

ARBITRAJE

Oficina de Ingeniería y Servicios Técnicos S.A. OIST S.A.
Municipalidad Distrital de Ilabaya

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

DICTADO EN EL PROCESO ARBITRAL SEGUIDO POR EL CONTRATISTA:
OFICINA DE INGENIERÍA Y SERVICIOS TÉCNICOS S.A. - OIST S.A. Y LA
ENTIDAD: MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE ILABAYA, ANTE EL TRIBUNAL
ARBITRAL INTEGRADO POR LOS ÁRBITROS: IVÁN ALEXANDER CASIANO
LOSSIO, JESÚS IVÁN GALINDO TIPACTI Y JORGE LUIS SUAZO CAVERO

RESOLUCIÓN N° 017

I. LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN:

El presente Laudo Arbitral se expide en la ciudad de Lima a los 24 días del mes de noviembre del año dos mil quince.

II. LAS PARTES:

- **Demandante:** OFICINA DE INGENIERÍA Y SERVICIOS TÉCNICOS S.A. - OIST S.A.
- **Demandado:** MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE ILABAYA

III. DEL TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC:

- Dr. IVÁN ALEXANDER CASIANO LOSSIO: Presidente del Tribunal
- Dr. JESUS IVÁN GALINDO TIPACTI: Árbitro
- Dr. JORGE LUIS SUAZO CAVERO: Árbitro
- Sr. Gino Carlo Fernandini Mendoza: Secretario Arbitral

IV. TRAMITACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL

1. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

OFICINA DE INGENIERÍA Y SERVICIOS TÉCNICOS S.A. - OIST S.A. (en adelante la supervisión o el contratista) y la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE ILABAYA (en adelante la entidad o la demandada) suscribieron el Contrato de Locación de Servicios N° 005-2010-MDI de fecha 25 de marzo del 2010, para los Servicios de Consultoría para la Supervisión de la Elaboración del Expediente Técnico y Ejecución de la Obra: "Construcción de Defensas Ribereñas y Encauzamiento del Río Ilabaya y Locumba en los Sectores de Chejaya, Ilabaya, Mirave y Oconchay", ubicada en el Distrito de Ilabaya, Provincia de Jorge Basadre, Región Tacna y, en la Cláusula Décimo Cuarta se estableció el convenio arbitral, estipulando en sus Numerales 14.1, 14.2 y

14.3, respectivamente, que las controversias entre las partes, sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del Contrato se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje; asimismo, si la conciliación concluyera por inasistencia de una o ambas partes, con un acuerdo parcial y sin acuerdo, las partes se someterán a un Arbitraje de Derecho y, en caso que el monto de la cuantía de la controversia sea mayor a 50 Unidades Impositivas Tributarias, vigentes a la fecha de la referida solicitud, la controversia será resuelta por un Tribunal Arbitral compuesto por tres árbitros.

2. DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

Al haberse suscitado la controversia y no habiendo las partes llegado a acuerdo alguno con respecto a dichas desavenencias, el Contratista solicitó arbitraje designando como árbitro de parte al Dr. Jesús Iván Galindo Tipacti y, habiendo la Entidad aceptado el arbitraje, designó su árbitro al Dr. Jorge Luis Suazo Cavero; acordando ambos designar como tercer miembro y Presidente del Tribunal Arbitral al Dr. Iván Alexander Casiano Lossio.

Con fecha 07 de abril del 2014, se instaló el Tribunal Arbitral ante el OSCE, oportunidad en que sus miembros declararon haber sido debidamente designados, conforme a lo dispuesto en el convenio arbitral, ratificándose en la aceptación del encargo de árbitros y de no tener incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes y se obligan a desempeñar con imparcialidad y probidad la labor encomendada.

3. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS:

Mediante Resolución No. 08 de fecha 27 de enero de 2015, se citó a las partes para la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, la misma que se realizó con fecha 10 de febrero de 2015.

3.1 CONCILIACIÓN:

El Tribunal Arbitral propició el acuerdo conciliatorio entre las partes a fin de resolver sus controversias, sin embargo, éstas manifestaron que de momento no resultaba posible arribar a una

conciliación, no obstante dejaron a salvo la posibilidad de que ella pudiera darse en cualquier estado del proceso.

3.2 FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

El Tribunal Arbitral, luego de revisar lo expuesto por la Contratista en su escrito de demanda arbitral, y lo expuesto por la Entidad en su contestación y reconvención de demanda considera que los puntos controvertidos del presente proceso arbitral, son los siguientes:

DE LA DEMANDA

1. *Determinar si corresponde declarar la validez de la resolución del contrato dispuesto por el supervisor, notificado y formalizado a la Entidad con las cartas N° 124-2011-OIST de fecha 05/08/2011 de apercibimiento y carta notarial de fecha 06/03/2012 resolviendo el contrato.*
2. *Determinar si corresponde al Tribunal Arbitral ordene a la Entidad cumpla con pagar al 'supervisor la suma de S/. 325,465.63 y 00/100 Nuevos Soles incluido IGV por concepto de la etapa del servicio de supervisión de la elaboración del expediente técnico del contrato de servicio de la referencia, más sus intereses de ley.*
3. *Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral cumpla con pagar al supervisor la suma de S/. 96,821.35 y 00/100 Nuevos Soles incluido IGV por concepto de mayores costos por servicio de supervisión derivado de la ampliación de plazo N° 01 del contrato más sus intereses de Ley.*
4. *Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad cumpla con pagar al supervisor la suma de S/. 62,018.20 y 00/100 Nuevos Soles incluido IGV por concepto de gastos y costos financieros por el mantenimiento de las cartas fianzas de fiel cumplimiento y adelanto directo, más la suma de S/. 378,544.93 y 00/100 Nuevos Soles por concepto de lucro cesante por el encaje del 100% por la emisión de tres (03) cartas fianzas vigentes a la fecha, que será actualizado durante al arbitraje hasta la fecha de devolución de la fianza*

ARBITRAJE

Oficina de Ingeniería y Servicios Técnicos S.A. OIST S.A.
Municipalidad Distrital de Ilabaya

más los intereses moratorios y compensatorios que corresponda.

5. Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad, cumpla con pagar al supervisor la suma de S/. 211,927.25 y 00/100 Nuevos Soles incluido IGV por concepto de indemnización por daños y perjuicios (Daño Emergente y Lucro Cesante) por inejecución de obligaciones contractuales derivado de la negligencia inexcusable de la Entidad en cumplir con el Contrato.
6. Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad la devolución de la carta fianza de fiel cumplimiento del contrato N° 0000-1362943 y de adelanto directo N° 0000-1856051 emitido por el Banco de Crédito del Perú.
7. Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene que la Entidad asuma a razón de su conducta las costas y costos del proceso arbitral.
8. Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad el otorgamiento del Certificado de Conformidad de Supervisión del expediente técnico establecido en el contrato.
9. Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral disponga que la empresa OIST devuelva la suma de S/. 379,559.53 y 53/100 Nuevos Soles, más los intereses legales que se devenguen hasta la fecha efectiva de devolución, por concepto de pago indebido de adelanto.

3.3 SANEAMIENTO PROBATORIO:

El Tribunal Arbitral, atendiendo a los puntos controvertidos establecidos en el numeral precedente y al escrito presentado por el Contratista y la Entidad, en la etapa postulatoria, procede a calificar los medios probatorios ofrecidos:

1. Respecto de los medios probatorios ofrecidos por el CONTRATISTA presentados mediante el escrito de demanda de fecha 14 de mayo de 2014, se admite lo señalado en el ítem VI MEDIOS PROBATORIOS del N° 1

al 18.

2. Respecto de los medios probatorios ofrecidos por la ENTIDAD presentados mediante el escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 23 de junio de 2014, se admite lo señalado en el ítem V MEDIOS PROBATORIOS anexo del A a la H y los de la Reconvención III del 1 y 2.

4. AUDIENCIA DE ILUSTRACIÓN DE HECHOS:

Con fecha 24 de junio de 2015, se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración de Hechos programado por el Tribunal Arbitral, oportunidad en que las partes expusieron sus posiciones en relación a los hechos materia de las controversias planteadas en la demanda y la reconvención, respectivamente.

Asimismo, conforme la Regla 44 de las Reglas Procesales en la misma Audiencia y en observancia de la celeridad procesal el Tribunal determinó que estando a que los medios probatorios documentales son de actuación inmediata, declaró concluida la etapa probatoria y otorgó a las partes el plazo de ocho (08) días hábiles para que presenten sus alegatos y, en el mismo acto señaló fecha para informes orales para el día 22 de julio del 2015, quedando notificada ambas partes con la presente acta.

5. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES:

Con fecha 22 de julio del 2015, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales con la asistencia de las partes, quienes informaron oralmente los fundamentos que respaldan sus posiciones de hecho y de derecho.

6. PLAZO PARA LAUDAR:

Por Resolución N° 14 de fecha 21 de setiembre de 2015, notificada a la empresa Oficina de Ingeniería y Sistemas Técnicos S.A. OIST – S.A. con fecha 22 de setiembre de 2015 y la Municipalidad Distrital de Ilabaya con fecha 29 del mismo mes y año, conforme la Regla 44 de las Reglas Procesales el Tribunal Arbitral señaló plazo para laudar por el término de treinta (30) días hábiles prorrogable a veinte (20) días hábiles, plazo que corre a partir de su notificación.

V. POSICIONES DE LAS PARTES:

LA DEMANDA:

Con fecha 14 de mayo de 2015 el contratista presenta su demanda, con el petitorio siguiente:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

EL TRIBUNAL ARBITRAL DECLARE LA VALIDEZ DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DISPUESTA POR EL SUPERVISOR, FORMALIZADO Y NOTIFICADO A LA ENTIDAD CON LAS CARTAS: N° 124-2011-OIST DE FECHA 05.08.2011 DE APERCIBIMIENTO Y CARTA NOTARIAL DE FECHA 06.03.2012, RESOLVIENDO EL CONTRATO.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

EL TRIBUNAL ARBITRAL ORDENE A LA ENTIDAD, CUMPLA CON PAGAR AL SUPERVISOR LA SUMA DE S/. 325,465.63 NUEVOS SOLES, INCLUIDO IGV, POR CONCEPTO DE LA ETAPA DE SERVICIOS DE SUPERVISIÓN DE LA ELABORACIÓN DEL EXPEDIENTE TÉCNICO DEL CONTRATO DE SERVICIOS DE LA REFERENCIA, MAS SUS INTERESES DE LEY.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

EL TRIBUNAL ARBITRAL ORDENE A LA ENTIDAD, CUMPLA CON PAGAR AL SUPERVISOR LA SUMA DE S/. 96,821.35 NUEVOS SOLES, INCLUIDO IGV, POR CONCEPTO DE MAYORES COSTOS POR SERVICIO DE SUPERVISIÓN DERIVADO DE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 01 DEL CONTRATO, MAS SUS INTERESES DE LEY.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

EL TRIBUNAL ARBITRAL ORDENE A LA ENTIDAD, CUMPLA CON PAGAR AL SUPERVISOR LA SUMA DE S/. 62,018.20 NUEVOS SOLES, INCLUIDO IGV, POR CONCEPTO DE GASTOS Y COSTOS FINANCIEROS POR EL MANTENIMIENTO DE LAS CARTAS FIANZA DE FIEL CUMPLIMIENTO Y ADELANTO DIRECTO, MAS LA SUMA DE S/. 378,544.93 NUEVOS SOLES POR CONCEPTO DE LUCRO CESANTE POR EL ENCAJE DEL 100% POR LA EMISIÓN DE TRES CARTAS FIANZA VIGENTES A LA FECHA, QUE SERÁ ACTUALIZADO DURANTE EL ARBITRAJE HASTA LA FECHA DE DEVOLUCIÓN DE LA FIANZA, MÁS LOS INTERESES MORATORIOS Y COMPENSATORIOS QUE CORRESPONDA.

QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

EL TRIBUNAL ARBITRAL ORDENE A LA ENTIDAD, CUMPLA CON PAGAR AL SUPERVISOR LA SUMA DE S/. 211,927.25 NUEVOS SOLES, INCLUIDO IGV, POR CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS (DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE) POR INEJECUCIÓN DE OBLIGACIONES

ARBITRAJE

Oficina de Ingeniería y Servicios Técnicos S.A. OIST S.A.

Municipalidad Distrital de Ilabaya

CONTRACTUALES DERIVADO DE LA NEGLIGENCIA INEXCUSABLE DE LA ENTIDAD EN CUMPLIR EL CONTRATO.

SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

EL TRIBUNAL ARBITRAL ORDENE, A LA ENTIDAD, LA DEVOLUCIÓN DE LA CARTA FIANZA DE FIEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO N° D000-1362943 Y DE ADELANTO DIRECTO N° D000-1856051 EMITIDO POR EL BANCO DE CRÉDITO DEL PERÚ.

SÉPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

EL TRIBUNAL ARBITRAL ORDENE EL OTORGAMIENTO Y ENTREGA DEL CERTIFICADO DE CONFORMIDAD DE LA SUPERVISION DEL EXPEDIENTE TECNICO ESTABLECIDO EN EL CONTRATO.

OCTAVA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

EL TRIBUNAL ARBITRAL DISPONGA QUE, EN RAZÓN DE SU CONDUCTA, LA ENTIDAD ASUMA LAS COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO ARBITRAL.

FUNDAMENTOS DE HECHO

1. Antecedentes:

- 1.1 Señala que con fecha 25.03.2010, suscribió con la Municipalidad de Ilabaya, el Contrato Locación de Servicios N° 005-2010-MDI, derivado del Concurso Público N° 004-2009-MDI, con el objeto de prestar los servicios de Consultoría para la Supervisión de la Elaboración del Expediente Técnico y Ejecución de la Obra Construcción de las Defensas Ribereñas y Encauzamiento del Río Ilabaya Locumba en los Sectores de Chejaya, Ilabaya, Mirave y Oconchay.
- 1.2 La Propuesta Económica Original la suma de S/. 3'226,775.75, incluido I.G.V., habiéndose fijado como plazo contractual quinientos diez (510) días calendario.
- 1.3 La ejecución de los trabajos de la Obra, estuvo a cargo del Contratista: CONSORCIO RÍO ILABAYA.

ARBITRAJE

Oficina de Ingeniería y Servicios Técnicos S.A. OIST S.A.

Municipalidad Distrital de Ilabaya

2. Con respecto a la primera pretensión principal, referido a la validez de la resolución del contrato realizado por el Supervisor, formalizado y notificado a la Entidad con las Cartas: N° 124-2011-OIST de fecha 05.08.2011 de apercibimiento y carta notarial de fecha 06.03.2012, notificando el acto resolutivo, señala que los hechos son los siguientes:
- 2.1 Señala que durante el desarrollo de sus servicios y del contrato de elaboración de los estudios y de ejecución de la Obra, la Entidad, mediante el Oficio N° 174-2010-MDI-DPIP de fecha 15.12.2010, le remite la Resolución de Alcaldía N° 384-2010, por el cual, la Municipalidad en su Artículo primero y segundo resolutivo aprueba el Proyecto y el Expediente Técnico de Obra "Construcción de Defensas Ribereñas y Encauzamiento del Rio Ilabaya Locumba en los Sectores de Chejaya, Ilabaya, Mirave y Oconchay, respecto del Estudio Definitivo, Construcción de Defensas Ribereñas Y Monitoreo, Impacto Ambiental, Sensibilización de Faja Marginal y Afectaciones y, Supervisión y Liquidación por la suma de S/. 75'826,840.37 nuevos soles y; Costo Directo, Gastos Generales Fijos, Gastos Generales Variables y Utilidad por la suma de S/. 68'409,990.40 nuevos soles.
- 2.2 Manifiesta que, luego de la aprobación de los estudios definitivos y el expediente técnico remitieron la Carta N° 018-2011-GAF/OIST de fecha 01.02.2011, adjunto al cual entregaron la Factura N° 003026 por la suma de S/. 303,301.63, incluido IGV por concepto de los servicios correspondiente a la Elaboración del Expediente Técnico.
- 2.3 Dice que, considerando el excesivo retraso en el pago de la Factura N° 003026 por la suma de S/. 303,301.63, incluido I.G.V, que correspondía a la Elaboración del Expediente Técnico, remitieron la Carta DC N° 038-2011-OIST de fecha 14.04.2011, recibido con fecha 20.04.2011, haciendo presente que a la fecha se encuentra pendiente el pago de sus servicios y dejaron constancia que su no atención les genera un grave perjuicio económico, como es la necesidad de cumplir con el pago del I.G.V. por el monto de S/. 48,426.31 nuevos soles por las remuneraciones de los servicios de especialistas y personal administrativo.

- 2.4 Sostiene que, posteriormente con la Carta Nº 226-2011-MDI-GM de fecha 04 de mayo del 2011, remitido por conducto notarial con fecha 06 de mayo de 2011, la Entidad le notifica la Resolución de Alcaldía Nº 0184-2011-A/MDI, mediante el cual se aprueba: i) la suspensión de los efectos del Artículo 1º de la Resolución de Alcaldía Nº 384-2010 y, ii) declara la nulidad de oficio de los artículos 2º y 3º de la misma y, dispone que como empresa supervisora emitan sus informes sobre la situación de los estudios y del expediente técnico y que, la Entidad justifica haber tomado ésta decisión, bajo el supuesto hecho de "salvaguardar" sus intereses.
- 2.5 Manifiestan que, atendiendo al hecho de lo aprobado y dispuesto en el Artículo Segundo de la Resolución de Alcaldía Nº 0184-2011-A/MDI, remitimos la Carta Nº 154-2011-GAF/OIST de fecha 13 de mayo de 2011, habiendo sido notificado con fecha 17.05.2011, dieron respuesta a dicha Carta Notarial Nº 226-2011-MDI-GM, solicitando los siguientes documentos: i) Informe Nº 0190-2011-MDI/DPIP-OSPL, ii) Informe Nº 010-2011-MDI/DPIP-OSLP-IO-MSM, iii) Informe Nº 039-2011-UF-DPIP/MDI, iv) Oficio Nº 138-11-AG-DVM-DGAA/agf-83558-2010M y v) el Volumen IV de los estudios; asimismo se les solicitó diez (10) hábiles adicionales desde la recepción de estos documentos, computándose el plazo total desde la entrega de los mismos, para la evacuación de su informe.
- 2.6 Indican que con Carta de fecha 24 de junio del 2011, recibido por la Entidad con fecha 07 de julio del 2011, cumplieron con evacuar su informe con respecto a la calidad y situación de los estudios y del expediente técnico que había sido elaborado por el Contratista CONSORCIO RÍO ILABAYA y aprobado por la Municipalidad, en la cual concluyeron que el Expediente Técnico aprobado por la Resolución de Alcaldía Nº 384-2010, cumple con la Propuesta Técnica, las Bases Administrativas y los estándares de calidad previstos en los Términos de Referencia (TdR).
- 2.7 Dicen que no obstante haber cumplido con absolver y emitir su Informe en relación con la calidad de los estudios de consultoría y el expediente técnico elaborado por el Contratista CONSORCIO RÍO ILABAYA y, la conducta negligente de la Entidad en cumplir con el pago de sus valorizaciones

correspondiente a la prestación de los servicios contractuales y adicionales de supervisión, mediante Carta DC-072-2011-OIST de fecha 18 de mayo de 2011, notificado a la Municipalidad por conducto del Juzgado de Paz de Ilabaya con fecha 19.05.2011, comunicaron el apercibimiento y emplazamiento con la finalidad que cumplan dentro del plazo de cinco (05) días calendario con las siguientes obligaciones esenciales:

- i) El pago de la suma de S/. 303,301.03 nuevos soles, incluido IGV, por los conceptos de servicios en la Etapa de Supervisión de la Elaboración del Expediente Técnico, y
- ii) El pago de la suma de S/. 75,821.76 nuevos soles sin IGV, por concepto de mayores costos por servicio de Supervisión derivado de la Ampliación de Plazo Nº 01, por 29 días calendario, producido por silencio administrativo positivo y, posteriormente aprobado por la Entidad sin reconocimiento de este concepto.

Asimismo dice que dejó constancia que, el requerimiento y emplazamiento efectuado lo realizaron bajo apercibimiento de resolver en forma parcial el Contrato de Servicios celebrado.

- 2.8 Hacen constar al Tribunal que el requerimiento y apercibimiento de cumplimiento de obligaciones esenciales tiene sus antecedentes en las comunicaciones recibidas y enviadas, siguientes: a)Carta Nº 307-2011-MDI-GM recibido el 01/07/2011, b)Carta Nº 154-2011-GAF/OIST recibido 17/05/2011, c)Carta S/N recibida el 16/06/2011, d)Carta Nº 226-2011-MDI-GM recibido el 06/05/2011 y e)Carta Nº 253-2011-MDI-GM recibido el 03/06/2011 y 28.04.2011
- 2.9 Asimismo, indican que las obligaciones esenciales de la Entidad se remonta desde el 14 de Diciembre del 2010, fecha de la expedición de la Resolución de Alcaldía Nº 384-2010, que aprobó el Proyecto denominado "Construcción de Defensas Ribereñas y Encauzamiento del Río Ilabaya y Locumba en las Sectores de Chejaya, Ilabaya, Mirave y Oconchay, hasta la fecha de su notificación en más de cinco (05) meses continuados en que la Entidad vino incumpliendo su obligación esencial de pagarles los servicios de Supervisión prestados

durante la Etapa de Elaboración del Expediente Técnico, obligación que se encuentra prevista en el segundo párrafo del Num. 6.3 de la Cláusula Sexta: DE LOS PAGOS Y REAJUSTES del contrato.

Para el caso que comprende la falta de pago de los mayores costos de servicio de Supervisión por la Ampliación de Plazo N° 01, mediante Carta N° 0292-2010-GG/OIST de fecha 05.10.2010, solicitaron ampliación de plazo N° 01 y un porcentaje adicional de 2.8% del monto contratado.


Señalan que no obstante el plazo transcurrido para que la Municipalidad se pronuncie con respecto a la solicitud de ampliación, no se produjo pronunciamiento alguno al respecto, materializándose con ello, el silencio administrativo positivo en su favor, conforme se encuentra previsto en el cuarto párrafo del Artículo 175º del Reglamento de Contrataciones del Estado.

Asimismo, la Entidad soslayando el hecho que su conducta había surtido efecto de plena validez y eficacia sobre el plazo contractual por el silencio administrativo positivo a su favor, la Municipalidad expidió de forma extemporánea la Resolución de Alcaldía N° 344-2010 de fecha 21.10.2010, aprobando la ampliación de plazo solicitada, pero declarando infundado la solicitud de los mayores costos de Supervisión.

  
Señalan que frente a la contravención del debido procedimiento incurrido por la Municipalidad, su parte cumplió con notificarles la Carta N° GT362-OIST de fecha 08.11.2010, en respuesta a la citada Resolución de Alcaldía N° 344-2010 de fecha 21.10.2010 que “su aprobación” administrativa se había producido de forma extemporánea después de transcurrido el plazo de los 10 días calendario conforme el referido cuarto párrafo del Artículo 175º del Reglamento, constituyéndose así el acto en un derecho adquirido de pleno derecho por mandato de norma legal de la materia.

  
Manifiestan que en el caso de incumplimiento de obligaciones esenciales la Municipalidad de manera injustificada y pese haber transcurrido más de seis (06) meses de haberse aprobado la ampliación de plazo y el derecho a percibir el pago de los

mayores costos de Supervisión, han venido negando el pago por este concepto.

Argumentan que, si bien es cierto que durante el trámite de nuestra solicitud de pago, la Municipalidad expidió la Resolución de Alcaldía Nº 0184-2011-A/MDI de fecha 28.04.2011, mediante el cual se cuestionó los estudios elaborados por el Contratista CONSORCIO RÍO ILABAYA, lo que dio lugar a que se pronunciaran evacuando el Informe de Evaluación Técnica del Expediente Técnico, determinando que el Expediente Técnico aprobado por la Resolución de Alcaldía Nº 384-2010 de fecha 14 de Diciembre de 2010, cumplen con la Propuesta Técnica, las Bases Administrativas y los estándares de calidad previstos en los Términos de Referencia (TDR), acto con el cual se cumplió con las prestaciones correspondiente a la etapa de los estudios.

Señala que hizo presente a la Entidad que, estando a los hechos, a la fecha no se habían pronunciado con respecto a las obligaciones pendientes de pago a su representada, lo que acredita la reiterada y sostenida conducta de la Municipalidad para cumplir sus obligaciones esenciales del contrato, incurriendo en causal de apercibimiento y de posterior resolución del contrato, toda vez que, el perjuicio resultaba siendo mayor teniendo en cuenta que conforme la forma de los pagos pactados éstos recién se producen luego de aprobado el Expediente Técnico, tiempo durante el cual ha venido sufragando y sosteniendo los diversos gastos de personal profesional, técnico, logística, equipos, materiales, insumos, proveedores, etc., con su propio peculio, el cual a todas luces resulta siendo un acto perjudicial y dañoso para su parte.

También que conforme el contrato y los Términos de Referencia que rigen sus obligaciones y de la Municipalidad, en ninguna de sus partes se ha establecido condiciones o situaciones impeditivas o condicionantes para que no se cumpla con pagarles por sus prestaciones ni por los mayores costos de Supervisión por la ampliación de plazo, sean estas por subsanación de observaciones o actualización del expediente aprobado.

- 2.10 Concluyen sus fundamentos señalando que, no habiendo la Entidad cumplido con sus obligaciones esenciales dentro del

plazo otorgado, mediante Carta Notarial de fecha 06.03.2012, notificado a la Municipalidad con fecha 08.03.2012 por diligenciado del Juzgado de Paz de Ilabaya, se hizo efectivo el apercibimiento de la resolución del contrato de Supervisión, cumpliendo con la formalidad del debido procedimiento administrativo del Artículo 165 del Reglamento.

3. Con respecto a la segunda pretensión principal, referida a que la Entidad cumpla con pagarles la suma de S/. 325,465.63 nuevos soles, incluido IGV, por concepto de la Etapa de Servicios de Supervisión por elaboración del Expediente Técnico del Contrato de Servicios, más sus intereses de ley; señala que los hechos son los siguientes:

3.1 Dice que en la fecha que la Entidad le notifica la situación creada con la Resolución de Alcaldía N° 0184-2011-A/MDI, esto es, al 04 de mayo del 2011, venían prestando los servicios de supervisión con normalidad y se generó la correspondiente valorización, cuyo detalle es el siguiente:

| | |
|---|----------------|
| • Valorización por servicio de Supervisión del Expediente Técnico | S/. 292,596.15 |
| • Reajuste de la Valorización | S/. 6,480.63 |
| Sub Total | S/. 299,076.78 |

| | |
|---|----------------|
| (-) Menos amortización del Adelanto | (43,889.42) |
| (-) Menos deducción del Reajuste que no corresponde | (312.04) |
| • Valorización Neta | S/. 254,875.32 |

3.2 Dice que de lo anterior los servicios detallados comprenden: los recursos humanos que fueron asignados por su parte para el desarrollo de las actividades de supervisión de elaboración del Expediente Técnico de acuerdo con su Propuesta Técnica, para esto contó con el siguiente personal: Jefe de Supervisión, Coordinador, Especialistas en Estructuras, Instalaciones Sanitarias, Instalaciones Eléctricas, Costos y Presupuestos, y personal técnico.

Asimismo, los recursos logísticos que fue necesario utilizar para el desarrollo de nuestras actividades y condiciones de trabajo relacionados con nuestras prestaciones, fueron los siguientes: equipos de cómputo y de impresión, equipos topográficos,

camionetas 4x4, equipos de laboratorio de suelos, material fotográfico y de filmación, oficinas, útiles de oficina y dibujo, gabinetes y mobiliario de dibujo.

- 3.3 Señala que, considerando que el proceso de selección fue de "concurso oferta", el Contratista: CONSORCIO RÍO ILABAYA, fue quien elaboró los estudios del expediente técnico, por lo tanto, ofertó en la ejecución del expediente técnico y la ejecución de la obra, aspecto enteramente de responsabilidad de la demandada.

Asimismo, deja constancia que mediante el Acta de inicio de Plazo para la elaboración del Expediente Técnico de fecha 27 de mayo del 2010; dirigido a la Supervisión se oficializó el inicio de la prestación de los servicios de Supervisión a partir del 27 de mayo del 2010, por el plazo de 510 días calendario, en sus diferentes etapas, conforme fue establecido en el Num. 3.4 de la Cláusula Tercera del contrato y, que este documento será sustentado en el transcurso del proceso arbitral.

- 3.4 Indica que los servicios ejecutados por la Supervisión se verifica durante los meses de mayo 2010, junio 2010, julio 2010, agosto del 2010, setiembre 2010 octubre 2010, los mismos que se detallan de nuestros Informes N° 1 (Carta N° 007 LR-OIST/SI del 07 de Julio del 2010), Informe N° 2 (Carta N° 033 LR-OIST/SI25 del Agosto del 2010) de avance y borrador del Informe Final y el Informe Final de (Carta GT 355-OIST de fecha 29 de Octubre del 2010).

4. Con respecto a la tercera pretensión principal, referida a que la Entidad cumpla con pagarles la suma de S/. 96,821.35 nuevos soles, incluido IGV, por concepto de mayores costos por servicio de Supervisión derivado de la Ampliación de Plazo N° 01 del contrato, más sus intereses de ley; los hechos son los siguientes:

- 4.1 Manifiesta que como ha sido explicado en la pretensión anterior, el desarrollo de los trabajos contractuales generaron trabajos derivados de la variación de los plazos establecidos en el Num. 3.4 de la Cláusula Tercera del contrato; siendo que con fecha 05.10.2010 remitieron a la Entidad la Carta N° 0292-2010-GG/OIST, formalizando su solicitud de ampliación de plazo N° 01, amparado por lo dispuesto en los artículos 175 y 202 del

Reglamento, originado en el hecho que la Entidad aprobó la ampliación de plazo por 29 días calendario al ejecutor de la Obra: CONSORCIO RÍO ILABAYA, materia del Contrato N° 006-2010-MDI, por lo tanto, dicha ampliación a su parte se justificó en el hecho que los trabajos se encontraban directamente vinculados al inicio, elaboración y culminación del estudio de la obra.

- 4.2 Dice que, en su caso y de acuerdo con el trámite, su solicitud de ampliación de plazo quedó materialmente consentida en razón que la Municipalidad no se pronunció dentro de los plazos reglamentarios, no obstante ello, posteriormente, la Municipalidad formalizó la aprobación de la ampliación de plazo con la Resolución de Alcaldía N° 344-2010, en cuyos Segundo y Tercer Considerandos se pronunciaron citando el Informe N° 513-2010-OS-DPIP-MDI, en el cual se indicó que el Artículo 202 del Reglamento en su último párrafo establece textualmente que en virtud de la ampliación otorgada, la Entidad ampliará el plazo de los contratos celebrados por esta y vinculados directamente en el contrato principal en ese sentido el OSCE en la Opinión N° 016-2009/DTN había aclarado los alcances de dicho artículo y en sus conclusiones señaló que de acuerdo con el Artículo 202 del Reglamento que cuando se aprueba una ampliación de plazo de ejecución de una obra, corresponde a la Entidad ampliar los plazos a todos los contratos vinculados directamente a dicho contrato de la obra, sin condicionar tal ampliación a determinado procedimiento a cargo del Contrato.
- 4.3 Señala que, contrariamente a lo que había sido establecido en el Tercer Considerando, la Municipalidad en la Segunda decisión resolutiva declara arbitrariamente “infundado” el pedido de reconocimiento de mayores costos de nuestras prestaciones, aduciendo la aplicación de la Cláusula Cuarta del contrato de supervisión referido a que el importe se podrá incrementar o disminuir en función a los servicios realmente prestados y requeridos, así como, de las causales indicadas en el Num. 3.5 de la Cláusula Tercera del contrato, debidamente justificadas, previo acuerdo entre las partes; sin embargo, esta decisión devenía en prematura toda vez que, de acuerdo con el procedimiento una vez aprobada la ampliación es que corresponde el trámite de la acreditación de los mayores costos incurridos, por lo tanto, no es factible que en la Resolución que

aprueba un hecho materialmente consentido se pronuncien respecto a un extremo aún inexistente, lo que confirma la arbitrariedad de la medida y la ineficacia e invalidez de la citada Resolución Administrativa, siendo que lo que prevalece en este caso es el consentimiento de la ampliación de plazo que no fue cuestionado por la Entidad.

- 4.4 Indican que, sin embargo, durante el procedimiento de la solicitud de pago de los mayores costos su parte cumplió con presentar los documentos que acreditaban los mayores costos, conforme se acredita de la Carta N° 0292-2010-GG/OIST recepcionada en fecha 05 de octubre del 2010, en la que se adjuntó el Resumen del desagregado de los costos y los documentos respecto de lo siguiente:

| | |
|------------------------------|---------------|
| • Honorarios de personal | S/. 35,741.53 |
| • Alquileres y servicios | S/. 16,549.33 |
| Total Costo Directo | S/. 52,290.87 |
| Gastos Indirectos e Impuesto | S/. 37,937.02 |
| TOTAL | S/. 90,227.89 |

Dejamos constancia que el monto reclamado en la presente pretensión ha sido actualizado aplicando sus reajustes que corresponde.

5. Con respecto a la cuarta pretensión principal, referida a que la Entidad cumpla con pagarles la suma de S/. 62,018.20 nuevos soles, incluido IGV, por concepto de gastos y costos financieros por el mantenimiento de las cartas fianza de fiel cumplimiento y adelanto directo, más la suma de S/. 378,544.93 nuevos soles, sin IGV, por concepto de lucro cesante por el encaje del 100% por la emisión de tres cartas fianza vigente a la fecha, que será actualizado durante el arbitraje hasta la fecha de devolución de la fianza, más los intereses moratorios y compensatorios que corresponda; los hechos son los siguientes:

- 5.1 Señala que, en cuanto se refiere con pagar al Supervisor la suma de S/. 62,018.20 nuevos soles, incluido IGV, por concepto de gastos y costos financieros por el mantenimiento de las cartas fianza de fiel cumplimiento y adelanto directo, el Tribunal deberá tener en cuenta lo siguiente:

- i) Que la obligación de entregar y mantener las cartas fianza de fiel cumplimiento del contrato y del adelanto directo,

constituyen obligaciones establecidas en el contrato, los mismos que están destinados a garantizar el cumplimiento del contrato y a garantizar la entrega y utilización del adelanto directo entregados al Supervisor y, su amortización durante la ejecución del servicio y conforme el plazo contractual;

- ii) Que a la fecha se encuentran vigentes la carta fianza de fiel cumplimiento del contrato N° D000-1856054 y de adelanto N° D000-1856051 y N° 1856047, emitido por el Banco de Crédito del Perú, esto es que, desde que la Entidad de forma arbitraria anuló la Resolución de Alcaldía N° 384-2010 con la Resolución de Alcaldía N° 0184-2011-A/MDI de fecha 28.04.2011, mediante el cual se cuestionó los estudios elaborados por el Contratista Consorcio Río Ilabaya, se suspendió sus efectos y se declaró la nulidad de los artículos 1° y 2° de la referida Resolución de Alcaldía N° 384-2010, hasta la fecha de interposición de la demanda, durante este periodo del abril-2010 a la fecha, su parte ha mantenido vigente las referidas garantías, sin que la Entidad adopte ni haya tomado una decisión, que nos obligó a resolver el contrato, no obstante que nuestra parte informó con respecto a la idoneidad y validez del expediente técnico de acuerdo con lo dispuesto por la citada Resolución de Alcaldía N° 0184-2011-A/MDI.
- iii) Que la vigencia y mantenimiento de las referidas garantía formalizadas en las mencionadas cartas fianzas se cumplen como obligaciones dentro del contexto de condiciones normales del desarrollo del contrato de Supervisión y no, cuando una de las partes ha incumplido o mantiene un estado de incumplimiento permanente.

- 5.2 Indican que, en referencia a pagar al Supervisor la suma de S/. 378,544.93 nuevos soles, sin IGV, por concepto de lucro cesante por el encaje del 100% por la emisión de tres cartas fianza vigente a la fecha, el Colegiado deberá ponderar el hecho que, por políticas propias del sistema bancario, financiero y de seguros, la obtención o suministro y emisión de las garantías exigidas por los contratos de consultoría y obras se sujetan a normas reglamentarias de la SBS, como es el hecho de otorgar garantías inmobiliarias, prendarias, garantías personales, aval

ARBITRAJE

Oficina de Ingeniería y Servicios Técnicos S.A. OIST S.A.
Municipalidad Distrital de Ilabaya

personal y encaje de dinero en efectivo por el 100% del monto de la carta fianza.

En el presente caso, nuestra parte, para poder materializar la operación bancaria de emisión y obtención de las cartas fianza para garantizar el fiel cumplimiento y la entrega del adelanto, nuestra representada OIST, titular del contrato de Supervisión lo garantizó mediante la entrega de SEIS (06) CERTIFICADOS DE DEPÓSITO BANCARIO de su propiedad colocados en el Banco de Crédito del Perú, por la suma de US\$ 273,703.66 Dólares de Norteamérica, con el siguiente detalle:

- Código Cuenta N° 191 62688166 1 US\$ 32,960.40
- Código Cuenta N° 193 62714587 1 US\$ 21,766.27
- Código Cuenta N° 193 62716155 1 US\$ 23,321.00
- Código Cuenta N° 193 62716386 1 US\$ 21,911.42
- Código Cuenta N° 193 62716387 1 US\$ 29,554.94
- Código Cuenta N° 193 80431778 1 US\$ 144,189.63

Dicen que como podrá apreciar el Tribunal Arbitral, el Supervisor con total buena fe y común intención de cumplir con el contrato de supervisión por el plazo contractual establecido ha comprometido los instrumentos financieros de su propiedad para obtener las garantías necesarias y con la vigencia para todo el periodo que comprendía la etapa de elaboración de los estudios y del expediente técnico, la etapa de supervisión y la etapa de recepción y de liquidación del contrato de obra; sin embargo, todo este proyecto se frustró por la conducta de la Entidad al expedir la Resolución de Alcaldía N° 0184-2011-A/MDI de fecha 28.04.2011, acto del cual se origina nuestra pretensión de indemnización por daños y perjuicios.

Señalan que, la situación arbitraria asumida por la Municipalidad en relación al contrato de Supervisión de acuerdo a la supuesta "justificación" que dio lugar a expedir la Resolución de Alcaldía N° 0184-2011-A/MDI de fecha 28.04.2011, mediante el cual se anuló la aprobación de los estudios elaborados por el Contratista Consorcio Río Ilabaya, aprobados por la Resolución de Alcaldía N° 384-2010, no fue solucionado administrativamente por la Municipalidad en su oportunidad y con la finalidad de no causarnos daños y perjuicios, dado que tenía pleno conocimiento de que dicha situación debía resolver mediante

otro arbitraje con el Contratista constructor que, a la fecha, se mantiene en stand by, de modo que su conducta negligente y de claro abuso de derecho y abuso de autoridad, con total omisión funcional ha mantenido en permanente situación de incertidumbre la situación de la obra sino hasta que nuestra parte tuvo que resolver el contrato, por lo tanto, no resulta aplicable exonerar de responsabilidad este costo de mantenimiento de la garantía, por lo que está obligado a asumirlo bajo su costo y conforme a la Tabla de Cálculo del Lucro Cesante de acuerdo con la tasa activa promedio de las empresas del sistema bancario y financiero.

Señalan que, este dinero depositado a la fecha no percibe interés alguno, es decir que EL USO DEL DINERO ES UNA PERDIDA REAL, el cual recién será devuelto cuando cumplamos con devolver las referidas fianzas; por lo tanto, existe una pérdida de su poder adquisitivo y por el uso del dinero en la línea del tiempo que demandará el presente arbitraje, lo cual justifica el reconocimiento de los intereses por daño emergente y lucro cesante de acuerdo con el cálculo referido, siendo que este monto de acuerdo con la indicada Tabla de Cálculo acorde con las tasas que rigen en el sistema bancario y financiero que ha sido elaborada por nuestro Oficina de Contabilidad, el cual asciende a la suma reclamada.

- 5.3 Indica que, complementariamente al hecho que justifica la reclamación de los mayores costos y la indemnización que reclaman, el Colegiado deberá considerar y valorar que habiendo fijado el contrato la vigencia de su duración en el tiempo de la prestación de las obligaciones y ante la conducta negligente asumida por la Municipalidad contra el expediente técnico que ya había sido aprobado mediante Resolución de Alcaldía, ésta ha quedado finiquitada por la resolución del contrato decidida por nuestra parte, en razón que no existe dentro del contrato de prestación de servicios, de la Ley ni en su Reglamento, como tampoco dentro de nuestro ordenamiento civil que un contrato este sujeto de manera arbitraria y abusiva a la conducta negligente y dañosa o a la forzada conveniencia o en ventaja de una de las partes y puesta frente a una total incertidumbre contractual y más allá del plazo establecido por las partes; por lo que en atención al principio de derecho que los contratos constituyen ley entre las partes y que ellas se

suscriben con la mayor voluntad y buena fe, resulta arbitrario y un abuso de derecho que la ley repreuba que la Entidad se haya permitido causarnos daños y perjuicios, estando obligado a asumir la indemnización que corresponda

Hace presente que la actuación de su parte se ha ceñido a la más absoluta conducta de buena fe, prueba de ello ha sido nuestra expresa aceptación de suspender las sucesivas audiencias de conciliación a pedido expreso de la Municipalidad quiénes nos solicitaron darles mayor tiempo para solucionar las controversias que surgieron con el Contratista ejecutor Consorcio Río Ilabaya por la irregular anulación de la resolución administrativa que había aprobado el expediente técnico de obra, siendo que en este escenario corresponde hacer de cargo de la Entidad, todos los gastos y costos financieros y los daños y perjuicios por daño emergente y lucro cesante que les ha irrogado o les viene irrogando el mantenimiento de este documento valorado y los problemas que venimos enfrentando ante el Banco emisor.

Pide que, el Tribunal Arbitral debe tener en cuenta que, las operaciones que regulan las actividades de prestación de servicios de extensión de garantías de las entidades financieras y de seguros, se encuentran reguladas por disposiciones establecidas por la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS), el cual establece requisitos para garantizar la emisión de garantías. Dentro de este contexto que las referidas entidades establecen condicionamientos para GARANTIZAR las líneas de crédito por emisión de fianzas y de pólizas, mediante el otorgamiento de diversos mecanismos contractuales, especialmente, los depósitos o encaje en efectivo y garantías inmobiliarias en respaldo de las obligaciones, los mismos que en el presente caso se exigen encajes en efectivo, que en este caso es del 100% de la obligación.

Como producto de esta arbitraria decisión impuesta por la Entidad, han mantenido el dinero del encaje inmovilizado sin justificación alguna y sin causa que lo motive sufriendo pérdidas por utilidades dejadas de percibir por el uso del dinero que como es la suma de US\$ 273,703.66 Dólares de Norteamérica que se acredita de los referidos depósitos bancarios y la liquidación se sustenta en el documento que ofrecemos como prueba.

6. Con respecto a la quinta pretensión principal, referida a que la Entidad cumpla con pagarles la suma de S/. 211,927.25 nuevos soles, incluido IGV, por concepto de indemnización por daños y perjuicios (daño emergente y lucro cesante) por inejecución de obligaciones contractuales derivado de la negligencia inexcusable de la Entidad en el cumplimiento del contrato; dice que los hechos son los siguientes:

- 6.1 De acuerdo con el desarrollo de sus servicios y del contrato de elaboración de los estudios y de ejecución de la Obra y su oferta económica con el que se nos adjudicó la buena pro, nuestra parte había establecido la meta comercial la expectativa de obtener una utilidad de S/. 228,849.34 nuevos soles incluido IGV; sin embargo esta expectativa comercial ha sufrido una objetiva pérdida por la acredita responsabilidad inexcusable y conducta negligente de la Entidad en relación al cumplimiento de sus obligaciones esenciales del contrato, traducido en la situación de stand by que mantuvo la ejecución del contrato a partir de la fecha en que expidió la Resolución de Alcaldía N° 0184-2011-A/MDI de fecha 28.04.2011.
- 6.2 De acuerdo con el desarrollo de sus servicios y del contrato de elaboración de los estudios y de ejecución de la obra, la indemnización que solicita se circumscribe a los daños y perjuicios producidos por la inejecución del contrato de supervisión de servicios, los mismos que se vinculan a los hechos dañosos relacionados con la materia de la primera y segunda pretensión principal, esto es, la decisión tomada con la Resolución de Alcaldía N° 0184-2011-A/MDI de fecha 28.04.2011 que determinó la inejecución de trabajos de supervisión en la obra, motivado en la referida resolución administrativa de naturaleza negligente en que se frustro nuestras expectativas comerciales de percibir valorizaciones por la suspensión de nuestros servicios hasta la fecha en que resolvimos el contrato de obra.
- 6.3 Los hechos relacionados con las causas dañosas están meridianamente expuestas en sus fundamentos de hecho glosados en las pretensiones primera y segunda de la presente demanda, cuya mayor gravedad es el hecho de efectos jurídicos vinculado con la conducta negligente de la demandada frente a las obligaciones sumidas en contrato celebrado con nuestra

parte, acto generador que debía efectivizar el pago mensual de sus servicios con la ejecución del contrato de ejecución de Obra. De tal modo que, no existiendo actividad productiva en obra, no solo era un imposible físico prestar sus servicios, sino que materialmente imposibilitaba que su parte pudiera determinar o tomar una decisión al respecto, ya que este poder de decisión era potestad de la Entidad, generándose con ello, la pérdida de ingresos por la falta de los servicios, frente al cual se vio forzado a realizar desembolsos de sus peculiares para sufragar todos los gastos insumidos en atender dicha injusta situación, como es los viáticos, asesoría técnica, legal, por la secuela de las 14 audiencias de conciliación y, reiteradamente suspendidas por el ofrecimiento de la Entidad de “encontrar una solución”, hecho que se produce desde el 04.04.2012 al 08.01.2014, respectivamente, siendo que esta última determinó su decisión de solicitar arbitraje al haber acreditado su parte que no existía voluntad alguna para resolver las controversias mediante este mecanismo alternativo de solución de controversias.

- 6.4 La frustración de sus expectativas comerciales se han producido por la conducta inexcusable de la Entidad, quien de modo arbitrario e irrazonable al no mediar causa justa que lo ampare, emitió la Resolución de Alcaldía N° 0184-2011-A/MDI de fecha 28.04.2011, declarando la nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 348-2011 que aprobó los estudios del proyecto y el expediente técnico, dejando en el más absoluto “abandono” jurídico y administrativo al contrato de supervisión celebrado con su parte, hecho que inobjetablemente constituye el ejercicio abusivo del derecho que la ley no ampara en razón que existiendo metas comerciales legítimas con respecto a la obtención de utilidades comerciales por la actividad de consultoría, esta frustración por inejecución inexcusable de obligaciones debe ser asumido en su integridad por la Municipalidad dentro del contexto que su conducta ha causado los daños y perjuicios que ha afectado y viene afectando a su representada.

Dice que, conforme se encuentra establecido en el Reglamento, como se expone en los fundamentos de derecho y, complementariamente en el procedimiento administrativo general, la Entidad está obligada a indemnizarnos cuando la resolución del contrato se ha producido o debido a la conducta

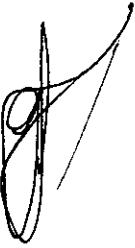
irresponsable e inexcusable de la Entidad, como se ha producido en el presente caso, asimismo, los administrados deben ser indemnizados en relación a la conducta referida a las actuaciones administrativas y funcionales negligentes en que incurre la administración.

7. Con respecto a la sexta pretensión principal, referida a que la Entidad cumpla con devolver la carta fianza de fiel cumplimiento del contrato N° D000-1856054 y de adelanto directo N° D000-1856051 y N° 1856047 emitido por el Banco de Crédito del Perú; señala como hechos lo siguiente:
 - 7.1 A la fecha de acuerdo a los términos del contrato de supervisión, su parte tiene vigente las cartas fianza de fiel cumplimiento del contrato N° D000-1856054 y de adelanto N° D000-1856051 y N° D000-1856054, por las sumas de S/. 322,677.58, S/. 400,120.00 y S/. 31,667.95, respectivamente, que ha sido emitido por el Banco de Crédito del Perú.
 - 7.2 En este caso el Tribunal a consecuencia de la resolución del contrato decidido por nuestra parte y estando a que declare fundada la resolución contractual por responsabilidad de la Municipalidad, deberá ordenar que la Entidad cumpla con devolvernos los originales de las cartas fianzas que a la fecha se encuentran vigentes y en poder de ella.
8. Con respecto a la séptima pretensión principal, referida a que la Entidad cumpla con otorgar y entregar al Contratista el Certificado de Conformidad parcial de la prestación del contrato; señala lo siguiente:
 - 8.1 La resolución del contrato decidido por su parte se ha producido en forma parcial, tal y conforme, ha sido señalado en su carta de apercibimiento y de resolución respectivamente.
 - 8.2 Esta situación se deriva del hecho que, el Reglamento autoriza a realizar una resolución total o parcial del contrato, esto derivado de la situación particular de cada caso y de acuerdo con el desarrollo de cada contrato y dentro de las relaciones contractuales de las partes.
 - 8.3 En su caso la resolución parcial comprende la etapa correspondiente a la etapa de supervisión de la ejecución de la

ARBITRAJE

Oficina de Ingeniería y Servicios Técnicos S.A. OIST S.A.
Municipalidad Distrital de Ilabaya

Obra, por parte del Contratista ejecutor Consorcio Río Ilabaya, toda vez que la etapa que comprende la supervisión de los estudios y elaboración del expediente técnico ha sido ejecutado por nuestra parte y a satisfacción de la Entidad hasta la dación de la Resolución de Alcaldía N° 348-2011, en ese sentido la Municipalidad se encuentra obligada a otorgarnos el Certificado de Prestaciones hasta esta etapa.

- 
9. Con respecto a la octava pretensión principal, referida a que la Entidad asuma las costas y costos del proceso arbitral señala que, ésta pretensión se justifica por sí misma, por lo tanto no exige mayor fundamento toda vez que se encuentra establecido en la ley aplicable sobre las materias sometidas a controversia; por lo tanto, el Laudo que se pronuncie deberá ordenar que los pagos deberán efectuarse con sus intereses de ley generados desde la fecha del nacimiento de la obligación hasta la fecha de su pago

Con respecto a las costas y costos, a tenor de lo que se resuelva en cada una de las pretensiones controvertidas, específicamente la responsabilidad de la Municipalidad en los hechos que dieron lugar a resolver el contrato, ello determina la conducta negligente de la Entidad en las causales de la resolución y sus actos ha dado lugar a proseguir la secuela del presente arbitraje, razón que hace factible que las costas y costos del presente proceso sean en su totalidad de cargo de la Municipalidad en el contexto de que la ley no ampara el abuso de derecho.

FUNDAMENTOS DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Con fecha 23 de junio de 2014, la Entidad presentó la contestación de la demanda y su reconvención, con los siguientes fundamentos:

- 
- I. CON RELACIÓN A LA PRIMERA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA ARBITRAL REFERIDA: "Que el Tribunal Arbitral declare la validez de la Resolución del Contrato dispuesta por el Supervisor, formalizado y notificado a la Entidad con las Cartas N° 124-2011-0IST de fecha 05.08.2011 de apercibimiento y carta notarial de fecha 06.03.2012, resolviendo el contrato."



Señala que, la demandante alega que resolvió el contrato con la Municipalidad, por demora de ésta última en el pago de sus servicios por "elaboración del expediente técnico".

ARBITRAJE

Oficina de Ingeniería y Servicios Técnicos S.A. OIST S.A.

Municipalidad Distrital de Ilabaya

Al respecto cabe precisar lo siguiente:

a) En cuanto al concepto objeto de reclamo de pago:

Manifiesta que de conformidad con lo establecido en la Cláusula Segunda del Contrato de Locación de Servicios No. 0052010-MDI, los servicios contratados por su representada con la empresa OIST, fueron los de SUPERVISIÓN, abarcando dichos servicios la supervisión de la elaboración del expediente técnico y la supervisión de la ejecución de la obra. En este sentido, no resulta factible que mi representada pague a la demandante OIST monto alguno por concepto de "elaboración de expediente técnico", conforme lo reclama en su demanda arbitral.

b) En cuanto a la formalidad seguida por la demandante OIST para la resolución del contrato:

Señala que, el Artículo 168 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aplicable al caso sub litis, establece que: *El contratista podrá resolver el contrato, en los casos que la Entidad incumpla INJUSTIFICADAMENTE sus obligaciones esenciales, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el Artículo 169 del citado Reglamento.*

Asimismo, el citado Artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece lo siguiente: *Si alguna de las partes falta al cumplimiento de alguna de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que la satisfaga en un plazo NO MAYOR A CINCO (05) DÍAS, bajo apercibimiento de resolver el contrato.*

Dice que, en este orden de ideas, tenemos que la resolución del contrato efectuada por la demandante OIST no se ajusta a la formalidad, procedimiento ni condiciones establecidas por la normativa de contrataciones para ello, conforme lo demostramos a continuación:

a.1 Tipo de incumplimiento que da lugar a la resolución del contrato:

Indica que, de acuerdo al Art. 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el incumplimiento que da lugar a la resolución del contrato no es cualquiera sino uno que sea INJUSTIFICADO; en este sentido, de los propios medios

probatorios aportados por la demandante OIST se advierte que ella sabía que había serias deficiencias en el expediente Técnico cuya elaboración ella supervisó y que a pesar de las deficiencias del mismo que le fueron comunicadas a OIST en su oportunidad, ella siguió avalando dichas deficiencias, así tenemos por ejemplo:

- OIST manifiesta que "*hacemos constar que dentro del proceso y gestión de elaboración de los Estudios y del Expediente Técnico por costumbre se utilizó la palabra ESQUEMA, es con dicha denominación que aparecen los diversos documentos, cuando el nombre correcto era de DISEÑO.*"

Como puede verse, en este extremo OIST pretende minimizar la deficiencia del expediente técnico, llegando a considerar la deficiencia como un simple error de terminología, lo cual rechazamos absolutamente, pues no se trata de un simple error terminológico sino de aspectos de fondo con relación a dichos estudios conforme se detalló en su oportunidad en las observaciones que se formuló a dicho expediente técnico.

- OIST manifiesta también en su informe de evaluación técnica en relación a los estudios de calidad técnica del diseño de las obras civiles-mejoras técnicas de la calidad, construcción de una poza de sedimentación y acumulación de materiales transportados por las avenidas de flujos hiperconcentrados y huaycos; "*que estos estudios objeto de observación por la Entidad, el Consorcio los formuló en su propuesta en el proceso de selección, como una mejora y que por lo tanto no forma parte del presupuesto económico de la obra.*"

Al respecto indica su absoluto rechazo con tal argumentación, porque cualquier ofrecimiento que realice el postor y/o contratista, constituye parte del contrato y por ende parte de sus obligaciones que está obligado a cumplir, por lo que el hecho que la mejora tenga o no costo económico reflejado en la propuesta económica no tiene incidencia alguna con su obligatorio cumplimiento por el postor y/o contratista que ofreció la mejora, porque su sola inclusión en la propuesta del postor la convierte en parte de

las obligaciones a cumplirse al 100% por el postor y/o contratista y por ende forma parte del contrato, conforme lo dispone el Artículo 142⁰¹ del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Asimismo, también que el Artículo 49⁰² de la Ley de Contrataciones del Estado.

Con lo cual queda absolutamente demostrada la ligereza y falta de sustento legal de la actuación de OIST como supervisora de la elaboración del expediente técnico, asombrándonos sobremanera su falta de conocimiento de la normativa de contrataciones del Estado que rige a su contrato y al contrato de obra.

- Dice que, OIST alega que la Municipalidad de Ilabaya dispuso el cambio de las especificaciones de los muros de gravedad y que tanto la Supervisión como el Contratista lo único que hicieron fue acatar la decisión de la Entidad por lo que no son responsables.

Sobre este extremo manifestamos nuestro absoluto desacuerdo porque tanto el Contratista como el Supervisor de la Obra son empresas que conocen perfectamente que cualquier modificación al expediente técnico debe previamente contar con la aprobación y/u opinión favorable del Proyectista y luego de ello emitirse el acto resolutivo que aprueba la modificación del expediente técnico, acto seguido se suscribirá la correspondiente adenda al contrato suscrito; correspondiendo a la Supervisión la verificación de que tal procedimiento y condiciones se cumplan previamente, a fin de salvaguardar el proceso constructivo, por lo que la actitud pasiva y complaciente que adopta OIST sobre este asunto, es claro reflejo del incumplimiento de su obligación de velar por el correcto desarrollo del proceso constructivo conforme al expediente técnico y a las condiciones técnicas y legales que lo rigen.

- Señala que, OIST con relación al incumplimiento del

¹"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. El contrato es obligatorio para las partes...".

²"Los contratistas están obligados a cumplir cabalmente con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada que hayan aportado adicionalmente en el curso del proceso de selección o en la formalización del contrato, así como a lo dispuesto en los incisos 29 y 2) del artículo 1714º del Código Civil".

Contratista Río Ilabaya de su obligación de SOLICITAR Y OBTENER en coordinación con la Entidad, la libre disponibilidad de los terrenos afectados, manifiesta lo siguiente: *"Que por idiosincrasia de los pobladores y el jus imperium del Estado, ésta era una obligación de la Entidad y no del contratista."*

Sobre el particular, manifestamos nuestro rechazo absoluto porque el Contratista se presentó a un proceso de selección en el que una de las condiciones era que SERÍA DE SU CARGO Y RIESGO LA OBTENCIÓN DE LA LIBRE DISPONIBILIDAD DE LOS TERRENOS, SIENDO QUE LA PARTICIPACIÓN DE LA MUNICIPALIDAD DE ILABAYA ERA PARA COORDINACIONES AL RESPECTO, LO CUAL NO IMPLICA DE MODO ALGUNO QUE LA MUNICIPALIDAD ASUMÍA DICHA OBLIGACIÓN.

Por consiguiente, este tipo de respuestas por parte de la demandante OIST no hacen más que corroborar la ligereza con la cual ha llevado a cabo la supervisión de la elaboración del expediente técnico.

- Manifiesta que, OIST alega con relación al Estudio de Impacto Ambiental, *que al haber cumplido el Contratista con elaborar dicho Estudio con conformidad de la Supervisión y presentarlo al Ministerio de Agricultura siguiendo requisitos del TUPA, ello implica a su entender que ya se cumplió con dicha parte del expediente técnico y que lo demás es de cargo de la Entidad.*

Señala, Señores Árbitros, una vez más advertimos que la posición que la empresa OIST ha venido adoptando con relación a su labor de supervisión de los trabajos y cumplimiento de obligaciones del Contratista Consorcio Río Ilabaya, no ha sido la de un Supervisor, sino la de un justificador de los errores del Contratista, es así que no puede admitirse de modo alguno que la sola presentación del expediente técnico por el contratista, da por cumplida la obligación y prestaciones de la Supervisión (OIST), mucho menos puede pretenderse que la "dudosa aprobación efectuada por la Gestión Municipal anterior", le dé derecho a

pago alguno, cuando hemos verificado que el expediente técnico adolece de graves deficiencias que debieron ser advertidas por la Supervisión a cargo de la empresa OIST; así tenemos que entre algunas de las deficiencias que adolece el Expediente Técnico y cuya verificación y control eran de responsabilidad de la Supervisión a cargo de la empresa OIST, son las siguientes: a) Se han encontrado gruesos errores en distancias medias de transporte de materiales, lo cual tiene fuerte incidencia en los precios unitarios, lo cual ocasiona perjuicio a mi representada Municipalidad Distrital de Ilabaya; b) Se han aprobado Gastos Generales sin sustento por la suma de S/. 2'604,113.67 (dos millones seiscientos cuatro mil ciento trece con 67/100 nuevos soles), en perjuicio de mi representada Municipalidad Distrital de Ilabaya; c) Se ha aprobado innecesariamente una mayor cantidad de IGV por la suma de S/. 1'572,003.10 (un millón quinientos setenta y dos mil tres con 10/100 nuevos soles), innecesariamente; d) El Expediente Técnico en su conjunto se encuentra sobrevaluado, ya que su costo real ascendía solamente a la suma de S/. 58'564,286.76 (cincuenta y ocho millones quinientos sesenta y cuatro mil doscientos ochenta y seis con 76/100 nuevos soles), y no a la suma de S/. 68'409,990.40 (sesenta y ocho millones cuatrocientos nueve mil novecientos noventa con 40/100 nuevos soles), lo que significa una sobrevaluación de S/. 9'845.503,64 (nueve millones ochocientos cuarenta y cinco mil quinientos tres con 64/100 nuevos soles), lo cual reviste aun mayor gravedad, al haber verificado que se han considerado menores prestaciones por un mayor monto, en claro y evidente perjuicio de mi representada Municipalidad Distrital de Ilabaya.

Por lo expuesto en los párrafos precedentes queda acreditado que la falta de pago alegada como causal de resolución de contrato por la demandante OIST, no era causal válida para resolver el contrato, porque se encontraba absolutamente justificada la motivación de no pago de sus servicios de supervisión por la deficiente labor de control efectuada a los contratista para la elaboración del expediente técnico y además porque el expediente técnico no tenía las condiciones de idoneidad técnica ni jurídica para

ser aprobado, de modo tal que el no pago se encuentra debidamente justificado, es así que el sólo transcurso del tiempo desarrollando la supervisión de un contrato, no da derecho al pago, sino el desarrollo de dicho servicio de manera óptima, eficiente y eficaz, lo cual se verá reflejado luego en la idoneidad del expediente técnico elaborado bajo su supervisión. Es así que queda objetiva y absolutamente demostrada la INEXISTENCIA DE CAUSAL VÁLIDA PARA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR LA EMPRESA SUPERVISORA, OIST

a.2 Consecuencia legal de la demora en el pago:

Refiere que, el Artículo 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece lo siguiente: "*En caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el Artículo 48°, contado desde la oportunidad en que debió efectuarse*". Asimismo el Artículo 48° de la Ley de Contrataciones del Estado, establece lo siguiente: "*En caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes.*"

De lo establecido en los dispositivos legales antes citados, se colige con absoluta claridad que la falta o demora en el pago por parte de la Entidad no tiene como sanción para la Entidad la resolución del contrato sino la aplicación de intereses que deberán pagarse al contratista o supervisor en tanto se trate de demora injustificada, situación que se encuentra claramente desarrollada y precisada en diversas Opiniones emitidas por el OSCE, cuyo Organismo Rector de las Contrataciones del Estado ha establecido con absoluta claridad que la demora o falta de pago da lugar al pago de intereses y no a resolución del contrato, no pudiendo establecerse doble sanción por un mismo hecho conforme pretende la demandante OIST al haber resuelto el contrato por supuesto incumplimiento de pago y pretende a la vez que además se le paguen intereses por el mismo hecho invocado por ella.

a.3 Emplazamiento notarial:

Dice que, el Artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, antes citado, establece que la

formalidad para el emplazamiento a la Entidad para resolver el contrato es NOTARIAL, no habiéndose establecido en la Ley ni en su Reglamento ni mucho menos en el Comunicado N° 10-2013-0SCE/PRE (Noviembre de 2013 - documento que rige la participación del Juez de Paz), que dicha formalidad notarial puede ser suplida por emplazamiento por Juez de Paz, por consiguiente, dicho emplazamiento carece de la formalidad legal establecida, lo cual amerita la nulidad de la resolución de contrato efectuada por OIST.

a.4 Plazo del Emplazamiento:

En este caso señala que, el plazo establecido en el Art. 169 del Reglamento, es de cinco (05) días para los contratos de servicios; en este sentido considerando que el contrato de supervisión es uno de servicios, el plazo válido para emplazar a su contraparte para resolución de contrato es cinco (05) días y no quince (15) como erróneamente lo ha hecho OIST, lo cual amerita la nulidad de la resolución del contrato.

a.5 Condición de incumpliente de OIST:

Al respecto dice que, la empresa OIST tenía la condición de incumpliente de sus obligaciones de supervisión al momento de haber efectuado el emplazamiento a mi representada Municipalidad Distrital de Ilabaya, conforme se le había hecho de su conocimiento al manifestarle que el expediente técnico elaborado por el Contratista de la Obra tenía serias deficiencias que la supervisión no había advertido, por lo que se le solicitó un informe de explicación y evaluación de dichas deficiencias. En este sentido, su condición de incumpliente le impedía efectuar la resolución del contrato, por lo que una vez más nos encontramos ante una causal más para que se declare la nulidad del contrato.

- II. CON RELACIÓN A LA SEGUNDA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA ARBITRAL REFERIDA A: "Que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad, cumpla con pagar al supervisor la suma de S/. 325,465.63 nuevos soles incluido IGV por concepto de la etapa de servicios de supervisión de la elaboración del expediente técnico del contrato de servicios de la referencia, más sus intereses de Ley.

En este caso, señala que conforme hemos explicado líneas arriba, el

Supervisor OIST no cumplió con su obligación de supervisión idónea, eficiente y eficaz, habiendo dado ello lugar a que el Expediente Técnico adolezca de serias deficiencias en grave perjuicio del interés público, en este sentido, resulta imposible efectuar pago alguno al Supervisor OIST por un servicio de supervisión que en lugar de cumplir con su objetivo de lograr que el Expediente Técnico se elabore con idoneidad y ajustándose a todos los parámetros técnicos que exigen las Autoridades Competentes, haya sido por el contrario partícipe y justificador de los errores del Contratista, pretendiendo ocultar lo que a todas luces es evidente: Que el expediente técnico adolece de graves deficiencias y se encuentra sobrevaluado.

Asimismo, con relación a este extremo es necesario se tenga en consideración que por un mismo hecho no puede establecerse doble sanción: RESOLUCIÓN DE CONTRATO Y PAGO DE INTERESES, como pretende erróneamente la demandante OIST, lo cual se encuentra dilucidado por el OSCE a través de diversas opiniones y pronunciamientos.

III. CON RELACIÓN A LA TERCERA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA ARBITRAL, referida a que "el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad que cumpla con pagar al Supervisor la suma de S/. 96,821.35 (noventa y seis mil ochocientos veintiuno con 35/100 nuevos soles), incluido IGV por concepto de mayores costos por servicio de supervisión derivado de la ampliación de plazo N° 01 del contrato, más sus intereses de ley".

Señala que, rechaza y contradice dicha pretensión del demandante, por las razones que exponemos a continuación:

- a) EL DEMANDANTE sustenta su pedido de Mayores Costos de servicio de Supervisión (numeral 4 de su Demanda Arbitral, pág.11) por la suma de S/. 96,821, derivado de la Ampliación de Plazo, en lo siguiente: "Que (...) el desarrollo de los trabajos derivados de la variación de los plazos establecidos en el Num. 3.4. de la Cláusula Tercera del contrato; siendo que con fecha 05.10.2010, remitimos a la Entidad la Carta N° 0292-2010-GG/OIST, mediante el cual se formalizó nuestra solicitud de ampliación de plazo N° 01; amparado por lo dispuesto en los artículos 175 y 202 del Reglamento, originado en el hecho que la

Entidad aprobó la ampliación de plazo por 29 días calendario al ejecutor de la Obra: Consorcio Río Ilabaya, materia del Contrato N° 006-201 O-MDI, por lo tanto dicha ampliación a nuestra parte se justificó en el hecho que los trabajos se encontraban directamente vinculados al inicio, elaboración y culminación del estudio de la obra".

- gf*
- b) Refiere que refutan dicha interpretación del demandante OIST, sustentándonos en la Opinión N° 010-2011/DTN de fecha 03.01.2011 - OSCE, referida al pago de mayores costos por la ampliación del plazo del contrato de supervisión de obra. Dicha Opinión del OSCE precisa lo siguiente: *"cuando a consecuencia del desfase en la ejecución de algunas actividades o partidas de la obra, se ampliaba el plazo del contrato de obra y, en consecuencia, el plazo del contrato de supervisión de obra, solo correspondía pagar al supervisor mayores gastos generales, pero no costos directos ni utilidad, puesto que las actividades o partidas desfasadas recién serían supervisadas durante el periodo correspondiente a la ampliación."*

Dice que, en este sentido, hay que tener en cuenta que en el CONTRATO PRINCIPAL no se han producido más prestaciones, es decir, no ha existido INCREMENTO DE PRESTACIONES, sino por el contrario ha habido REDUCCIÓN DE PRESTACIONES DEL CONTRATISTA DE LA OBRA (CONTRATO PRINCIPAL), por lo que en el Contrato de la Supervisión (CONTRATO VINCULADO) también se ha producido una REDUCCION DE LAS PRESTACIONES DEL DEMANDANTE. En este sentido, nos preguntamos: *¿Si en esas condiciones se puede hablar de mayor costo de la supervisión?*

- 1) d.*
- c) Asimismo, señala que la Opinión N° 010-2011/DTN, sobre pago de mayores costos por ampliación del plazo del contrato de supervisión, señala que cuando a consecuencia del desfase en la ejecución de algunas actividades o partidas de la obra, se ampliaba el plazo del contrato de obra y, en consecuencia, el plazo del contrato de supervisión de obra, *solo correspondía pagar al supervisor mayores gastos generales, pero no costos directos ni utilidad, puesto que las actividades o partidas desfasadas recién serían supervisadas durante el periodo correspondiente a la ampliación.*

ARBITRAJE

Oficina de Ingeniería y Servicios Técnicos S.A. OIST S.A.

Municipalidad Distrital de Ilabaya

Dice que, por consiguiente, bajo dicha premisa legal contenida en la Opinión No. 010-2011/DTN, citada líneas arriba, efectuamos un cálculo de los Mayores Gastos Generales, considerando éste único concepto señalado en la referida Opinión 010-2011, como sigue a continuación:

| ETAPAS | CONCEPTO | % | MONTO |
|---------------|---------------------------------|----------|---------------------|
| Etapa I | Revisión del Estudio | | 207.515,00 |
| Etapa II | Supervisión de Obra | | 1.613.618,73 |
| Etapa III | Recepción y Liquidación de Obra | | 101.970,00 |
| | Costo Directo | | 1.923.103,73 |
| | Gastos Generales y Financieros | 31,00 | 596.162,16 |
| | Gastos Giales. Fijos | 0,80 | 15.384,83 |
| | Gastos Giales. Variables | 30,20 | 580.777,33 |
| | Utilidad | 10,00 | 192.310,37 |
| | Sub Total | | 2.711.576,26 |
| | IGV 19% | | 515.199,49 |
| | TOTAL | | 3.226.775,75 |

y los Gastos generales, en el supuesto negado que tuviéramos que asumirlos, alcanzan a las siguientes cifras:

| | |
|--|-----------|
| Gastos Generales Día | 1.138,78 |
| Ampliación de Plazo 29 d.c. | 33.024,59 |
| Reajuste Ir/lo (ligeramente superior a 1 | |
| Ir: I 39.ago.10: (Ago.10) | |
| lo: I 39 set.09: (Set.09) | |
| IGV (Aplicable a Oct.10) Resol. Alc. 344-2010- | |

| | |
|---|-----------|
| MDI/A del 21.10.10 | |
| IGV (19%) | 6.274,67 |
| Total Mayores Gastos Generales inc. IGV | 39.299,27 |

Por lo tanto queda demostrado que no tiene asidero normativo alguno, la cifra de S/.96,821.35 reclamada por la demandante OIST.

No obstante lo expuesto líneas arriba en relación a la tercera pretensión de la demanda arbitral, solicitamos al Tribunal Arbitral tome en consideración que los servicios de supervisión no han sido brindados con idoneidad al haberse detectado que el expediente técnico que supervisaron tiene serias deficiencias que a pesar de haberles alertado respecto a aquellas deficiencias, en lugar de coordinar con el Contratista para que las corrija, la demandante OIST adoptó una posición de defensa y justificación de lo efectuado por el Contratista, en absoluto y evidente perjuicio al interés público.

IV. CON RELACIÓN A LA CUARTA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA ARBITRAL, referida a que "el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad cumpla con pagar al Supervisor la suma de S/. 62,018.20 nuevos soles, incluido IGV por concepto de mayores gastos y costos financieros por el mantenimiento de cartas fianza de fiel cumplimiento y adelanto directo, más la suma de S/. 378,544.93 nuevos soles por concepto de lucro cesante por el encaje del 100% por la emisión de tres cartas fianza vigentes a la fecha, que será actualizado durante el arbitraje hasta la fecha de devolución de la fianza, más los intereses moratorios y compensatorios que corresponda".

Al respecto manifestamos nuestro rechazo y absoluto desacuerdo, por las razones que exponemos a continuación:

a) Incumplimiento de obligaciones del demandante OIST:

Está demostrado que EL DEMANDANTE OIST ha incumplido las obligaciones de su contrato, encontrándose éste inconcluso al encontrarse pendiente que el Contratista de la Obra corrija las deficiencias del expediente técnico. Por lo tanto, debe mantenerse la vigencia de las Garantías de fiel cumplimiento y

adelanto que el Supervisor OIST ha otorgado, conforme a sus requisitos reglamentarios.

- b) Costos del encaje, garantías, hipotecas, etc, que haya otorgado OIST para la obtención de sus cartas fianza de fiel cumplimiento de contrato y adelanto que otorgó:

En todo presupuesto - valor referencial, que se elabora para convocar un proceso de selección, ya se encuentra contemplado el costo de la obtención de las cartas fianza o pólizas de caución por el Contratista, de modo que cuando el postor presenta su oferta económica, en ella ya se encuentran incluidos estos costos, de modo tal que no resulta válido que la demandante OIST pretenda cobrar doble por dicho concepto que bien sabe y es consciente que forma parte de la estructura del presupuesto y de su propuesta económica, asimismo cualquier costo adicional en el que hubiera incurrido es de su entera responsabilidad en tanto que hizo una supervisión deficiente de la elaboración del expediente técnico, lo cual viene prolongando la vigencia de sus garantías, lo cual es de su entera y absoluta responsabilidad.

- c) Tipo de intereses que asumen las Entidades Públicas:

El tipo de intereses que reclama la demandante OIST son intereses legales, moratorios y compensatorios, al respecto manifestamos nuestro rechazo al cobro de tal concepto, por las razones expuestas en el párrafo precedente, no obstante lo cual consideramos necesario precisar que de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado y su respectivo Reglamento, el tipo de intereses que paga una Entidad Pública en el supuesto que le corresponda asumirlos, son intereses legales, por lo que carece de fundamento legal alguno el requerimiento de pago de intereses moratorios y compensatorios que alega la demandante OIST.

- d) Respecto a los argumentos que expone la demandante en su cuarta pretensión:

La norma de contrataciones del Estado, establece que como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo, por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original y tener

vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultaría de obras.

Por lo tanto, el requerimiento de la demandante OIST de que mi representada Municipalidad Distrital de Ilabaya asuma dichos costos a sabiendas que es una obligación que le corresponde a ella hasta que el contrato se liquide, es contrario a Ley, e incluso aun en el supuesto negado que fuera válida la resolución de contrato que ella ha efectuado, aun en dicha circunstancia, persiste la obligación de OIST de mantener vigente sus cartas fianza y por ende asumir el costo que ello demanda.

- EL DEMANDANTE hace una exposición de los recursos utilizados en la prestación inconclusa, y señala que siendo el CONTRATO PRINCIPAL ha estado a cargo del CONSORCIO RIO ILABAYA, "fue quien elaboró los estudios del expediente técnico, por lo tanto ofertó la ejecución del Expediente técnico y la ejecución de la obra, aspecto enteramente de responsabilidad de LA DEMANDADA": tratando de restar cercanía o contacto con su participación y por ende las responsabilidades de su contrato de Supervisión (CONTRATO VINCULADO).
- La Opinión N° 046-2009/DTN del 29.05.2009, referido a las ampliaciones de plazo en contratos de supervisión, razona que "si bien puede existir contrato de obra sin que exista un contrato de supervisión (ya que dicha obligación puede ser cumplida por un profesional, funcionario o servidor de la Entidad, expresamente designado por esta como inspector), no podríamos tener un contrato de supervisión sin la existencia de un contrato de obra, dado que si no existe una obra que se ejecute no puede existir control de la ejecución. De ello se desprende que, si bien, para la entera satisfacción de la necesidad que busca satisfacer la Entidad mediante la ejecución de una obra, las actividades que realizan tanto el ejecutor como el supervisor resultan complementarias, el contrato de supervisión se encuentra supeditado a la existencia y ejecución del contrato de obra". La forma, la entidad bancaria, los plazos y costos son de cuenta de EL

DEMANDANTE, no pudiendo excluir su obligación tan sólo por que lo diga, o por que deba asumir mayores costos financieros derivados de sus incumplimientos.

V. RESPECTO A LA QUINTA PRETENSION PRINCIPAL, referida a que Tribunal Arbitral ordene a la entidad cumpla con pagar al supervisor la suma de S/. 211, 927.25 nuevos soles, incluido IGV por concepto de indemnización por daños y perjuicios (daños emergente y lucro cesante) por inejecución de obligaciones contractuales derivado de la negligencia inexcusable de la entidad en cumplir el contrato."

Manifestamos nuestro rechazo, el mismo que lo sustentamos en lo siguiente:

- a) EL DEMANDANTE, en su sustentación (Numeral 6, pág. 18) manifiesta que desde la emisión de la Resolución de Alcaldía N° 0184-2011-AIMDI, la situación se ha mantenido en Stand By por lo que reclama Indemnización por daños y perjuicios (Daño emergente y Lucro cesante), por inejecución de obligaciones, contractuales derivado de la negligencia inexcusable de la Entidad en el cumplimiento del contrato.
- b) Sin embargo el discurso de EL DEMANDANTE, sería válido, si antes no hubiera ocurrido en los incumplimientos ya descritos a lo largo de la presente contestación de la demanda, y por lo tanto lo que denomina "*inejecución de obligaciones, contractuales derivado de la negligencia inexcusable de la Entidad en el cumplimiento del contrato*", RESULTA NO SIENDO INEXCUSABLE, ya que la Entidad no podía pagar por los servicios mal prestados, no prestados o generadores de perjuicios al interés público.
- c) EL DEMANDANTE tratando de justificar su posición respecto de los daños y perjuicios argumenta: "*Los hechos relacionados con las causas dañosas están meridianamente expuestas en los fundamentos de hecho glosados en las pretensiones primera y segunda de la presente demanda, cuya mayor gravedad es el hecho de efectos jurídicos vinculado con la conducta negligente de la demandada frente a las obligaciones asumidas en Contrato celebrado con nuestra parte, acto generador que debía efectivizar el pago mensual de nuestros*

servicios con la ejecución del contrato de ejecución de Obra": pues tal argumentación como hubiera sido posible efectivizarla?, si el expediente técnico así elaborado adolecía de insalvables- a ese momento- de omisiones que EL DEMANDANTE por la especialización declarada y acreditada tenía la obligación de conocer, pero no hizo uso de "su saber" ni de "su experiencia", para obtener a) la opinión de la Dirección de Gestión Ambiental Agraria del Ministerio de Agricultura; b) la aprobación de la Autoridad Local del Agua que es una instancia INDELUDIBLE para la ejecución de cualquier obra que involucre agua superficial o subterránea, suelo o cultivos; y c) el Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos (CIRA), que otorga el INC (Instituto Nacional de Cultura), hoy Ministerio de Cultura; que no era necesario que la Entidad se lo reclamara, pues es inherente a la especialidad del estudio y de la Obra.

- d) EL DEMANDANTE continúa señalando: *"De tal modo que no existiendo actividad productiva en obra, no solo era un imposible físico prestar nuestros servicios, sino que materialmente imposibilitaba que nuestra parte pudiera determinar o tomar una decisión al respecto ya que este poder de decisión era potestad de la Entidad, generándose con ello la pérdida de ingresos por la falta de los servicios, frente al cual nos vimos forzados a realizar desembolsos de nuestros peculiares para sufragar todos los gastos insumidos en atender esta injusta situación, como es los viáticos, asesoría técnica, legal por la secuela de las 14 audiencias de conciliación y reiteradamente suspendidas por el ofrecimiento de la Entidad de -encontrar una solución-, hecho que se produce desde el 04.04.2012 al 08.01.2014, respectivamente. siendo que esta última determinó nuestra decisión de solicitar arbitraje al haber acreditado nuestra parte que no existía voluntad alguna para resolver las controversias mediante este mecanismo alternativo de solución de controversias"*; lo que resulta impertinente, toda vez que la Entidad representada legalmente en los intentos de conciliación, le ha hecho conocer a EL DEMANDANTE, los numerosos cuestionamientos que al respecto tenemos originados en los dos siguientes documentos técnicos:

- De Agosto 2011, consistente en Informe de Evaluación Técnica de Ingeniería elaborado por el Ing. Pedro Edgar Vásquez Heredia con Reg. CIP 29408, quien concluye, luego de acucioso en el análisis:

(Handwritten signature)

A) "En el Informe Final Esquema de entrega de las Quebradas Colacaya, Curibaya, y Gallinazas, el Contratista anota <Se recomienda la construcción de dos presas filtrantes las cuales retendrán las avenidas de flujos hiperconcentrados y lodos con una capacidad para retener del 40% al 50% del volumen de material sólido generado por un evento de lodo asociado a un período de retorno de 25 años>. Definitivamente son esquemas lo presentados y NO EXPEDIENTE TECNICO de estas entregas, debe tener un mayor nivel de estudio y análisis de la velocidad del río, materiales de arrastre, y en virtud a estos parámetros, definir el tipo de material a usar en las represas propuestas.

B) Se recomienda:

- b.1. (4) Revisar el punto costo de mantenimiento con proyecto.
- b.2. (5) Especial cuidado en el diseño y construcción de las estructuras donde se ha modificado el eje del río.
- b.3. (6) Que la Supervisión haga cumplir indefectiblemente con el uso de materiales propuestos de cada una de las canteras, independientemente de la lejanía a las obras de algunas de las canteras.
- b.4. (7) Con relación a las tomas de agua, el contratista ya hacia saber que: "Estas obras de protección no estaban contempladas en los Términos de Referencia". El Ing. Pedro Vásquez comenta que si estaba en la propuesta del Contratista y deben cumplirse y la supervisión hacer cumplir.

(Handwritten signature) *(Handwritten signature)* C) Comentarios del Ing. Pedro Vásquez:

- c.1. Es cuestionable la celebración de Adendas por ser Contrato Concurso Oferta, porque si bien es cierto que el Contratista no generará ampliaciones de plazo y gastos generales pero la entidad no recibirá pagos por multas al contratista.

- c.2. Es cuestionable que la Municipalidad asuma la responsabilidad por el diseño de muros de gravedad de concreto Tipo I, Tipo II y Tipo III, los cuales serán entregados al Consorcio con el fin de que éste último los incluya en el Expediente Técnico y proceda a la reformulación del mismo, lo cual no debería producirse por cuanto la Buena Pro es Concurso oferta y mediante esta figura la responsabilidad es compartida entre el Contratista y la entidad, CUANDO EL UNICO RESPONSABLE DEBERIA SER EL CONTRATISTA y LA EMPRESA SUPERVISORA, del Expediente técnico inicialmente y luego de la obra. Con esta aseveración imposible multar al Contratista por incumplimiento de plazo contractual, por tener responsabilidad compartida.
- c.3 Es cuestionable que se haya aprobado el Expediente Técnico con la incongruencia de no contar con un terreno saneado.
- c.4 Es cuestionable que se asuma una ejecución mixta del proyecto a pesar de que poderse registrar el mismo en el Banco de Proyectos por lo que cambian a: "Obras de defensa ribereña por contrata con plazo de ejecución de 365 días calendario, Sensibilización de Faja marginal y Afectaciones por Administración Directa con plazo de ejecución de 14 meses", esto significa que la obra por contrata se ejecutará en 12 meses y el saneamiento en 14 meses, ILOGICO, y PERJUDICARA A LA INSTITUCION y PERJUDICARÁ A LA INSTITUCION POR PARALIZACIONES NO IMPUTABLES AL CONTRATISTA QUE GENERARAN AMPLIACIONES DE PLAZO Y MAYORES GASTOS GENERALES A LA INSTITUCION.
- c.5 Al no haberse saneado el terreno es buena razón para que no se impute a la Entidad la responsabilidad de no entregar el terreno a tiempo al Contratista y no se inicie el plazo contractual.
- c.6 El Expediente Técnico es entregado a la Entidad para su aprobación CONTANDO CON EL AVAL DE LA

EMPRESA DE SUPERVISION EXTERNA, sin que esta haya tomado en cuenta:

- (1) *Las observaciones realizadas al Expediente técnico por la Entidad.*
 - (2) *Las observaciones que aún no se habían presentado por la Dirección de Gestión Ambiental Agraria del Ministerio de Agricultura.*
 - (3) *El Expediente técnico no ha sido aprobado por el ALA siendo una instancia INELUDIBLE por Ley para la ejecución de cualquier obra que involucre agua superficial o subterránea, suelo o cultivos.*
 - (4) *El Expediente técnico no cuenta con el CIRA (Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos) que otorga el INC (Instituto Nacional de Cultura).*
 - (5) *El Expediente Técnico no está debidamente aprobado, por tanto deben superar estas carencias y deficiencias en forma inicial.*
- Tacna. Agosto 2011.*

D) Diciembre 2012. (16 meses después de Adenda. A solicitud de Procuraduría Pública Municipal de la MDI)

DICTAMEN PERICIAL elaborado por el Ing. Civil Carlos Enrique Carhuavilca Mechato con Reg. CIP 25057.

OBJETO: "Determinar la posible existencia de sobrevaloración en el costo de la Obra; sustentando los resultados del Informe Pericial ante el Tribunal Arbitral y absolver las consultas que se tengan respecto a dicha controversia".

(1) ACTUACION DE OIST S.A.

Se suscribe Contrato de Locación de Servicios N° 005-2010-MDI entre la MDI y OIST S.A. para que brinde los servicios de consultaría de Obra para la Supervisión de "Elaboración de Expediente Técnico y Ejecución de la Obra Construcción de las Defensas Ribereñas y Encauzamiento del Río Ilabaya-Locumba en los Sectores Chejaya, Ilabaya, Mirave y Oconchay", por S/. 3'226,775.75 incluido el IGV a precios de setiembre del 2009.

(2) DE LA APROBACION DEL EXPEDIENTE TECNICO

Mediante resolución de Alcaldía N° 384-2010 del 14.12.10 por S/. 75, 826,840.37, aunque la viabilidad se aprobó por solamente S/. 69, 231,243.00, con cuatro componentes:

- Estudio Definitivo
- Construcción de defensa Ribereñas y Monitoreo de Impacto Ambiental.
- Sensibilización de Faja Marginal y Afectaciones.
- Supervisión y Liquidación.

(3) DE LA SUSPENSION DE LA APROBACION DEL EXPEDIENTE TECNICO

Informe N° 010-2011-MDI/DPIP-OSLP-IO-MSM de fecha 24.02.2011, luego de documentada serie de observaciones, entre las que se señala:

- La no incorporación del tratamiento del Río Colocaya (Principal afluente del Rio Ilabaya en épocas de avenidas).
- Falta de licencia Social.
- Lo exagerado de los costos de Inversión del proyecto.

3.1. Dicho informe cuestiona seriamente el accionar OIST, al considerar procedente la aprobación del Expediente Técnico, elaborado por el Contratista sin haber levantado las observaciones efectuadas por el Ing. José Luque Mamani, que efectuó 10 serias observaciones a dicho expediente.

3.2 Mediante Resolución N° 184-2011-A-MDI del 28.04.11 se resolvió aprobar la resolución total del contrato de obra.

3.3 De la resolución del contrato.- Mediante Resolución N° 065-2012-A-MDI del 06.03.12 se resolvió SUSPENDER LOS EFECTOS DEL ARTICULO PRIMERO DE LA RESOLUCIÓN DE ALCALDÍA N° 384-2010 del 14.12.10.

(4) CONCLUSIONES DEL DICTAMEN PERICIAL:

- (Handwritten signature)*
- 1*
- a.*
- a. Se han cometido GRAVES ERRORES EN LA ELABORACION DEL EXPEDIENTE TECNICO, en distancias medias de transporte.
 - b. Lo anterior ha tenido una fuerte repercusión en los Análisis de Precios Unitarios.
 - c. Similar es el caso de distancia media de transporte de agregados para concreto.
 - d. Gastos generales del Expediente técnico sin sustento, existiendo una diferencia de S/. 2'604, 113.67.
 - e. Repercusión de lo anterior en el IGV por S/. 1'572,003.10.
 - f. El Monto de Presupuesto Reformulado con precios a Setiembre del 2009 alcanzan la suma de S/ 58'564,286.76.
 - g. El monto del Expediente técnico es mayor al Reformulado en S/. 9'845,703.64, con precios a setiembre del 2009.
 - h. El Presupuesto del Expediente técnico se encuentra SOBREVALUADO.
- E) Pues EL DEMANDANTE a esto le denomina "un imposible físico" para prestar sus servicios, dando a entender que en esa condiciones del expediente técnico debía darse inicio a la obra, olvidando el carácter especializado de la norma, y el interés público que subyace en el contrato de ejecución de una obra pública.
- F) Los cuestionamientos de entonces no han sido levantados, y aquí se revela que el carácter de CONTRATOS VINCULADOS no pueden ser dejados de lado tanto por EL DEMANDANTE como el Tribunal Arbitral, habida cuenta que éste es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas. En ese sentido requeriremos oportunamente, que un peritaje dispuesto por el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre estas materias, tanto técnicamente como desde sus efectos y consecuencias legales.

VI. A SEXTA PRETENSION PRINCIPAL, referida a que el Tribunal Arbitral ORDENE A LA ENTIDAD LA DEVOLUCION DE LA CARTA

FIANZA DE FIEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO N° DOOO-1362943 y DE ADELANTO DIRECTO N° DOOO-1856051 EMITIDO POR EL BANCO DE CREDITO DEL PERU.

Rechazamos tal pretensión, basando nuestra posición en lo siguiente:

Resulta determinante, que establecido el carácter de Expediente Técnico incompleto y/o deficientemente elaborado y/o insuficientemente sustentado, y/o sin las autorizaciones sectoriales (Ministerio de Agricultura, Autoridad Nacional (o Local) del Agua, Ministerio de Cultura, etc.), fluya como su consecuencia, que la prestación de Supervisión de la Elaboración del Expediente Técnico y Ejecución de la Obra "*CONSTRUCCION DE DEFENSAS RIBEREÑAS y ENCAUZAMIENTO DEL RIO ILABAYA y LOCUMBA EN LOS SECTORES DE CHEJAYA, ILABAYA, MIRAVE y OCONCHAY*": *<ha sido cumplida o incumplida>*, igualmente *<Si se podía o no se podía iniciar la ejecución de la Etapa de Obra>*; y por ende si es pertinente y ajustada a la realidad denominar *Imposible físico*, que en esas condiciones LA DEMANDADA no optó por el inicio de las obras; como puede desprenderse fácilmente en tales condiciones no se podía dar inicio a las obras y por ende LAS GARANTIAS DEL CONTRATO DEBEN ESTAR VIGENTE HASTA LA CONCLUSION DE LA OBRA, o conforme lo determine el Tribunal Arbitral.

VII. RESPECTO A LA SÉPTIMA PRETENSION PRINCIPAL, referida a que "el Tribunal Arbitral ordene el otorgamiento y entrega del certificado de conformidad de la supervisión del expediente técnico establecido en el contrato."

Rechaza y contradice esta pretensión, por lo siguiente:

Tratándose de la etapa de elaboración del Expediente técnico, su recepción es responsabilidad del órgano de administración y requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar, *dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias*.

- b) Entonces, de la pretensión expresada, se entiende que *EL DEMANDANTE* no cuenta con *EL CERTIFICADO DE*

CONFORMIDAD, PRETENDE OBTENERLO A PARTIR DE LA DECISIÓN DE RESOLVERLE EL CONTRATO A LA DEMANDADA, lo que deviene en arbitrario por la sola decisión de EL DEMANDANTE y que debiera tener el carácter de parcial, conforme a la carta de apercibimiento; situación que rechaza y solicita al Tribunal Arbitral sea denegado; no procediendo por tanto la petición de un Certificado de Conformidad

VIII. RESPECTO A LA OCTAVA PRETENSION PRINCIPAL, referida a que "EL TRIBUNAL ARBITRAL DUSPONGA QUE, EN RAZON DE SU CONDUCTA" LA ENTIDAD ASUMA LAS COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO ARBITRAL."

Expresa su rechazo manifestando lo siguiente:

a) Que la determinación de esta pretensión es una atribución del Tribunal Arbitral que sabrá valorar el origen del diferendo, sancionando a EL DEMANDANTE con el pago de costas y costos arbitrales por la controversia generada a partir de sus incumplimientos y falta de conocimiento de la normativa de contrataciones.

RECONVENCIÓN:

La Entidad plantea reconvención contra el Contratista, con la siguiente pretensión:

I. UNICA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que el Tribunal Arbitral disponga que la empresa OIST devuelva la suma de S/. 379,559.53 (trescientos setenta y nueve mil con 53/100 nuevos soles) más intereses legales que se devenguen hasta la fecha efectiva de devolución, por concepto de pago indebido de adelanto.

FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA RECONVENCIÓN:

Contrato de Supervisión

- Monto Total del Contrato de Supervisión SI. 3,226,775.75
- Según Contrato y oferta de OIST para Supervisión de la elaboración del Expediente Técnico (Informe 01600-2012-MDI/GM-USLP de 21.08.12), por la suma de S/. 348, 189.42.

- Adelanto otorgado a OIST según su solicitud (15%) S/. 484, 016.36 (lo que es contrario a la Opinión N° 073-2012/DTN del OSCE y además es más de lo considerado en su Oferta por el propio OIST).
- Sólo correspondía que se le otorgue hasta el 30% del costo de la supervisión del expediente técnico, es decir S/. 104, 456.83.

Así tenemos que, entre la fecha en que se le otorgó a la empresa OIST S.A. el adelanto de S/. 484,016.36, hasta la fecha actual, dicha empresa a sabiendas que no le correspondía tal monto ni porcentaje de adelanto, mantuvo en su poder indebidamente la suma S/. 379,559.53, monto que no le correspondía bajo ningún concepto, por lo que además de devolver dicha suma debe reconocer a favor de la Entidad los intereses legales de dicha retención antirreglamentaria, aun en el supuesto negado que hubiera cumplido debidamente la supervisión de la elaboración del expediente técnico.

EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR DEL DEMANDANTE

El Contratista al contestar la reconvención propone excepción de falta de legitimidad para obrar, con los siguientes fundamentos:

1. Previamente a sustentar la excepción, deja constancia de lo siguiente:

- i) La Entidad reconviene solicitando que nuestra parte le "devuelva" la suma de S/. 379,559.53 nuevos soles, más intereses legales hasta la fecha de su devolución por supuesto "pago indebido" del adelanto.
- ii) Sin embargo, en el caso del adelanto en consultoría, la reconviniente distorsiona el tratamiento legal que le confiere los artículos 171, 172 y 173 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, con respecto a este derecho reglamentario y contractual, asimismo, introduce criterios e interpretaciones antojadizas y subjetivas pretendiendo desconocer los términos y condiciones establecidos en el contrato de locación de servicios.
- iii) En efecto, no entendemos en razón de que hecho y amparo legal, la Entidad cuestiona sus propios actos administrativos, en contradicción de lo establecido en el Subnumeral 4.5.1 del Numeral 4.5 Adelanto y Garantías establecido en la cláusula

cuarta del contrato de locación de servicios, si tenemos en cuenta que, en el marco del Concurso Público N° 004-2009-MDI, convocado por la Entidad, las Bases Administrativas habían contemplado de modo propio la entrega del adelanto, hecho que fue recogido conforme sus términos en el respectivo contrato que fuera suscrito luego de otorgada la buena pro.

De manera que la entrega y devolución del adelanto, cuando en la situación que exista un saldo por devolver se realizará luego de determinado el estado de cuenta de la liquidación final del contrato.

- iv) En esta circunstancia rechazamos categóricamente la pretendida imputación de supuesto “pago indebido”, toda vez que estando contractualmente autorizado bajo reglas de la buena fe contractual y común intención de las partes establecidas como reglas convencionales del contrato celebrado y regulado por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, resulta impertinente por decir lo menos suponer la existencia de “pago indebido”.
- 2. En cuanto al sustento de hecho y de derecho de la excepción que proponemos, el Tribunal deberá considerar que, jurídica y doctrinariamente en la norma procesal civil de aplicación supletoria al presente caso, ésta excepción se configura en la situación del incumplimiento procesal de los *requisitos esenciales o sine qua non* para que el demandante pueda ejercer el derecho de acción de una pretensión o el derecho de accionar, como titular de un derecho cierto y legítimo.

En dicho contexto jurídico-procesal, la *legitimidad para obrar*, llamada también *legitimidad sustantiva* o *legitimatio ad causam*, viene a ser un concepto lógico de relación procesal, de tal manera que es necesario tener un conflicto de intereses o una incertidumbre con relevancia jurídica que constituye una pretensión procesal en relación a una pretensión o parte de una pretensión, siendo por tanto un caso justiciable.

Este caso justiciable, que en el presente caso está sometido al conocimiento del Tribunal Arbitral, implica que, antes de empezar el proceso y debate con respecto a la reconvención planteada por la

Entidad, hemos de establecer una relación de conflicto con el eventual demandado.

De tal modo que la *legitimidad para obrar*, como elemento básico para poder obtener un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión o asunto demandado, es la indispensable adecuación correcta de los sujetos que *participan en la relación jurídica sustantiva*, como personas que van a participar en la *relación jurídica procesal*. Debe por tanto *haber conexión e idoneidad amparable jurídicamente dentro del proceso para hacer participar como demandado a una persona o personas*.

En el presente caso, la Entidad demanda en vía de reconvención, que nuestra parte le devuelva la suma de S/. 379,559.53, más intereses legales que se devenguen hasta la fecha efectiva de devolución, por concepto de pago indebido de adelanto.

Sin embargo, para que ésta pretensión sea factible y viable procesalmente y pueda obtener el pronunciamiento del Tribunal, PREVIAMENTE, deberá encontrarse DETERMINADA LA OBLIGACIÓN o el RESULTADO DE LA LIQUIDACIÓN FINAL DEL CONTRATO, como lo exige el Num. 9.5 de la Cláusula Novena del Contrato, que señala:

“9.5 Acorde con el Artículo 179° de EL REGLAMENTO, EL SUPERVISOR presentará la liquidación final del contrato de supervisión, dentro de los quince (15) días siguientes de haberse otorgado la conformidad de la última prestación.”

En el contexto que el contrato establece una condición *sine qua non*, la demanda no cumple el requisito de la legitimidad para obrar del demandante, por cuanto, NO EXISTE CONFLICTO DE INTERESES NI INCERTIDUMBRE DE RELEVANCIA JURÍDICA ENTRE AQUELLA Y MI REPRESENTADA, TODA VEZ QUE EL CONFLICTO QUE PRETENDE RESOLVER LA DEMANDANTE DEBERÁ CUMPLIR CON LA EXIGENCIA DEL NUM. 9.5 DE LA CLÁUSULA NOVENA DEL CONTRATO; por tal razón que la demanda deviene en improcedente al no cumplir los requisitos que lo legitime procesalmente en su acción y derecho.

Finalmente, nos resta decir que, la ausencia del requisito de la falta de legitimidad para obrar del demandado, en el extremo de la presente acción, es irreparable y que la hace inútil seguir conociendo, por lo que debe ser sancionado con la conclusión del proceso a tenor del inciso 5 del Artículo 451º del Código Procesal Civil, aplicable en forma supletoria al presente caso.

Medio probatorio:

El Contratista ofrece como medio probatorio de su excepción el Contrato de Locación de Servicios N° 005-2010-MDI de 25 de marzo del 2010, presentado en el escrito de demanda, medio probatorio 1 y Anexo 2.

CONTESTACIÓN A LA RECONVENCIÓN

Con fecha 22 de julio de 2015, y dentro del plazo otorgado mediante Resolución N° 04 de fecha 23 de junio de 2014, el Supervisor contesta la reconvenCIÓN planteada por la Entidad, solicitando que se declare infundado, sobre la base de los siguientes fundamentos:

**FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DE LA CONTRADICCIÓN
A LA RECONVENCIÓN**

1. Señala que la Entidad ha solicitado que el Tribunal disponga que nuestra parte le "devuelva" la suma de S/. 379,559.53, más intereses legales hasta la fecha efectiva de devolución por supuesto "pago indebido" del adelanto, que lo sustenta como hecho en las condiciones establecidas en el Contrato, como es el otorgamiento del 15% del monto del contrato de Supervisión, por la suma de S/. 484,016.36 nuevos soles y que, sólo debía corresponder que se le otorgue el 30% del costo del Expediente Técnico, esto es la suma de S/. 104,456.83 nuevos soles.

Dice que, asimismo, faltando a la verdad, sostiene que desde la fecha que se le otorgó dicho adelanto, manifiesta que no obstante no correspondernos tal monto ni porcentaje de adelanto, habrían mantenido en su poder "indebidamente" la suma de S/. 379,559.53 nuevos soles, suponiendo que no les correspondía bajo ningún concepto, por lo que, además de devolver dicha suma, deben reconocerle los intereses legales de dicha "retención antirreglamentaria", aún a pesar de haber cumplido debidamente con

sus prestaciones de supervisión en la elaboración del expediente técnico.

2. Señala que, como objetivamente se evidencia la reconvenCIÓN se sustenta en criterios ilegales y arbitrarios que contravienen el marco legal que regulan las prestaciones establecidas por las partes, esto es, el Contrato, la Ley y su Reglamento, por lo tanto, resulta incongruente e impertinente dentro del marco legal del Contrato, la Ley y su Reglamento calificar de "pago indebido" la entrega del adelanto directo previsto como condición obligacional, en cuya virtud, este supuesto no se configura como tal, al no cumplir los requisitos esenciales que exige el ordenamiento civil.
3. Indica que, el Artículo 1267° del Código Civil, en relación al pago indebido, establece que: "*El que por error de hecho o de derecho entrega a otro algún bien o cantidad en pago, puede exigir la restitución de quien lo recibió.*", por lo tanto que, estando a los requisitos que deban ser cumplidos, éstos no se materializan, por lo siguiente:
 - a) Respecto a que si configura el cumplimiento de una prestación; en este caso a tenor del Subnumeral 4.5.1 del Numeral 4.5 de la Cláusula Cuarta del Contrato y artículos 171, 172 y 173 y 179° del Reglamento, la entrega del adelanto no es el cumplimiento de una contraprestación sino el cumplimiento de una condición establecida por imposición normativa y establecido en las Bases Administrativas del Concurso Público del proceso de selección regulado por las normas administrativas internas de la propia Entidad para la contratación del servicio de supervisión. Por ello no se cumple este requisito.
 - b) Respecto a que si tiene como finalidad, el animus solvendi o el propósito de extinguir una obligación propia; en este caso a tenor del mismo Subnumeral 4.5.1 del Numeral 4.5 de la Cláusula Cuarta del Contrato y artículos 171, 172 y 173 y 179 del Reglamento, la entrega del adelanto no tiene como finalidad extinguir una obligación propia sino cumplir una condición para ejecutar el contrato, esto es que dentro de la normativa de contrataciones el adelanto es una condición legal de cargo de la Entidad, siempre que se encuentre prevista en las Bases Administrativas o el contrato.

Sostiene que, en este extremo es preciso indicar que, el adelanto es la suma de dinero que se entrega al contratista para ser destinado a cubrir los costos que éste debe incurrir para iniciar la ejecución del objeto contractual, asimismo, dicho adelanto no tiene como propósito pagar una obligación, porque este adelanto en sus diversas modalidades previstas en el Reglamento se devuelve mediante amortizaciones mensuales, lo que se materializa mediante descuento que debe hacer la Entidad de la suma adelantada.

Señala que, es decir que dicho adelanto no entra a formar parte de la esfera patrimonial del Contratista, porque su propósito es financiar la ejecución de las prestaciones del Contratista, para el cumplimiento idóneo del contrato, por lo tanto no hay desplazamiento patrimonial alguno que perjudique a la Entidad ni que beneficie al Contratista. En este extremo, no se cumple este requisito.

- c) Respecto de la *inexistencia de la obligación o falta de causa o que la prestación no era debida*; en este caso, el pago indebido debe materializarse dentro del hecho que no existe obligación o justificación para haber realizado la entrega del dinero y por ende se ha realizado en evidente ausencia de una relación obligatoria.

Dice que, no obstante en este caso, como ya lo han citado en los párrafos precedentes, contractual y normativamente existe una relación condicional para la entrega del adelanto, correspondiendo hacer notar que las Bases Administrativas y la proforma del Contrato incorporado a ella, constituyen cláusulas de típicos contratos de adhesión que han sido redactados por la propia Entidad y en la cual, nuestra parte no lo ha negociado ni ha intervenido de modo alguno, únicamente, nos hemos limitado a participar en el proceso de selección en base a las reglas de juego impuestas por la Municipalidad. En este otro extremo, tampoco, se cumple este requisito

- d) *El error de hecho o de derecho en la persona que realiza el pago o pago por equivocación*; en este caso, el pago para que devenga en un hecho indebido exige que el sujeto que paga debe proceder por error de hecho o de derecho, esto es por equivocación.

Señala que, en el presente caso, como ya lo ha expuesto líneas arriba, a tenor del mismo Subnumeral 4.5.1 del Numeral 4.5 de la Cláusula Cuarta del Contrato y artículos 171, 172 y 173 y 179° del Reglamento, la entrega del adelanto a nuestra parte no es producto de un error de hecho ni de derecho, muy al contrario se encuentra jurídica y normativamente justificado y autorizado, por lo tanto deberá ser desestimado por el Tribunal. Finalmente, tampoco, cumple este requisito

4. Manifiesta que, a tenor de lo fundamentado en los párrafos precedentes, estando establecido que, el adelanto entregado a nuestra parte, de modo alguno constituye un “pago indebido”, debe quedar nítidamente determinado que cualquier saldo sea a favor o en contra deberá ser conciliado y finiquitado en la liquidación final del contrato, cuya regulación y condición ha sido establecido por las partes en el Num. 9.5 de la Cláusula Novena y el Subnumeral 4.5.1 del Numeral 4.5 de la Cláusula Cuarta del Contrato, concordante con los artículos 171, 172 y 173 y 179 del Reglamento; lo que piden tener presente.

Medio probatorio:

El Contratista ofrece como medio probatorio de su contestación a la reconvenCIÓN el Contrato de Locación de Servicios N° 005-2010-MDI de 25 de marzo del 2010, presentado en su escrito de demanda, medio probatorio 1 y Anexo 2.

VI. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES Y DE LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

CONSIDERANDO:

CUESTIONES PRELIMINARES

Previo a analizar la materia controvertida, corresponde señalar lo siguiente:

1. Que, este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad a las reglas establecidas en el Acta de Instalación y de acuerdo a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y sus modificatorias y el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje, señalándose que en caso de deficiencia o vacío en las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral

resolverá en forma definitiva del modo que considere apropiado mediante la aplicación de principios generales del derecho;

2. Que, el Contratista, presentó su demanda, propuesto su excepción y contradicción a la reconvención dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de defensa;
3. Que, la Entidad, fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa, asimismo planteo su reconvención;
4. Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos y sus informes orales; y
5. Que, el Tribunal Arbitral procede a laudar dentro del plazo establecido.
6. Que, el Tribunal Arbitral en relación con la admisión de los medios probatorios del Acta de Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 10 de febrero del 2015, con arreglo a la Regla 9 de las Reglas Procesales Aplicables establecida en la citada Acta de Instalación, considera desde la perspectiva procesal más conveniente a los fines de resolver el conflicto que los puntos controvertidos serán examinados y apreciados en forma conjunta y razonada, pero siguiendo el orden lógico de las pretensiones y su vinculación en el orden más conveniente a éstos fines.

EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR DEL DEMANDANTE

El Contratista al contestar la reconvención propone excepción de falta de legitimidad para obrar, con los siguientes fundamentos:

1. Previamente a sustentar la excepción, deja constancia de lo siguiente:
 - i) La Entidad reconviene solicitando que nuestra parte le "devuelva" la suma de S/. 379,559.53 nuevos soles, más intereses legales hasta la fecha de su devolución por supuesto "pago indebido" del adelanto.
 - ii) Sin embargo, en el caso del adelanto en consultoría, la reconviniente distorsiona el tratamiento legal que le confiere los

artículos 171, 172 y 173 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, con respecto a este derecho reglamentario y contractual, asimismo, introduce criterios e interpretaciones antojadizas y subjetivas pretendiendo desconocer los términos y condiciones establecidos en el contrato de locación de servicios.

- iii) En efecto, no entendemos en razón de que hecho y amparo legal, la Entidad cuestiona sus propios actos administrativos, en contradicción de lo establecido en el Subnumeral 4.5.1 del Numeral 4.5 Adelanto y Garantías establecido en la cláusula cuarta del contrato de locación de servicios, si tenemos en cuenta que, en el marco del Concurso Público N° 004-2009-MDI, convocado por la Entidad, las Bases Administrativas habían contemplado de modo propio la entrega del adelanto, hecho que fue recogido conforme sus términos en el respectivo contrato que fuera suscrito luego de otorgada la buena pro.

De manera que la entrega y devolución del adelanto, cuando en la situación que exista un saldo por devolver se realizará luego de determinado el estado de cuenta de la liquidación final del contrato.

- iv) En esta circunstancia rechazamos categóricamente la pretendida imputación de supuesto “pago indebido”, toda vez que estando contractualmente autorizado bajo reglas de la buena fe contractual y común intención de las partes establecidas como reglas convencionales del contrato celebrado y regulado por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, resulta impertinente por decir lo menos suponer la existencia de “pago indebido”.
2. En cuanto al sustento de hecho y de derecho de la excepción que proponemos, el Tribunal deberá considerar que, jurídica y doctrinariamente en la norma procesal civil de aplicación supletoria al presente caso, ésta excepción se configura en la situación del incumplimiento procesal de los *requisitos esenciales* o *sine qua non* para que el demandante pueda ejercer el derecho de acción de una pretensión o el derecho de accionar, como titular de un derecho cierto y legítimo.

En dicho contexto jurídico-procesal, la *legitimidad para obrar*, llamada también *legitimidad sustantiva* o *legitimatio ad causam*, viene a ser un concepto lógico de relación procesal, de tal manera que es necesario tener un conflicto de intereses o una incertidumbre con relevancia jurídica que constituye una pretensión procesal en relación a una pretensión o parte de una pretensión, siendo por tanto un caso justiciable.

Este caso justiciable, que en el presente caso está sometido al conocimiento del Tribunal Arbitral, implica que, antes de empezar el proceso y debate con respecto a la reconvención planteada por la Entidad, hemos de establecer una relación de conflicto con el eventual demandado.

De tal modo que la *legitimidad para obrar*, como elemento básico para poder obtener un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión o asunto demandado, es la indispensable adecuación correcta de los sujetos que *participan en la relación jurídica sustantiva*, como personas que van a participar en la *relación jurídica procesal*. Debe por tanto *haber conexión e idoneidad amparable jurídicamente dentro del proceso para hacer participar como demandado a una persona o personas*.

En el presente caso, la Entidad demanda en vía de reconvención, que nuestra parte le devuelva la suma de S/. 379,559.53, más intereses legales que se devenguen hasta la fecha efectiva de devolución, por concepto de pago indebido de adelanto.

Sin embargo, para que ésta pretensión sea factible y viable procesalmente y pueda obtener el pronunciamiento del Tribunal, PREVIAMENTE, deberá encontrarse DETERMINADA LA OBLIGACIÓN o el RESULTADO DE LA LIQUIDACIÓN FINAL DEL CONTRATO, como lo exige el Num. 9.5 de la Cláusula Novena del Contrato.³

En el contexto que el contrato establece una condición *sine qua non*, la demanda no cumple el requisito de la legitimidad para obrar del demandante, por cuanto, NO EXISTE CONFLICTO DE INTERESES NI INCERTIDUMBRE DE RELEVANCIA JURÍDICA ENTRE AQUELLA Y MI REPRESENTADA, TODA VEZ QUE EL CONFLICTO QUE PRETENDE RESOLVER LA DEMANDANTE DEBERÁ CUMPLIR CON

³ "9.5 Acorde con el Artículo 179º de EL REGLAMENTO, EL SUPERVISOR presentará la liquidación final del contrato de supervisión, dentro de los quince (15) días siguientes de haberse otorgado la conformidad de la última prestación."

LA EXIGENCIA DEL NUM. 9.5 DE LA CLÁUSULA NOVENA DEL CONTRATO; por tal razón que la demanda deviene en improcedente al no cumplir los requisitos que lo legitime procesalmente en su acción y derecho.

Finalmente, nos resta decir que, la ausencia del requisito de la falta de legitimidad para obrar del demandado, en el extremo de la presente acción, es irreparable y que la hace inútil seguir conociendo, por lo que debe ser sancionado con la conclusión del proceso a tenor del inciso 5 del Artículo 451º del Código Procesal Civil, aplicable en forma supletoria al presente caso.

Mediante Resolución N° 06 de fecha 31.07.2014, se admitió la propuesta de excepción y contestación de la reconvención del Contratista y se corrió traslado de la excepción a la Procuraduría de la Entidad para que exprese lo que convenga a su derecho; la misma que no fue absuelto por la referida Entidad.

En este acto y previo a resolver la excepción planteada, el Tribunal deja constancia de la subsanación de la omisión procesal incurrido en no pronunciarse con respecto al momento en que resolvería la presente excepción en la Audiencia de Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, la misma que se realizó con fecha 10 de febrero de 2015, en consecuencia con arreglo a la Regla 29 de las Reglas del Proceso Arbitral, regulariza esta deficiencia emitiendo su pronunciamiento en el presente laudo.

En consecuencia, el Contratista ha propuesto dentro del plazo reglamentario de la contestación la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante. Al respecto, la reconvención es una institución procesal autónoma, planteando una nueva pretensión contra el actor, de modo que no se limita a oponerse a la acción, sino que a su vez se constituye en contrademandante a efectos que se fallen ambas pretensiones y, naturalmente, ambas oposiciones, en una misma sentencia. La reconvención se formula en el mismo escrito de la contestación de la demanda. La reconvención consiste en el ejercicio, por el demandado, de una acción nueva frente al actor, para que se sustancie en el mismo proceso y se decida en el mismo laudo que resolverá la demanda inicial. Asimismo, debe cumplir sus propios requisitos formales y materiales a fin de que se examine el fondo de lo que se solicita, y su admisión se produzca si existe conexión entre

sus pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal y, El demandante debe ser emplazado para que pueda contestar la reconvención.

Del análisis de la reconvención se aprecia que cumple con las condiciones de la acción y se encuadra dentro de la relación jurídico procesal en consonancia con la relación jurídico contractual y establece una incertidumbre que debe ser dilucidado por el Tribunal y dada su autonomía debe ser atendida en su petitorio y por estas consideraciones se declara infundada la excepción propuesta.

ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

PRIMERO, SEGUNDO Y TERCER PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA

Conforme la disposición contenida en la Sexta Cuestión Preliminar precedente, el Tribunal considera conveniente para los fines del proceso, examinar y resolver en forma acumulada el primer, segundo y tercer punto controvertido que se relaciona con la demanda al constituir el orden lógico y conveniente de las pretensiones planteadas, en razón que las causales aplicadas para resolver el contrato se vinculan con los citados puntos en controversia y la resolución del contrato resulta siendo transversal con la decisión que tome el Tribunal.

1. En relación con el primer punto controvertido de la demanda, el Contratista solicita al Tribunal que declare la validez de su decisión de resolver el contrato celebrado con la Entidad, acto que fue notificado a aquella con la carta notarial de fecha 06 de marzo del 2012, cuyo apercibimiento se produjo con la notificación de la Carta N° 124-2011-OIST de fecha 05 de agosto del 2011; sostiene que la resolución se produjo por incumplimiento de obligaciones esenciales de cargo de la Entidad respecto de: 1° El pago de la suma de S/. 303,301.03 nuevos soles, incluido IGV, por los conceptos de servicios en la Etapa de Supervisión de la Elaboración del Expediente Técnico y, 2° El pago de la suma de S/. 75,821.76 nuevos soles sin IGV, por concepto de mayores costos por servicio de Supervisión derivado de la Ampliación de Plazo N° 01 por 29 días calendario, producido por silencio administrativo positivo y, posteriormente aprobado por la Entidad sin reconocimiento de este concepto.

En contraposición, la Entidad solicita la nulidad de la resolución del contrato, cuestionando la causal de la resolución del contrato, indicando que en cuanto a lo formal, no se ha cumplido con el Artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, respecto de que la resolución del contrato es notarial, no habiéndose establecido en la Ley, su Reglamento ni mucho menos en el Comunicado N° 10-2013-OSCE/PRE, la participación del Juez de Paz para la notificación del emplazamiento ni de la resolución contractual y que no se ha cumplido con el plazo de los cinco (05) días del acotado artículo, al haberse considerado quince (15) días, como erróneamente lo ha hecho el Contratista. Y, en cuanto a la causal como fondo de la controversia, argumenta que, la falta de pago alegada como causal de resolución de contrato por la demandante, no era causal válida para resolver el contrato, porque se encontraba justificada la motivación de no pago de sus servicios de supervisión por la deficiente labor de control efectuada al contratista para la elaboración del expediente técnico y además porque el expediente técnico no tenía las condiciones de idoneidad técnica ni jurídica para ser aprobado, de modo que el no pago se encuentra debidamente justificado, y que el sólo transcurso del tiempo del contrato de supervisión no da derecho al pago, sino cuando el servicio se realiza de manera óptima, eficiente y eficaz, lo cual se verá reflejado en la idoneidad del expediente técnico elaborado bajo su supervisión, por esta razón queda objetiva y absolutamente demostrada la inexistencia de causal válida para resolución del contrato por la demandante.

La cláusula décima segunda del contrato que regula las relaciones jurídicas de las partes, en su Num. 12.2, señala que el contrato sólo podrá ser resuelto por las causas contempladas por el Artículo 167 del Reglamento y siguiendo el procedimiento establecido en el Artículo 169 de la misma norma de contrataciones, adicionalmente, el presente contrato quedará automáticamente resuelto en caso el Supervisor no cumpla con presentar la garantía de fiel cumplimiento dentro del plazo máximo de diez (10) días contados desde la suscripción del contrato.

Al respecto, el citado artículo 169°, en relación con el debido procedimiento administrativo de resolución de contrato, motivación, formalidades y plazo dispone en su parte pertinente que, 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 (05) días, plazo éste establecido para el caso de los contratos de servicios, bajo apercibimiento de resolver el contrato y, que, 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. La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad.

En relación a la existencia del concepto de la obligación esencial en la normativa de contrataciones del Estado, inc. c) del Artículo 40º de la Ley, al regular la resolución del contrato determina la facultad de la Entidad de resolver el contrato en caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus "obligaciones" que haya sido previamente observada por ella, seguidamente, este inciso indica que, igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus "obligaciones esenciales", siempre que el contratista le haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento. Esta regulación se encuentra prevista en la parte final del Artículo 168º del Reglamento, determinando que, el incumplimiento de la Entidad de sus obligaciones esenciales sea injustificado.

De lo anterior se colige que, si existe y se encuentra determinado de una manera pura y simple la existencia de la obligación del contrato para el Contratista y las obligaciones esenciales del contrato para la Entidad, dentro de este contexto, cabe precisar que, el contrato, como instrumento de la relación obligacional de las partes ha establecido obligaciones y derechos constituyendo contraprestaciones recíprocas; lo que no obsta que un hecho de cargo de la Entidad por la naturaleza de las cosas pudiera devenir en una obligación esencial en la ejecución del contrato.

De los hechos y los medios probatorios que se relacionan con este punto controvertido, el Tribunal se avoca a determinar las formalidades esenciales respecto a que, si el Contratista ha satisfecho

ARBITRAJE

Oficina de Ingeniería y Servicios Técnicos S.A. OIST S.A.

Municipalidad Distrital de Ilabaya

los requisitos para resolver el contrato, esto es, el apercibimiento con el cargo de las obligaciones esenciales, el incumplimiento de las mismas, el acto de su notificación por vía notarial y el plazo concedido y previsto legalmente.

Así, tenemos que del medio probatorio 5 y Anexo 6, se acredita que la Entidad remite al Contratista el Oficio N° 174-2010-MDI-DPIP de fecha 15.12.2010, adjunto al cual le notifican la Resolución de Alcaldía N° 384-2010 de fecha 14 de diciembre de 2010, aprobando Proyecto y el Expediente Técnico de Obra "Construcción de Defensas Ribereñas y Encauzamiento del Rio Ilabaya Locumba en los Sectores de Chejaya, Ilabaya, Mirave y Oconchay, respecto del Estudio Definitivo, Construcción de Defensas Ribereñas y Monitoreo, Impacto Ambiental, Sensibilización de Faja Marginal y Afectaciones y, Supervisión y Liquidación por la suma de S/. 75'826,840.37 nuevos soles y; Costo Directo, Gastos Generales Fijos, Gastos Generales Variables y Utilidad por la suma de S/. 68'409,990.40 nuevos soles, hecho que acredita la satisfacción de los servicios prestados por el Contratista a la demandada.

Luego de esta notificación, el Contratista remite a la Entidad la Carta N° 018-2011-GAF/OIST de fecha 01.02.2011, recibido en la misma fecha, adjunto al cual se entregó la Factura N° 003026 por la suma de S/. 303,301.63, incluido IGV al haberse cumplido con la prestación (medio probatorio 6 y Anexo 7) y, posteriormente, luego de dos meses y medio, frente a la demora en cumplir con el pago de la factura, le remite la Carta DC N° 038-2011-OIST de fecha 14.04.2011, recibido con fecha 20.04.2011, requiriendo el pago de sus servicios.

No obstante encontrarse pendiente el pago de la factura por los servicios prestados, con fecha 06.05.2011 la Entidad notifica al Contratista la Carta N° 226-2011-MDI-GM de fecha 04 de mayo de 2011, adjunto al mismo le entrega la Resolución de Alcaldía N° 0184-2011-A/MDI aprobando la suspensión de los efectos del Artículo 1º de la Resolución de Alcaldía N° 384-2010 que aprobó el Expediente Técnico del Proyecto y, la nulidad de oficio de los artículos 2º y 3º de la citada Resolución de Alcaldía N° 384-2010 y, le solicita que en el término de 15 días presente su informe sobre la calidad del Expediente Técnico del Proyecto aprobado y, frente a este hecho, el Contratista remite la Carta N° 154-2011-GAF/OIST de fecha 13 de mayo de 2011, solicitando informes y un plazo adicional de 10 hábiles, para cumplir con evacuar el informe solicitado (medio probatorio 7 y Anexo 8).

Con el medio probatorio 8 y Anexo 9, el Contratista acredita que mediante Carta de fecha 24 de junio del 2011, cumplió con emitir su opinión sobre la calidad y situación de los estudios y del Expediente Técnico elaborado por el Contratista ejecutor CONSORCIO RÍO ILABAYA, concluyendo en el hecho que dicho Expediente Técnico aprobado por la Resolución de Alcaldía N° 384-2010, cumple con la Propuesta Técnica, las Bases Administrativas y los estándares de calidad previstos en los Términos de Referencia (TdR).

No obstante haber cumplido el Contratista con emitir su opinión, sobre la calidad y situación de los estudios y del Expediente Técnico elaborado por el Contratista ejecutor CONSORCIO RÍO ILABAYA, la Entidad no se pronunció de modo alguno, situación que dio lugar a que el Contratista, conforme se aprecia del medio probatorio 3 y Anexo 4, le remita la Carta DC N° 124-2011-OIST de fecha 05.08.2011, recibida por la Entidad con fecha 12.08.2011, formulando el apercibimiento para que cumpla con sus obligaciones esenciales otorgándole el plazo de siete (07) días calendario, respecto de: 1° El pago de la suma de S/. 303,301.03 nuevos soles, incluido IGV, por los conceptos de servicios en la Etapa de Supervisión de la Elaboración del Expediente Técnico y, 2° El pago de la suma de S/. 75,821.76 nuevos soles sin IGV, por concepto de mayores costos por servicio de Supervisión derivado de la Ampliación de Plazo N° 01 por 29 días calendario, producido por silencio administrativo positivo, bajo apercibimiento de resolver en forma parcial el contrato; siendo que la resolución del contrato se produce mediante la notificación de la Carta Notarial de fecha 06.03.2012, recibido por la Entidad con fecha 08.03.2012, estos es después de transcurrido casi siete (07) meses posteriores a la notificación del emplazamiento.

En este extremo, el Tribunal deja constancia que, con respecto a la posición de la Entidad que no se habría cumplido con la formalidad de la resolución del contrato, sobre la participación del Juez de Paz para la notificación del emplazamiento ni de la resolución contractual y que no se ha cumplido con el plazo de los cinco (05) días del acotado artículo al haberse considerado quince (15) días, que la participación de los jueces de Paz Letrado no se encuentran vetados en el Reglamento, siendo que al contrario tienen mayor relevancia en los lugares donde no existe Notario Público y suplen estas funciones, como se encuentra permitido en el Artículo 209 del Reglamento referido al procedimiento de resolución del contrato de

obra, el cual resulta aplicable al presente caso en razón de la aplicación de la norma de la misma materia y, con respecto al plazo de apercibimiento otorgado a la Entidad, conforme se aprecia de la Carta DC N° 124-2011-OIST de fecha 05.08.2011 (medio probatorio 3 y Anexo 4), este no fue de quince (15) días calendario, sino de siete (07) días calendario, esto es que, el Contratista le concedió un mayor plazo a la Entidad. Plazo este que se aplica en beneficio de la Entidad y no en su perjuicio, asimismo, la concesión de un mayor plazo para el cumplimiento de una obligación no podría considerarse un vicio del procedimiento o afectación al derecho del obligado, sino un hecho a favor del obligado y, en sentido contrario menores plazos al establecido legalmente sí podrían considerarse vulnerables para el obligado, que no es el caso. De otro lado, en relación al Comunicado N° 10-2013-OSCE/PRE, sus alcances están referidos a su participación en los procesos de selección y no está referido al caso de la notificación de la resolución de contratos en materia de contratación pública.

En este mismo análisis, el Tribunal determina que de los actuados del expediente arbitral no existe medio probatorio alguno ofrecido por la Entidad, sea absolviendo el requerimiento, contradiciendo o cuestionando las causales del demandante en la oportunidad requerida, no obstante haber sido emplazado y apercibido por éste para que cumpla con sus obligaciones esenciales, no obstante que por este hecho ya sabía y conocía que se resolvería el contrato y, es cuando a propósito de la interposición de la demanda que la Entidad, recién al contestar la primera pretensión expone sus criterios y argumentaciones de defensa con respecto a que el no pago de la suma de S/. 303,301.03 nuevos soles, incluido IGV, por los conceptos de servicios en la Etapa de Supervisión de la Elaboración del Expediente Técnico, no fueron pagados por la deficiente labor de control en los trabajos de elaboración del Expediente Técnico y no tener condiciones de idoneidad técnica y, con respecto a la causal del pago de la suma de S/. 75,821.76 nuevos soles sin IGV, por concepto de mayores costos por servicio de Supervisión derivado de la Ampliación de Plazo N° 01 por 29 días calendario, no se pronuncia en la contestación, y desarrolla su defensa sobre este punto al contestar la tercera pretensión de la demanda.

En base a los acápitres anteriormente glosados, el Tribunal tiene la convicción que la falta de pago de la valorización por S/. 303,301.03 nuevos soles, incluido IGV, por los conceptos de servicios en la Etapa

de Supervisión de la Elaboración del Expediente Técnico y la suma de S/. 75,821.76 nuevos soles sin IGV, por concepto de mayores costos por servicio de Supervisión derivado de la Ampliación de Plazo N° 01 por 29 días calendario, al margen de la procedencia o no de su pago constitúan obligaciones esenciales de cargo de la Entidad, toda vez que las valorizaciones de índole económico resultan siendo esenciales, medulares y transversales al contrato, cuyo objeto es financiar las actividades propias del contrato y posibilitar el cumplimiento de las obligaciones del Contratista, en el contexto que los contratos de servicios son bilaterales y tienen contenido de contraprestaciones recíprocas.

Ahora bien, como era de esperar de una diligente conducta y bajo el principio de la buena fe contractual, el hecho que la Entidad no se encontraba conforme con el servicio prestado, ello de modo alguno le quita el contenido de la esencialidad de la obligación que tiene las valorizaciones en los contratos de servicios o de obras y, conforme lo establece la Ley y su Reglamento, las discrepancias con respecto a las cuestiones que se susciten en torno a las valorizaciones deben resolver mediante arbitraje; sin embargo, tampoco, la Entidad se pronunció en su oportunidad sobre la procedencia o no del pago de su obligación, lo que impidió al Contratista hacer valer su derecho. Situación que a todas luces quiebra la citada buena fe contractual y la común intención de las partes.

En criterio del Tribunal, bajo el principio de que la ley no ampara el abuso del derecho, considera que la conducta de la Entidad no ha sido la más adecuada en las relaciones jurídicos contractuales, habiendo creado con su conducta una situación de significativa incertidumbre si tenemos en cuenta que, no obstante haberse pronunciado el Contratista con respecto a la calidad y situación de los estudios y del Expediente Técnico elaborado por el Contratista ejecutor CONSORCIO RÍO ILABAYA y, que dicho Expediente Técnico aprobado por la Resolución de Alcaldía N° 384-2010, cumple con la Propuesta Técnica, las Bases Administrativas y los estándares de calidad previstos en los Términos de Referencia (TdR), la Entidad no emitió pronunciamiento administrativo alguno; siendo que, específicamente, para el caso de los servicios relacionado con el Expediente Técnico, se estableció expresamente en el cuarto párrafo del Num. 6.1 de la cláusula sexta del contrato que: *"La etapa del servicio correspondiente a la Supervisión de la Elaboración del Expediente Técnico será cancelada en un solo pago a la aprobación*

del Expediente Técnico", no obstante, la Entidad no se pronunció respecto al pago de esta obligación ni sobre la situación de la continuidad de sus servicios ni tomó la decisión de paralizar los servicios hasta que concluya sus controversias con el CONSORCIO RÍO ILABAYA, tampoco lo hizo en las oportunidades , varias, que el Contratista lo invitó a las audiencia de conciliación extrajudicial, tampoco propuso resolver de mutuo acuerdo el contrato para evitar o reducir potenciales perjuicios y controversias; por estas consideraciones, en relación con el primer punto controvertido de la demanda, el Tribunal tiene la convicción que debe declararse la validez de la resolución del contrato de servicios dispuesta por el Contratista y motivado en la responsabilidad de la Entidad, estando al hecho que la resolución contractual cumple con las formalidades y requisitos del debido procedimiento administrativo prescrito en los artículos pertinentes y precedentemente citados.

2. En relación con el segundo punto controvertido de la demanda, el Contratista solicita al Tribunal que ordene a la Entidad cumpla con pagarle la suma de S/. 325,465.63 y 00/100 Nuevos Soles incluido IGV por concepto de la etapa del servicio de supervisión de la elaboración del expediente técnico del contrato de servicio de la referencia, más sus intereses de ley; siendo el caso que, el 04 de mayo del 2011, fecha en que la Entidad le notifica la Resolución de Alcaldía N° 0184-2011-A/MDI, venían prestando con normalidad sus servicios, generándose la siguiente valorización:

| | |
|--|----------------|
| • Valorización por servicio de Supervisión del Expediente Técnico | S/. 292,596.15 |
| • Reajuste de la Valorización | S/. 6,480.63 |
| Sub Total | S/. 299,076.78 |

| | |
|--|----------------|
| (-) Menos amortización del Adelanto | (43,889.42) |
| (-) Menos deducción del Reajuste que no corresponde | (312.04) |
| • Valorización Neta | S/. 254,875.32 |

Argumenta que los servicios detallados comprenden: los recursos humanos que fueron asignados por su parte para el desarrollo de las actividades de supervisión de elaboración del Expediente Técnico de acuerdo con su Propuesta Técnica, con el siguiente personal: Jefe de Supervisión, Coordinador, Especialistas en Estructuras, Instalaciones Sanitarias, Instalaciones Eléctricas, Costos y Presupuestos, y personal

técnico y, los recursos logísticos que utilizó para sus actividades y condiciones de trabajo de sus prestaciones fueron equipos de cómputo y de impresión, equipos topográficos, camionetas 4x4, equipos de laboratorio de suelos, material fotográfico y de filmación, oficinas, útiles de oficina y dibujo, gabinetes y mobiliario de dibujo. Asimismo, teniendo en cuenta que, el proceso de selección es un concurso oferta, el Contratista Ejecutor CONSORCIO RÍO ILABAYA, fue quien elaboró los estudios del expediente técnico, por lo tanto, ofertó la ejecución del expediente técnico y la ejecución de la obra, siendo para este efecto que, con el Acta de inicio de Plazo de elaboración del Expediente Técnico de fecha 27 de mayo del 2010, se oficializó el inicio de sus servicios con un plazo total de 510 días calendario, conforme lo establecido en el Num. 3.4 de la Cláusula Tercera del contrato y, que los servicios ejecutados se realizaron durante los meses de mayo 2010, junio 2010, julio 2010, agosto del 2010, setiembre 2010 octubre 2010, los mismos que han sido detallados en sus Informes N° 1 (Carta N° 007 LR-OIST/SI del 07 de Julio del 2010), Informe N° 2 (Carta N° 033 LR-OIST/SI25 del Agosto del 2010) de avance y borrador del Informe Final y el Informe Final de (Carta GT 355-OIST de fecha 29 de Octubre del 2010).

En su caso, la Entidad lo contradice sosteniendo que, el Supervisor no cumplió con su obligación de supervisión idónea, eficiente y eficaz, habiendo dado ello dado lugar a que el Expediente Técnico adolezca de serias deficiencias en grave perjuicio del interés público, por ello, resulta imposible efectuar pago alguno por un servicio de supervisión que en lugar de cumplir con su objetivo de lograr que el Expediente Técnico se elabore con idoneidad y ajustándose a todos los parámetros técnicos que exigen las autoridades competentes, haya sido por el contrario partícipe y justificador de los errores del Contratista Ejecutor, pretendiendo ocultar lo que a todas luces es evidente: que el expediente técnico adolece de graves deficiencias y se encuentra sobrevaluado. Asimismo, con relación a este extremo es necesario se tenga en consideración que por un mismo hecho no puede establecerse doble sanción: resolución de contrato y pago de intereses, como pretende erróneamente la demandante OIST, lo cual se encuentra dilucidado por el OSCE a través de diversas opiniones y pronunciamientos.

Planteadas las posiciones de las partes, el Tribunal considera que para el examen y análisis del presente punto controvertido, se debe valorar los criterios expuestos al resolver el primer punto controvertido

precedente, esto es, que la causal que originó el procedimiento de resolución del contrato seguido por el Contratista se vincula con el incumplimiento de una obligación esencial del contrato, como es el pago de la valorización por los servicios de supervisión prestados por el Contratista.

En dicho contexto es menester traer a colación que, tanto en el caso del referido incumplimiento como en el presente caso, al contestar este extremo de la demanda, la Entidad no ha expuesto razones valederas ni ofrecido medios probatorios que permita al Tribunal merituar y compulsar los hechos enervantes y sus argumentaciones. En esta situación, los fundamentos de hecho alegados por la Entidad, que absuelve el demandado en su contestación, llevan al Tribunal a conocer *in extenso* la contradicción, esto es, que la Entidad no desconoce la obligación, asimismo, no cuestiona el origen ni la procedencia de la valorización, como tampoco no cuestiona el monto adeudado ni los conceptos que integran la estructura de dicho costo, únicamente, ha expuesto cuestionamientos a la calidad e idoneidad del Expediente Técnico que es un aspecto contrapuesto a la naturaleza de la controversia y no existe conexión entre ellas, asimismo, no ha ofrecido medios probatorios conducentes al conocimiento de éstas deficiencias ni ha acreditado ni probado el grave perjuicio del interés público, constituyendo su dicho en simples alegaciones y argumentos de defensa, todo lo cual es además contradictorio con la previa aprobación otorgada al citado Expediente Técnico, acto administrativo cuya invalidez no es objeto de controversia; por estas consideraciones en aplicación a la garantía constitucional que todo trabajo debe ser reenumerado, **el Tribunal tiene la convicción que no existiendo hechos enervantes ni medios probatorios administrativos dictados contra los servicios prestados por el Contratista, debe declararse fundado la pretensión contenida con el segundo punto controvertido de la demanda** y en consecuencia la Entidad deberá pagar al Contratista la suma de S/. 325,465.63 y 00/100 Nuevos Soles incluido IGV, por la valorización correspondiente a la etapa de los servicios de supervisión de la elaboración del Expediente Técnico, conforme a la condición previsto por el párrafo segundo del Numeral 6.1 de la cláusula sexta del contrato de locación de servicios N° 005-2010-MDI.

3. En relación con el tercer punto controvertido de la demanda, el Contratista solicita al Tribunal que ordene a la Entidad cumpla con pagarle la suma de S/. 96,821.35 y 00/100 Nuevos Soles incluido

IGV por concepto de mayores costos por servicio de supervisión derivado de la ampliación de plazo N° 01 del contrato, más sus intereses de Ley, al haberse producido la variación de los plazos establecidos en el Num. 3.4 de la Cláusula Tercera del contrato, conforme la Carta N° 0292-2010-GG/OIST de fecha 05.10.2010 remitida a la Entidad, con el que se formalizó la solicitud de ampliación de plazo N° 01, amparado por lo dispuesto en los artículos 175 y 202 del Reglamento, originado en el hecho que la Entidad aprobó la ampliación de plazo por 29 días calendario al ejecutor de la Obra: CONSORCIO RÍO ILABAYA, siendo que la ampliación se justifica en el hecho que sus servicios se encontraban directamente vinculados al inicio, elaboración y culminación del estudio del Expediente Técnico y ejecución de la obra. Abunda en el hecho que, de acuerdo con el trámite, su solicitud de ampliación de plazo quedó consentida en razón que la demandada no se pronunció dentro de los plazos reglamentarios y, sin embargo, la Entidad aprobó dicha ampliación con la Resolución de Alcaldía N° 344-2010 de fecha 21.10.2010, en cuyo contenido citan el Informe N° 513-2010-OS-DPIP-MDI, el cual hace referencia al último párrafo del Artículo 202 del Reglamento, respecto a que de acuerdo con la ampliación otorgada al Contratista ejecutor, la Entidad ampliará el plazo de los contratos celebrados por esta y vinculados directamente con el contrato principal de acuerdo a los alcances de la Opinión N° 016-2009/DTN del OSCE, en concordancia con el Artículo 202 del Reglamento, en que no se condiciona la ampliación a determinado procedimiento y, resolvió "infundado" el pedido del reconocimiento de mayores costos de sus prestaciones, aduciendo la aplicación de la Cláusula Cuarta del contrato de supervisión referido a que el importe se podrá incrementar o disminuir en función a los servicios realmente prestados y requeridos, así como, de las causales indicadas en el Num. 3.5 de la Cláusula Tercera del contrato, debidamente justificadas, previo acuerdo entre las partes; sin embargo, señalan que la decisión devenía en prematura porque de acuerdo con el procedimiento una vez aprobada la ampliación es que corresponde el trámite de los mayores costos incurridos, por lo tanto, frente al hecho materialmente consentido no podrían pronunciarse sobre un extremo aún inexistente, lo que hace pasible la ineficacia e invalidez de la Resolución Administrativa, debiendo prevalecer el consentimiento de la ampliación de plazo que no fue cuestionado por la Entidad y, finalmente, durante el procedimiento de la solicitud de pago de los mayores costos cumplieron con presentar los documentos que acreditaban los mayores costos, conforme la Carta N° 0292-2010-GG/OIST recibida por la Entidad con fecha 05 de octubre del 2010, en la que se adjuntó el

Resumen del desagregado de los costos y los documentos respecto de los siguientes conceptos y montos: Honorarios de personal por S/. 35,741.53, Alquileres y servicios por S/. 16,549.33, haciendo un total del Costo Directo la suma de S/. 52,290.87 y los Gastos Indirectos e Impuesto por S/. 37,937.02, todo lo cual asciende a la suma total de S/. 90,227.89, suma que ha sido actualizado aplicando sus reajustes que corresponde.

A su turno, el demandado rechaza y contradice la pretensión indicando que, el sustento del Contratista está referido a refutar el sustento de la Opinión N° 010-2011/DTN de fecha 03.01.11 del OSCE, referida al pago de mayores costos por la ampliación del plazo del contrato de supervisión de obra, que señala: *"cuando a consecuencia del desfase en la ejecución de algunas actividades o partidas de la obra, se ampliaba el plazo del contrato de obra y, en consecuencia, el plazo del contrato de supervisión de obra, solo correspondía pagar al supervisor mayores gastos generales, pero no costos directos ni utilidad, puesto que las actividades o partidas desfasadas recién serían supervisadas durante el periodo correspondiente a la ampliación."* y, en este sentido, se debe tener en cuenta que en el contrato principal no se han producido más prestaciones al no existir incremento de prestaciones, sino por el contrario ha habido reducción de prestaciones del Contratista ejecutor de la obra, por lo que en el contrato de la supervisión que es el contrato vinculado, también se ha producido una reducción de las prestaciones y se pregunta, si en esas condiciones se puede hablar de mayor costo de la supervisión. Asimismo, señala que la Opinión N° 010-2011/DTN de fecha 03.01.2011 del OSCE sobre pago de mayores costos por la ampliación del plazo del contrato de supervisión de obra, dice que cuando a consecuencia del desfase en la ejecución de algunas actividades o partidas de la obra se amplía el plazo del contrato de obra y, en consecuencia, el plazo del contrato de supervisión de obra, solo correspondía pagar al supervisor mayores gastos generales, pero no costos directos ni utilidad, puesto que las actividades o partidas desfasadas recién serían supervisadas durante el periodo correspondiente a la ampliación; por consiguiente, bajo dicha premisa legal de la indicada Opinión han efectuado un cálculo de los Mayores Gastos Generales, considerando éste único concepto señalado en la referida Opinión 010-2011, en el supuesto negado que tuvieran que pagar se obtendría únicamente la suma de S/. 39,299.27 y no la cifra de S/. 96,821.35, que reclama el demandante.

Agotada la exposición de los argumentos de las partes, el Tribunal, procede al examen y análisis del presente punto controvertido, así tenemos que:

- i) En primer lugar, se debe determinar si en efecto la solicitud del Contratista se encuentra consentida; al respecto del medio probatorio 11 y Anexo 12, se acredita la Carta N° 0292-2010-GG/OIST de fecha 05.10.2010, de solicitud de ampliación de plazo N° 01, recibido por la Entidad con fecha 05 de octubre de 2010, solicitando la ampliación de plazo N° 01, amparada en los artículos 175 y 202 del Reglamento. En su caso, la Entidad se pronunció con respecto a la solicitud del Contratista emitiendo la Resolución de Alcaldía N° 344-2010 de fecha 21.10.2010, notificado dicho resolutivo con el Oficio N° 21-2010-OAL-MDI, conforme aparece del tenor de la Carta GT 362-OIST de fecha 05.11.2010, recibido por la Entidad con fecha 08.11.2010 (medio probatorio 13 y Anexo 15); en este contexto, haciendo el cómputo de los plazos, la Entidad debía no sólo haberse pronunciado sino cumplir con notificar al Contratista su decisión, máximo hasta el día 17 de octubre del 2010 y, no el 24 de octubre del 2010, como lo hizo, lo cual acredita que, en efecto la solicitud de la ampliación de plazo del Contratista quedó consentida frente a la extemporaneidad del pronunciamiento y su notificación, conforme lo establece el Artículo 175⁴ del Reglamento.
- ii) Estando consentida la solicitud de ampliación de plazo del Contratista, corresponde analizar la discrepancia existente en el monto del pago de los mayores gastos generales, costos directos y utilidad por los servicios de supervisión, no siendo eficaz para los efectos del análisis la Resolución de Alcaldía N° 344-2010 de fecha 21.10.2010, asimismo, en cuanto se refiere a la Opinión N° 010-2011/DTN de fecha 03.01.2011 del OSCE, sus alcances no resultan siendo aplicables al presente caso a tenor de lo dispuesto en su propio contexto que se cita en el segundo párrafo del Num. 1 Antecedentes, que señala: *"Cabe precisar que, de acuerdo con el tenor de la presente consulta, su absolución se realizará en atención al Texto Único Ordenado de la Ley"*

⁴ *"Artículo 175.- Ampliación del plazo contractual.- Procede la ampliación del plazo en los siguientes casos: 1. Cuando se aprueba el adicional, siempre y cuando afecte el plazo. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado. 2. Por atrasos o paralizaciones no imputables al contratista. 3. Por atrasos o paralizaciones en el cumplimiento de la prestación del contratista por culpa de la Entidad; y, 4. Por caso fortuito o fuerza mayor. El contratista deberá solicitar la ampliación dentro de los siete (7) días hábiles de aprobado el adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización. La Entidad resolverá sobre dicha solicitud en el plazo de diez (10) días hábiles, computado desde su presentación. De no existir pronunciamiento expreso, se tendrá por aprobada la solicitud del contratista, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad ampliará el plazo de los contratos directamente vinculados al contrato principal. Las ampliaciones de plazo en contratos de bienes o para la prestación de servicios darán lugar al pago de los gastos generales debidamente acreditados. Cualquier controversia relacionada con la ampliación del plazo por parte de la Entidad podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión."*

de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM (en adelante, la Ley), y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM (en adelante, el Reglamento)", por tanto, es menester precisar que el marco legal del contrato materia de la presente controversia es la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, aprobados por Decreto Legislativo N° 1017 y el Decreto Supremo N° 084-2008-EF, respectivamente, conforme lo cita el Num. 1.2 de la cláusula primera del propio contrato y no el referido Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Siguiendo el análisis, el contrato en su cláusula tercera, Num. 3.5 establece que: "*El plazo de ejecución de los Servicios de Supervisión podrá ampliarse por las siguientes causales, acorde a lo establecido en el Artículo 175° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, anteriormente mencionado...*" y, en concordancia a esta disposición, el Num. 4.2 de la cláusula cuarta del contrato, señala: "*Este importe sólo se podrá incrementar o disminuir en función de los Servicios realmente prestados y requeridos, así como, de las causales indicada en el Numeral 3.5 de la Cláusula Tercera del presente Contrato, debidamente justificadas, previo acuerdo entre las partes y debidamente autorizados por LA MUNICIPALIDAD, manteniéndose concordancia con el Artículo 175° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017 – Ley de Contrataciones del Estado.*" ; por lo tanto, de su sistematización normativa y las condiciones propias del contrato se verifica que los servicios del Contratista han sido realmente prestados y requeridos, asimismo, se adecúan a las causales indicadas en el Numeral 3.5 de la cláusula tercera del contrato y se encuentran debidamente justificadas en concordancia con el Artículo 175° del Reglamento, toda vez que la ampliación de plazo de ejecución de los estudios realizados por el Contratista CONSORCIO RÍO ILABAYA, fue autorizada y aprobada por la propia Entidad con la Adenda N° 02 al contrato principal celebrado con fecha 24.08.2010, prorrogando el plazo de ejecución del estudio del 24.08.2010 al 22.09.2010 por 29 días calendario y, siendo que esta prórroga culminó con la aprobación del Expediente Técnico del Proyecto mediante Resolución de Alcaldía N° 384-2010 de fecha 14.12.2010, el servicio prestado había cumplido su cometido y debía haberse pagado en la oportunidad pactada.

iii) Y, finalmente, en cuanto se refiere al monto que debe ser reconocido y su acreditación para el pago de los mayores gastos

generales, costos directos y utilidad, previamente se deja constancia que la Entidad no niega el derecho del Contratista en este extremo, únicamente sus cuestionamientos están dirigidos a enervar la estructura de los costos de la valorización en controversia, asimismo, tampoco ha tachado de nulo ni ha formulado oposición a la actuación del medio probatorio 11 y Anexo 12 de la demanda, siendo que al contrario, el demandante ha cumplido con acreditar y detallar el desagregado de la estructura de los costos por estos conceptos con dicho medio probatorio 11 de la demanda por el monto de S/. 90,227.89 el mismo que actualizado aplicando sus reajustes hace el monto total de S/. 96,821.35 nuevos soles, constituye el monto que debe ser reconocido por la Entidad al Contratista por los servicios prestados en la etapa de supervisión de elaboración del Expediente Técnico.

Todo lo cual importa la convicción del tribunal en cuanto a que debe declararse fundado el tercer punto controvertido de la demanda y en consecuencia la convicción que deben declararse fundados el primero, segundo y tercer puntos controvertidos que se relaciona con las pretensiones demandadas.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA

1. En este caso, el Contratista solicita que se ordene a la Entidad cumpla con pagarle la suma de S/. 62,018.20 y 00/100 nuevos soles, incluido IGV, por concepto de gastos y costos financieros por el mantenimiento de las cartas fianzas de fiel cumplimiento y adelanto directo, más la suma de S/. 378,544.93 y 00/100 nuevos soles por concepto de lucro cesante por el encaje del 100% por la emisión de tres (03) cartas fianzas vigentes a la fecha, que será actualizado durante al arbitraje hasta la fecha de devolución de la fianza más los intereses moratorios y compensatorios que corresponda, señalando sobre estos gastos y costos financieros que si bien tiene la obligación de entregar y mantener las cartas fianza por ser obligaciones del contrato, estos están destinados a garantizar el cumplimiento del contrato, la entrega y utilización del adelanto directo y, su amortización durante la ejecución del servicio conforme el plazo contractual; asimismo, a la fecha se encuentran vigentes la carta fianza de fiel cumplimiento del contrato N° D000-1856054 y de adelanto N° D000-1856051 y N° 1856047 del Banco de Crédito del Perú, sin embargo, desde que la Entidad de forma arbitraria anuló la Resolución de Alcaldía N° 384-2010 con la Resolución de Alcaldía N° 0184-2011-A/MDI de fecha 28.04.2011, cuestionando los estudios elaborados por

el Consorcio Río Ilabaya, se suspendió sus efectos y se declaró la nulidad de los artículos 1º y 2º de dicha Resolución de Alcaldía N° 384-2010 hasta la fecha de interposición de la demanda y, de abril-2010 a la fecha han mantenido vigente las garantías sin que la Entidad adopte ni tome una decisión y que los obligó a resolver el contrato, a pesar que informaron sobre la idoneidad y validez del expediente técnico. La vigencia y mantenimiento de las garantías se cumplen como obligaciones dentro de condiciones normales del contrato de Supervisión y no cuando una de las partes ha incumplido o mantiene un estado de incumplimiento permanente y, que en referencia a pagarles la suma de S/. 378,544.93 por lucro cesante por el encaje del 100% por la emisión de tres cartas fianza se debe ponderar que por políticas del sistema bancario, financiero y de seguros, la obtención y emisión de las garantías exigidas por los contratos de consultoría y obras se sujetan a normas reglamentarias de la SBS, como es otorgar garantías inmobiliarias, prendarias, garantías personales, aval personal y encaje de dinero en efectivo por el 100% del monto de la carta fianza y que, para poder materializar la operación bancaria de emisión y obtención de las cartas fianza del fiel cumplimiento y la entrega del adelanto lo garantizó con la entrega de seis certificados de depósito bancario en el Banco de Crédito del Perú por US\$ 273,703.66 Dólares de Norteamérica, con el siguiente detalle: Código Cuenta N° 191 62688166 1 por US\$ 32,960.40, Código Cuenta N° 193 62714587 1 por US\$ 21,766.27, Código Cuenta N° 193 62716155 1 por US\$ 23,321.00, Código Cuenta N° 193 62716386 1 por US\$ 21,911.42, Código Cuenta N° 193 62716387 1 por US\$ 29,554.94 y Código Cuenta N° 193 80431778 1 por US\$ 144,189.63, siendo que esta situación se produce con la total buena fe y común intención de cumplir con el contrato por el plazo contractual y comprometido con los instrumentos financieros de su propiedad para obtener las garantías necesarias y con la vigencia para todo el periodo que comprendía la elaboración de los estudios y del expediente técnico, etapa de supervisión y etapa de recepción y liquidación del contrato de obra; sin embargo, todo este proyecto se frustró por la conducta de la Entidad al expedir la Resolución de Alcaldía N° 0184-2011-A/MDI de fecha 28.04.2011, lo que origina su pretensión de indemnización por daños y perjuicios. Señalan que la situación arbitraria no fue solucionado por la Municipalidad en su oportunidad para no causarles daños y perjuicios, de modo que su conducta negligente, abuso de derecho y abuso de autoridad con omisión funcional ha mantenido en permanente situación de incertidumbre la situación de la obra hasta que resolvió el contrato, por lo tanto no es posible exonerar de responsabilidad a la Entidad de este

costo de mantenimiento de la garantía, estando obligado a asumirlo bajo su costo y conforme a la Tabla de Cálculo del Lucro Cesante de acuerdo con la tasa activa promedio de las empresas del sistema bancario y financiero y, el dinero depositado no percibe interés alguno y el uso del dinero es una pérdida real, que recién será devuelto cuando cumplan con devolver las fianzas; por lo tanto, existe una pérdida de su poder adquisitivo y por el uso del dinero en la línea del tiempo que demandará el presente arbitraje, lo cual justifica el reconocimiento de los intereses por daño emergente y lucro cesante de acuerdo con el cálculo referido, siendo que este monto de acuerdo con la indicada Tabla de Cálculo acorde con las tasas que rigen en el sistema bancario y financiero que ha sido elaborada por su Oficina de Contabilidad, el cual asciende a la suma reclamada. Hace presente que han actuado con absoluta buena fe, prueba de ello es haber aceptado suspender las sucesivas audiencias de conciliación a pedido de la Entidad al solicitar mayor tiempo para solucionar las controversias con el Contratista Consorcio Río Ilabaya y, el Tribunal debe tener en cuenta que las operaciones de las actividades de servicios de garantías de las entidades financieras y de seguros se encuentran reguladas por disposiciones establecidas por la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS), el cual establece requisitos para garantizar la emisión de garantías y solicitan condicionamientos para garantizar las líneas de crédito por emisión de fianzas y de pólizas, como son los depósitos o encaje en efectivo y garantías inmobiliarias en respaldo de las obligaciones, los mismos que en el presente caso se exigen encajes en efectivo que en su caso es del 100% de la obligación y por la arbitraría decisión impuesta por la Entidad han mantenido el dinero del encaje inmovilizado sin justificación alguna y sin causa que lo motive sufriendo pérdidas por utilidades dejadas de percibir por el uso del dinero por la suma de US\$ 273,703.66 Dólares de Norteamérica que se acredita de los referidos depósitos bancarios y su respectiva liquidación.

2. Al contrario, la Entidad manifiesta su rechazo y absoluto desacuerdo, porque el Contratista incurrió en incumplimiento de obligaciones del contrato, encontrándose y pendiente que el Contratista de la Obra corrija las deficiencias del expediente técnico. Por lo tanto, debe mantenerse la vigencia de las garantías de fiel cumplimiento y adelanto que el Supervisor ha otorgado conforme los requisitos reglamentarios, asimismo, los costos del encaje, garantías, hipotecas, que haya otorgado para la obtención de sus cartas fianza de fiel cumplimiento y adelanto que otorgó, en todo presupuesto - valor referencial, que se elabora para convocar un proceso de selección, ya se encuentra

contemplado el costo de la obtención de las cartas fianza o pólizas de caución por el Contratista, de modo que cuando el postor presenta su oferta económica, en ella ya se encuentran incluidos estos costos, de modo tal que no resulta válido que la demandante pretenda cobrar doble por dicho concepto que bien sabe y es consciente que forma parte de la estructura del presupuesto y de su propuesta económica, asimismo cualquier costo adicional en el que hubiera incurrido es de su entera responsabilidad en tanto que hizo una supervisión deficiente de la elaboración del expediente técnico, lo cual viene prolongando la vigencia de sus garantías, lo cual es de su entera y absoluta responsabilidad. Sobre el tipo de intereses que asumen las Entidades Públicas son intereses legales y no moratorios y compensatorios, manifestando su rechazo al cobro de tal concepto, no obstante precisar que de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado y su respectivo Reglamento, el tipo de intereses que paga una Entidad Pública en el supuesto que le corresponda asumirlos, son intereses legales, por lo que carece de fundamento legal alguno el requerimiento de pago de intereses moratorios y compensatorios que alega la demandante. En relación con los argumentos que expone la demandante, la norma de contrataciones del Estado, establece como requisito indispensable para suscribir el contrato debe entregar la garantía de fiel cumplimiento, por la suma equivalente al diez por ciento del monto del contrato original y tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación en el caso de bienes servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultaría de obras, por lo tanto, el requerimiento de que la Municipalidad asuma dichos costos a sabiendas que es una obligación que le corresponde hasta que el contrato se liquide, es contrario a Ley, e incluso aun en el supuesto negado que fuera válida la resolución de contrato que ella ha efectuado, aun en dicha circunstancia, persiste la obligación de mantener vigente sus cartas fianza y por ende asumir el costo que ello demanda y que su contrato está vinculado con el contrato la forma, la entidad bancaria, los plazos y costos son de cuenta del demandante, no pudiendo excluir su obligación tan sólo porque lo diga, o por que deba asumir mayores costos financieros derivados de sus incumplimientos.

3. Agotada la exposición de las partes y delimitada la contraposición de estas, corresponde al Tribunal examina y resolver la pretensión, para lo cual considera que, en relación a esta materia corresponde citar la Cláusula Cuarta del contrato que establece el tratamiento y situación de la entrega del adelanto directo al Contratista y la cobertura de las

garantías, en efecto, el Num. 4.5 Adelanto y Garantías, señala: "LA MUNICIPALIDAD podrá exigir a EL SUPERVISOR la entrega oportuna de aquellas Garantías que considere indispensables para la ejecución el presente Contrato, acorde a lo establecido en los Artículos 1550 al 1640 de EL REGLAMENTO; y conforme al procedimiento establecido en las Bases Integradas de Selección" y, el Sub Numeral 4.5.1, ha dispuesto sobre el adelanto que: "4.5.1 LA MUNICIPALIDAD ha previsto entregar un Adelanto Directo a EL SUPERVISOR dentro de los 15 días naturales de presentada la Garantía por un monto que no excederán en conjunto del treinta por ciento (30%) del monto total del Contrato, en concordancia con lo establecido en las Bases Integradas, y en el Artículo 162º de EL REGLAMENTO."

Asimismo, con respecto a su entrega y amortización señala lo siguiente: "La entrega del Adelanto Directo se realizará a requerimiento de EL SUPERVISOR. Conjuntamente con el requerimiento éste deberá presentar una Garantía con las mismas características de la Garantía de Fiel Cumplimiento, (descritas en el Artículo 158º de EL REGLAMENTO) por un monto igual al del Adelanto Directo solicitado. Dicha Garantía estará representada por una Carta Fianza; con una vigencia no menor de tres (03) meses; renovable trimestralmente por el monto pendiente de amortizar, hasta la recuperación total del Adelanto Directo otorgado. EL SUPERVISOR presentará su factura por el Adelanto Directo actualizado por una sola vez, con el último índice reconocido a la fecha de facturación. Las renovaciones de la Garantía hasta la amortización final del Adelanto Directo, se harán por un monto igual al saldo del Adelanto Directo pendiente de recuperación, incluido el I.G.V., debidamente reajustado por la aplicación del Índice General de Precios al Consumidor (INEI), con el último índice conocido, a la fecha de renovación. El Adelanto Directo será amortizado mediante descuentos proporcionales en cada una de las valorizaciones mensuales, hasta su total cancelación, debiendo estar totalmente amortizado en la última valorización. Asimismo, en cada una de dichas valorizaciones se hará la deducción del reajuste que no corresponde por el Adelanto Directo otorgado, según la fórmula del Numeral 6.1 de la Cláusula Sexta del presente Contrato."

De otro lado, el Sub Numeral 4.5.2 sobre la Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato, señala lo siguiente: "EL SUPERVISOR entrega a la suscripción del contrato, la respectiva garantía solidaria, irrevocable, incondicional y de realización automática a sólo requerimiento de LA MUNICIPALIDAD, de fiel cumplimiento del

contrato, por un monto ascendente a S/. 322,677.58 (Trescientos Veintidós Mil Seiscientos Setenta y Siete con 58/100 nuevos soles, cantidad equivalente al diez por ciento (10%) del monto total del contrato; esto a través de CARTA FIANZA N° DOOO-1355442 del Banco de Crédito del Perú; la cual debe mantenerse vigente hasta que el consentimiento de la liquidación final del contrato quede consentido.”

De lo anteriormente citado, tratándose del adelanto directo, el contrato establece que procede devolver la garantía mediante amortización proporcional en cada una de las valorizaciones que se generan durante la ejecución contractual. De manera que se encuentra nítidamente acreditado que de haberse amortizado la totalidad del adelanto con el pago de la Valorización correspondiente a los servicios de supervisión, ocurrido con la aprobación del Expediente Técnico del Proyecto con la expedición de la Resolución de Alcaldía N° 384-2010 de fecha 14 de diciembre de 2010, conforme lo establecía el Num. 6.1 de la cláusula sexta del contrato, la consecuencia lógica es que, correspondía que la Entidad devolviera la carta fianza del adelanto directo entregado por el Contratista y, por ende, no tendría lugar la controversia sobre el reclamo de los costos y gastos financieros; aspecto a todas luces de responsabilidad de la Entidad toda vez que su conducta ha dado lugar a la generación de la presente controversia conforme ha sido materia de análisis y examen al resolver el Tribunal la primera pretensión principal de la demanda.

Ahora bien, en cuanto a la situación de la carta fianza de fiel cumplimiento que de acuerdo con el Sub Numeral 4.5.2 del contrato, debe mantenerse vigente hasta el consentimiento de la liquidación final del contrato quede consentido, lo que es concordante con lo dispuesto por el Artículo 158 del Reglamento, no es menos cierto que en este extremo lo que peticiona el Contratista es el pago de los gastos y costos financieros por el mantenimiento y vigencia y, adicionalmente a este aspecto, reclama los perjuicios que le viene afectando por la pérdida del lucro cesante en la situación de los gastos, costos y la pérdida que viene sufriendo al tener el encaje dinerario equivalente al cien por ciento del costo de la fianza de fiel cumplimiento representado en seis certificados de depósito bancario en el Banco de Crédito del Perú, que los acredita con el medio probatorio 16 y Anexo 18, respectivamente. En este contexto, si bien es cierto que la carta fianza de fiel cumplimiento debe mantenerse vigente hasta que el consentimiento de la liquidación final del contrato, no es menos cierto que en una interpretación correcta del Tribunal sobre la regulación de

la norma al caso concreto, dicha norma no puede amparar el abuso de derecho ni auspiciar el quebranto económico de la contraparte si tenemos en cuenta que las condiciones del contrato y la regulación de la ley se produce dentro del principio de contraprestaciones recíprocas, la buena fe la común intención y no dentro de relaciones de inequidad ni desbalance contractual, como, tampoco, corresponde que el Contratista pueda verse compelido o forzado a mantener vigente dichas fianzas dentro de una situación de completa incertidumbre y sin que la Entidad asuma las responsabilidades que le asigna el contrato celebrado y dentro del contexto que el contrato ha sido resuelto por su responsabilidad, menos aún el Tribunal en una interpretación rígida de la norma podría negar el derecho a la garantía constitucional de la tutela jurisdiccional efectiva que solicita el Contratista para poner fin a una situación que lo perjudica.

Es imperioso resaltar el hecho que, la Entidad, al absolver la demanda no desvirtúa ni desarrolla sus fundamentos sobre la justificación de la carga de los perjuicios que debe padecer el Contratista, tampoco, sustenta las razones que justifiquen no haber cumplido con devolver la carta fianza por el adelanto directo, así como, no ha ofrecido medio probatorio alguno que desvirtúe la existencia de los seis certificados de depósito bancario en el Banco de Crédito del Perú, conforme evidencia expedido por dicho Banco con la Carta de fecha 03.08.2015, que corre adjunto al Escrito N° 06 del Contratista de fecha 18.08.2015; en tanto que como argumentos de su defensa se ha limitado a desarrollar las condiciones de la deficiencia del expediente técnico, las condiciones típicas del proceso de selección, el tipo de interés que sumen las entidades públicas y las condiciones del contrato que han sido desestimados al resolver la primera pretensión principal y, ha omitido exponer criterios técnicos, de hecho y medios probatorios que permitan al Tribunal compulsar las razones por el cual el Contratista debería asumir la carga de estos costos, sin embargo, tampoco existe medio probatorio alguno que explique las razones valederas y justas de la situación de incertidumbre en que se encuentra el contrato de supervisión y el contrato de ejecución de obra, toda vez que las obligaciones de asumir costos y gastos dentro de la relación contractual solo se inscriben y se sujetan dentro de las condiciones que hayan sido pactadas por las partes, sin embargo, la situación materia de análisis es un hecho que ha excedido el contrato, la Ley y el Reglamento de contrataciones.

De los medios probatorios ofrecidos que se vinculan con ésta pretensión, esto es el contrato, los certificados de encaje bancario, la

Constancia del cálculo contable, la información del Estado de Cuenta de los certificados bancarios emitidos y adjuntos como medios probatorios 16 y 17 de la demanda (Anexos 18 y 19), y la Actualización de la Liquidación del Lucro Cesante, presentada a esta sede arbitral, se acredita la existencia de un vínculo obligacional determinado en condiciones pactadas, por lo que no existe situación alguna que faculte o autorice a las partes a prolongar en el tiempo un estado de cosas a beneficio de una y en perjuicio de la otra, lo que sería atentar contra la libertad contractual. Conforme los hechos que expone el Contratista y el amparo legal del contrato, habiendo cumplido en prestar sus servicios, entregado la factura para el pago por la etapa de los servicios de elaboración del Expediente Técnico que permitiera amortizar el total del monto del adelanto directo entregado, la Entidad se encontraba obligada a efectuar el pago y devolver la carta fianza en forma oportuna, sin embargo su conducta contraria al contrato, estableció una situación dañosa y perjudicial.

El Tribunal, dentro de la finalidad de resolver la controversia no puede eximir o soslayar el hecho de la conducta de la Entidad que si bien nace de un acto legítimo y contractual, su conducta creó efectos colaterales que afectaba al Contratista en relación con las obligaciones financieras que tenía frente a su fiador en relación con la renovación y mantenimiento de las cartas fianza forzándolo a realizar un innecesario mantenimiento de la garantía que, si bien, se inscriben como obligaciones contraídas en el contrato por el Contratista, pero ésta obligación deben cumplirse en condiciones normales y en armonía con las condiciones de la relación obligacional y no sufrir los perjuicios económicos que a la fecha viene afrontando al verse obligado a financiar un gasto, no solo no previsto, sino injusto, conforme se encuentra acreditado en el proceso.

A mayor abundamiento, la concurrencia de los hechos probados se adecuan a los presupuestos jurídicos de la institución jurídica de la responsabilidad civil que concurren en el presente caso en relación con la conducta de la Entidad, esto es: la conducta antijurídica al haber contravenido condiciones del contrato de obligación imperativa y expresa; el daño causado, en la situación que se ha acreditado que el demandante viene sufragando los costos financieros de la renovación y mantenimiento de la garantía del adelanto directo y de fiel cumplimiento con encajes cubiertos al cien por ciento de su monto se ubica dentro de su esfera patrimonial; la relación de causalidad, que se configura con la relación contractual obligacional celebrada por las partes para ejecutar

el servicio, cuya conducta atípica ha generado una situación injusta y arbitraria y; el factor de atribución, que se ha concretizado con el acto de la culpa inexcusable de la Entidad frente a su implícita conducta de incumplir el contrato imposibilitando amortizar para recuperar la carta fianza y paralizar de facto y de manera arbitraria el contrato, creando con dicha decisión una situación ilegal, incierta y dañosa toda vez que era consciente de los efectos colaterales que dicha decisión generaría posteriormente y su evidente falta de voluntad en tomar medidas para enervar o reducir los efectos de su irregular conducta.

Dentro del análisis material de la responsabilidad civil, en el caso del elemento *antijuridicidad*, el Colegiado tiene la probada certeza que la conducta de la Entidad fue contraria al deber legal establecido en el ordenamiento jurídico exigido a ella, deviniendo en una conducta antijurídica, como es la vulneración del Numeral 6.1 de la cláusula sexta del contrato y la dación de la Resolución de Alcaldía N° 384-2010 de fecha 14.12.2010, cuyos considerandos han sido abundantemente desarrollado por el Tribunal al pronunciar el primero y segundo punto controvertidos. En cuanto corresponde al *daño* como el segundo elemento de la responsabilidad civil, al que se concibe como el menoscabo o detrimiento al interés jurídicamente tutelado de los particulares, como es su patrimonio, renta, utilidad, etc., que se desenvuelven sobre la base de los principios orientadores de una “convivencia pacífica”, no se concibe ni se autoriza que una persona pueda realizar el ejercicio irregular de un derecho, toda vez que el ejercicio de un derecho no es el derecho de causar daño, porque este ejercicio tiene que ser siempre regular, ya que de lo contrario dejaría de ser derecho deviniendo en un acto abusivo, por consiguiente todo uso del derecho que no respeta el interés social es ilícito. En el presente caso, el daño se encuentra probado en la conducta irregular de la Entidad en el contexto que trajo como consecuencia la resolución del contrato y, como efectos colaterales, a partir de la imposibilidad que el Contratista concluya el contrato, la situación de sus obligaciones contraídas con terceros como son sus trabajadores, proveedores de servicios, obligaciones diversas, así como, es comprensible que esto haya producido la frustración de sus expectativas del negocio previstas en la correcta ejecución del contrato. Finalmente, en relación con la *relación causal*, como el tercer elemento de la responsabilidad civil, entendida como el nexo existente entre el hecho determinante del daño y el daño propiamente dicho, a efectos de precisar el hecho determinante del daño, el Tribunal tiene la convicción que el hecho determinante del daño es el incumplimiento de la Entidad en no haber

actuado conforme el ordenamiento legal, el principio de legalidad y haber omitido sus funciones administrativas orientadas a dar solución a la situación creada que, si bien es cierto estaba en el derecho de ejercer sus atribuciones en relación con el Contratista Ejecutor al margen de su resultado, sin embargo, no atendió la situación contractual del Supervisor cuyas actuaciones no fueron cuestionadas sino recién a propósito del presente arbitraje y fue, el Contratista, quien resolviera el contrato frente a la situación sometida a condición arbitraria del contrato y, no obstante, que ella persistió en conciliar y solucionar su situación nunca existió voluntad ni disposición de parte de la Entidad, no obstante las catorce audiencias de conciliación que se llevaron a cabo y comprendió el periodo desde Abril 2012 hasta Enero 2014, estos es de dos años sin solucionar una situación absolutamente injustificable y de claro abuso de derecho; en esta situación que el Tribunal deberá estar a lo establecido en el segundo párrafo del Artículo 1321º del Código Civil, en cuanto determina que el resarcimiento por la inejecución de la obligación que comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, debe considerarse en cuanto sea consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

Considerando los criterios expuestos y en la perspectiva de que la ley no ampara el abuso de derecho, **el Tribunal considera razonable amparar el pago de los gastos y costos financieros por la suma de S/. 62,018.20 por el mantenimiento por las cartas fianza de adelanto directo y de fiel cumplimiento del contrato**, y en cuanto al reclamo del lucro cesante por el encaje bancario, en primer lugar corresponde desestimarse la aplicación de los intereses legales que argumenta la Entidad, en tanto que la pérdida real del costo del dinero en situación de encaje, se inscribe dentro de las condiciones del uso del dinero dentro del mercado que regula el sistema bancario y financiero y no constituye el pago de valorizaciones o' costos del contrato; en este contexto, el Tribunal, en uso de su facultades discretionales y en aplicación supletoria del ordenamiento previsto en el Artículo 1326º y 1973º del Código Civil, el cual le permite ponderar y estimar prudencialmente el reconocimiento del daño indemnizatorio hasta los límites proporcionales en la producción de los daños y los perjuicios que habrían sido causados, dispone el pago del lucro cesante por la única y definitiva suma de S/. 378,544.93 nuevos soles que ha sido solicitado en la demanda, debiendo desestimarse el reconocimiento de la actualización del lucro cesante.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA

1. Con respecto a esta pretensión, el Contratista solicita se ordene a la Entidad, cumpla con pagarle la suma de S/. 211,927.25 y 00/100 Nuevos Soles incluido IGV por concepto de indemnización por daños y perjuicios (Daño Emergente y Lucro Cesante) por inejecución de obligaciones contractuales derivado de la negligencia inexcusable de la Entidad en cumplir con el Contrato; sosteniendo que de acuerdo con el desarrollo de sus servicios y del contrato de elaboración de los estudios y de ejecución de la Obra y su oferta económica con el que se les adjudicó la buena pro, habían establecido la meta comercial y la expectativa de obtener una utilidad de S/. 228,849.34 nuevos soles incluido IGV, sin embargo esta expectativa comercial ha sufrido una objetiva pérdida por la acredita responsabilidad inexcusable y conducta negligente de la Entidad en relación al cumplimiento de sus obligaciones esenciales del contrato, traducido en la situación de stand by que mantuvo la ejecución del contrato a partir de la fecha en que expidió la Resolución de Alcaldía N° 0184-2011-A/MDI de fecha 28.04.2011. También, indica que de acuerdo con el desarrollo de sus servicios y del contrato de elaboración de los estudios y de ejecución de la obra, la indemnización que solicita se circumscribe a los daños y perjuicios producidos por la inejecución del contrato de supervisión de servicios, los mismos que se vinculan a los hechos dañosos relacionados con la materia de la primera y segunda pretensión principal, esto es, la decisión tomada con la Resolución de Alcaldía N° 0184-2011-A/MDI de fecha 28.04.2011 que determinó la inejecución de trabajos de supervisión en la obra, motivado en la referida resolución administrativa de naturaleza negligente en que se frustró sus expectativas comerciales de percibir valorizaciones por la suspensión de sus servicios hasta la fecha en que resolvieron el contrato de obra. Señala que, los hechos relacionados con las causas dañosas están expuestas en sus fundamentos de hecho glosados en las pretensiones primera y segunda de la demanda, cuya mayor gravedad es el hecho de efectos jurídicos vinculado con la conducta negligente de la Entidad frente a las obligaciones sumidas en el contrato celebrado, acto generador que debía efectivizar el pago mensual de sus servicios con la ejecución del contrato de ejecución de Obra, de tal modo que no existiendo actividad productiva en obra, no solo era un imposible físico prestar sus servicios, sino que materialmente imposibilitaba que su parte pudiera determinar o tomar una decisión al respecto, ya que este poder de decisión era potestad de la Entidad, generándose con ello, la pérdida de ingresos por la falta

de los servicios, frente al cual se vio forzado a realizar desembolsos de sus peculiares para sufragar todos los gastos insumidos en atender dicha injusta situación, como es los viáticos, asesoría técnica, legal, por la secuela de las 14 audiencias de conciliación y, reiteradamente suspendidas por el ofrecimiento de la Entidad de "encontrar una solución", hecho que se produce desde el 04.04.2012 al 08.01.2014, siendo que esta última determinó su decisión de solicitar arbitraje al haber acreditado su parte que no existía voluntad alguna para resolver las controversias mediante conciliación y que, la frustración de sus expectativas comerciales se han producido por la conducta inexcusable de la Entidad, quien de modo arbitrario e irrazonable al no mediar causa justa que lo ampare, emitió la Resolución de Alcaldía N° 0184-2011-A/MDI de fecha 28.04.2011, declarando la nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 348-2011 que aprobó los estudios del proyecto y el expediente técnico, dejando en el más absoluto "abandono" jurídico y administrativo al contrato de supervisión celebrado con su parte, hecho que inobjetablemente constituye el ejercicio abusivo del derecho que la ley no ampara en razón que existiendo metas comerciales legítimas con respecto a la obtención de utilidades comerciales por la actividad de consultoría, esta frustración por inejecución inexcusable de obligaciones debe ser asumido en su integridad por la Municipalidad porque su conducta le ha causado daños y perjuicios que ha afectado y viene afectando a su representada y, finalmente, que conforme lo establecido en el Reglamento y, complementariamente en el procedimiento administrativo general, la Entidad está obligada a indemnizarnos cuando la resolución del contrato se ha producido o debido a su conducta irresponsable e inexcusable, como es el presente caso.

2. La Entidad manifiesta su rechazo, basando su defensa en que, el demandante en el Numeral 6, pág. 18 señala que desde la emisión de la Resolución de Alcaldía N° 0184-2011-AIMDI, la situación se ha mantenido en stand by por lo que reclama Indemnización por daños y perjuicios, daño emergente y lucro cesante por inejecución de obligaciones, contractuales derivado de la negligencia inexcusable de la Entidad en el cumplimiento del contrato, sin embargo lo dicho sería válido si no hubiera ocurrido en incumplimientos ya descritos en su contestación y por lo tanto lo que denomina "*inejecución de obligaciones, contractuales derivado de la negligencia inexcusable de la Entidad en el cumplimiento del contrato*" no resulta siendo *inexcusable*, ya que la Entidad no podía pagar por los servicios mal prestados, no prestados o generadores de perjuicios al

interés público y, tratando de justificar su posición sobre los daños y perjuicios están argumentados en sus fundamentos de la demanda, pero no podría ser efectivizada, si el expediente técnico elaborado adolecía de insalvables omisiones que el demandante por la especialización declarada y acreditada tenía la obligación de conocer, pero no hizo uso de "su saber" ni de "su experiencia", para obtener a) la opinión de la Dirección de Gestión Ambiental Agraria del Ministerio de Agricultura; b) la aprobación de la Autoridad Local del Agua que es una instancia ineludible para la ejecución de cualquier obra que involucre agua superficial o subterránea, suelo o cultivos; y c) el Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos (CIRA), que otorga el INC (Instituto Nacional de Cultura), hoy Ministerio de Cultura; que no era necesario que la Entidad se lo reclamara, pues es inherente a la especialidad del estudio y de la Obra, siendo impertinente, toda vez que la Entidad representada legalmente en los intentos de conciliación, le ha hecho conocer al demandante los numerosos cuestionamientos que al respecto se han originado en los dos siguientes documentos técnicos: - De Agosto 2011, consistente en Informe de Evaluación Técnica de Ingeniería elaborado por el Ing. Pedro Edgar Vásquez Heredia con Reg. CIP 29408, quien concluye, luego de acucioso en análisis que A)"En el Informe Final Esquema de entrega de las Quebradas Colacaya, Curibaya, y Gallinazas, el Contratista anota: Se recomienda la construcción de dos presas filtrantes las cuales retendrán las avenidas de flujos hiperconcentrados y lodos con una capacidad para retener del 40% al 50% del volumen de material sólido generado por un evento de lodo asociado a un período de retorno de 25 años, siendo esquemas lo presentado y no expediente técnico de las entregas que debe tener un mayor nivel de estudio y análisis de la velocidad del río, materiales de arrastre, y en virtud a estos parámetros, definir el tipo de material a usar en las represas propuestas y, B) Se recomienda: b.1. (4)Revisar el punto costo de mantenimiento con proyecto. b.2. (5) Especial cuidado en el diseño y construcción de las estructuras donde se ha modificado el eje del río. b.3. (6) La Supervisión haga cumplir el uso de materiales propuestos de cada una de las canteras, independientemente de la lejanía a las obras de algunas de las canteras. b.4. (7) Con relación a las tomas de agua, el contratista ya hacía saber que: "Estas obras de protección no estaban contempladas en los Términos de Referencia". El Ing. Pedro Vásquez comenta que si estaba en la propuesta del Contratista y deben cumplirse y la supervisión hacer cumplir. C) Comentarios del Ing. Pedro Vásquez: c.1. Es cuestionable la celebración de Adendas por ser Contrato Concurso Oferta, porque si bien es cierto que el Contratista no

generará ampliaciones de plazo y gastos generales pero la entidad no recibirá pagos por multas al contratista. c.2 Es cuestionable que la Municipalidad asuma la responsabilidad por el diseño de muros de gravedad de concreto Tipo I, Tipo II y Tipo III, los cuales serán entregados al Consorcio con el fin de que éste último los incluya en el Expediente Técnico y proceda a la reformulación del mismo, lo cual no debería producirse por cuanto la Buena Pro es Concurso oferta y mediante esta figura la responsabilidad es compartida entre el Contratista y la entidad, cuando el único responsable debería ser el contratista y la empresa supervisora, del Expediente técnico inicialmente y luego de la obra. Con esta aseveración imposible multar al Contratista por incumplimiento de plazo contractual, por tener responsabilidad compartida. c.3 Es cuestionable que se haya aprobado el Expediente Técnico con la incongruencia de no contar con un terreno saneado. c.4 Es cuestionable que se asuma una ejecución mixta del proyecto a pesar de que poderse registrar el mismo en el Banco de Proyectos por lo que cambian a: "Obras de defensa ribereña por contrata con plazo de ejecución de 365 días calendario, Sensibilización de Faja marginal y Afectaciones por Administración Directa con plazo de ejecución de 14 meses", esto significa que la obra por contrata se ejecutará en 12 meses y el saneamiento en 14 meses, ilógico, y perjudicara a la institución y perjudicará a la institución por paralizaciones no imputables al contratista que generaran ampliaciones de plazo y mayores gastos generales a la institución. c.5 Al no haberse saneado el terreno es buena razón para que no se impute a la Entidad la responsabilidad de no entregar el terreno a tiempo al Contratista y no se inicie el plazo contractual. c.6 El Expediente Técnico es entregado a la Entidad para su aprobación contando con el aval de la empresa de supervisión externa, sin que esta haya tomado en cuenta: (1) *Las observaciones realizadas al Expediente técnico por la Entidad.* (2) *Las observaciones que aún no se habían presentado por la Dirección de Gestión Ambiental Agraria del Ministerio de Agricultura.* (3) *El Expediente técnico no ha sido aprobado por el ALA siendo una instancia INELUDIBLE por Ley para la ejecución de cualquier obra que involucre agua superficial o subterránea, suelo o cultivos.*

(4) *El Expediente técnico no cuenta con el CIRA (Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos) que otorga el INC (Instituto Nacional de Cultura).* (5) *El Expediente Técnico no está debidamente aprobado, por tanto deben superar estas carencias y deficiencias en forma inicial.* Tacna. Agosto 2011. D) Diciembre 2012. (16 meses después de Adenda. A solicitud de Procuraduría Pública Municipal de la MDI) DICTAMEN PERICIAL elaborado por el Ing. Civil Carlos

Enrique Carhuavilca Mechato con Reg. CIP 25057. OBJETO: "Determinar la posible existencia de sobrevaloración en el costo de la Obra; sustentando los resultados del Informe Pericial ante el Tribunal Arbitral y absolver las consultas que se tengan respecto a dicha controversia".(3) de la suspensión de la aprobación del expediente técnico informe N° 010-2011-MDI/DPIP-OSLP-IO-MSM de fecha 24.02.2011, luego de documentada serie de observaciones, entre las que se señala: - La no incorporación del tratamiento del Río Colocaya (Principal afluente del Rio Ilabaya en épocas de avenidas). - Falta de licencia Social. - Lo exagerado de los costos de Inversión del proyecto. 3.1. Dicho informe cuestiona seriamente el accionar OIST, al considerar procedente la aprobación del Expediente Técnico, elaborado por el Contratista sin haber levantado las observaciones efectuadas por el Ing. José Luque Mamani, que efectuó 10 serias observaciones a dicho expediente. 3.2 Mediante Resolución N° 184-2011-A-MDI del 28.04.11 se resolvió aprobar la resolución total del contrato de obra. 3.3 De la resolución del contrato.- Mediante Resolución N° 065-2012-A-MDI del 06.03.12 se resolvió suspender los efectos del Artículo Primero de la Resolución de Alcaldía N° 384-2010 del 14.12.10. (4) Conclusiones del dictamen pericial: a. Se han cometido graves errores en la elaboración del expediente técnico, en distancias medias de transporte. b. Lo anterior ha tenido una fuerte repercusión en los Análisis de Precios Unitarios. c. Similar es el caso de distancia media de transporte de agregados para concreto. d. Gastos generales del Expediente técnico sin sustento, existiendo una diferencia de S/. 2'604,113.67. e. Repercusión de lo anterior en el IGV por S/. 1'572,003.10. f. El Monto de Presupuesto Reformulado con precios a Setiembre del 2009 alcanzan la suma de S/. 58'564,286.76. g. El monto del Expediente técnico es mayor al Reformulado en S/. 9'845,703.64, con precios a setiembre del 2009. h. El Presupuesto del Expediente técnico se encuentra sobrevaluado.

3. Al haberse declarado fundada la primera pretensión principal de la demanda, referida a la validez de la resolución del contrato del Contratista, corresponde que el Tribunal atienda la solicitud que se plantea para lo cual se deberá analizar si al presente caso concurren los presupuestos de hecho y legales que justifican el pago de la indemnización. Al respecto, el Tribunal se remite al Artículo 44 de la Ley sobre resolución de los contratos, en su segundo párrafo señala que: "Cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados." Artículo 209 del Reglamento que regula la situación de los hechos

relacionados con la resolución del contrato de obra, en cuyo cuarto y quinto parágrafo se regula los efectos de la resolución al establecer dos supuestos: primero, en caso que la resolución sea por incumplimiento del contratista, en la liquidación se consignarán las penalidades que correspondan, las que se harán efectivas conforme a lo dispuesto en los artículos 164° y 165° y, segundo, 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 reajuste hasta la fecha en que se efectuó la resolución del contrato. Conforme se aprecia de lo anterior, la regla recogida en la normativa de contrataciones para regular los efectos de la resolución contractual, cuando ella se haya producido por responsabilidad del Contratista o de la Entidad, constituye una indemnización legal que debe ser aplicada en la forma y modo que ha sido establecida, lo que para el presente caso resulta siendo la norma supletoria al presente caso cuya aplicación es perfectamente procedente al constituir parte de la normativa de contrataciones del Estado, por lo que estando al hecho que constituye una imposición prevista en norma imperativa, el Tribunal carece de discrecionalidad en su cuantificación, siendo menester estimar que el monto peticionado guarde congruencia con el porcentaje del saldo por ejecutar hasta la fecha en que se produce la resolución contractual, así como, la utilidad sea calculada de acuerdo con aquella prevista por el Contratista en su oferta económica con la cual le fue adjudicada la buena pro de la licitación pública, materia del contrato de obra, actualizado con sus fórmulas de reajuste hasta la fecha de la resolución contractual y sea considerada y pagada en la respectiva liquidación.

El Contratista al plantear su pretensión considera que el monto que le debe reconocer la Entidad, por la utilidad dejada de percibir por el saldo de la obra por ejecutar asciende a la suma de S/. 211,927.25 y 00/100 Nuevos Soles incluido IGV, lo sustenta en el medio probatorio 4 y Anexo 5 de la demanda, sin embargo, de acuerdo a la disposición del Artículo 209 del Reglamento el monto que deberá reconocer al Contratista, en la liquidación que se practique es 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 reajuste hasta la fecha en que se efectuó la resolución del contrato, por lo que en armonía con lo establecido en el quinto parágrafo del citado Artículo 209 del Reglamento, **el Tribunal declara fundada la pretensión y ordena que la Entidad pague y reconozca 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 reajuste hasta la fecha en que se efectuó la resolución del contrato, el mismo que deberá ser aplicado y pagado en la liquidación del contrato.

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA

1. En este caso, el Contratista solicita que ordene a la Entidad la devolución de la carta fianza de fiel cumplimiento del contrato N° 0000-1362943 y de adelanto directo N° 0000-1856051 por las sumas de S/. 322,677.58, S/. 400,120.00 y S/. 31,667.95, emitido por el Banco de Crédito del Perú, señalando que de acuerdo a los términos del contrato de supervisión, su parte tiene vigente las indicadas cartas fianza de fiel cumplimiento del contrato y, en este caso, el Tribunal a consecuencia de la resolución del contrato decidido por nuestra parte y estando a que declare fundada la resolución contractual por responsabilidad de la Entidad, deberá ordenar que la Entidad cumpla con devolverles los originales de las cartas fianzas que a la fecha se encuentran vigentes y en poder de ella.
2. La Entidad rechaza la pretensión, basando su posición en que, Resulta determinante, que establecido el carácter de Expediente Técnico incompleto y/o deficientemente elaborado y/o insuficientemente sustentado, y/o sin las autorizaciones sectoriales (Ministerio de Agricultura, Autoridad Nacional (o Local) del Agua, Ministerio de Cultura, etc.), fluya como su consecuencia, que la prestación de Supervisión de la Elaboración del Expediente Técnico y Ejecución de la Obra "Construcción de Defensas Ribereñas y Encauzamiento del Río Ilabaya y Locumba en los Sectores de Chejaya, Ilabaya, Mirave y Oconchay": <ha sido cumplida o incumplida>, igualmente <Si se podía o no se podía iniciar la ejecución de la Etapa de Obra>; y por ende si es pertinente y ajustada a la realidad denominar Imposible físico, que en esas condiciones la demandada no optó por el inicio de las obras; como puede desprenderse fácilmente en tales condiciones no se podía dar inicio a las obras y por ende las garantías del contrato deben estar vigente hasta la conclusión de la obra, o conforme lo determine el Tribunal Arbitral.
3. Exuestas las posiciones en controversia, corresponde que el Tribunal pronuncie su decisión, así tenemos que, el Contratista solicita se ordene a la Entidad a devolver las cartas fianzas de fiel cumplimiento del contrato y del adelanto directo, en la situación en que el contrato

fue resuelto por su decisión y en cuanto se establezca su responsabilidad en las causas que dieron lugar a su resolución; al respecto, si bien es cierto que la decisión tomada por el Contratista para de resolver el contrato se ha producido por responsabilidad de la Entidad, conforme ha sido determinado por el Tribunal al resolver la primera pretensión, no es menos cierto que la situación de las cartas fianza deben ser resueltas a la luz de las condiciones contractuales establecidas por las partes, así tenemos que, en relación a esta materia corresponde citar la cláusula cuarta del contrato que establece el tratamiento y situación de la entrega del adelanto directo al Contratista y la cobertura de las garantías, en efecto, el Num. 4.5 Adelanto y Garantías, señala: *"LA MUNICIPALIDAD podrá exigir a EL SUPERVISOR la entrega oportuna de aquellas Garantías que considere indispensables para la ejecución el presente Contrato, acorde a lo establecido en los Artículos 1550 al 1640 de EL REGLAMENTO; y conforme al procedimiento establecido en las Bases Integradas de Selección"* y, el Sub Numeral 4.5.1, ha dispuesto sobre el adelanto que: *"4.5.1 LA MUNICIPALIDAD ha previsto entregar un Adelanto Directo a EL SUPERVISOR dentro de los 15 días naturales de presentada la Garantía por un monto que no excederán en conjunto del treinta por ciento (30%) del monto total del Contrato, en concordancia con lo establecido en las Bases Integradas, y en el Artículo 162° de EL REGLAMENTO."*

Asimismo, con respecto a su entrega y amortización señala lo siguiente: *"La entrega del Adelanto Directo se realizará a requerimiento de EL SUPERVISOR. Conjuntamente con el requerimiento éste deberá presentar una Garantía con las mismas características de la Garantía de Fiel Cumplimiento, (descritas en el Artículo 158º de EL REGLAMENTO) por un monto igual al del Adelanto Directo solicitado. Dicha Garantía estará representada por una Carta Fianza; con una vigencia no menor de tres (03) meses; renovable trimestralmente por el monto pendiente de amortizar, hasta la recuperación total del Adelanto Directo otorgado. EL SUPERVISOR presentará su factura por el Adelanto Directo actualizado por una sola vez, con el último índice reconocido a la fecha de facturación. Las renovaciones de la Garantía hasta la amortización final del Adelanto Directo, se harán por un monto igual al saldo del Adelanto Directo pendiente de recuperación, incluido el I.G.V., debidamente reajustado por la aplicación del Índice General de Precios al Consumidor (INEI), con el último índice conocido, a la fecha de renovación. El Adelanto Directo será amortizado mediante descuentos proporcionales en cada una de las*

valorizaciones mensuales, hasta su total cancelación, debiendo estar totalmente amortizado en la última valorización. Asimismo, en cada una de dichas valorizaciones se hará la deducción del reajuste que no corresponde por el Adelanto Directo otorgado, según la fórmula del Numeral 6.1 de la Cláusula Sexta del presente Contrato.”

De otro lado, el Sub Numeral 4.5.2 sobre la Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato, señala lo siguiente: “EL SUPERVISOR entrega a la suscripción del contrato, la respectiva garantía solidaria, irrevocable, incondicional y de realización automática a sólo requerimiento de LA MUNICIPALIDAD, de fiel cumplimiento del contrato, por un monto ascendente a S/. 322,677.58 (Trescientos Veintidós Mil Seiscientos Setenta y Siete con 58/100 nuevos soles, cantidad equivalente al diez por ciento (10%) del monto total del contrato; esto a través de CARTA FIANZA N° D000-1355442 del Banco de Crédito del Perú; la cual debe mantenerse vigente hasta que el consentimiento de la liquidación final del contrato quede consentido.”

De lo anteriormente citado, tratándose del adelanto directo, el contrato establece que procede devolver la garantía mediante amortización proporcional en cada una de las valorizaciones que se generan durante la ejecución contractual, de manera que estando a que este hecho no se pudo cumplir por las situaciones y circunstancias ampliamente expuestas al desarrollar los puntos controvertidos precedentes y, que conforme lo establecía el Num. 6.1 de la cláusula sexta del contrato, la consecuencia era la devolución de la carta fianza del adelanto directo entregado por el Contratista, sin embargo corresponde que en la presente etapa se dé cumplimiento a las condiciones propias de la etapa de la liquidación en sujeción a las condiciones pactadas por las partes y que guardan armonía con los establecido en el Sub Numeral 4.5.2 del contrato que dispone mantenerse vigente la carta fianza de fiel cumplimiento hasta el consentimiento de la liquidación final del contrato y, en cuanto a la carta fianza del adelanto directo, esta deberá amortizarse en la propia liquidación una vez que la liquidación quede consentida, debiendo declararse **improcedente la pretensión**.

NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA RECONVENCIÓN:

1. En relación a este extremo demandado por la Entidad solicitando que se orden al Contratista la devolución del adelanto directo por la suma de S/. 379,559.53 y 53/100 Nuevos Soles, más los intereses legales que se devenguen hasta la fecha efectiva de devolución al tener el

concepto de pago indebido de adelanto.

2. Al respecto, el Contratista manifiesta que, faltando a la verdad la Entidad sostiene que desde la fecha que se nos otorgó dicho adelanto, no obstante no correspondernos tal monto ni porcentaje de adelanto, habríamos mantenido en nuestro poder "indebidamente" la suma de S/. 379,559.53 nuevos soles, suponiendo que no nos correspondía bajo ningún concepto, por lo que, además de devolver dicha suma, debemos reconocerle los intereses legales de dicha "retención antirreglamentaria"; asimismo, manifiesta que la reconvención se sustenta en criterios ilegales y arbitrarios que contravienen el marco legal que regulan las prestaciones establecidas por las partes en el Contrato, la Ley y su Reglamento, por lo que resulta incongruente e impertinente dentro del citado marco legal, calificar de "pago indebido" la entrega del adelanto directo previsto como condición obligacional, en cuya virtud, este supuesto no se configura al no cumplir los requisitos esenciales que exige nuestro ordenamiento civil. Dice que, el Artículo 1267° del Código Civil, en relación al pago indebido, establece que: *"El que por error de hecho o de derecho entrega a otro algún bien o cantidad en pago, puede exigir la restitución de quien lo recibió."*, por lo tanto que, estando a los requisitos que deban ser cumplidos, éstos no se materializan, porque: a) configura el cumplimiento de una prestación; a tenor del Subnumeral 4.5.1 del Numeral 4.5 de la Cláusula Cuarta del Contrato y artículos 171, 172 y 173 y 179° del Reglamento, la entrega del adelanto no es el cumplimiento de una contraprestación sino el cumplimiento de una condición establecida por imposición normativa y establecido en las Bases Administrativas del Concurso Público del proceso de selección regulado por las normas administrativas internas de la propia Entidad para la contratación del servicio de supervisión. Por ello no se cumple este requisito; b) el *animus solvendi* o el propósito de extinguir una obligación propia; a tenor del mismo Subnumeral 4.5.1 del Numeral 4.5 de la Cláusula Cuarta del Contrato y artículos 171, 172 y 173 y 179 del Reglamento, la entrega del adelanto no tiene como finalidad extinguir una obligación propia sino cumplir una condición para ejecutar el contrato, esto es que dentro de la normativa de contrataciones el adelanto es una condición legal de cargo de la Entidad, siempre que se encuentre prevista en las Bases Administrativas o el contrato; c) la *inexistencia de la obligación o falta de causa o que la prestación no era debida*; en este caso, el pago indebido debe materializarse dentro del hecho que no existe obligación o justificación para haber realizado la entrega del dinero y por ende se ha realizado en evidente ausencia de una relación obligatoria; d) *El error de hecho o de derecho en la persona que realiza el*

pago o pago por equivocación; en este caso, el pago para que devenga en un hecho indebido exige que el sujeto que paga debe proceder por error de hecho o de derecho, esto es por equivocación.

3. Expuestas las posiciones, el Tribunal considera que la aplicación de las condiciones del contrato no podría configurar un pago indebido en razón que la entrega del adelanto son condiciones de la ejecución del contrato de supervisión celebrado con el Contratista, dado que lo contrario configuraría un incumplimiento de efectos perjudiciales para las contraprestaciones recíprocas, como se evidencia del Subnumeral 4.5.1 del Numeral 4.5 de la Cláusula Cuarta del Contrato y la regulación de los artículos 171, 172 y 173 y 179 del Reglamento, asimismo, la amortización de los adelantos como mecanismo de devolución en las valorizaciones se encuentran reguladas durante todo el plazo que demanda cumplir el contrato y el momento pertinente lo constituye la etapa de la liquidación en que se concilian todos los pagos, cálculos, amortizaciones, reajustes, etc., asimismo, la entrega de los adelantos no generan intereses legales por su propia naturaleza, como erróneamente lo estima la Entidad, en tanto que los intereses que generan el pago de obligaciones dinerarias u obligacionales se circunscriben al contexto de su origen y naturaleza de la obligación; **por estas consideraciones el Tribunal tiene la convicción que debe desestimarse la pretensión por infundada,**

OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA

1. Con respecto a determinar si corresponde que el Tribunal ordene a la Entidad el otorgamiento del Certificado de Conformidad de Supervisión del expediente técnico establecido en el contrato, el Contratista señala que, la resolución del contrato decidido por su parte se ha producido en forma parcial, tal y conforme, ha sido señalado en su carta de apercibimiento y de resolución respectivamente, en esta situación se deriva del hecho que, el Reglamento autoriza a realizar una resolución total o parcial del contrato, esto derivado de la situación particular de cada caso y de acuerdo con el desarrollo de cada contrato y dentro de las relaciones contractuales de las partes y que, en su caso la resolución parcial comprende la etapa correspondiente a la etapa de supervisión de la ejecución de la Obra, por parte del Contratista ejecutor Consorcio Río Ilabaya, toda vez que la etapa que comprende la supervisión de los estudios y elaboración del expediente técnico ha sido ejecutado por nuestra parte y a satisfacción de la Entidad hasta la dación de la Resolución de Alcaldía N° 348-2011, en ese sentido la Municipalidad

se encuentra obligada a otorgarnos el Certificado de Prestaciones hasta esta etapa.

2. La Entidad dice que, rechaza y contradice esta pretensión, porque, tratándose de la etapa de elaboración del Expediente Técnico, su recepción es responsabilidad del órgano de administración y requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar, *dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias*; entonces, de la pretensión expresada, se entiende que el demandante no cuenta con el certificado de conformidad, pretende obtenerlo a partir de la decisión de resolverle el contrato a la demandada, lo que deviene en arbitrario por la sola decisión del demandante y que debiera tener el carácter de parcial, conforme a la carta de apercibimiento; situación que rechazamos y solicitamos al Tribunal Arbitral sea denegado; no procediendo por tanto la petición de un Certificado de Conformidad.

3. El Tribunal considera necesario dejar constancia de su criterio en relación a la pretensión planteada, en este sentido de observancia de la regulación establecida en el Reglamento respecto de las actuaciones administrativas y la ejecución del contrato, dentro del Artículo 176 y 176 del citado Reglamento; sin embargo, es menester señalar que dicha regulación solo es posible ser cumplida dentro de las condiciones de la ejecución normal y regular del contrato que, no es el presente caso en que las controversias se han derivado de la resolución del contrato, la falta de pago de valorizaciones, el cuestionamiento al Contratista Ejecutor del Expediente Técnico elaborado que constituyen situaciones excepcionales que no hacen factible que la Entidad expida el certificado de conformidad de la prestación en forma parcial hasta la etapa de la elaboración del citado expediente técnico.

En este contexto que no es procedente sostener que deba darse cumplimiento a los citados artículos 176 y 177, en la situación que el contrato se encuentra resuelto y éste acto ha sido confirmado por este Tribunal, siendo que al contrario, lo que corresponderá a las partes será dar cumplimiento a la etapa de liquidación del contrato, acorde con lo pronunciado por el laudo y siguiendo el procedimiento establecido en el Artículo 179, conforme lo ha previsto el propio contrato; por estas consideraciones que el Tribunal tiene la convicción de que **se declare improcedente la pretensión del Contratista**.

SEPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA

En relación a la solicitud de determinar que la Entidad se haga cargo del pago de las costas y costos del proceso arbitral; al respecto, el Tribunal considera que, si bien la regla común, es que cada una las partes que han seguido la secuela del proceso arbitral en igualdad de condiciones y haciendo valer su derecho con legítimo interés, deben asumir las costas y costos del arbitraje en forma equitativa, no es menos cierto que, este criterio varía según las circunstancias que han dado lugar a recurrir al arbitraje como la vía idónea para amparar los derechos conculcados o escamoteados por parte de la administración o, en la situación que la Entidad debe cautelar sus intereses y exigir de su contraparte el cumplimiento de sus obligaciones.

En el presente arbitraje, se aprecia de las consideraciones desarrolladas, la verificación de las circunstancias que han dado lugar al presente proceso arbitral, que ambas partes acuden premunidas de razones que estiman legítimas y que si bien la controversia se ha originado en la conducta de la Entidad se ha dado el caso que las algunas de las pretensiones planteadas por el Contratista no han sido amparadas y si bien la reconvención ha sido desestimada, el comportamiento y colaboración en el proceso arbitral lleva al Colegiado a la convicción que los costas del proceso por concepto de honorarios arbitrales y de secretaría deberán ser de cargo de la Entidad y del Contratista en partes iguales con reembolso al Contratista del pago de los honorarios de los árbitros y de la secretaría arbitral efectuados en vía de subrogación de su contraparte.

LAUDA:

PRIMERO: Declarar FUNDADA el primero, segundo y tercer punto controvertido que se relaciona con la demanda; en consecuencia resuelto el contrato por responsabilidad de la Entidad, el pago por concepto de la valorización de la etapa de elaboración del expediente técnico y el pago de mayores gastos generales, costos directos y utilidad, conforme las cantidades y consideraciones establecidas en el presente laudo.

SEGUNDO: Declarar FUNDADA el cuarto punto controvertido que se relaciona con la demanda; en consecuencia la Entidad deberá pagar los gastos y costos financieros y el lucro cesante, conforme las cantidades y consideraciones establecidas en el presente laudo.

TERCERO: Declarar FUNDADA en forma parcial el quinto punto controvertido que se relaciona con la demanda; en consecuencia la Entidad

deberá pagar la indemnización por daños y perjuicios por la resolución del contrato, en el modo y forma establecido por el Tribunal en sus consideraciones establecidas en el presente laudo.

CUARTO: Declarar **IMPROCEDENTE** el **sexto punto controvertido** que se relaciona con la demanda; en consecuencia las cartas fianzas deberán ser devueltas, conforme las consideraciones establecidas en el presente laudo.

QUINTO: Declarar **FUNDADA** el **séptimo punto controvertido** que se relaciona con la demanda; en consecuencia la Entidad deberá pagar las costas y costos, conforme las consideraciones establecidas en el presente laudo.

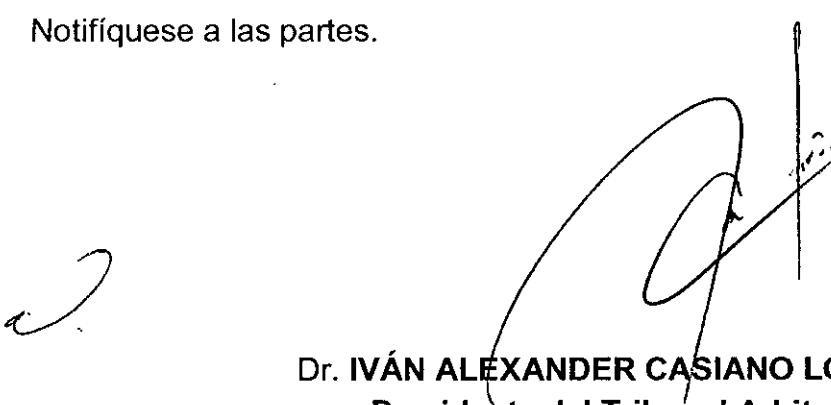
SEXTO: Declarar **IMPROCEDENTE** el **octavo punto controvertido** que se relaciona con la demanda; conforme las consideraciones establecidas en el presente laudo.

SÉPTIMO: Declarar **INFUNDADA** la **novena pretensión** que se relaciona con la **reconvención**; por las consideraciones establecidas en el presente laudo.

OCTAVO: **DISPONER** que los costos totales del proceso por concepto de honorarios arbitrales y de secretaría deberán ser de cargo de la Entidad y del Contratista en partes iguales, con reembolso al Contratista del pago de los honorarios de los árbitros y de la secretaría arbitral efectuados en vía de subrogación de su contraparte.

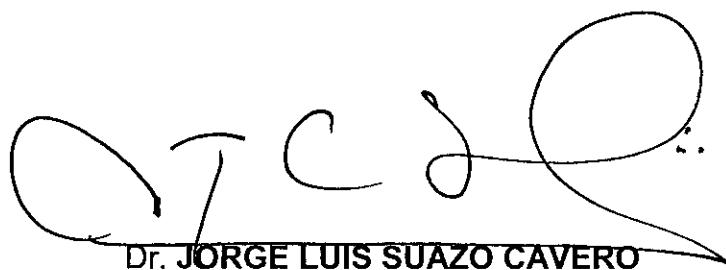
NOVENO: **REMITIR** al Organismo Superior de las Contrataciones del Estado OSCE, copia del presente laudo arbitral.

Notifíquese a las partes.


Dr. IVÁN ALEXANDER CASIANO LOSSIO
Presidente del Tribunal Arbitral

ARBITRAJE

*Oficina de Ingeniería y Servicios Técnicos S.A. OIST S.A.
Municipalidad Distrital de Ilabaya*



Dr. JORGE LUIS SUAZO CAVERO
Árbitro



Dr. JESÚS IVÁN GALINDO TIPACTI
Árbitro



Gino Carlo Fernandini Mendoza
Secretario Arbitral Ad Hoc

