

Expediente N° 550-131-14

LAUDO ARBITRAL

DEMANDANTE: **Consortio DALSE PROINCO** (en adelante, el CONSORCIO o el Contratista)

DEMANDADO: **Municipalidad Distrital de Mala** (en adelante, la MUNICIPALIDAD o la Entidad).

TIPO DE ARBITRAJE: Institucional y de Derecho.

TRIBUNAL ARBITRAL

PRESIDENTE: Juan Carlos Pinto Escobedo

ÁRBITRO: Humberto Flores Arévalo

ÁRBITRO: Kim Moy Angélica Camino Chung

SECRETARIA ARBITRAL: Silvia Rodríguez Vásquez

Resolución N° 09

En Lima, a los once días del mes de febrero del año dos mil dieciseis, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchado los argumentos sometidos a su consideración y analizado las pretensiones planteadas en la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada:

I. Existencia del Convenio Arbitral, Designación e Instalación de Tribunal Arbitral.

1.1 El Convenio Arbitral:

Contenido en la Cláusula Décimo Octava del Contrato de Obra N° 001-2012-OAL/MDM "Construcción del Sistema de Red de Alcantarillado y Disposición de Desagües en el Anexo de Bujama Baja – Mala – Cañete" celebrado el 10/05/12 (en adelante, el Contrato).

1.2 Instalación del Tribunal Arbitral:

Con fecha 21/01/15 se realizó la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, constituido éste por el doctor Juan Carlos Pinto Escobedo, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, el doctor Humberto Flores Arévalo y la doctora Kim Moy Angélica Camino Chung, en su calidad de árbitros; con la asistencia de las partes, donde se fijaron las reglas aplicables al presente arbitraje.

II. Normatividad aplicable al Proceso Arbitral:

Será de aplicación al presente proceso el Reglamento de Arbitraje del CENTRO (en adelante, el REGLAMENTO), la Ley de Contrataciones del Estado (LCE), aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, y su Reglamento (RLCE), aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y en forma supletoria el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje (LA).

En caso de discrepancias de interpretación o de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral resolverá en forma definitiva, del modo que considere apropiado.

III. De la Demanda Arbitral presentada por el CONSORCIO con fecha 10/02/15:

- 3.1 Mediante escrito de fecha 10/02/15, el CONSORCIO interpone demanda contra la MUNICIPALIDAD, señalando como pretensiones las siguientes:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que el Tribunal Arbitral confirme la Resolución del Contrato de Ejecución de Obra N° 001-2012-OAL/MDM de fecha 10 de mayo de 2012 operada mediante la Carta Notarial de fecha 26 de setiembre de 2014 y notificada el 29 de setiembre de 2014, en virtud a la falta de pago de la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MALA de la liquidación final consentida del Contrato a pesar de haber sido previamente requerido para ello.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que el Tribunal Arbitral ordene a la MUNICIPALIDAD DE MALA al pago de la liquidación final consentida del Contrato por la suma de S/. 693,400.90 más los intereses legales correspondientes.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se ordene a la MUNICIPALIDAD DE MALA la devolución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 0011-0126-9800028240-04 emitida por el Banco Continental por el monto de S/.255,907.38 por haberse consentido la liquidación final del contrato y, por ende, haber culminado su vigencia.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se ordene, como consecuencia de la Resolución del Contrato por culpa del Contratante, el pago de

indemnización por daño emergente y lucro cesante por la suma de S/. 300,000.

QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: *Que, se reconozca y ordene el pago a la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MALA de las costas y costos del proceso arbitral, gastos de abogados, etc.*

- 3.2 **Respecto a los antecedentes de la demanda,** el CONSORCIO enuncia lo siguiente:
- 3.3 El 10/05/12, el CONSORCIO y la MUNICIPALIDAD suscriben el Contrato N° 001-2012-OAL/MDM para la ejecución de la obra "Construcción del Sistema de Red de Alcantarillado y Disposición de Desagües en el anexo de Bujama Baja – Mala – Cañete" por el otorgamiento de la Buena Pro a favor del CONSORCIO en la Licitación Pública N° 001-2012-CE-MDM por un monto ascendente a S/.2'558,720.60.
- 3.4 El 31/01/14 se suscribe el Acta de Recepción de Obra entre el Comité de Recepción de Obra y el CONSORCIO. Ésta no consigna observaciones, comprobándose, dice el demandante, que la obra ha sido concluida.
- 3.5 En dicha Acta, indica el demandante, se señala expresamente que "luego de efectuada la verificación de campo, el Comité de Recepción ha podido comprobar que la obra ejecutada ha sido concluida, cumpliendo con el expediente técnico salvo vicios ocultos"; asimismo se establece que "en virtud de las consideraciones expuestas se procede a la recepción de la obra y en señal de conformidad con los términos contenidos en la presente acta proceden a suscribirla los miembros del Comité"; con ello, dice, se colige que la obra fue debidamente recibida sin observaciones y que el Comité de Recepción, conjuntamente con el CONSORCIO, verificó el fiel cumplimiento del Expediente Técnico, por lo que, en aplicación del artículo 210° del RLCE, se procedió a su suscripción.
- 3.6 Con fecha 25/03/14, el CONSORCIO presenta la Liquidación de Obra conforme a lo establecido en el artículo 211° del RLCE. La MUNICIPALIDAD, agrega el demandante, no formula observaciones ni comunica la elaboración de una nueva dentro de los 60 días de presentada, por lo que, en virtud del citado artículo y la cláusula decimoquinta del Contrato, queda consentida.
- 3.7 Respecto al artículo 211° del RLCE, señala el CONSORCIO que es una norma que regula el procedimiento de liquidación del Contrato de Obra, pues estipula que "dentro del plazo máximo de sesenta (60) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que este se pronuncie dentro de los quince días siguientes".

- 3.8 Habiéndose ya remitido la liquidación a la MUNICIPALIDAD el 25/03/14, en virtud del artículo 211° del RLCE, ésta debía pronunciarse respecto a aquella dentro del plazo perentorio de 60 días calendarios. Se observa, sin embargo, dice el CONSORCIO, que dicho plazo venció el 26/05/14 sin que el demandado haya realizado o comunicado cualquier acto administrativo destinado a cuestionar la liquidación presentada.
- 3.9 Sostiene luego que en la respuesta a la solicitud de arbitraje la MUNICIPALIDAD declara haber observado la liquidación mediante el Informe N° 0660-2014-GDU/MDM emitido el 26/06/14, fecha para la cual ya había quedado consentida la liquidación presentada.
- 3.10 De otro lado expresa el CONSORCIO que el citado artículo 211° del RLCE prescribe que “la liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido”. En ese sentido, afirma, este precepto legal establece a favor del Contratista el silencio administrativo positivo, es decir, que ante la ausencia de repuesta, omisión o dilación en cuanto a observar o elaborar una nueva liquidación dentro del plazo señalado por parte de la Entidad, la liquidación queda automáticamente consentida y tiene validez de pleno derecho. No puede entonces ser cuestionada en forma extemporánea.
- 3.11 De esa manera, continúa, la oportunidad de cuestionar la liquidación del contrato de obra por parte de la MUNICIPALIDAD tiene plazos perentorios establecidos por norma expresa que no pueden ser desconocidos en la tramitación del procedimiento administrativo y cuya omisión o dilación en la respuesta no puede ser trasladada al Contratista, por lo que cualquier cuestionamiento u observación extemporánea respecto a dicha liquidación resulta improcedente y sus efectos de absoluta responsabilidad del demandado.
- 3.12 Mediante Carta del 19/09/14, el CONSORCIO solicita a la MUNICIPALIDAD, de conformidad con el artículo 212° del RLCE, proceder al pago de la Liquidación de Obra consentida por el monto de S/. 693,400.90 a efectos de culminar definitivamente con el Contrato; y requiere que dicho pago sea realizado en el plazo de 05 días bajo apercibimiento de resolución al ser ésta una obligación contractual esencial incumplida, de acuerdo a lo establecido por los artículos 169° del RLCE y 40° de la LCE.
- 3.13 Ante la falta de respuesta por parte del demandado, mediante Carta Notarial de fecha 29/09/14, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 169° del RLCE, el CONSORCIO da por resuelto el Contrato.
- 3.14 **La primera pretensión de la demanda**, dice el Contratista, está destinada a que el Tribunal Arbitral confirme la Resolución del Contrato operada mediante la Carta Notarial de fecha 26/09/14 y notificada el

29/09/14 en razón de la falta de pago por parte de la MUNICIPALIDAD de la liquidación final consentida a pesar de haber sido previamente requerida para ello. Así, por efectos de ello, la **segunda pretensión** vinculada a la primera, busca que se ordene a la MUNICIPALIDAD el pago de la liquidación final consentida por la suma de S/. 693,400.90 más los intereses legales correspondientes.

- 3.15 **La tercera pretensión principal**, afirma el demandante, está vinculada a la aplicación del artículo 158° del RLCE y lo establecido en la cláusula octava del Contrato, y tiene como fin la devolución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 0011-0126-9800028240-04 emitida por el Banco Continental por el monto de S/.255,907.38, considerando que la vigencia de la garantía de fiel cumplimiento se extiende hasta el consentimiento de la liquidación final, lo cual ya se produjo.
- 3.16 **Respecto a la cuarta pretensión principal**, el CONSORCIO solicita al Tribunal Arbitral ordenar, como consecuencia de la resolución del Contrato por culpa de la MUNICIPALIDAD, el pago de una indemnización por daño emergente y lucro cesante por la suma de S/. 300,000 nuevos soles.
- 3.17 Asevera el CONSORCIO que el daño emergente se constituye por la ruptura del vínculo contractual que acarrea consecuencias patrimoniales en desmedro del demandante, máxime, continúa, si la resolución se debe a razones no ajustadas a derecho tales como el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales.
- 3.18 Asimismo, agrega, el daño emergente se encuentra acreditado en la dilación de no efectivizar el pago correspondiente por parte de la Entidad dentro de los plazos establecidos en la norma de la materia y en el Contrato, traducéndose esto como la falta de retorno de las inversiones realizadas para la ejecución de la obra.
- 3.19 Finalmente, respecto al lucro cesante invocado en la pretensión indemnizatoria, dice el demandante que se encuentra motivada en la negativa injustificada del demandado de ejecutar el pago dentro de los plazos establecidos dilatando su ejecución a pesar de haberse cumplido con todos los procedimientos para su emisión, generándosele un perjuicio económico en no percibir la contraprestación pactada en el Contrato, incremento patrimonial que no ha sido efectivizado a su favor por el incumplimiento injustificado de la MUNICIPALIDAD de realizarlo dentro del marco contractual y que ha generado que ante la inejecución de esta obligación esencial en el tiempo se rompa el vínculo contractual procediéndose al presente arbitraje.
- 3.20 **Respecto a la quinta pretensión**, el demandante solicita que se reconozca y ordene el pago a la MUNICIPALIDAD de las costas y costos del proceso arbitral, gastos de abogados y otros.

- 3.21 **Respecto a la fundamentación jurídica**, el demandante señala los artículos 210°, 211° y 212° del RLCE; y 1321°, 1322° y 1332° del Código Civil.

IV. De la contestación a la demanda arbitral.

- 4.1 La Resolución N° 1 del 16/03/15 fue notificada a la MUNICIPALIDAD el 18/03/15, siendo que el plazo para la presentación de la contestación de demanda venció, indefectiblemente, el 10/04/15, sin haber la MUNICIPALIDAD presentado escrito alguno.
- 4.2 El literal c) del REGLAMENTO indica que si la parte demandada, encontrándose debidamente notificada, no cumple con contestar la demanda, los árbitros continuarán las actuaciones sin que esta omisión se considere por sí misma una aceptación de las alegaciones de la contraria; por lo que corresponde proseguir con el desarrollo del proceso.

V. Fijación de Puntos Controvertidos.

Con fecha 06/05/15 se realizó la Audiencia de Puntos Controvertidos con la asistencia del Tribunal Arbitral constituido por el doctor Juan Carlos Pinto Escobedo, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, y el doctor Humberto Flores Arévalo, en su calidad de árbitro; y del CONSORCIO.

Se deja constancia de la ausencia de la doctora Kim Moy Angélica Camino Chung y de la MUNICIPALIDAD.

a) **Respecto del escrito de demanda presentado el 10/02/15:**

a.1) Sobre la primera pretensión principal:

1. Determinar si corresponde o no, confirmar la Resolución del Contrato de Ejecución de Obra N° 001-2012-OAL/MDM de fecha 10/05/12, operada mediante Carta Notarial de fecha 26/09/14, y notificada el 29/09/14, en virtud a la falta de pago de la MUNICIPALIDAD de la liquidación final consentida del Contrato a pesar de haber sido previamente requerida para ello.

a.2) Sobre la segunda pretensión principal:

1. Determinar si corresponde o no, ordenar a la MUNICIPALIDAD al pago de la liquidación final consentida del Contrato por la suma de S/. 693,400.90 (seiscientos noventa y tres mil cuatrocientos con 90/100 nuevos soles) más los intereses legales correspondientes.

a.3) Sobre la tercera pretensión principal:

1. Determinar si corresponde o no, ordenar a la MUNICIPALIDAD la devolución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 001-0126-9800028240-04 emitida por el Banco Continental pro el monto de S/. 255,907.38 (doscientos cincuenta y cinco mil novecientos siete con 38/100 nuevos soles) por haberse consentido la liquidación final del Contrato y, por ende, haber culminado su vigencia.

a.4) Sobre la cuarta pretensión principal:

1. Determinar si corresponde o no, declarar como consecuencia de la Resolución del Contrato por culpa del Contratante, el pago de la indemnización por daño emergente y lucro cesante por la suma de S/. 300,000.00 (trescientos mil nuevos soles).

b) Respecto de las costas y costos:

El Tribunal Arbitral deja establecido que se reserva el derecho de analizar los puntos controvertidos en el orden que considere más conveniente a los fines de resolver la controversia y no necesariamente en el previamente establecido.

Asimismo, declara que si al resolver uno de los puntos controvertidos llegase a la conclusión de que carece de objeto pronunciarse sobre otro u otros, podrá omitir pronunciarse sobre ellos motivando su decisión.

Finalmente, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia de que estos puntos controvertidos pueden ser ampliados, de conformidad con el artículo 48° del REGLAMENTO, literal b).

c) Respecto a la admisión de medios probatorios:

De la demanda:

- Los documentos ofrecidos en el acápite "IV. Medios Probatorios", los cuales se acompañan en su escrito de demanda de fecha 10/02/15.

Pruebas de oficio:

- El Tribunal Arbitral se reserva el derecho de solicitar medios probatorios de oficio en cualquier momento, de considerarlo necesario para el esclarecimiento de los hechos que sustentan la controversia que deberá ser materia de su decisión, de conformidad con las facultades conferidas por el artículo 49° del Reglamento de Arbitraje.

Audiencias especiales:

- De considerarlo necesario, el Tribunal Arbitral citará a las partes a cuantas audiencias sean necesarias siempre que estime que ello contribuirá a esclarecer la controversia sometida al presente arbitraje.

VI. Del cierre de la etapa probatoria.

- 6.1 Mediante Resolución N° 4 del 31/08/15 se resuelve declarar cerrada la etapa probatoria del proceso arbitral y, en consecuencia, se otorga a las partes el plazo de cinco (5) días a partir de notificadas para que presenten sus conclusiones o alegatos escritos, y soliciten informar oralmente, si lo consideran pertinente.

VII. De los alegatos finales.

- 7.1 Mediante escrito de fecha 07/09/15, el CONSORCIO presenta sus alegatos finales.

CONSIDERANDOS:

1. Toda vez que el primer punto controvertido estaría referido a la confirmación del acto resolutivo, efectuado por el Contratista, en virtud al incumplimiento de obligaciones de parte de la Entidad, en lo referente al pago – por haber operado el consentimiento de la liquidación – no podríamos abordar como primer momento el análisis del primer punto controvertido, sino que tendríamos que partir por analizar el supuesto incumplimiento de obligaciones contenido el segundo punto controvertido:

Determinar si corresponde o no, ordenar a la MUNICIPALIDAD al pago de la liquidación final consentida del Contrato por la suma de S/. 693,400.90 (seiscientos noventa y tres mil cuatrocientos con 90/100 nuevos soles) más los intereses legales correspondientes.

2. Sobre el particular, debemos indicar que, de acuerdo con lo establecido en la normativa de contrataciones públicas, la liquidación final de obra es un acto que se produce luego de la realización de la recepción de la obra y, ambas, bajo ciertas condiciones, conforme se aprecia a continuación:

"Artículo 210°.- Recepción de la Obra y plazos

(...)

2. De existir observaciones, éstas se consignarán en un Acta o Pliego de Observaciones y no se recibirá la obra. A partir del día siguiente, el contratista dispondrá de un décimo (1/10) del plazo de ejecución vigente de la obra para subsanar las observaciones, plazo que se computará a partir del quinto día de suscrito el Acta o Pliego. Las obras que se ejecuten como consecuencia de observaciones no darán derecho al pago de ningún concepto a favor del contratista ni a la aplicación de penalidad alguna. Subsanadas las observaciones, el contratista solicitará nuevamente la recepción de la obra en el cuaderno de obras, lo cual será verificado por el inspector o supervisor e informado a la Entidad, según corresponda, en el plazo de tres (3) días siguientes de la anotación. El comité de recepción junto con el contratista se constituirán en la obra dentro de los siete (7) días siguientes de recibido el informe del inspector o supervisor. La comprobación que realizará se sujetará a verificar la subsanación de las observaciones formuladas en el Acta o Pliego, no pudiendo formular nuevas observaciones.

De haberse subsanado las observaciones a conformidad del comité de recepción, se suscribirá el Acta de Recepción de Obra (...).


3. De otro lado, debe señalarse que, una vez culminada la ejecución de una obra, esta debe ser entregada por el contratista y recibida por la Entidad, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 210 del Reglamento.

4. Al respecto, el segundo y tercer párrafo del numeral en cuestión, indica que cuando el inspector o supervisor verifique la culminación de la obra, la Entidad procederá a designar un comité de recepción de obra ⁽¹⁾, el mismo que, junto con el contratista, procederá a verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas, efectuando las pruebas que sean necesarias para comprobar el funcionamiento de las instalaciones y equipos. Culminada la verificación,

¹ Dicho comité estará integrado, cuando menos, por un representante de la Entidad, necesariamente ingeniero o arquitecto, según corresponda a la naturaleza de los trabajos, y por el inspector o supervisor.

y de no existir observaciones, se procederá a la recepción de la obra, teniéndose por concluida la misma, en la fecha indicada por el contratista, el Acta de Recepción deberá ser suscrita por los miembros del comité y el contratista, de conformidad con el artículo 210 del Reglamento.

5. En esa medida, el contratista cumplió a cabalidad con lo estipulado en el artículo antes mencionado, estando a que con fecha 31.01.2014, ambas partes firmaron el acta de recepción de obra sin observación alguna, tal como se verifica a continuación:

 Municipalidad Distrital de Mala

ACTA DE RECEPCIÓN DE OBRA

OBRA	: "CONSTRUCCION DEL SISTEMA DE RED DE ALCANTARILLADO Y DISPOSICION DE DESAGUES EN EL ANEXO BUJAMA BAJA DEL DISTRITO DE MALA - CAÑETE - LIMA"
ENTIDAD CONTRATANTE	: Municipalidad Distrital de Mala.
ADJUDICACIÓN	: L.P. N° 001-2012 - CE - MDM
CONTRATISTA	: DALSE S. A.
SUPERVISOR DE OBRA	: Ing. Carlos Octavio Peñañel Girón
RESIDENTE DE OBRA	: Ing. Oscar Moisés Zamora Morales
VALOR REFERENCIAL	: S/. 2,626 573.84 Nuevas Soles Inc./IGV
MONTO CONTRATADO	: S/. 2,558 720.60 Nuevas Soles Inc./IGV
ADICIONAL DE OBRA	: S/. 299,866.25 Nuevas Soles Inc./IGV
SISTEMA DE ADJUDICACIÓN	: A precios unitarios
FECHA DE INICIO DE OBRA	: 18 de Octubre del 2012
FECHA TÉRMINO CONTRACTUAL	: 14 de Febrero del 2013
PLAZO DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL	: 90 días calendario
AMPLIACIÓN DE PLAZO	: 35 días calendario

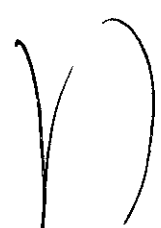
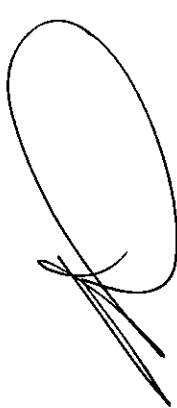

Siendo las 10.00 a.m., del día 31 de Enero del 2014, se reunieron en el lugar de la obra denominada: "CONSTRUCCION DEL SISTEMA DE RED DE ALCANTARILLADO Y DISPOSICION DE DESAGUES EN EL ANEXO BUJAMA BAJA DEL DISTRITO DE MALA - CAÑETE - LIMA" el Comité de Recepción de Obras aprobado mediante Resolución de Alcaldía N° 671 - 2013 - A/MDM de fecha 04 de Noviembre del 2013 conformado por las siguientes personas:

Por la Municipalidad:

1. Ing. Rubén Dante Jiménez Gómez
Gerente Desarrollo Urbano MDM - Presidente
2. Lic. Percy Eloy Alcalá Mateo
Gerente Municipal MDM - Miembro
3. Ing. Carlos Octavio Peñañel Girón
Supervisor de obra

Por la Empresa Contratista:

1. Sr Luis Amancio Ranilla Llanos
Representante Legal DALSE S.A.

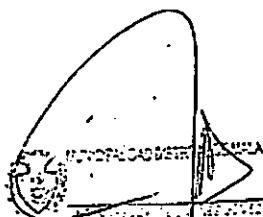


Municipalidad Distrital de Lima

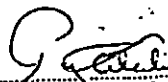
2. Ing. Oscar Moisés Zamora Morales
Residente de Obra

Luego de efectuada la verificación de campo, el Comité de Recepción ha podido comprobar que la obra ejecutada ha sido concluida, cumpliendo con el Expediente Técnico salvo vicios ocultos.

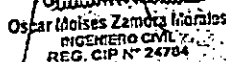
En virtud de las consideraciones expuestas se procede a la Recepción de la Obra y en señal de conformidad con los términos contenidos en la presente Acta, proceden a suscribirla los miembros del Comité.



Ing. Rubén Dante Jiménez Gómez
Gerente Desarrollo Urbano MDM



Lic. Percy E. Alcalá Matco
Gerente Municipal MDM



Oscar Moisés Zamora Morales
INGENIERO CIVIL
REG. CIP N° 24784
Ing. Oscar M. Zamora Morales
Residente de Obra



Ing. Carlos O. Peñafiel Girón
Supervisor de Obra

DALSE S.A.



Luis Amancio Ranilla Uanco
GERENTE GENERAL

Sr. Luis Amancio Ranilla Uanco
Representante Legal DALSE S.A.

6. Luego de la recepción formal de la obra por parte de la entidad y no habiendo observación alguna por parte de la Municipalidad el contratista procedió a presentar su liquidación con fecha 25.03.2015, conforme se verifica a continuación:

DALSE S.A.

CARGO

R.U.C. 20492575381

Lima, 25 de Marzo del 2014

Señores:
MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MALA

Atención:
GERENTE DE DESARROLLO URBANO

Presente:-

Asunto: Solicita revisar, Aprobar y tramitar La liquidación de la Obra:
"CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE RED DE ALCANTARILLADO Y DISPOSICIÓN DE
DESAGÜES EN EL ANEXO DE BUJAMA BAJA-MALA CAÑETE"

De nuestra consideración:

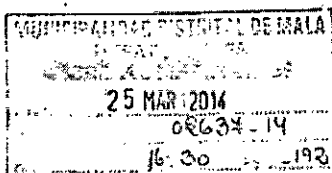
Mos dirigimos a Ud. Con relación al Contrato Nº 001-2012-OAL-MDM ejecución de la obra:
"Construcción del sistema de red de alcantarillado y disposición de desagües en el anexo de
Bujama baja-Mala Cañete", para hacerle llegar nuestra liquidación de obra, para su verificación,
aprobación y gestión ante la entidad para su respectivo pago.

Sin otro particular, quedamos de ustedes.

Atentamente.

DALSE S.A.

[Firma]
GERENTE GENERAL



7. Que, de conformidad con el Artículo 211 de Reglamento, se establece lo siguiente:

"Artículo 211.- Liquidación del Contrato de Obra

El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo máximo de sesenta (60) días de recibida, la

Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes. Si el contratista no presenta la liquidación en el plazo previsto, su elaboración será responsabilidad exclusiva de la Entidad en idéntico plazo, siendo los gastos de cargo del contratista. La Entidad notificará la liquidación al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes. La liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido. Cuando una de las partes observe la liquidación presentada por la otra, ésta deberá pronunciarse dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas. En el caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquélla deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje. Toda discrepancia respecto a la liquidación se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la Ley y en el presente Reglamento, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida. 165 Reglamento de la ley de Contrataciones del Estado En el caso de obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios, la liquidación final se practicará con los precios unitarios, gastos generales y utilidad ofertados; mientras que en las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada la liquidación se practicará con los precios, gastos generales y utilidad del valor referencial, afectados por el factor de relación. No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver".

8. Por otro lado, el tercer párrafo del artículo 211 del Reglamento señala que "La liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido."
9. Al respecto, debe indicarse que el hecho que una liquidación de obra quede consentida genera efectos jurídicos y económicos. Los primeros, implican que la liquidación del contrato de obra quede firme y, en ese sentido, no pueda ser cuestionada por las partes posteriormente, en tanto se presume que su no observación dentro del plazo establecido implica su aceptación. Los segundos efectos, consecuencia directa de los primeros, implican que, al determinarse el costo total de la obra y el saldo económico a favor de alguna de las

partes, se origine el derecho al pago del saldo a favor del contratista o de la Entidad, según corresponda.

10. En esa medida, los efectos jurídicos del consentimiento de la liquidación de obra implican que esta quede firme; es decir, no pueda ser cuestionada por las partes posteriormente, en tanto se presume que su no observación dentro del plazo establecido presupone su aceptación; asimismo, se genera el derecho al pago del saldo económico a favor de alguna de las partes, de corresponder.
11. Por lo tanto, la entidad tenía un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra (el que resulte mayor), contado desde el día siguiente de la recepción de la obra, para presentar la liquidación de obra ante la Entidad, observándose que dicho plazo venció el 26.05.2014 sin que la demandada haya realizado o comunicado cualquier acto administrativo destinado a cuestionar la liquidación presentada.
12. En ese sentido, una vez consentida la liquidación del contratista, la entidad contratante debe proceder al pago del saldo a favor que se ha establecido en dicha liquidación; por tanto, la segunda pretensión de la demanda debe ser amparada y ordenarse consecuentemente, que la Municipalidad de Mala pague a favor del Consorcio Dalse - Proinco la suma de S/ 693,400.00 (Seiscientos Noventa y Tres Mil Cuatrocientos con 00/100 Soles) como contraprestación por la ejecución del Contrato N° 001-2012-OAL/MDM "Construcción del Sistema de Red de Alcantarillado y Disposición de Desagües en el Anexo de Bujama Baja – Mala – Cañete", de acuerdo al saldo indicado en la Liquidación Final de Obra de fecha 25 de marzo de 2014.
13. Cabe precisar que conforme al precitado artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, no se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver, lo cual en el presente caso no se evidencia al momento de la presentación de la misma ni durante el plazo en que ocurrió su consentimiento, por lo que cualquier controversia que se haya generado con posterioridad al 24 de mayo de 2014 no afectará el consentimiento señalado.
14. En cuanto al primer punto controvertido, referido a:

Determinar si corresponde o no, confirmar la Resolución del Contrato de Ejecución de Obra N° 001-2012-OAL/MDM de fecha 10/05/12, operada mediante

Carta Notarial de fecha 26/09/14, y notificada el 29/09/14, en virtud a la falta de pago de la MUNICIPALIDAD de la liquidación final consentida del Contrato a pesar de haber sido previamente requerida para ello.

15. En primer lugar, debe indicarse que, una vez perfeccionado un contrato, el contratista se obliga a ejecutar las prestaciones pactadas a favor de la Entidad de conformidad con las disposiciones contractuales; por su parte, la Entidad se compromete a pagar al contratista la contraprestación correspondiente, en la forma y oportunidad establecidas en el contrato.
16. Así, el cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas por las partes es la situación esperada en el ámbito de la contratación estatal; sin embargo, dicha situación no siempre se verifica durante la ejecución del contrato, pues alguna de las partes podría incumplir parcial o totalmente sus obligaciones, o verse imposibilitada de cumplirlas.
17. Ante tal eventualidad, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la posibilidad de resolver ⁽²⁾ el contrato, cuando resulte imposible ejecutar las prestaciones pactadas, o como paliativo ante el incumplimiento de estas.
- i. Al respecto, como una de las cláusulas obligatorias en los contratos regulados por la normativa de contrataciones del Estado, el literal c) del artículo 40 de la Ley 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." (El resaltado es agregado).

² 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". (El resaltado es agregado). En *Curso de Derecho Administrativo I*, reimpresión 2001, Madrid: Civitas, 2001, Pág. 750.

18. Asimismo, el último párrafo del artículo 168 del Reglamento precisa que "El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, (...), 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°". (El resaltado es agregado).
19. Como se aprecia, un contrato suscrito bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado puede resolverse por el incumplimiento de las obligaciones del contratista o por el incumplimiento de las **obligaciones esenciales** de la Entidad. En este último caso, el contratista puede resolver el contrato cuando el incumplimiento de la Entidad implique la inobservancia de alguna de sus obligaciones esenciales, las mismas que deben estar contenidas en las Bases o en el contrato.
20. En este punto, debe indicarse que la distinción entre la potestad resolutoria de la Entidad (ante el incumplimiento de alguna obligación del contratista) y la del contratista (sólo ante el incumplimiento de obligaciones esenciales de la Entidad), responde a los diferentes intereses involucrados en la contratación pública. Así, una Entidad al contratar un bien, servicio u obra tiene por finalidad satisfacer intereses o necesidades públicas; en cambio, el contratista busca satisfacer su interés económico de lucro, el mismo que constituye un interés privado.
21. De esta manera, a través de la distinción descrita, 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 de la ejecución del contrato y, en consecuencia, satisfacer el interés público involucrado con la contratación.
- i. De conformidad con lo expuesto, se puede inferir que 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. En otras palabras, es aquella cuyo incumplimiento impide alcanzar la finalidad del contrato.
22. Abundando en lo anterior, es importante indicar que el pago de la contraprestación constituye la principal obligación esencial que toda Entidad debe cumplir para satisfacer el interés económico del

contratista, pudiendo existir otro tipo de obligaciones esenciales en función a la naturaleza u objeto del contrato ⁽³⁾ o a las prestaciones involucradas.

23. En ese sentido, se observa de autos que el demandante ha seguido el procedimiento establecido en la norma para la resolución del contrato, efectuada mediante Carta Notarial de fecha 29.09.14 en virtud a la falta de pago de la MUNICIPALIDAD de la liquidación final consentida y al constituirse esta obligación como una de carácter esencial.

24. Al respecto, obra en autos las cartas notariales de fechas 19.09.2014 y 26.06.2014, a través de la cual el Consorcio requiere a la Municipalidad el pago de la liquidación de obra bajo apercibimiento de resolución y procede a la resolución de contrato, respectivamente. De este modo, se verifica el cumplimiento del procedimiento de resolución estipulado en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

25. Como consecuencia de ello, dado que el pago es la obligación principal de toda entidad contratante y éste no ha sido cumplido por parte de la Municipalidad de Mala, corresponde determinar que el contrato se encuentra correctamente resuelto a partir de la notificación de la Carta Notarial de fecha 26.09.2014.

26. En cuanto al tercer punto controvertido,

Determinar si corresponde o no, ordenar a la MUNICIPALIDAD la devolución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 001-0126-9800028240-04 emitida por el Banco Continental pro el monto de S/. 255,907.38 (doscientos cincuenta y cinco mil novecientos siete con 38/100 nuevos soles) por haberse consentido la liquidación final del Contrato y, por ende, haber culminado su vigencia.

27. Al respecto, la garantía de fiel cumplimiento establecida en el artículo 158 del Reglamento, tiene por objeto asegurar la buena ejecución y cumplimiento de contrato, tal como se desprende del texto siguiente:

“Artículo 158.- Garantía de fiel cumplimiento

Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo. Esta deberá ser emitida por una suma

³ En el caso de contratos para la ejecución de obras, el artículo 184 del Reglamento establece determinadas obligaciones a la Entidad cuyo incumplimiento faculta al contratista a solicitar la resolución del contrato por incumplimiento, entre ellas la falta de entrega del terreno o la falta de designación del inspector o supervisor de obra.

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 y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras. De manera excepcional, respecto de aquellos contratos que tengan una vigencia superior a un (1) año, previamente a la suscripción del contrato, las Entidades podrán aceptar que el ganador de la Buena Pro presente la garantía de fiel cumplimiento y de ser el caso, la garantía por el monto diferencial de la propuesta, con una vigencia de un (1) año, con el compromiso de renovar su vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación o exista el consentimiento de la liquidación del contrato". (El subrayado es nuestro)

28. Tal como el Tribunal Arbitral ha determinado al analizar el Punto Controvertido referente al consentimiento de la liquidación presentada por el contratista en los considerandos 2 al 25, aquella se encuentra consentida ante la carencia del ejercicio de observación que la normativa establece para la entidad.

29. En ese sentido, conviene citar, de igual modo el común acuerdo de las partes, contenido en la cláusula octava, cuando indica que

"EL CONTRATISTA entrego a la suscripción del contrato la respectiva garantía solidaria, irrevocable, incondicional y de realización automática (...) y tiene una vigencia hasta el consentimiento de la liquidación final".

30. A mayor abundamiento, el artículo 212 del Reglamento establece:

*"**Artículo 212.- Efectos de la liquidación**
Luego de haber quedado consentida la liquidación y efectuado el pago que corresponda, culmina definitivamente el contrato y se cierra el expediente respectivo. Toda reclamación o controversia derivada del contrato, inclusive por defectos o vicios ocultos, se resolverá mediante conciliación y/o arbitraje en los plazos previstos para cada caso". (El resaltado es nuestro)*

31. En ese sentido, al contar con una liquidación de obra consentida y con la obligación de pago del saldo a favor del contratista, el mismo que se estaría ordenando pagar por el presente laudo, se habría producido la culminación del contrato, supuesto que justificaba la vigencia de la garantía.

Dicho de otro modo, al haberse alcanzado la finalidad del contrato, se deriva el derecho del contratista que se le devuelva la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 0011-0126-9800028240-04 emitida por el Banco Continental por la suma de S/ 255,907.38 (Doscientos Cincuenta y Cinco Mil Novecientos Siete con 38/100 Nuevos Soles), puesto que dicha Carta garantiza justamente la correcta ejecución de la Obra, con lo cual al haberse liquidado la misma y encontrándose pendiente únicamente el pago del saldo liquidado, carece de objeto que se mantenga su vigencia.

32. Finalmente, y estando a los alcances de la reseñada legislación, corresponde que la entidad proceda a devolver al contratista las cartas fianza y sus renovaciones que por concepto de garantía de fiel cumplimiento aquel le presentara, tanto por haberse culminado la ejecución de la obra de manera satisfactoria cuanto por encontrarse consentida la liquidación final.

33. Respecto a la Indemnización de Daños y Perjuicios, solicitada como cuarta pretensión principal,

Determinar si corresponde o no, declarar como consecuencia de la Resolución del Contrato por culpa del Contratante, el pago de la indemnización por daño emergente y lucro cesante por la suma de S/. 300,000.00 (trescientos mil nuevos soles).

34. Sobre el particular, se aprecia del escrito de demanda que no se han presentado medios probatorios que sustenten el presunto daño ocasionado.

En efecto, la demanda se limita a indicar que el incumplimiento de las obligaciones esenciales (el pago de la liquidación) por parte de la MUNICIPALIDAD ha generado un daño pasible de resarcimiento mediante indemnización, sin embargo, no ha aportado ningún medio probatorio sobre el particular.

35. Si bien el artículo 44° de la Ley de Contrataciones del Estado, así como el artículo 170° de su Reglamento, establecen que ante la resolución de contrato por causa imputable a la Entidad deben resarcirse los daños y perjuicios ocasionados al contratista, éstos deben estar debidamente acreditados. Así, los artículos 1330° y 1331° del Código Civil disponen que la prueba de daños y perjuicios y su cuantía corresponden al perjudicado con la inejecución de la obligación.

36. En el presente caso, el demandante se ha limitado a describir los conceptos de daño emergente y lucro cesante sin precisar cuál ha sido

el perjuicio concreto de las empresas conformantes del Consorcio, por lo que tampoco ha sustentado cómo es que se ha producido un desmedro patrimonial -entendido éste como el patrimonio perdido (daño emergente) y el dejado de ganar (lucro cesante)- de S/. 300,000.00 (Trescientos Mil y 00/100 Nuevos Soles).

37. Por tanto, dado que la carga probatoria del daño recae exclusivamente en la parte perjudicada, este Tribunal debe desestimar la pretensión indemnizatoria del Consorcio demandante, sin necesidad de efectuar el análisis de los elementos constitutivos del daño para determinar su existencia y a partir de ella la eventual obligación de resarcimiento.
38. Como último aspecto, en relación con las Costas y Costos del proceso conviene indicar que, conforme lo establece el numeral 1) del artículo 72° del Decreto Legislativo N° 1071, los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en el artículo 70° del citado cuerpo legal.
39. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73° señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratar estos costos entre las partes, si estiman que el prorrato es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
40. En el presente caso, de la revisión del convenio arbitral celebrado entre las partes, se advierte que las partes no convinieron nada en relación a los costos del arbitraje, por lo que corresponde que la distribución de los mismos sea determinada por el Tribunal Arbitral de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.
41. No obstante, este Colegiado debe tomar en cuenta la conducta procesal que las partes han tenido durante todo el desarrollo del proceso arbitral para decidir respecto a este punto.
- Dicha conducta procesal debe tomarse en cuenta así como el sentido final del presente laudo donde se aprecia que existe una parte vencida, la misma que origino la presente controversia con su accionar. Por tales motivos, atendiendo a que el presente proceso arbitral se origina por el incumplimiento de la Entidad, siendo ésta la parte vencida del presente proceso este Tribunal ordena que el pago de las costas del arbitraje en su totalidad sea efectuado por la Municipalidad Distrital de Mala.
42. Cabe indicar que de acuerdo a los actuados del proceso, se tiene que el CONSORCIO ha realizado el pago total de los gastos arbitrales, cuando el pago del 50% de éstos se encontraba a cargo de la ENTIDAD, por lo

que en concordancia con la decisión arribada por este Colegiado, deberá ordenarse que la ENTIDAD pague –en vía de devolución- al CONSORCIO el monto de los gastos arbitrales cuyo pago correspondía a la ENTIDAD, los cuales ascienden a la suma de S/ 21,700.99 (Veintiún Mil Setecientos con 99/100 Soles).

LAUDO:

1. **DECLARAR FUNDADA** la primera pretensión principal de la demanda, y en consecuencia, **CONFIRMAR** la resolución contractual efectuada por el CONTRATISTA.
2. **DECLARO FUNDADA** la segunda pretensión principal de la demanda; y en consecuencia, **ORDENAR** a la ENTIDAD que cumpla con efectuar el pago del monto contenido en la Liquidación Final del Contrato, por la suma de S/. 693,400.90 Nuevos Soles.
3. **DECLARAR FUNDADA** la tercera pretensión principal de la demanda; y en consecuencia, **ORDENAR** a la ENTIDAD que cumpla con la devolución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento Nro. 0011-0126-9800028240-04.
4. **DECLARAR INFUNDADA** la cuarta pretensión principal de la demanda; y en consecuencia **NO HA LUGAR** el pago de indemnización.
5. **DECLARAR FUNDADA** la quinta pretensión principal de la demanda; y en consecuencia, **ORDENAR** que la ENTIDAD cumpla con efectuar el pago de las costas y costos del proceso a la CONTRATISTA.



Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Presidente del Tribunal Arbitral



Dr. Humberto Flores Arévalo
Árbitro



Dra. Kim Moy Camino Chung
Árbitro