.152,788.63 (Ciento Cincuenta y Dos Mil Setecientos Ochenta y Ocho y 63/100 Nuevos Soles).

h) Se agrega que la ejecución de las Cartas remitidas por la Entidad al Banco Scotiabank, en las cuales solicita la ejecución de las fianzas en contra de JZ INVERSIONES y SERVIAL PERU SAC.; es decir, las empresas integrantes del Consorcio, que otorgaron dichas garantías. En consecuencia, es evidente que el accionar de la Entidad, al ejecutar las garantías otorgadas por el Consorcio; carece del mínimo y elemental sustento jurídico, motivo por el cual la Entidad nunca debió solicitar la ejecución de las garantías, mucho menos, si se tiene en cuenta que la entidad carece de competencia para calificar la procedencia o improcedencia de la solicitud de arbitraje, pues tal materia es de competencia exclusiva del Árbitro Único.

i) En efecto, el inciso 1 del artículo 41 del Decreto Legislativo N° 1071 establece que: *"el tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra*

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales".

- j) Por tanto, siendo evidente que la resolución del Contrato es ineficaz, y que la solicitud de arbitraje fue presentada dentro del plazo legal, la Entidad no debió ejecutar las fianzas otorgadas por nuestro Consorcio. Por tanto, la Entidad está obligada a devolver estos importes y a restituirlos a nuestro Consorcio.

❖ **Posición de la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CHAVÍN DE HUÁNTAR respecto del Cuarto Punto Controvertido:**

La Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar sustenta su posición en lo siguiente:

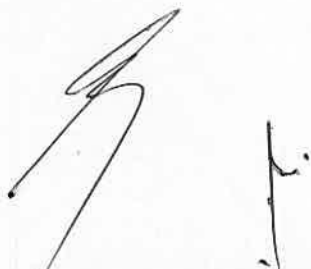
- a) El Consorcio, señala que lo pretendido en este extremo, es una pretensión accesorio de la pretensión N° 03 de la demanda (PRETENSIÓN N° 03: Ineficacia de la Resolución de la Resolución de Contrato N° 044-2010-MDCHH/GM, efectuada mediante Resolución Gerencial N° 0011-2011-MDCHH/GM de fecha 26.01.2011) por lo que en su momento seguirá la suerte del principal.
- b) Respecto a los fundamentos expuestos en los numeral 1, 2, 3 (3.1, 3.2, 3.3), 4, 5, y 6 y 2 de la demanda, la Entidad se remite a lo expuesto en los fundamentos del 2.2 al 2.7 del ítem II FUNDAMENTOS DE LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD del presente escrito, por lo que se debe de considerar dichos fundamentos (del 2.2 al 2.7 de la excepción de caducidad) como parte de los fundamentos de la presente contestación de la demanda y, en su momento al resolver la pretensión en comento se deberá de tener en cuenta los mismos.



Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

c) Sobre los fundamentos 7 y 8 de la demanda; cabe indicar que el accionar de la ENTIDAD cuyos intereses defiende ha estado enmarcado dentro de lo establecido en nuestra legislación por:

- El Art. 164° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, claramente dispone: "...2. La garantía de fiel cumplimiento y la garantía adicional por el monto diferencial de propuesta se ejecutarán, en su totalidad, sólo cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado...".
- El numeral 2 del Art. 164° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, es bastante claro y contiene solamente dos supuestos fácticos para ejecutar las garantías de fiel cumplimiento:
 - Cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida;
 - Cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato.
- Del mismo modo, la decisión de la entidad se dio considerando el artículo 209° del RLCE, que regula el supuesto fáctico en el que se produce el consentimiento de la decisión de resolver el contrato; es así que textualmente indica: "...En caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrán recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el contrato, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de la notificación de la



Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

resolución, vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida..."

- En observancia de los artículos citados en los párrafos anteriores del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la Entidad previa a la ejecución de las garantías, en atención de que ya había vencido el plazo de caducidad previsto para el inicio del arbitraje para cuestionar la Resolución Gerencial N° 011-2011-MDCHH/GM (resolución que resolvió el Contrato N° 044-2010-MDCHH/GM), procedió a emitir la Resolución Gerencial N° 32-2011-MDCHH/GM de fecha 18 de febrero del 2011, que entre otros declaró consentida, la resolución del contrato N° 044-2010/GM; por lo que en resguardo de sus intereses y observando el procedimiento contenido en artículo transcrito, ejecutó las carta fianzas.
- El Consorcio Micro Red Mosna, de considerarse afectado por Resolución Gerencial N° 32-2011-MDCHH/GM de fecha 18 de febrero del 2011, debió de cuestionar la misma de acuerdo a los mecanismos legales previstos por nuestra legislación, es decir someter a Conciliación o arbitraje.

2.2.7 Posición del Árbitro Único respecto del Cuarto Punto Controvertido:

- a) Que, la resolución de contrato realizada por la Entidad en razón de sus motivos expuestos en la Resolución Gerencial 011-2011-MDCHH/GM tuvo como corolario la ejecución de las cartas fianzas. Decisión administrativa que ha sido sometida al pronunciamiento del Árbitro Único, el cual, conforme a lo desarrollado en la parte considerativa del 3er. punto controvertido del presente proceso arbitral ha concluido que la decisión de resolver el contrato resulta ineficaz; por lo que para

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

el desarrollo y atención del presente punto controvertido se reproducen en su integridad.

- b) Que, en ese orden de ideas, el Árbitro Único considera que como consecuencia de haberse declarado ineficaz la resolución del contrato y siguiendo el principio jurídico procesal de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, corresponde establecer que la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar, restituya la vigencia de las Cartas Fianzas en el monto total de S/. 467, 788.63 Nuevos Soles o los devuelva al Consorcio; por haber ejecutado de manera equivocada ambas cartas fianzas.

f. QUINTO Y SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO

Quinto: Determinar si corresponde ordenar que la Entidad pague a favor del Consorcio la suma de S/. 350,000.00 Nuevos Soles por concepto de indemnización por los daños y perjuicios derivados de la resolución del contrato.

Séptimo: Determinar si corresponde ordenar que la Contratista pague a favor de la Entidad la suma de S/. 950,000.00 Nuevos Soles más intereses por concepto de indemnización por los daños y perjuicios derivados de los supuestos incumplimientos de la Contratista.

❖ Posición del Consorcio Micro Red Mosna respecto del Quinto y Séptimo Punto Controvertido:

El Consorcio Micro Red Mosna, manifiesta que habiéndose acreditado que el contrato fue resuelto de manera ilegal y arbitraria por la Entidad, solicita que se ordene a la misma el pago de una indemnización de daños y perjuicios, integrada por los siguientes conceptos:

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

1. Existencia y Cuantía del Daño.- Consideran que el importe solicitado como indemnización está integrado por los siguientes conceptos:

1.1. S/. 150,000.00 Nuevos Soles, como monto equivalente al 50% de la utilidad correspondiente a la parte no ejecutada de la obra; el cual solicitan de conformidad a lo establecido en el artículo 209° del RLCE, que señala que: *"En caso que la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, actualizado mediante las fórmulas de reajustes hasta la fecha en que se efectuó la resolución del contrato"*.

1.2. S/. 200,000.00, por los conceptos derivados de la paralización arbitraria de la obra ("desmovilización de obra"), como son el incumplimiento de contratos suscritos con los proveedores de bienes y servicios, los tributos y aportes que debieron pagar, a fin de estar en condiciones de ejecutar la obra. Asimismo, el daño a la imagen del Consorcio y a su historial crediticio, y la posibilidad de que les inicien un procedimiento administrativo sancionador mediante el cual podrían ser inhabilitados para contratar con el Estado; entre otros conceptos.

2. Factor atributivo de Responsabilidad: Consideran que la Entidad ha actuado con dolo, pues ha incumplido deliberadamente con seguir el procedimiento de resolución contractual. Sin perjuicio de lo expuesto, señala que debe recordarse que el artículo 1329° del Código Civil establece que: *"Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor"*.

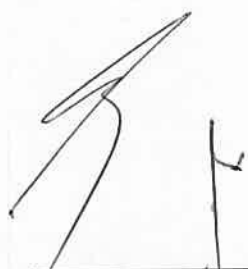
Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

- 3. Nexo Causal:** Consideran que los daños ocasionados al Consorcio se derivan del accionar de la Entidad, materializado en realizar la resolución del Contrato sin seguir el procedimiento establecido en la Normativa de Contrataciones del Estado.
- 4.** Asimismo, deja en claro que en esa fecha el Consorcio precisó que no estaba solicitando reasumir la ejecución de la obra, pues teniendo en cuenta que la Entidad ha asumido su administración directa hace varios meses anteriores a la fecha del inicio de la controversia, se dedujo que era muy improbable que se pueda continuar con su ejecución; igualmente se indicó que los continuos incumplimientos y hostigamientos de la Entidad hacia el Consorcio muy probablemente se incrementen en el supuesto que reasumieran la ejecución de la obra.

❖ **Posición de la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar respecto del Quinto y Séptimo Punto Controvertido:**

La Entidad sustenta su pretensión en lo siguiente:

- a) La Entidad, manifiesta que sobre los fundamentos 1°, 2° y 3° expuestos por el DEMANDANTE para sustentar su pretensión de indemnización de daños y perjuicios, son totalmente inexistentes, toda vez que la Resolución Gerencial N° 011-2011-MDCHH/GM de fecha 26.01.2011 que resolvió el Contrato N° 044-2010-MDCHH/GM, fue efectuada en observancia del ordenamiento jurídico, para dicho efecto se debe de tener en cuenta los fundamentos expuestos en la excepción de caducidad y los fundamentos expuestos en la contestación de la demanda.
- b) Que, si algún daño se ha causado, con el incumplimiento contractual en el que incurrió el demandante en la ejecución de la obra denominada "Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva del Centro de Salud Chavín Micro Red Mosna, Red Huari, DISA



Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

– Ancash”, es a la Entidad, cuya cuantía demandará en su oportunidad.

c) Sin perjuicio de lo manifestado en los párrafos anteriores, al ser la presente una pretensión accesorio, esta seguirá la suerte de lo que se resuelva en la excepción de caducidad.

d) Por lo expuesto, al declararse la pretensión de Ineficacia de la Resolución Gerencial N° 011-2011-MDCHH/GM improcedente por caducidad o infundada, esta pretensión también seguirá la misma suerte.

2.2.8 Posición del Árbitro Único respecto del Quinto y Séptimo Punto Controvertido:

a) Que, resulta pertinente citar algunos aspectos doctrinarios sobre el particular, a fin de tener en claro la posición del Árbitro Único:

De acuerdo con lo previsto en el segundo párrafo del artículo 1321° del Código Civil: *“El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente, como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución”*. El fundamento jurídico de la indemnización integral se ubica en el quebrantamiento de lo convenido por las partes dando lugar a una situación de injusticia que no debe existir en ningún contrato.

El tratadista argentino Gabriel A. Stiglitz⁸ señala que, *“(…) el contrato, como fuente de obligaciones, genera la sujeción del deudor al deber de cumplir la prestación comprometida…”* y es frente al incumplimiento de ese deber que surge la responsabilidad civil como la *“(…) obligación impuesta, como*

⁸ **STIGLITZ, Gabriel A.** Responsabilidad Civil por Incumplimiento Contractual. En: Contratos. Teoría General. (Director: Rubén S. Stiglitz). Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1994. Tomo I. p. 653.

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

reacción del ordenamiento, a quien infringe un deber jurídico, dañando a otro”.

La responsabilidad civil, en general, como toda institución de nuestro ordenamiento jurídico, exige la existencia de determinados presupuestos materiales, cuya presencia conjunta conduce a la determinación de la obligación de indemnizar. Según Trigo Represas⁹, “...son cuatro los presupuestos o elementos de la responsabilidad civil: hecho antijurídico, daño, relación de causalidad entre aquél y éste último, y un factor atributivo de responsabilidad; en principio la acreditación de la concurrencia de esos cuatro presupuestos habrá de corresponderle a quien pretenda el resarcimiento de daños y perjuicios.”

Así, la responsabilidad civil por daños se basa en los siguientes elementos que han de considerarse para declarar fundada una pretensión de esta naturaleza: (i) **antijuricidad o ilicitud del acto que da lugar a la reclamación**; (ii) **daños efectivamente causados y probados como consecuencia de dicho acto**; (iii) **la relación o nexo de causalidad entre el acto ilícito que provoca el daño y los daños efectivamente probados**; y (iv) **la imputabilidad o el factor de atribución que responsabiliza a quien los ha causado y le obliga a indemnizarlos, factor que se define por medio del dolo o la culpa con el que actúa el causante**. Sin perjuicio de lo argumentado por las partes, el Árbitro Único estima necesario analizar si válidamente se han constituido los elementos esenciales de responsabilidad civil indemnizatoria.

En materia indemnizatoria, basta que uno de los elementos propios de la responsabilidad civil esté ausente de la relación

⁹ TRIGO REPRESAS, Félix. La prueba del daño emergente y del lucro cesante. En: Revista de Derecho de Daños. Vol. 4, La prueba del daño – I. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, Editores, 1999. p.39-40.

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

jurídica para que ésta no se genere jurídicamente y para que no proceda el resarcimiento indemnizatorio pretendido. Todos los presupuestos materiales arriba citados son comunes a la esfera contractual, para lo cual podemos empezar por la infracción a un deber jurídico o ilicitud, que es precisamente el incumplimiento contractual. Además del incumplimiento, la responsabilidad requiere la confluencia del daño, la relación de causalidad y el factor de atribución de responsabilidad.

▪ **Antijuridicidad o ilicitud del acto**

En relación a la antijuridicidad podemos decir que este elemento es siempre exclusivamente típico y no atípico, pues resulta del incumplimiento total de una obligación, del cumplimiento parcial, del cumplimiento defectuoso, o del cumplimiento tardío o moroso. Esto significa en consecuencia, que en la responsabilidad contractual las conductas que pueden dar lugar a la obligación legal de indemnizar, son siempre conductas tipificadas legalmente.

La antijuridicidad típica contractual se encuentra expresamente prevista en el artículo 1321º del Código Civil. En el ámbito contractual, al estar tipificada y predeterminadas las conductas ilícitas o antijurídicas, resulta evidente que la obligación de indemnizar nacerá siempre que se cause un daño al acreedor como consecuencia de haber incumplido absoluta o parcialmente una obligación.

▪ **Daño causado**

Respecto al daño causado, debemos señalar que éste constituye un aspecto fundamental de la responsabilidad civil, pues se entiende que en ausencia de daño no hay nada que reparar o indemnizar y por ende no hay ningún problema de responsabilidad civil. Existe unanimidad en la doctrina en que el mismo puede ser de dos categorías: *patrimonial* y *extra*

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

patrimonial. Respecto del daño patrimonial se sabe que es de dos clases: *el daño emergente*, es decir, la pérdida patrimonial efectivamente sufrida, y *el lucro cesante*, entendido como la ganancia dejada de percibir¹⁰.

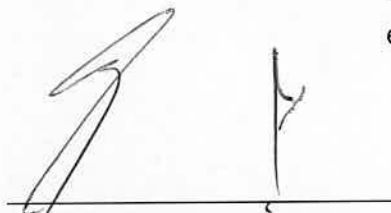
▪ **Nexo causal**

En lo relativo a la relación de causalidad, la misma es un requisito de toda la responsabilidad civil, pues si no existe una relación jurídica de causa a efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, no habrá responsabilidad de ninguna clase.

▪ **Factor de atribución**

En materia de responsabilidad contractual el factor de atribución es la *culpa*. En el campo contractual la culpa se clasifica en tres grados: la culpa leve, la culpa grave o inexcusable y el dolo¹¹. La causa imputable subjetiva se asocia a la noción de culpa, la cual debe de ser apreciada en abstracto. Esta noción se construye sobre lo que se considera un comportamiento estándar, es decir, lo que se puede esperar del hombre medio o razonable. El factor de atribución puede ser:

- (i) dolo (artículo 1318° del Código Civil), es definido como la voluntad de inejecutar la obligación, no significa que haya la intención de causar daño, al margen de que se generen o no daños. Esta acepción es distinta a la apreciación del dolo en materia de responsabilidad extracontractual;



¹⁰ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil. Lima: Grijley, 2003, 2ª Edición. p. 32-35.

¹¹ TABOADA CÓRDOVA. Ob. Cit. p 35-37.

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

(ii) culpa grave (artículo 1319° del Código Civil), el mismo que de acuerdo a la doctrina nacional colinda con el dolo, se le llama dolo próximo. Están incluidas aquí la imprudencia y la negligencia inexcusable. En este tipo de comportamientos se genera la duda sobre si hubo intención, o si se incurrió en una torpeza inexcusable; por esto sus efectos se identifican con el dolo; o

(iii) culpa leve (artículo 1320 del Código Civil), es un comportamiento que transgrede la diligencia ordinaria esperada bajo determinadas circunstancias, considerando situaciones personales de lugar y tiempo.

Ahora bien, se presume que la inejecución de obligaciones proviene de la culpa leve, ya que el dolo y la culpa grave requieren de prueba. En materia contractual es importante la graduación de la culpa, ya que en caso de culpa leve sólo se responderá por los daños previsibles. Sin embargo, si hay dolo o culpa grave se responderá por todos los daños que se prueben.

Aplicando lo señalando anteriormente al caso materia del presente arbitraje, tenemos que el daño patrimonial, para ser resarcible, debe cumplir con una serie de requisitos que vamos a nombrar y explicar brevemente, a saber:

(i) en primer término podemos decir que el daño a reparar tiene que ser *cierto*, ya sea actual o futuro. ¿Qué quiere decir cierto? Cierto es opuesto a eventual o hipotético. La existencia debe ser constatada para poder condenarse al pago de la indemnización. Puede ser un daño futuro, es decir, no realizado aún al momento del hecho o aún al momento de la sentencia;

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

- (ii) el daño tiene que ser *subsistente*. Es decir, que no debe haber desaparecido en el momento en que debe ser resarcido;
 - (iii) el daño debe ser propio de quien lo reclama es decir, *personal*, nadie puede pretender ser indemnizado por un daño sufrido por un tercero. El daño personal puede ser directo o indirecto. Es directo el que se produce cuando el acto lesivo recae sobre la persona o bienes del damnificado, que es a la vez víctima del hecho, y es indirecto cuando el acto atacó los bienes o la persona de la víctima y se refleja en el patrimonio de otro que resulta damnificado; por último
 - (iv) debe haber un *interés legítimo*.
- b) En el presente caso, el Consorcio Micro Red Mosna alega haber sufrido un daño argumentando que los mismos ascenderían a: S/. 350,000.00 (Trescientos Cincuenta Mil con 00/100 Nuevos Soles), como consecuencia de la no ejecución y culminación del contrato por culpa de la demandada, a la ejecución injustificada de las cartas fianza los cuales habrían generado cuantiosos perjuicios a dicho Consorcio, así como el lucro cesante, daño a la imagen empresarial por descrédito comercial entre otros factores.
- c) Realizando un análisis objetivo, se ha verificado que no concurren de manera concatenada los cuatro elementos constitutivos del daño que generan una indemnización, en el extremo de demostrar los daños efectivamente causados y probados como consecuencia del acto arbitrario o injusto, por cuanto no basta alegar el daño que se le habría infringido.

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

d) El Consorcio Micro Red Mosna, alega haber sufrido cuantiosos perjuicios, pero no ha demostrado cuáles serían esas pérdidas (balances de gestión, pérdidas contables que arrojen déficit en el año que se generó la controversia o conflicto, demandas por proveedores o de requerimientos de pago, requerimientos por parte de SUNAT ante el no pago de los impuestos, requerimiento de entidades financieras ante incumplimiento de pagos por préstamos, etc.) en cuanto al daño a la imagen empresarial, también debió probarse con una constancia del sistema del reporte financiero por parte de la empresa o del representante legal que se encuentre castigado en el sistema financiero por incumplir obligaciones crediticias o por el contrario, ser rechazado para futuros préstamos o convenios de consorcio por parte de otras empresas que hayan pretendido asociarse para futura obras a ejecutar o prestaciones; éste elemento era necesario que haya sido probado para que el Árbitro Único pueda advertir de manera probada que sí ha existido de manera fehaciente el daño causado.

e) Igualmente, no corresponde amparar la pretensión del reconviniente por cuanto su pretensión indemnizatoria estaba vinculada a que no prospere la ineficacia de la resolución de contrato planteada por el demandante, además que el monto indemnizatorio que pretendía cobrar era asumir los siguientes costos: i) Rehacer los trabajos mal ejecutados (materiales de mala calidad), costo que según su versión ascendería a S/. 399, 189.61 Nuevos Soles, ii) Costos de eliminación de materiales provenientes de las demoliciones de elementos no estructurales, ascendente a S/. 56, 270.76 Nuevos Soles, iii) Costo por

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

reforzamiento y reconstrucción de obra, ascendente a S/. 266, 420.03 Nuevos Soles, y iv) Gastos administrativos por re ejecución de obra, ascendente a S/. 108, 282.06 Nuevos Soles; y visto el dictamen pericial se desprende que la obra en el porcentaje ejecutado, sí habría sido ejecutada correctamente, a tal efecto, el monto que pretendería cobrar vía indemnización la Entidad no tendría sustento.

- f) Por las consideraciones expuestas, el Árbitro Único, declara infundada la pretensión del Consorcio Micro Red Mosna de que se le pague la suma de S/. 350,000.00 Nuevos Soles como indemnización a consecuencia de la resolución de contrato realizada por la Entidad, así también, infundada la pretensión de la Municipalidad distrital de Chavín de Huántar de que el Contratista pague a su favor la suma de S/. 950,000.00 Nuevos Soles como indemnización, más intereses, derivados de los supuestos incumplimientos de la Contratista.

g. OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde condenar a la Entidad al pago de costas y costos del proceso.

❖ Posición de Consorcio Micro Red Mosna respecto del Octavo Punto Controvertido:

El Consorcio Micro Red Mosna señala que habiendo acreditado que la Entidad actuó de manera arbitraria e ilegal, originando la presente controversia; solicitan que asuma la totalidad de las costas y costos del proceso arbitral, incluyendo los honorarios del Árbitro Único, Secretaria Arbitral, de los peritajes, así como de la defensa técnico-legal de la Contratista, por el monto que determine el Laudo arbitral.

❖ **Posición de la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar respecto del Octavo Punto Controvertido**

La Entidad señala que, siendo esta pretensión igualmente accesoria, ésta seguirá la suerte de lo que se resuelva en la pretensión principal; y, al haber la ENTIDAD emitido la Resolución Gerencial N° 011-2011-MDCHH/GM de fecha 26.01.2011 en observancia de nuestro ordenamiento jurídico, y al haber operado la caducidad, el pago de las costas y costos deben de ser de cargo del demandante.

2.2.9 Posición del Árbitro Único respecto al Punto Controvertido citado:

A continuación el Árbitro pasa a determinar a cuál de las partes y en qué proporción le corresponde asumir los gastos irrogados en el presente arbitraje.

Sobre el particular, cabe señalar que de acuerdo con el numeral 1 del artículo 139° de la Constitución Política vigente¹² se reconoce al Arbitraje - que es un medio alternativo de solución de conflictos, distinto al que se ejerce en el ámbito jurisdiccional judicial - como un fuero o jurisdicción independiente del poder judicial; por lo que, de la lectura sistémica de la disposición constitucional antes citada, concordada con el criterio de especialidad de la norma establecido en el artículo 5° de la Ley¹³, ésta última prevalece sobre cualquier norma de derecho público y/o privado que le sean aplicables, resultando, en consecuencia, de aplicación el último párrafo del artículo 52° de la Ley¹⁴, el cual establece que los procedimientos de

¹² Principios de la Administración de Justicia
Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.
No hay proceso judicial por comisión o delegación.

¹³ Artículo 5.- Especialidad de la norma y delegación
El presente Decreto Legislativo y su Reglamento prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables.

¹⁴ Artículo 52.- Solución de controversias
Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes,...(...)
Asimismo, los procedimientos de conciliación y arbitraje se sujetarán supletoriamente a lo dispuesto por las leyes de la materia, siempre que no se opongan a lo establecido en la presente norma y su Reglamento.

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

conciliación y arbitraje se sujetarán supletoriamente a lo dispuesto por las leyes de la materia, siempre que no se opongan a lo establecido en la presente norma y su Reglamento.

Por tanto, y en lo que se refiere al pago de las costas y costos del arbitraje, el artículo 56° del Decreto Legislativo N° 1071 - Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, establece que los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje según lo previsto en el artículo 73°; es decir, teniendo presente lo pactado por las partes en el convenio arbitral.

Considerando que no existe pacto sobre los costos ni convenio arbitral celebrado entre las partes, corresponde al Árbitro Único establecer quién deberá asumir los costos de este proceso arbitral.

Para ello, el Arbitro Único considera necesario evaluar, a efectos de regular el pago de tales conceptos, el comportamiento procesal de las partes; y en este contexto, revisado los actuados, se ha determinado que ambas partes han colaborado con sus posiciones a que existan las controversias materia del presente arbitraje, por lo que a criterio del Árbitro Único, se determina que cada parte asuma en forma proporcional los costos del arbitraje a razón del 50% por cada una de ellas, es decir, los honorarios del Árbitro Único, de la Secretaría Arbitral, del Peritaje, de los servicios de los abogados y asesores que hayan patrocinado en la defensa de las posiciones de las partes y cualquier otro concepto que recaiga en las acepciones de costos y costas.

En definitiva, luego de haber realizado el análisis exhaustivo del presente caso, y tomando en consideración la fundamentación jurídica, el Árbitro Único, resuelve lo siguiente:

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

III. LAUDO:

PRIMERO: Declarar **FUNDADO** en parte, los puntos controvertidos 1, 2 y 6, con el siguiente contenido:

En cuanto al Primer y Segundo Punto Controvertido, se dispone que la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar pague, a favor del Consorcio Micro Red Mosna, la suma de S/. 597 995.54 (Quinientos Noventa Siete Mil Novecientos Noventa y Cinco con 54/100 Nuevos Soles), incluido IGV; correspondiente a las valorizaciones N° 02 y 03 de los meses de noviembre y diciembre de 2010 y la valorización N° 04 del mes de enero de 2011; más los intereses legales que se generen hasta la fecha de su cancelación o pago.

En cuanto al Sexto Punto Controvertido, se dispone que la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar, pague a favor del Consorcio Micro Red Mosna la suma de S /. 22,866.04 (Veintidós Mil Ochocientos Sesenta y Seis con 04/100 Nuevos Soles), incluido IGV, correspondiente a los materiales que quedaron en la obra.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADO** el Tercer Punto Controvertido, a favor del Consorcio Micro Red Mosna y, en consecuencia, Declara Ineficaz la Resolución Gerencial N° 0011-2011-MDCHH-OAJ/J de fecha 26 de enero de 2011, mediante la cual se resolvió el contrato N° 044-2010-MDCHH/GM de fecha 06 de septiembre de 2010, en mérito a las razones expuestas en la parte considerativa del presente laudo.

TERCERO: Declarar **FUNDADO** el Cuarto Punto Controvertido, a favor del Consorcio Micro Red Mosna y, en consecuencia, se dispone que la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar, restituya y/o devuelva las dos Cartas Fianzas por el importe total de


Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García

S/. 467,788.63 (Cuatrocientos Sesenta y Siete Mil Setecientos Ochenta y Ocho con 63/100 Nuevos Soles.

CUARTO: Declarar **INFUNDADO** el Quinto Punto Controvertido, mediante el cual el Consorcio Micro Red Mosna pretendía que la entidad le pagara la suma de S/. 350,000.00 (Trescientos Cincuenta Mil y 00/100 Nuevos Soles) por concepto de indemnización por daños y perjuicios; Asimismo, Declarar **INFUNDADO** el Séptimo Punto Controvertido (reconvención), mediante el cual la ENTIDAD pretendía que el Consorcio Micro Red Mosna le pague la suma de S/. 950,000.00 (Novecientos Cincuenta Mil y 00/100 Nuevos Soles) por concepto de indemnización por daños y perjuicios.

QUINTO: Declarar **INFUNDADO** el Octavo Punto Controvertido y, en consecuencia, **DISPONER** que cada parte asuma los costos del arbitraje en forma proporcional, conforme a lo expuesto en la parte considerativa del presente laudo.

SEXTO: Disponer que el Secretario Arbitral notifique el presente Laudo a las partes dentro del plazo de ley; y que remita una copia del laudo arbitral a la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, para los fines pertinentes.


Héctor Ricardo Aguirre García
Árbitro Único

Jimmy Pish Chafloque
Secretario Arbitral Ad Hoc