

## **LAUDO ARBITRAL DE DERECHO**

**Laudo de Derecho dictado por la doctora Shoschana Zusman Tinman, en su calidad de Árbitro Único; en la controversia surgida entre CONSORCIO INDEPENDENCIA, de una parte; y MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN JUAN DE LURIGANCHO, de la otra.**

### **Resolución No. 42**

Lima, 01 de diciembre de 2015

### **VISTOS Y OÍDOS**

- El Acta de Instalación del Tribunal Arbitral de fecha 25 de junio de 2012, que contiene las reglas del proceso;
- La demanda interpuesta con fecha 10 de julio de 2012 por el Consorcio Independencia contra la Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho, para que el Tribunal Arbitral declare fundadas las pretensiones ahí planteadas;
- El escrito de contestación de demanda presentado por la Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho con fecha 18 de setiembre de 2012;
- El Acta de la audiencia de conciliación y determinación de puntos controvertidos de fecha 09 de abril de 2013;
- Los medios probatorios ofrecidos por las partes;
- La audiencia de sustentación de informes periciales, realizada el día 19 de junio de 2015;
- Los alegatos escritos presentados por la demandante con fecha 13 de julio de 2015;
- La Audiencia de Informes Orales realizada el 19 de agosto de 2015;
- La Resolución N° 40 de fecha 05 de octubre de 2015, mediante la que la Árbitro Único fijó el plazo para la expedición del laudo en 30 días;
- La Resolución N° 41 de fecha 16 de noviembre de 2015, mediante la que la Árbitro Único amplió en 30 días el plazo para la expedición del laudo;
- Los demás escritos presentados por las partes, las resoluciones expedidas por el Tribunal y actuaciones efectuadas a lo largo del proceso;

### **I. ANTECEDENTES**

1. Mediante Licitación Pública N° 0011-2010-CE/MDSJL, la Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho (en lo sucesivo, la Municipalidad) convocó a un proceso de selección para la ejecución de la obra “Construcción de Pista, Veredas y Sardineles en la Av. Próceres de la Independencia – Tramo Av. Santa Rosa – Héroes del Cenepa” (en lo sucesivo, la Obra), por un monto equivalente a S/. 3’524,746.28, por un plazo de 150 días calendario.

2. La Buena Pro fue otorgada al Consorcio Independencia (en lo sucesivo, el Consorcio) y el 28 de diciembre de 2010 suscribió con la Municipalidad el Contrato de Ejecución de la Obra "*Construcción de Pistas, Veredas y Sardineles en la Av. Próceres de la Independencia – Tramo Av. Santa Rosa – Av. Héroes del Cenepa*" (en adelante, el Contrato).

3. Con fecha 27 de enero de 2011, se levantó el Acta de Entrega de Terreno con Observaciones. Dichas observaciones estaban referidas a que el área donde debía ejecutarse el Contrato estaba ocupada por una empresa contratista de SEDAPAL (en adelante, la Contratista de SEDAPAL), que no había terminado los trabajos a su cargo. Por ello, se acordó una siguiente reunión para verificar el levantamiento de las observaciones consignadas.

4. Con fecha 07 de febrero de 2011, se levantó el Acta de Entrega de Terreno, mediante la cual se comprobó el retiro de la Contratista de SEDAPAL del terreno materia del Contrato, por lo que el Consorcio inició la ejecución de la obra contratada en esa fecha y empezó a correr el plazo del Contrato, cuya fecha de vencimiento sería el 06 de julio de 2011.

5. Después de entregado el terreno y conforme avanzaba la ejecución del Contrato, el Consorcio comprobó que la Contratista de SEDAPAL no había terminado con los trabajos a su cargo en algunas zonas y que había causado modificaciones al terreno en otras, por lo que solicitó a la Municipalidad que postergara sus obligaciones en los tramos de superposición, hasta que la Contratista de SEDAPAL culminara sus labores. A pesar de los requerimientos efectuados, incluso por la propia SEDAPAL, la Municipalidad no se pronunció al respecto.

6. Como consecuencia de ello, mediante carta notarial N° 22763 de fecha 08 de setiembre de 2011, el Consorcio comunicó a la Municipalidad su decisión de resolver el Contrato y, posteriormente, con fecha 29 de setiembre de 2011, levantó el Acta de Constatación Física e Inventario, según lo estipulado por la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, la LCE). Aunque la Municipalidad no dio respuesta a la carta notarial, sí participó en la indicada diligencia.

7. Con fecha 02 de noviembre de 2011, considerando que el Consorcio había incumplido sus obligaciones contractuales, la Municipalidad le envió una carta notarial informándole sobre el inicio del procedimiento de resolución del Contrato. Mediante carta de fecha 17 de noviembre de 2011, el Consorcio respondió a la Municipalidad comunicándole que la resolución del Contrato ya había operado.

8. Mediante comunicación de fecha 06 de enero de 2012, el Consorcio remitió a la Municipalidad una petición de arbitraje, estando a lo dispuesto por la cláusula trigésimo

quinta<sup>1</sup> del Contrato. La Municipalidad aceptó la petición de arbitraje y el 25 de junio de 2012, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal, en la que se concedió a cada una de las partes un plazo de diez (10) días hábiles contados a partir del pago al Tribunal para, respectivamente, presentar la demanda y la contestación.

## **II. DEMANDA**

### **II.1 Pretensiones de la demanda**

9. Con fecha 10 de julio de 2012, dentro del plazo señalado para tales efectos, el Consorcio presentó su demanda, solicitando las siguientes pretensiones:

(i) Que se declare que el incumplimiento de las obligaciones del Consorcio se debió a culpa inexcusable de la Municipalidad;

(ii) Que se suspenda las acciones de la Municipalidad orientadas a requerir la ejecución de las Cartas Fianzas entregadas por el Consorcio;

(iii) Que se declare que la Municipalidad está obligada a indemnizar al Consorcio, por el daño emergente y el lucro cesante producidos como consecuencia inmediata y directa de la inejecución de las obligaciones del Contrato;

(iv) Que se declare que es de aplicación la penalidad prevista en el artículo 184° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, Reglamento LCE), equivalente a la suma de S/. 26,435.60;

(v) Que se determine la indemnización por daño emergente que asciende a la suma de S/. 175,653.14, compuesta por los siguientes conceptos:

- S/. 49,346.45 por gastos financieros de emisión y renovación de Cartas Fianza;
- S/. 110,242.39 por la contra garantía para la obtención de Cartas Fianza;
- S/. 13,568.82 por las deudas con terceros derivadas del cumplimiento de obligaciones contractuales;
- S/. 2,495.48 por desmovilización de maquinaria;
- Esta pretensión debe extenderse a los mayores gastos que ser deriven por el mantenimiento de las garantías constituidas a favor de la Municipalidad.

(vi) Que se determine la indemnización por lucro cesante y daño moral ascendente a S/. 134,054.95, compuesta por los siguientes conceptos:

---

<sup>1</sup> Contrato de Ejecución de la obra "Construcción de Pistas, veredas y sardineles en la Av. Próceres de la Independencia - Tramo v. Santa Rosa - Av. Héroes del Cencpa del 28 de diciembre de 2010, "**CLÁUSULA TRIGÉSIMO QUINTA.-** Las partes acuerdan que cualquier controversia que surja sobre la ejecución o interpretación del Contrato deberá solucionarse por Conciliación o Arbitraje, conforme a las disposiciones del Decreto Legislativo No. 1017 y su Reglamento".

- S/. 31,505.38 por la utilidad dejada de percibir del saldo de las obras pendientes a ejecutar;
- S/. 60,000 por la utilidad dejada de percibir por frustrarse la participación del Consorcio en otros procesos de selección, debido a que la línea de fianza estaba tomada para garantizar las obligaciones del contrato materia del presente proceso arbitral;
- S/. 42,549.37 por daño moral y menoscabo de la imagen.

(vii) Que se determine el pago que deberá efectuar la Municipalidad a favor del Consorcio como resultado de la liquidación final del Contrato, ascendiente a la suma total de S/. 821,092.92;

(viii) Que se condene a la Municipalidad al pago de los costos y costas del procedimiento.

## **II.2 Fundamentos de la demanda**

10. El Consorcio sustentó su demanda señalando lo siguiente:

(i) El 28 de diciembre de 2010, las partes suscribieron el Contrato, por el monto de S/. 3'524,746.28, por un plazo de 150 días y se entregaron los respectivos adelantos y cartas fianza requeridas por la LCE;

(ii) Con fecha 27 de enero de 2011, se levantó el Acta de Entrega de Terreno con Observaciones, pues el área donde debía ejecutarse el Contrato estaba ocupada por la contratista de SEDAPAL. Luego de comprobarse el retiro de ésta, el 07 de febrero de 2011, se levantó el Acta de Entrega de Terreno y el Consorcio dio inicio a la ejecución de la obra contratada por el plazo de 150 días, esto es, con vencimiento al 06 de julio de 2011;

(iii) Conforme fue avanzando en las obras, el Consorcio comprobó que la Contratista de SEDAPAL no había terminado su trabajo, por lo que solicitó en varias oportunidades a la Municipalidad que postergara los trabajos a su cargo en el tramo superpuesto con la mencionada Contratista, hasta que ésta finalice las obras a su cargo;

(iv) El 21 de junio de 2011, mediante Resolución N°77, la Municipalidad aprobó el Presupuesto Adicional y Deductivo de la Obra, situación que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 200<sup>2</sup> del Reglamento LCE, constituye causal de ampliación del plazo del

<sup>2</sup> Los incisos 1 y 4 del artículo 200° del Reglamento LCE señala que “De conformidad con el artículo 41 de la Ley, el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por cualquiera de las siguientes causales ajenas a la voluntad del contratista...: 1. Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista... 4. Cuando se aprueba la prestación adicional de obra. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado.” El artículo 41 de la LCE, al que refiere el artículo del Reglamento reseñado, señala que el Consorcio puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el cronograma contractual.

Contrato, por lo que, con fecha 06 de julio de 2011, el Residente de Obra del Consorcio anotó en los Asientos Nos. 264 y 265 del Cuaderno de Obra, respectivamente, la presentación y recepción de la solicitud de ampliación de plazo del Contrato, según lo dispuesto por el artículo 207 del Reglamento LCE<sup>3</sup>. No obstante ello, la Municipalidad no se pronunció sobre dicha solicitud de ampliación, por lo que, estando a lo dispuesto por el artículo 175<sup>4</sup> del mencionado Reglamento, referido al silencio administrativo positivo, debía entenderse aprobada y, en consecuencia, autorizada la ampliación del plazo del Contrato por la Municipalidad;

(v) Además, tanto el Consorcio como SEDAPAL informaron a la Municipalidad que, en un tramo del terreno de ejecución del Contrato, existían fallas de tipo técnico y estructural -producidas por la Contratista de SEDAPAL- que estaban perjudicando el cumplimiento de la obra a cargo del Consorcio. La Municipalidad tampoco respondió dichas comunicaciones;

(vi) En atención a ello, mediante carta notarial N° 22763 de fecha 08 de setiembre de 2011, el Consorcio comunicó a la Municipalidad su decisión de resolver el Contrato y señaló fecha para levantar el Acta de Constatación Física e Inventario. La Municipalidad no dio respuesta a la mencionada carta notarial pero, con fecha 29 de setiembre de 2011, la indicada diligencia se llevó a cabo con la participación de quien se identificó como representante de la Municipalidad para tales efectos, señor Richard Mamani Apaza, por lo que dio por terminado el proceso de resolución contractual contemplado en la LCE. Sin embargo, con fecha 02 de noviembre de 2011, la Municipalidad envió una carta notarial al Consorcio indicándole que iniciaba el procedimiento de resolución del Contrato. El Consorcio le respondió que la resolución del Contrato ya había operado, en virtud de su comunicación notarial del 08 de setiembre de 2011 y del levantamiento del acta respectiva;

(vii) La principal obligación a cargo de la Municipalidad era entregar el terreno materia del Contrato debidamente saneado. El Consorcio recibió el terreno con la certeza de que la Contratista de SEDAPAL había culminado sus trabajos y dado que ello no fue así, se acredita el incumplimiento por parte de la Municipalidad y los perjuicios ocasionados al Consorcio como consecuencia.

### **III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

11. Con fecha 23 de mayo de 2011, la Municipalidad presentó la Contestación a la demanda señalando lo siguiente:

<sup>3</sup> El artículo 207° del Reglamento LCE señala que “...desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal, el contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo.... Toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución de obra, fuera del cual no se admitirá las solicitudes de ampliaciones de plazo...” (sub./neg.ag.)

<sup>4</sup> El artículo 175° del Reglamento LCE establece que “... La Entidad debe resolver sobre (la solicitud de ampliación de plazo) y notificar su decisión al contratista en el plazo de diez (10) días hábiles, computado desde el día siguiente de su presentación. De no existir pronunciamiento expreso, se tendrá por aprobada la solicitud del contratista, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.” (sub./neg.ag.)

(i) En el Contrato se estableció que el plazo para la ejecución del mismo era de 150 días calendario. Dado que el 07 de febrero de 2011 se hizo entrega del terreno, el Contrato tenía vigencia hasta el 06 de julio de 2011, por lo que la solicitud de ampliación de plazo del Consorcio, presentada el mismo 06 de julio, debe considerarse extemporánea y, por ello, inválida, lo mismo que la carta de resolución contractual de fecha 08 de setiembre de 2011, pues ésta fue remitida dos meses después de vencido el Contrato;

(ii) En octubre de 2011, la Gerencia de Administración y Finanzas de la Municipalidad tomó conocimiento del Oficio N° 110-2011-MDSJL-GDU-SGIP de fecha 04 de junio de 2011, mediante el cual la Subgerencia de Inversión Pública comunicó al Consorcio que no autorizaría la ampliación del plazo del Contrato porque la reubicación de postes de media y baja tensión era de cargo exclusivo del Consorcio, no de la Municipalidad. En consecuencia, no cabe hablar de ampliaciones de plazo;

(iii) Pese a que el Contrato terminó el 06 de julio de 2011, el avance de las obras del Consorcio, según el último informe de valorización a junio de 2011, era del 80%, aproximadamente y, dado que la obra estaba desde ese entonces paralizada, resulta evidente el incumplimiento contractual del Consorcio, pues no ha efectuado los trabajos requeridos en el plazo pactado;

(iv) Mediante carta notarial de fecha 02 de noviembre de 2011, la Municipalidad comunicó al Consorcio su decisión de resolver el Contrato, a la que éste respondió, el 17 de noviembre de 2011, que el Contrato ya había sido resuelto en virtud de la carta notarial del 08 de octubre de 2011, siendo incluso que la diligencia de Constatación Física e Inventario había sido igualmente realizada en presencia de una persona autorizada por la Municipalidad. Según la Municipalidad, sin embargo, la persona que participó en dicha diligencia no estaba autorizada para tales efectos, pues la Municipalidad recién tomó conocimiento de dicha diligencia con la respuesta del Consorcio a su carta de resolución. Sin perjuicio de ello, y considerando que la comunicación notarial del Consorcio no surtía efectos – por haber sido cursada dos meses después de vencido el Contrato- con fecha 18 y 19 de noviembre de 2011, la Municipalidad llevó a cabo la diligencia de Constatación Física e Inventario;

(v) Mediante Memorándum N° 138-2011-MDSJL-GDU-SGIP de fecha 22 de noviembre de 2011, la Municipalidad recién tomó conocimiento, entre otros, de los siguientes documentos: (a) Informe N° 004-2011-MDSJL-GDU-SGIP de fecha 21 de abril de 2011, mediante el cual el inspector de obra de la Municipalidad comunica que el Consorcio no presentó el Cronograma Valorizado al inicio de la Obra; (b) oficio N° 113-2011-MDSJL-GDU de fecha 06 de junio de 2011, mediante el cual la Municipalidad informa al Consorcio que no se autorizará ninguna ampliación de plazo por la demora en la reubicación de postes de baja y media tensión; (c) carta notarial del Consorcio de fecha 05 de julio, mediante la cual le informa a la Municipalidad de las fallas técnicas y estructurales en los trabajos efectuados por la Contratista de SEDAPAL en uno de los tramos sobre el que correspondía al Consorcio ejecutar la Obra; (d) la carta de resolución del Contrato enviada por el Consorcio el 08 de setiembre de 2011;

(vi) La Municipalidad no ha incumplido ninguna obligación, por lo que el Consorcio no puede reclamar reparación por daño emergente, lucro cesante ni daño moral. Es más, según ha determinado la Municipalidad mediante la Resolución N° 042 de fecha 03 de marzo de 2012, el Consorcio tiene a su favor un saldo por la ejecución de obra ascendente a S/. 85,593.44 incluido el IGV, que será pagado por la Municipalidad, según lo dispuesto en el artículo 44° de la LCE;

(vii) Es el Consorcio el que ha incumplido con una serie de obligaciones contractuales, como son la vigencia del plazo pactado, la presentación de informes, valorizaciones y avances de obra mensuales, dejando paralizada la obra. Adicionalmente, el Consorcio ha causado perjuicio económico y moral a la Municipalidad, debido a que las cartas fianzas de garantía extendidas dentro del proceso de licitación, fueron expedidas por la Cooperativa de Ahorra y Crédito para los Exportadores - COOPEX, entidad financiera que ya no existe, razón por la cual no se han podido ejecutar las cartas fianza de garantía correspondientes.

#### **IV. PUNTOS CONTROVERTIDOS**

12. Los puntos controvertidos quedaron fijados de la siguiente manera:

##### **IV.1 Relativos al incumplimiento contractual del Consorcio**

a. Determinar si el incumplimiento de obligaciones a cargo del Consorcio se debió o no a culpa inexcusable de la Municipalidad, debido a que, pese a los requerimientos efectuados por el primero, la segunda no cumplió con sanear el terreno sobre el que debían efectuarse las obras a cargo del Consorcio.

##### **IV.2 Relativos a la aplicación de penalidades y la indemnización solicitada por el Consorcio**

a. De declararse que el incumplimiento del Consorcio se debió a culpa inexcusable de la Municipalidad, determinar si debe ordenarse a la Municipalidad el cese de las acciones tendientes a la ejecución de las Cartas Fianza otorgadas por el Consorcio.

b. De declararse que el incumplimiento del Consorcio se debió a culpa inexcusable de la Municipalidad, determinar si debe ordenarse a la Municipalidad el pago de S/. 26,435.60 a favor del Consorcio por concepto de la penalidad contenida en el artículo 184° del Reglamento de la LCE.

c. De declararse que el incumplimiento del Consorcio se debió a culpa inexcusable de la Municipalidad, determinar si corresponde que la Municipalidad pague al Consorcio la suma de S/. 175,653.14 por concepto de indemnización por daño emergente.

d. De declararse que el incumplimiento del Consorcio se debió a culpa inexcusable de la Municipalidad, determinar si debe ordenarse que la Municipalidad pague al Consorcio la suma de S/. 134,054.95 por concepto de indemnización por lucro cesante y daño moral.

e. De declararse que el incumplimiento del Consorcio se debió a culpa inexcusable de la Municipalidad, determinar si debe ordenarse que la Municipalidad pague al Consorcio la suma de S/. 821,092.92 por concepto de Liquidación Final del Contrato.

#### **IV.3 Relativos a la validez de la resolución contractual efectuada por el Consorcio**

a. Determinar si el Contrato quedó resuelto mediante carta notarial del 08 de setiembre de 2011, enviada por el Consorcio, o el 02 de noviembre de 2011 mediante carta notarial enviada por la Municipalidad, según lo dispuesto por la cláusula 28 del mencionado contrato.

#### **IV.4 Relativos a los costos y gastos del proceso arbitral**

a. Determinar quién debe asumir el pago de las costas y costos del presente proceso arbitral.

### **V. Cuestiones preliminares**

13. Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que la Árbitro Único se designó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes; (ii) que en momento alguno se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de la Árbitro Único en el presente proceso; (iii) que el Consorcio presentó su demanda arbitral dentro de los plazos dispuestos; (iv) que la Municipalidad fue debidamente emplazada con la demanda arbitral y ejerció plenamente su derecho de defensa, presentando su contestación a la demanda; (v) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como para ejercer la facultad de presentar alegatos y otros escritos; e, inclusive, de informar oralmente; y, (vi) que, la Árbitro Único ha procedido a laudar dentro de los plazos reglamentarios acordados.

### **VI. ANÁLISIS**

14. Como ya se ha mencionado en la sección de Puntos Controvertidos, corresponde, en primer lugar, determinar si el incumplimiento del Consorcio se debió o no a culpa inexcusable de la Municipalidad, debido a que, pese a los requerimientos efectuados por el primero, la segunda no cumplió con sanear el terreno sobre el que debían efectuarse las obras a cargo del Consorcio.



## VI.1 ¿Tenía la Municipalidad obligación de entregar saneado el terreno donde se ejecutaría la Obra?

15. El Consorcio ha señalado que la Municipalidad incumplió con la obligación de entregar debidamente saneado el terreno en el cual se ejecutarían las obras, actuando con culpa inexcusable debido a que hizo caso omiso a los constantes requerimientos formulados por el Consorcio. De ese modo, el Consorcio incumplió sus obligaciones, pero ello se debió al negligente actuar de la Municipalidad.

16. Por su parte, en su contestación de demanda, la Municipalidad ha señalado únicamente que la ampliación de plazo solicitada por el Consorcio resulta extemporánea, por lo que no había cumplido con los requisitos previstos en la LCE y su Reglamento. Es decir, no se ha pronunciado respecto del incumplimiento contractual que le atribuye el Consorcio.

17. Teniendo en consideración lo expuesto, la controversia en este extremo consiste en determinar si era obligación de la Municipalidad entregar no solo el terreno para la ejecución de la Obra, sino que éste además se encontrara debidamente saneado.

18. El artículo 13° de la LCE, señala lo siguiente: “*Artículo 13°.- Características técnicas de los bienes, servicios y obras a contratar (...) En el caso de obra, además, se deberá contar con la disponibilidad física del terreno o lugar donde se ejecutará la misma y con el expediente técnico aprobado, debiendo cumplir con los requisitos establecidos en el Reglamento (...)*”. (neg./sub. ag.) Adicionalmente, el numeral 3) del artículo 184° del Reglamento establece como una de las condiciones para el inicio del plazo de ejecución de obra, “*Que la Entidad haya hecho entrega del terreno o lugar donde se ejecutará la obra*.” (sub./neg. ag.)

19. Sobre el particular, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, en Opinión emitida por la Dirección Técnica Normativa<sup>5</sup>, ha señalado que “... *la disponibilidad física del terreno constituye un requisito esencial para contratar la ejecución de una obra, pues permite la libre ejecución de la obra en el lugar donde se ejecutará... El carácter disponible del terreno implica que esté listo para usarse o utilizarse<sup>6</sup>; es decir, que el contratista pueda ejecutar la obra libremente, sin que terceros puedan impedir dicha ejecución.*” (sub./neg. ag.)

20. De las normas reseñadas queda claro, pues, que es responsabilidad de la Municipalidad entregar el terreno listo para que la contratista -en este caso, el Consorcio- empiece a ejecutar las obras materia del Contrato de manera inmediata y, dado que se menciona expresamente que dicha ejecución no puede ser impedida por terceros, se refuerza la idea en el mismo sentido: es obligación de la Municipalidad entregar el terreno con la disponibilidad física que exige la LCE. Ello parece, además,

<sup>5</sup> Opinión N° 015-2015/DTN, emitida por la Dirección Técnica Normativa con fecha 23 de enero de 2015.

<sup>6</sup> Según el Diccionario de la Real Academia Española, el término “disponible”, en su primera acepción, significa “... *que se puede disponer libremente de ella o que esta lista para usarse o utilizarse.*” Tomado de <http://lema.rae.es/drae/?val=disponible>

lógico si se tiene en cuenta que la Municipalidad es la que cuenta con toda la información necesaria para encargarse de que así sea.

## **VI.2 ¿Incumplió la Municipalidad su obligación de entregar el terreno debidamente saneado al Consorcio para la ejecución de la Obra?**

21. Habiéndose determinado que la Municipalidad sí tenía obligación de entregar al Consorcio el terreno saneado, corresponde determinar si, en el caso concreto, la mencionada entidad incumplió con dicha obligación.

22. De la revisión de los medios probatorios ofrecidos, se desprende lo siguiente:

(i) Que, a la firma del Acta de Entrega de Terreno sin Observaciones, esto es, el 7 de febrero de 2011, había trabajos pendientes de cargo de la Contratista de SEDAPAL en el terreno entregado al Consorcio para la ejecución de la Obra;

(ii) Que, tanto el Consorcio como la Contratista de SEDAPAL y el propio SEDAPAL, pusieron en conocimiento de la Municipalidad, en distintas oportunidades y a lo largo de la ejecución del Contrato, la superposición de trabajos entre una y otra empresa en el terreno materia del Contrato y los problemas que esa situación estaba generando en dicha ejecución;

(iii) Que, a pesar de las comunicaciones cursadas por las empresas afectadas, la Municipalidad no dio respuesta ni tampoco ofreció solución a los problemas denunciados.

23. Cabe precisar que, el hecho que el Consorcio haya firmado el Acta de Entrega de Terreno y que incluso haya iniciado los trabajos a su cargo, no puede entenderse como una señal de conformidad respecto de la situación del terreno, toda vez que los vicios señalados por el Consorcio no eran pasibles de ser advertidos en la inspección que se efectuó al momento de suscribir la referida Acta. En cambio, sí los denunció en cuanto fueron apareciendo y los puso oportunamente en conocimiento de la Municipalidad, que era la encargada de subsanarlos, como ya se ha explicado.

24. De lo hasta aquí expuesto se colige que, si bien la Municipalidad cumplió con entregar el terreno al Consorcio, éste no se estaba debidamente saneado, por lo que no presentaba la disponibilidad física requerida por la LCE. Siendo ello así, la Árbitero Único considera que la Municipalidad incumplió con la obligación de entregar debidamente saneado el terreno donde se ejecutaría la Obra.

## **VI.3 ¿El incumplimiento del Consorcio se produjo por culpa inexcusable de la Municipalidad?**

25. El Código Civil define la culpa inexcusable en su artículo 1319°, señalando que *“Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación”*.

26. La doctrina nacional<sup>7</sup>, por su parte, define la culpa inexcusable como “... la omisión de las diligencias exigibles al agente, la conducta contraria al deber de prevenir las consecuencias previsibles del hecho propio... Ello ocurre en virtud de un obrar caracterizado por imprudencia, impericia o negligencia”.

(sub./neg. ag.) Por otro lado, en palabras de Osterling<sup>8</sup>, “...el concepto de negligencia, que forma parte de la culpa, (debe ser) entendida como la omisión de la diligencia o cuidado que debe ponerse en... el cumplimiento de los deberes y misiones; de ahí que tenga como sinónimos a las siguientes expresiones: dejadez, abandono, desidia, falta de aplicación, defecto de atención, olvido de órdenes o precauciones, ejecución imperfecta contra la posibilidad de obrar mejor, entre otros.” (sub./neg.ag.)

27. La culpa inexcusable, además, debe ser probada por quien la invoca, conforme se señala en el artículo 1330° del Código Civil: “La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”, y para ello debe atenderse a lo señalado por Osterling<sup>9</sup>, en el sentido que “los artículos 1319 y 1320, relativos a la culpa inexcusable y culpa leve, están destinados a dar pautas generales o líneas directivas al juez; pero toca a éste, en cada caso, apreciar si la acción u omisión del deudor contraviene la obligación y, si lo hace, decidir si tal contravención, conforme a dichas pautas, obedece a culpa inexcusable o a la culpa leve.”

28. Como se ha explicado anteriormente, ha quedado acreditado el incumplimiento de la Municipalidad en la entrega del terreno con la correspondiente disponibilidad física que la LCE exige, debido a que había trabajos pendientes a cargo de terceros en el mismo terreno. Como también se ha explicado, dicha situación únicamente podía ser corregida por la Municipalidad, puesto que era la única que contaba con toda la información relevante sobre la ejecución de ese contrato (fechas para el cumplimiento de plazos, avances y retrasos en la ejecución de esas obras, etc.), así como con todas las herramientas para supervisar y garantizar la culminación oportuna de las obras ajenas al Consorcio, a fin de que éste pueda iniciar las suyas.

29. Ha quedado acreditado que el inicio del plazo de ejecución del Contrato debió ser modificado, pues el cronograma original no pudo seguirse debido a que la Contratista de SEDAPAL estaba instalada en el terreno y en plena realización de trabajos, por lo que sólo pudo levantarse un Acta de Entrega de Terreno con Observaciones, el 27 de enero de 2011. Por ello, cuando el 7 de febrero de ese mismo año, se llevó a cabo la segunda reunión para la entrega del terreno, el Consorcio lo recibió en la confianza y con la certeza de que la Contratista de SEDAPAL había culminado definitivamente sus trabajos.

<sup>7</sup> Taboada Córdova, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*; Grijley; Lima; 2000; p. 64.

<sup>8</sup> Osterling Parodi, Felipe. *El Dolo*. Tomado de:

[www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Art%201318%201319%201320%201321.pdf](http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Art%201318%201319%201320%201321.pdf)

<sup>9</sup> Ibidem.

30. En esas circunstancias, atendiendo a lo pactado en el Contrato y a las obligaciones dispuestas en la LCE y su Reglamento, para la Arbitro Único es claro que el deber de diligencia de la Municipalidad implica no sólo garantizar al Consorcio el retiro de la Contratista de SEDAPAL del área del terreno, sino también la culminación definitiva de las obras a cargo de terceros. Ninguna de esas acciones fue observada por la Municipalidad. De hecho, no fueron observados ni al inicio de la ejecución del Contrato ni a lo largo de la misma, en las distintas oportunidades en las que se le informó que la Contratista de SEDAPAL no había terminado sus trabajos.

31. En efecto, poco después de iniciado el plazo de ejecución del Contrato, mediante carta de fecha 16 de marzo de 2011, la Contratista de SEDAPAL solicita a la Municipalidad *“...la postergación de los trabajos del Consorcio, hasta culminar nuestra labor, toda vez que contamos con la licencia vigente y los trabajos que realiza el Consorcio se superponen.”* Lo mismo se ha consignado en el Asiento 92 del Cuaderno de Obra, de fecha 29 de marzo de 2011. El Consorcio ha acreditado que informó a la Municipalidad a través de la carta de fecha 23 de junio de 2011 que no podía continuar con la ejecución de la Obra hasta que la Contratista de SEDAPAL culminase con los trabajos a su cargo. Y ello se repite también con la carta de fecha 26 de setiembre de 2011, dirigida por Consorcio FWR, empresa encargada de la supervisión de la Obra.

32. La Municipalidad no dio respuesta ni solución a las comunicaciones y problemas que, oportunamente, presentaron las empresas mencionadas; tampoco se hizo cargo de supervisar el avance y culminación efectiva y definitiva de las obras a cargo de terceros que estaban realizándose en el terreno materia del Contrato, ni al momento de efectuar la entrega ni posteriormente. Al existir superposición entre los trabajos encargados a terceros y las obras que debía ejecutar el Consorcio, y al no hacerse cargo la Municipalidad, a pesar de tener todo lo necesario para hacerlo, se ha configurado un impedimento real y efectivo para la ejecución adecuada de las prestaciones a cargo del Consorcio.

33. De lo expuesto, la Arbitro Único considera que el Consorcio ha acreditado que el incumplimiento en las prestaciones a su cargo se debió a causa imputable a la Municipalidad y que ésta habría actuado con negligencia grave, pues no tomó las precauciones y acciones necesarias para que el Consorcio pudiera culminar con la ejecución del Contrato.

#### **VI.4 ¿Eran procedentes las solicitudes de ampliación de plazo presentadas por el Consorcio?**

34. El Consorcio ha señalado que solicitó en reiteradas oportunidades la ampliación del plazo para la ejecución de la Obra, sin haber recibido respuesta alguna por parte de la Municipalidad y que, por consiguiente, habría operado el silencio administrativo positivo respecto a las solicitudes de ampliación de plazo. Por su parte, la Municipalidad ha señalado en este extremo que las solicitudes de ampliación de plazo

del Consorcio fueron presentadas de forma extemporánea, esto es, una vez terminado el plazo de ejecución del Contrato.

35. El artículo 201° del Reglamento LCE dispone que *“Para que proceda una ampliación de plazo..., desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal, el contratista por intermedio de su residente deberá anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameritan ampliación de plazo. (...) Toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución de la obra, fuera del cual no se admitirá las solicitudes de ampliación de plazo (...).”*(sub./neg. ag.)

36. De los medios probatorios ofrecidos por las partes, se constata que, aun cuando fue anotada en los Asientos Nos. 264 y 265 del Cuaderno de Obra y confirmada por el supervisor respectivo con fecha 06 de julio de 2011, la primera solicitud de ampliación de plazo presentado por el Consorcio es de fecha 07 de julio de 2011, fecha que está acreditada en la Constancia de Ingreso N° 33611-CI-2011<sup>10</sup>, emitida por el sistema para dar trámite a dicha solicitud. En consecuencia, la solicitud de ampliación de plazo del plazo del Contrato es, efectivamente, extemporánea.

37. Incluso si seguimos el razonamiento propuesto por el Consorcio, la solicitud de ampliación de plazo resulta extemporánea. Veamos: la demandante ha manifestado que la razón por la que estaba imposibilitada de continuar con la Obra era la superposición de trabajos autorizados a terceros, con lo cual, se ha configurado la situación recogida en el inciso 1 del artículo 200° del Reglamento LCE. Asimismo, mediante Resolución N°77, de fecha 21 de junio de 2011, la Municipalidad aprobó el Presupuesto Adicional y Deductivo, con lo que se ha configurado el supuesto recogido en el inciso 4 del mismo artículo.

38. Los incisos 1 y 4 del artículo 200° del Reglamento LCE, describen dos de las causales para la ampliación del plazo contractual, señalando que, *“De conformidad con el artículo 41 de la Ley<sup>11</sup>, el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por cualquiera de las siguientes causales ajenas a la voluntad del contratista...: 1. Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista... 4. Cuando se aprueba la prestación adicional de obra. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado.”* (sub./neg. ag.)

39. Bajo estas causales, el procedimiento de ampliación de plazo debe realizarse de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 175° del Reglamento LCE, que establece que *“...El contratista deberá solicitar la ampliación dentro de los siete (7) días hábiles siguientes a la notificación de la aprobación del adicional... La Entidad debe resolver*

<sup>10</sup> La Constancia de Ingreso N° 33611-CI-2011 no obra en el expediente. La demandante ha señalado que el documento obra en poder de la Municipalidad y ha presentado un comprobante en el que figura la constancia de su expedición, pero no ha podido presentarlo al proceso.

<sup>11</sup> LCE, Artículo 41.- Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones “(...) 41.6. El contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el cronograma contractual.”

**sobre dicha solicitud y notificar su decisión al contratista en el plazo de diez (10) días hábiles, computado desde el día siguiente de su presentación. De no existir pronunciamiento expreso, se tendrá por aprobada la solicitud del contratista, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.**” (sub./neg. ag.)

40. Si bien es cierto que, mediante Resolución N° 077 la Municipalidad aprobó la prestación adicional y que, efectivamente también, en los Asientos Nos. 264 y 265 se ha consignado que la causa de la ampliación no es atribuible al Consorcio, hay un problema de plazos que no se puede soslayar y que evidencia una incongruencia en dos puntos de la posición de la demandante: la solicitud de ampliación de plazo, por un lado; y la resolución del Contrato, por el otro. Ambos puntos están íntimamente ligados por la fecha de notificación de la Resolución N° 077, como veremos a continuación y más adelante en el laudo.

41. La Resolución N° 077 fue expedida el 21 de junio y no consta en el expediente fecha de su notificación al Consorcio. En consecuencia:

(i) Si asumimos que le fue notificada ese mismo día, esto es, el 21 de junio, según lo dispuesto por el artículo 175° del Reglamento LCE, el plazo para presentar la solicitud de ampliación vencía el 01 de julio. Siendo que el Consorcio la presentó el 06 de julio, se evidencia la extemporaneidad de la misma. Para que el 06 de julio caiga dentro del plazo previsto para la presentación de la ampliación, la Resolución N° 077 tendría que haberse notificado el 24 de junio o después;

(ii) Si asumimos que la Resolución N° 077 hubiera sido notificada el 24 de junio o posteriormente y que, por tanto, la solicitud de ampliación de plazo hubiera sido oportunamente presentada el 06 de julio, y teniendo en cuenta que la Municipalidad no se pronunció al respecto (eso es claro y la Municipalidad lo admite), entonces, la ampliación de 45 días calendario debe considerarse concedida, en virtud del silencio administrativo positivo contemplado en la LCE. Ahora bien; dicho plazo empezó a computarse el 21 de julio, pues la Municipalidad tenía hasta el 20 de julio para emitir su pronunciamiento, y terminó el 03 de setiembre. En consecuencia, para el 08 de setiembre, que es cuando el Consorcio comunicó a la Municipalidad su decisión de resolver el Contrato, el Contrato ya había vencido y, entonces, la resolución contractual no podía efectuarse.

42. Cabe precisar que, si bien es cierto que el Consorcio informó en reiteradas oportunidades a la Municipalidad sobre la presencia de la Contratista de SEDAPAL en el terreno, también es cierto que ninguna de esas comunicaciones puede ser entendida como una solicitud formal de ampliación de plazo, por lo que la inacción de la Municipalidad no pone en marcha el silencio administrativo positivo alegado por la demandante.

43. De lo hasta aquí expuesto, se sigue que, dado que, al haber remitido su solicitud de ampliación fuera del plazo previsto, el Consorcio no cumplió con las disposiciones contenidas en la LCE y su Reglamento. En consecuencia, la Ábitro Único considera

8

que el pedido de ampliación del plazo formulado por el Consorcio ha sido presentado en forma extemporánea y no ha surtido efecto alguno.

#### VI.5 ¿En qué momento quedó resuelto el Contrato?

44. Habiéndose determinado la extemporaneidad de la solicitud de ampliación de plazo contractual presentada por el Consorcio, corresponde ahora determinar si el Contrato quedó resuelto y en qué momento habría quedado resuelto, pues ambas partes han invocado la resolución del mismo, aunque por causales diferentes.

45. La normativa de contrataciones del Estado ha previsto la posibilidad de resolver<sup>12</sup> el contrato, cuando resulte imposible ejecutar las prestaciones pactadas o como paliativo ante el incumplimiento de estas.

46. Así, el literal c) del artículo 40º de la LCE establece que, “(...) *En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, (...). Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento.*” Del mismo modo, el artículo 168º del Reglamento LCE establece que “[...] El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169”. (sub./neg. ag.)

47. Como ha señalado el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE<sup>13</sup>, “La normativa de contrataciones del Estado busca limitar la potestad resolutoria del contratista a solo aquellos casos en que la Entidad incumpla con sus obligaciones esenciales, con la finalidad de promover la continuidad del eje del contrato y, en consecuencia, satisfacer el interés público involucrado con la contratación.” Y agrega que, “De conformidad con lo expuesto, una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato.” (sub./neg. ag.)

<sup>12</sup> A mayor abundamiento, García de Enterría precisa que la resolución “(...) es una forma de extinción anticipada del contrato actuada facultativamente por una de las partes, cuya función consiste en salvaguardar su interés contractual como defensa frente al riesgo de que quede frustrado por la conducta de la otra parte”. (sub./neg. ag.)  
García de Enterría, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo I*; Reimpresión; Civitas; Madrid; 2001; p. 750.

<sup>13</sup> Opinión N°027-2014/DTN de fecha 13 de febrero de 2014.

48. Según lo hasta aquí expuesto, ha quedado acreditado que la Municipalidad incumplió su obligación de entregar el terreno debidamente saneado, ¿puede considerarse dicha obligación como una de tipo esencial?

49. A criterio de la Árbitro Único, la respuesta es no. Ello porque, como ha sido ya explicado, el incumplimiento de una obligación esencial impide la ejecución de las prestaciones a cargo de la contraparte, mientras que en el presente caso, tanto el Consorcio como la Municipalidad han coincidido en señalar que el Consorcio ha cumplido con ejecutar el 80% de la Obra pactada.

**a) La resolución contractual formulada por la Municipalidad**

50. La Municipalidad ha señalado que, estando a lo dispuesto por la LCE y su Reglamento, mediante carta notarial de fecha 02 de noviembre de 2011, pidió la resolución del Contrato por incumplimiento imputable al Consorcio.

51. La Árbitro Único considera que la resolución formulada por la Municipalidad no es procedente. Ello, no solo porque se ha determinado ya que el plazo del Contrato venció el 06 de julio de 2011, por lo que al 02 de noviembre habían pasado casi cuatro meses desde el vencimiento del Contrato, sino también porque ha sido la propia Municipalidad la que ha sostenido a lo largo del proceso que el Contrato venció el 06 de julio de 2012 y que, precisamente por ello, debía desestimarse la resolución contractual formulada por el Consorcio con fecha 08 de setiembre.

52. Ahora bien; la Árbitro Único considera pertinente señalar que, aun si el Contrato hubiera estado vigente, la Municipalidad no hubiera podido invocar su resolución por no ser parte fiel del mismo. En efecto, según señala De la Puente<sup>14</sup>, “...el requisito fundamental para que la parte fiel esté legitimada para solicitar la resolución del contrato por incumplimiento de la otra parte, es que ella misma no sea también incumplidora”. (sub./neg. ag.) Ello quiere decir que únicamente puede resolver el Contrato aquella parte que ha cumplido a cabalidad con las prestaciones a su cargo. En este caso, la Municipalidad no es parte fiel del Contrato porque incumplió con su obligación de entregar debidamente saneado el terreno materia del mismo.

**b) La resolución contractual formulada por el Consorcio**

53. En relación con la resolución del Contrato formulada por el Consorcio, resulta aplicable el mismo razonamiento expuesto en líneas precedentes, esto es, que habiéndose formulado la solicitud de ampliación en forma extemporánea - pues el plazo del Contrato terminó el 06 de julio de 2011-, no resulta jurídicamente posible plantear la resolución del mismo.

<sup>14</sup> De la Puente y Lavalle, Manuel. *El Contrato en General*; Palestra Editores; Lima; 2009; Tomo II; p. 384.



54. Debe indicarse que, adicionalmente, aun si se hubiera ampliado el plazo del Contrato, el Consorcio no hubiera podido formular válidamente la resolución contractual, puesto que la Municipalidad no incumplió una obligación esencial y, en consecuencia, no se hubiera podido configurar la causal de resolución requerida por la ley.

55. Por lo expuesto, la Arbitro Único considera que el Contrato estuvo vigente hasta el 06 de julio de 2011, por lo que ninguna de las resoluciones contractuales presentadas por las partes ha producido efectos jurídicos por ser ambas extemporáneas.

#### **VI.6 ¿Corresponde el pago de la penalidad solicitada por el Consorcio?**

56. El Artículo 184° de la del Reglamento LCE establece que “El inicio del plazo de ejecución de obra comienza a regir desde el día siguiente de que se cumplan las siguientes condiciones: (...) 3. Que la Entidad haya hecho entrega del terreno o lugar donde se ejecutará la obra...Si la Entidad no cumple con lo dispuesto en los incisos precedentes por causas imputables a ésta...el contratista tendrá derecho al resarcimiento de daños y perjuicios debidamente acreditados, hasta por un monto equivalente al cinco por diez mil (5/10000) del monto del contrato por día y hasta por un tope de setenta y cinco por diez mil (75/10000)...”(sub./neg. ag.)

57. Dado que, en el presente caso, se ha configurado el supuesto previsto por la norma, pues la Municipalidad no entregó el terreno en las condiciones pactadas, corresponde aplicar la penalidad prevista por concepto de daños y perjuicios hasta por el tope contemplado, según la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad tope} = 0.0075 \times 3'524,746.28 = \text{S/. } 26,435.60$$

58. De este modo, corresponde que la Municipalidad pague al Consorcio la suma de S/. 26,435.60 (veintiséis mil cuatrocientos treinta y cinco con 64/100 nuevos soles), que resulta de aplicar la penalidad máxima establecida en la norma reseñada, según el cálculo mencionado.

#### **VI.7 ¿Corresponde la ejecución de la Carta Fianza entregada por el Consorcio por parte de la Municipalidad?**

59. La Arbitro Único ha determinado que la Municipalidad incumplió con la obligación de entregar el terreno debidamente saneado para la ejecución de la Obra y que, producto de ello, el Consorcio no pudo cumplir con la totalidad de la prestación a su cargo.

60. El artículo 164° del Reglamento LCE señala que “Las garantías se ejecutarán a simple requerimiento de la Entidad en los siguientes supuestos: (...) 2. ... sólo cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y

**ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato.** El monto de las garantías corresponderá íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado..." (sub./neg. ag.)

61. Teniendo en consideración que el Contrato no ha sido resuelto por ninguna de las partes, sino que terminó en el plazo pactado en el mismo, no corresponde a la Municipalidad ejecutar la garantía de fiel cumplimiento presentada por el Consorcio, por lo que debe interrumpir las acciones tendientes a la ejecución de las garantías otorgadas por el Consorcio en su oportunidad.

#### **VI.8 ¿Cuál es la valorización final del Contrato?**

62. El Consorcio ha señalado en su escrito de demanda que corresponde que se declare que la valorización final del Contrato asciende a la suma de S/. 821,092.92 (ochocientos veintiún mil noventa y dos con 92/100 nuevos soles). Por su parte, la Municipalidad sostiene que la liquidación final del Contrato asciende a la suma de S/. 85,593.44 (ochenta y cinco mil quinientos noventa y tres con 44/100 nuevos soles), según liquidación determinada mediante la Resolución Gerencial N° 042-2012, de 03 de marzo de 2012. Adicionalmente, las partes reconocen que se ha pagado la suma de S/. 1'877,695.37 (un millón ochocientos setenta y siete mil seiscientos noventa y cinco con 37/100 nuevos soles).

63. De los medios probatorios ofrecidos por las partes, se desprende lo siguiente: (i) que, se emitieron cinco valorizaciones y una valorización adicional por un total de S/. 2'700,452.81, incluido IGV; y (ii) que, de ese monto, se ha pagado un total de S/. 2'256,984.74. En consecuencia, el saldo a pagar ascendería a la suma de S/. 443,468.07, monto que la Municipalidad ha reconocido inicialmente y al cual ha restado el monto de S/. 352,474.63, alegando la aplicación de una multa por el retraso en la entrega de la Obra.

64. Sin embargo, como se ha determinado que el retraso se debió a causa imputable a la Municipalidad la multa alegada no le es aplicable al Consorcio, motivo por el cual corresponde que se pague al Consorcio el saldo pendiente en su totalidad, esto es, sin descuento alguno.

65. Por consiguiente, la Árbítro Único considera que la liquidación final del Contrato asciende a la suma de S/. 443,468.07 (Cuatrocientos Cuarenta y Tres Mil Cuatrocientos Sesenta y Ocho y 07/100 nuevos soles) y que debe ser pagada por la Municipalidad al Consorcio.

#### **VI.9 ¿Corresponde que se indemnice al Consorcio por el concepto de daño emergente?**

66. En este punto, corresponde determinar si la Municipalidad debe responder por los daños causados al Consorcio con su actuación.

67. El concepto de daño *"comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor... debe considerarse como daño toda situación desventajosa en que el acreedor se vea colocado como consecuencia de la lesión de su derecho de crédito"*<sup>15</sup> (sub./neg. ag.) Este concepto de daño ha sido recogido por el segundo párrafo del artículo 1321° del Código Civil, que establece que *"el resarcimiento por la inexecución de la obligación comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante en cuanto sean consecuencia directa de tal inexecución"*.

68. Ahora bien, no cualquier daño es indemnizable, sino sólo aquel que cumple con ciertos requisitos, a saber: (i) la certeza: la certidumbre del daño se refiere a su existencia y no a su actualidad o monto: debe ser real y efectivo; (ii) la subsistencia: si el daño fue reparado, el perjuicio es insubsistente; (iii) injusto: será injusto un daño cuando afecta un interés tutelado por el ordenamiento jurídico; y, (iv) especial: el daño debe ser realizado sobre una persona determinada<sup>16</sup>.

69. De acuerdo con lo establecido por el artículo 1321° del Código Civil, *"queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo o culpa."* Taboada<sup>17</sup> define al dolo *"la intención de no cumplir, aunque al proceder así el deudor no desee causar un daño. El dolo existe cuando el deudor tiene la voluntad de no cumplir con su obligación, ya sea con el propósito de causar un daño al acreedor o no"*. Por su lado, como ya se ha señalado, el mismo autor<sup>18</sup> sostiene que la culpa consiste *"en la omisión de las diligencias exigibles al agente, la conducta contraria al deber de prevenir las consecuencias previsibles del hecho propio (...). Ello ocurre en virtud de un obrar caracterizado por imprudencia, impericia o negligencia"*.

70. El nexo causal *"es la relación de antecedentes y consecuencias de causa a efecto que deben existir entre el hecho dañoso y el daño mismo. No es menester que el hecho caracterizado como causa haya traído por sí solo los daños. Cabe que también hayan contribuido otros hechos. En principio, sólo es indispensable que los daños no se hubieran producido sin el hecho en cuestión, o sea que este hecho constituya una "condictio sine qua non" del nacimiento del daño..."*<sup>19</sup> (sub./neg. ag.)

71. De acuerdo a lo señalado por el Consorcio, el daño emergente generado por el incumplimiento de las obligaciones contractuales de la Municipalidad, asciende a la suma de S/. 175, 653.14 (ciento setenta y cinco mil seiscientos cincuenta y tres con 14/100 nuevos soles), monto que estaría compuesto por los siguientes conceptos:

<sup>15</sup> Díez Picazo, Luis; *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*; Editorial Tecnos; Madrid; 1983; p. 683.

<sup>16</sup> Zannoni, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*; Editorial Astrea; Buenos Aires; 1982, p.11.

<sup>17</sup> Taboada Córdova, Lizardo; op. Cit; p. 45.

<sup>18</sup> Ibidem.

<sup>19</sup> Rodríguez-Arias Bustamante, Lino; *Derecho de Obligaciones*; Revista de Derecho Privado; Madrid; 1965; pp. 237 y 238.

- (i) gastos financieros derivados de la emisión y renovación de las cartas fianzas y contragarantías para la obtención de la carta fianza;
- (ii) deudas derivadas con terceros; y,
- (iii) desmovilización de maquinaria.

72. La Municipalidad, por su parte, ha manifestado que el monto pactado en el Contrato incluía todos aquellos gastos en los que incurriría el Consorcio, por lo cual no le correspondería pagar indemnización alguna por este concepto.

73. En el proceso de valoración de los medios probatorios ofrecidos por las partes, la Árbítro Único ha determinado que los conceptos invocados por el Consorcio con relación al daño emergente no han sido acreditados.

74. En efecto, en relación con los gastos en los que habría incurrido para la renovación de la Carta Fianza, no se ha presentado medio probatorio alguno que acredite que el Consorcio efectivamente realizó dicha renovación. Además, se ha discutido en el presente arbitraje sobre la posibilidad de ejecutar la Carta Fianza y se ha determinado que no es ejecutable, debido a que el Contrato no ha sido resuelto por ninguna de las partes. En consecuencia, el Consorcio no ha podido acreditar la relación de causalidad entre la actuación de la Municipalidad y la supuesta renovación de la Carta Fianza.

75. Un razonamiento similar puede emplearse respecto de los otros conceptos invocados por el Consorcio, pues no ha presentado medio probatorio alguno que acredite aquellos gastos en los que habría incurrido por la subcontratación de terceros; y tampoco ha acreditado que dichos gastos deriven de la inejecución del Contrato por parte de la Municipalidad. Respecto de este último punto, la Árbítro Único no se explica cómo podría el Consorcio haber seguido pagando todos aquellos gastos derivados de la ejecución de la Obra si la misma, como el propio Consorcio ha reconocido en reiteradas oportunidades, se encontraba paralizada.

76. En relación con la movilización de la maquinaria, no sólo no se ha acreditado la cuantía de dicho daño, sino que además dicha operación se habría realizado incluso en el caso que el Contrato se hubiera ejecutado correctamente, por lo que no tiene sentido pedírselo a la contraparte. Adicionalmente, de los términos pactados en el Contrato, se desprende que los costos por este concepto estaban dentro de la proyección del Consorcio.

77. Finalmente, cabe mencionar que, si bien el Consorcio ha presentado dos pericias de parte como medios probatorios, la Árbítro Único considera que ninguna de ellas cuenta con valor probatorio suficiente para acreditar los daños invocados. Ello, no solo porque no explican, sustentan o justifican en ningún punto la fórmula técnica empleada para determinar sus estimaciones, sino porque tampoco han adjuntado documento alguno que permita dar referencias de las cifras que han sido estimadas en sus cálculos. Cabe mencionar en este punto que, además, ambos peritos son actualmente trabajadores de las compañías del Consorcio, por lo que no puede considerarse su imparcialidad como absoluta.

78. Por lo expuesto, la Ábitro Único considera que la pretensión de daño emergente planteada por el Consorcio es infundada.

#### **VI.10 ¿Debe el Consorcio ser indemnizado por concepto de lucro cesante?**

79. Según lo señalado por De Trazegnies<sup>20</sup>, el lucro cesante, a diferencia del daño emergente, “...no se traduce en una disminución patrimonial, sino en un no incremento del patrimonio del sujeto perjudicado con el incumplimiento.” (sub./neg. ag.) Alpa<sup>21</sup> agrega que “...el daño que se reclama por concepto de lucro cesante no solo debe estar debidamente acreditado, sino que además debe existir determinada certeza en que los conceptos económicos reclamados habrían efectivamente entrado en la esfera jurídica de quien los reclama.” (sub./neg. ag.)

80. El Consorcio ha señalado en su escrito de demanda que la indemnización por concepto de lucro cesante reclamada se divide en tres conceptos: (i) la utilidad dejada de percibir por el saldo de las obras pendientes de ejecución; (ii) la utilidad dejada de percibir por frustrarse la participación del Consorcio en otros procesos de selección; y, (iii) la indemnización por concepto de daño moral.

##### **a) La utilidad dejada de percibir**

81. En relación con el primer concepto, debe considerarse (\*) que, el Contrato tiene naturaleza de contrato de obra de ejecución continuada; (\*\*) que, las prestaciones del mismo se cumplen de forma periódica en el tiempo; y (\*\*\*) que, tanto la continuidad como la periodicidad han sido interrumpidas por causa de la conducta de la Municipalidad. Por ello, la Ábitro Único es de la opinión que corresponde que el Consorcio perciba aquellos montos que hubiese obtenido de haberse ejecutado correctamente el Contrato.

82. En tal sentido, corresponde que se indemnice al Consorcio con la suma de S/. 31,505.58 (treinta y un mil quinientos cinco con 58/100 nuevos soles) por concepto de lucro cesante.

##### **b) La utilidad dejada de percibir por frustrarse la participación del Consorcio en otros procesos de selección**

83. Al respecto debe señalarse que no se ha acreditado que dicho daño haya sido efectivamente producido: el Consorcio no ha presentado pruebas que evidencien la existencia de otros procesos, ni de su participación en los mismos, ni de que la conducta

<sup>20</sup> De Trazegnies Granda, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual*; Biblioteca Para Leer el Código Civil; Fondo Editorial PUCP; Lima; 1995; 5ta. edición; Vol. IV; Tomo II; p. 43.

<sup>21</sup> Alpa, Guido. *Apuntes sobre el daño contractual*. En: IUS ET VERITAS; No. 48; Lima; 2013; pp. 12 y ss.

de la Municipalidad haya sido la causa por la que no recibió la buena pro en alguno o algunos de dichos supuestos procesos.

84. De lo expuesto se desprende que no existe certeza alguna de que el Consorcio habría obtenido la buena pro de los procesos de selección que alega, por lo que este extremo de la pretensión indemnizatoria debe ser desestimado.

### **c) La indemnización por daño moral**

85. En relación al daño moral solicitado, la Ábitro Único considera que este daño es autónomo y, por consiguiente, no es asimilable a la categoría jurídica de lucro cesante. En ese sentido, desarrollará los fundamentos del daño moral en el siguiente acápite.

86. En atención a las consideraciones hasta expuestas en esta sección, la Ábitro Único considera que corresponde declarar fundada en parte la pretensión indemnizatoria del Consorcio en este extremo, debiendo la Municipalidad pagar la suma de S/. 31, 505.58 (treinta y un mil quinientos cinco con 58/100 nuevos soles) por concepto de lucro cesante, relacionado con la utilidad dejada de percibir por la inejecución del Contrato por causa imputable a la Demandada.

### **VI.11 ¿Ha sufrido el Consorcio de daño moral?**

87. De acuerdo a lo señalado por De Trazegnies<sup>22</sup>, el daño moral es aquél que no tiene ningún contenido patrimonial: “...el daño moral está constituido por el daño a los afectos, dentro del cual se incluyen el dolor físico así como el sufrimiento emocional, dentro de este último la afectación al honor o a la imagen propia”. Siendo ello así, es un daño que únicamente pueden sufrir personas naturales, puesto que las personas jurídicas no cuentan con tales afectos.

88. En consecuencia, al tratarse de una persona jurídica y no de una persona natural, el Consorcio no es susceptible de sufrir daño moral y, por lo tanto, corresponde declarar infundada la demanda en este extremo.

### **VI.12 ¿A quién corresponde el pago de los costos del arbitraje?**

89. Por último, corresponde que se determine a quién y en qué proporción corresponde el pago de los gastos arbitrales, costas y costos del proceso.

90. El artículo 73° de la Ley de Arbitraje establece que “El Tribunal tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el

<sup>22</sup> De Trazegnies Granda, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual*; Biblioteca Para Leer el Código Civil; Fondo Editorial PUCP; Lima; 1995; 5ta. edición; Vol. IV; Tomo II; p. 94.

*tribunal arbitral podrá distribuir y prorratar estos costos entre las partes, si estima que el prorrato es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.*

91. La cláusula arbitral no ha previsto estipulación que se refiera a la distribución de los costos arbitrales y, teniendo en cuenta que no todas las pretensiones de la demanda han sido declaradas fundadas, por lo que no puede hablarse de una parte vencida, corresponde que la Ábitro Único se pronuncie sobre si procede la condena para el pago de los costos del arbitraje y establezca cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas.

92. Sobre el particular, la Ábitro Único considera que ambas partes han actuado basadas en la existencia de argumentos atendibles para defender sus posiciones y convencidas de dichas posiciones a lo largo del proceso, por lo que, teniendo en cuenta este hecho, la Ábitro Único considera que cada una de ellas debe asumir los costos del arbitraje en los que ha incurrido.

93. En consecuencia, corresponde declarar que cada parte cubra sus propios gastos por un lado y, por otro, los gastos comunes sean asumidos por ambas en partes exactamente iguales.

POR LAS CONSIDERACIONES EXPUESTAS Y DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO POR EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1017, Y CON LAS ATRIBUCIONES CONFERIDAS POR LAS PARTES, ESTA ÁBITRO ÚNICO, LAUDA:

**Primero:** Declarar **FUNDADA** la primera pretensión principal de la demanda y, en consecuencia, declarar que el incumplimiento de Consorcio Independencia se debió a culpa inexcusable de la Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho.

**Segundo:** Declarar **FUNDADA** la segunda pretensión principal de la demanda y, en consecuencia, ordenar que se suspendan las acciones orientadas a conseguir la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento presentada por Consorcio Independencia, pues ésta no es ejecutable debido a que el Contrato no ha sido resuelto.

**Tercero:** Declarar **FUNDADA EN PARTE** la tercera pretensión principal de la demanda en el extremo que solicita se indemnice a Consorcio Independencia por lucro cesante.

**Cuarto:** Declarar **FUNDADA** la cuarta pretensión principal de la demanda y, en consecuencia, ordenar a la Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho que pague a Consorcio Independencia la suma **S/. 26,435.60** (veintiséis mil cuatrocientos treinta y cinco con 60/100 nuevos soles), correspondiente a la aplicación de la penalidad prevista en el artículo 184° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

88

**Quinto:** Declarar **INFUNDADA** la quinta pretensión principal de la demanda y, en consecuencia, declarar que no corresponde que la Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho pague suma alguna por concepto de daño emergente solicitado por la parte demandante.

**Sexto:** Declarar **FUNDADA EN PARTE** la sétima pretensión principal de la demanda, en el extremo relacionado con el pago por concepto de lucro cesante derivado de las utilidades dejadas de percibir por Consorcio Independencia debido a la inejecución del Contrato. En consecuencia, ordenar a la Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho el pago de la suma de **S/. 31, 505.58 (treinta y un mil quinientos cinco con 58/100 nuevos soles)** en favor de Consorcio Independencia.

**Sétimo:** Declarar **FUNDADA** la sétima pretensión principal de la demanda y, en consecuencia, declarar que la liquidación final del Contrato de Obra asciende a la suma de **S/. 443,468.07 (cuatrocientos cuarenta y tres mil cuatrocientos sesenta y ocho con 07/100 nuevos soles)**, que debe ser pagada por la Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho en favor de Consorcio Independencia

**Octavo:** Declarar que cada parte asumirá sus costas y costos del proceso.



---

**SHOSCHANA ZUSMAN TINMAN**  
**Árbitro Único**