

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

DICTADO EN EL ARBITRAJE INSTITUCIONAL SEGUIDO POR CONSORCIO HUALGAYOC CON LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE HUALGAYOC - BAMBAMARCA, ANTE EL TRIBUNAL ARBITRAL CONFORMADO POR EL DR. VÍCTOR ALBERTO HUAMÁN ROJAS, DR. MARCO ANTONIO MERCADO PORTAL Y DR. AUSBERTO GONZALO RABANAL OCAS

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN

Dado en la ciudad de Cajamarca, a los cinco días del mes de febrero de dos mil dieciséis.

DEMANDANTE: Consorcio Hualgayoc (en adelante denominado EL CONSORCIO).

DEMANDADA: Municipalidad Provincial de Hualgayoc - Bambamarca (en adelante denominada LA MUNICIPALIDAD).

I. CLÁUSULA ARBITRAL

1. La Cláusula Vigésima Séptima del Contrato de Adjudicación Directa Selectiva N° 032-2013-CEP/MPH para la ejecución de la obra "Mejoramiento del Camino Vecinal Huangamarca – Chacapampa Alto Cruce Chachacoma, Distrito de Bambamarca, Provincia de Hualgayoc, Departamento de Cajamarca", de fecha 01 de julio de 2013, en adelante

Three handwritten signatures in black ink, likely representing the arbitrators or the parties involved in the arbitration process.

denominado EL CONTRATO, estableció que todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación de EL CONTRATO, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado.

2. Al respecto, en el convenio arbitral contenido en la Cláusula Vigésima Séptima de EL CONTRATO se dispone que:

"CLÁUSULA VIGÉSIMA SÉPTIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144º, 170º 175º, 177º, 199º, 201º, 209º, 210º y 211º del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52º de la Ley.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia".

(Énfasis agregado)

II. COMPOSICIÓN DEL ARBITRAJE

Por carta de fecha 09 de diciembre de 2014, el Procurador Público de LA MUNICIPALIDAD realiza la propuesta para actuar como árbitro en el presente proceso al Dr. Ausberto Gonzalo Rabanal Ocas; por su parte, EL CONSORCIO, mediante comunicación de fecha 30 de diciembre de 2014, designa como árbitro de parte al Dr. Marco Antonio Mercado Portal,

habiendo aceptado la encargatura por Carta de fecha 09 de enero de 2015.

Por carta de fecha 19 de enero de 2015, los árbitros designados por las partes proponen al tercer árbitro, quien a la vez actúa como Presidente del Tribunal, confiriéndose tal atribución al Dr. Víctor Alberto Huamán Rojas, el mismo que por carta de fecha 22 de enero de 2015, acepta formalmente el encargo conferido.

Por Carta Múltiple de fecha 02 de marzo de 2015, el Tribunal Arbitral debidamente conformado o constituido señaló fecha para la Instalación Arbitral, a realizarse el 09 de marzo de 2015, a horas 09:30 a.m., en la sede del arbitraje institucional, ubicada en el Jirón Dos de Mayo N° 381, Segundo Piso, ciudad de Cajamarca; disponiéndose asimismo la designación de la Secretaría Arbitral.

III. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

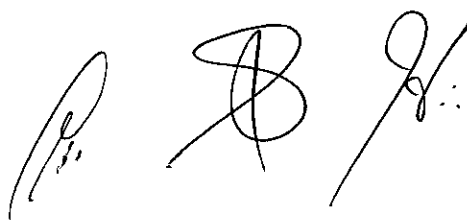
3. El 09 de marzo de 2015, a horas 09:30 a.m., se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, con la presencia del Procurador Público de LA MUNICIPALIDAD, Dr. Jesús B. Barboza Cruz, sin la participación del representante legal de EL CONSORCIO, pese a encontrarse debidamente notificado.

En esta Audiencia, se dictaron las reglas procesales que regirían el desarrollo del presente arbitraje, el monto de los honorarios del Tribunal Arbitral y los honorarios de la Secretaría Arbitral, declarándose abierto el proceso arbitral, confiriéndose el plazo respectivo para la presentación de la demanda.

IV. DEMANDA PRESENTADA POR EL CONSORCIO

4. Mediante escrito N° 01, de fecha 24 de marzo de 2015, EL CONSORCIO interpuso demanda arbitral contra LA MUNICIPALIDAD.

• PRETENSIONES



5. EL CONSORCIO planteó las siguientes pretensiones:

A. Primera pretensión principal:

Se tenga por aprobada la ampliación de plazo contractual N° 04, por el lapso de treinta y tres (33) días calendarios, conforme a lo solicitado por el Contratista, quien en aplicación del art. 201º del RLCE, documentadamente sustentó y presentó ante el señor Supervisor de Obra, en fecha 30 de noviembre de 2013, mediante Carta N° 09-2013-CH, siendo que este funcionario, se negó a recibir el legajo que contenía la solicitud de ampliación de plazo N° 04, actitud de la cual, se dejó constancia en documento y se procedió a poner en conocimiento de la Entidad, mediante Carta Notarial de fecha 23 de enero de 2014, resaltando que el contratista puso de conocimiento a la Entidad y también fue puesto de conocimiento al coordinador de la obra. Asimismo, se reconozca el pago a favor del contratista, de los mayores gastos generales, derivados de las ampliaciones de plazo N° 01, 02 y 03.

B. Segunda pretensión principal:

Se deje sin efecto la aplicación de la penalidad máxima, cuyo monto asciende a S/. 72,639.83 (Setenta y Dos Mil Seiscientos Treinta y Nueve y 83/100 Nuevos Soles), aplicada al Contratista, por el supuesto retraso injustificado, hecho que no tiene fundamento, dado que el supuesto retraso se dio por causas no atribuibles a la empresa, y como consecuencia de la no recepción por parte del Supervisor de Obra del expediente de Ampliación de Plazo N° 04.

C. Tercera pretensión principal:

Se deje sin efecto la decisión de la Entidad en la que determina el descuento por un monto ascendente a S/. 11,303.03 (Once Mil Trescientos Tres y 03/100 Nuevos Soles), tomado de la retención de la Garantía de Fiel Cumplimiento, destinados al pago del Supervisor de Obra, teniendo como justificación 47 días de prestación adicional, tiempo de retraso en la ejecución de obra por parte del Contratista, en virtud de aplicación del Artículo 192º del RLCE.

D. Cuarta pretensión principal:

Se declare la nulidad de la Resolución de Alcaldía Nº 0236-2014-A-MPH-BCA, de fecha 11 de marzo de 2014, acto administrativo que ha sido emitido en absoluta contraposición de lo preceptuado en la normatividad y con posterioridad a la culminación del plazo de ejecución contractual. En consecuencia, también sin efecto la aplicación del deductivo de obra, cuyo monto asciende a S/. 40,523.99 (Cuarenta Mil Quinientos Veintitrés y 99/100 Nuevos Soles), máxime si se tiene en cuenta que la modalidad contractual, según consta de las bases del Proceso de Selección y el Contrato, fue bajo la modalidad de suma alzada.

E. Quinta pretensión principal:

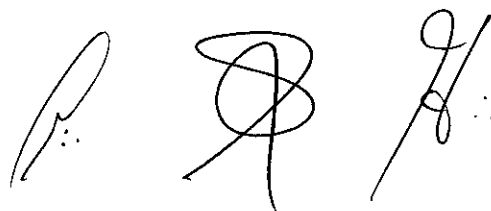
Se declare consentida la Liquidación de Obra "Mejoramiento del Camino Vecinal Huangamarca – Chacapampa Alto Cruce Chachacoma, Distrito de Bambamarca, Provincia de Hualgayoc, Departamento de Cajamarca", considerando que el Contratista mediante Carta Notarial del 07 de julio de 2014, presentó la Liquidación de Obra, siendo ello así, la Entidad, al no estar conforme con el pronunciamiento del Contratista, respecto de las observaciones efectuadas a la Liquidación, no ha recurrido a la vía de la conciliación y/o arbitraje establecida en el Artículo 211º, parágrafos 4), 5) y 6)..

F. Sexta pretensión principal

Se disponga que la Entidad pague a favor del Contratista la suma ascendente a S/. 50,000.00 (Cincuenta Mil y 00/100 Nuevos Soles) por el concepto de indemnización de daños y perjuicios.

G. Séptima pretensión principal

Se disponga que la Entidad asuma el pago correspondiente al íntegro de las costas y costos del proceso arbitral, mismos que serán debidamente sustentados, en el transcurso del proceso, toda vez que estos involucran el pago de la asistencia técnico - jurídica que el contratista viene utilizando para enfrentar el presente proceso arbitral.



- **EL CONSORCIO FUNDAMENTA SUS PRETENSIONES EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:**

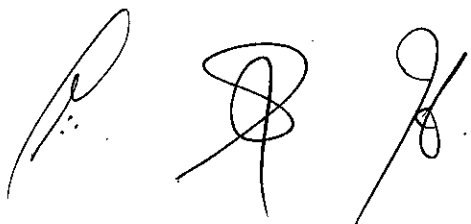
El origen de la controversia: suscripción del Contrato N° 032-2013-CEP/MPH-BCA y ulterior Liquidación de Obra presentada por EL CONSORCIO

6. Con fecha 01 de julio de 2013, LA MUNICIPALIDAD celebró con EL CONSORCIO, el Contrato de Adjudicación Directa Selectiva N° 032-2013/CEP/MPH-BCA, en adelante EL CONTRATO, para la ejecución de la Obra: "Mejoramiento del Camino Vecinal Huangamarca – Chacapampa Alto Cruce Chachacoma, Distrito de Bambamarca, Provincia de Hualgayoc, Departamento de Cajamarca", por un monto de S/. 726,398.26 (Setecientos Veinte y Seis Mil Trescientos Noventa y Ocho y 26/100 Nuevos Soles).

De acuerdo a la Cláusula Décima de El CONTRATO, el plazo de ejecución de la obra fue pactado en 90 (noventa) días calendario, contados a partir del día siguiente en que se cumplan las condiciones establecidas en el Artículo 184º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Aprobado mediante D.S. N° 184-2008-EF.

Argumentos de la demanda para tener por aprobada la ampliación de plazo contractual por 33 (treinta y tres) días calendarios, conforme a lo solicitado por el Contratista, en atención a lo dispuesto por el Artículo 201º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y el pago de mayores gastos generales como consecuencia de las ampliaciones de plazo debidamente aprobadas por LA MUNICIPALIDAD, las cuales, han sido sustentadas en la Liquidación Final de Obra.

7. EL CONSORCIO indica que el 30 de noviembre de 2013, por Carta N° 09-2013-CH, presentó el expediente de Ampliación de Plazo N° 04 ante el Supervisor de Obra Ingº César A. Becerra Malca, que contenía la sustentación y se ajustaba al procedimiento establecido en la Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado; sin embargo, el citado Supervisor, se negó a recibir la solicitud ampliatoria, sin justificación ni



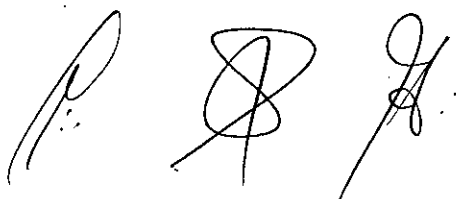
expresión de causa alguna; situaciones de las cuales se dejó constancia a través de la Carta N° 09-2013-CH.

8. Con relación al pago a favor de EL CONSORCIO de los mayores gastos generales, como consecuencia de las ampliaciones de plazo aprobadas por LA MUNICIPALIDAD, se indica que mediante las Resoluciones RGIUR N° 081-2013-MPH-BCA, RGIUR N° 090-2013-MPH-BCA y RGIUR N° 097-2013-MPH-BCA, la Entidad aprueba las Ampliaciones de Plazo; por consiguiente, es perfectamente posible requerir el pago respectivo mediante la Liquidación Final de Obra, en la cual, se sustenta documentalmente el pago, como consecuencia de las ampliaciones de plazo N° 01, 02 y 03.

Argumentos de la demanda para que se deje sin efecto la aplicación de la penalidad máxima, cuyo monto asciende a S/. 72,639.83 (Setenta y Dos Mil Seiscientos Treinta y Nueve y 83/100 Nuevos Soles)

9. EL CONSORCIO arguye que no se presentan los supuestos de hecho previstos en el Artículo 165º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, para la aplicación de penalidades, toda vez que el retraso se ha debido a causas ajenas al contratista, específicamente por la actuación arbitraria del Supervisor de Obra, quien se negó a tramitar la Ampliación de Plazo N° 04.
10. Sostiene el demandante que el retraso en la ejecución de prestaciones objeto de EL CONTRATO, será injustificado cuando no se haya solicitado la ampliación de plazo contractual o cuando habiéndose solicitado no haya sido aprobado por no verificarse ninguna de las causales previstas en el Reglamento de la Ley de Contrataciones: Artículo 175º (para el caso de bienes y servicios) y Artículo 200º (para el caso de obras).

Argumentos de la demanda para que se deje sin efecto la decisión de LA MUNICIPALIDAD que determina un descuento de S/. 11,303.03 (Once Mil Trescientos Tres y 03/100 Nuevos Soles), imputado a la retención de la Garantía de Fiel Cumplimiento, destinados al pago del Supervisor de Obra



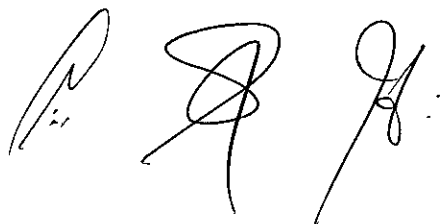
11. EL CONSORCIO arguye que, como consecuencia de la aplicación de penalidades, por el supuesto retraso injustificado, LA MUNICIPALIDAD ha determinado que el contratista asuma el pago del Supervisor de Obra por los mayores días en la ejecución de la obra; sin embargo, la accionante sostiene que el retraso se origina por la negativa del Supervisor para tramitar la Ampliación de Plazo N° 04, por lo que no se cumplirían los enunciados normativos previstos en el Artículo 192° del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

Argumentos de la demanda para que se declare la nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 0236-2014-A-MPH-BCA, que aprueba un deductivo de obra por S/. 40,523.99 (Cuarenta Mil Quinientos Veintitrés y 99/100 Nuevos Soles), debiéndose tener presente que la modalidad contractual es de suma alzada

12. EL CONSORCIO hace presente que el sistema de contratación convenido por las partes es el de suma alzada; por tanto, cuando las condiciones contractuales previstas en los planos y las especificaciones de obra se mantengan invariables, y el contratista cumpla con ejecutar la obra con sujeción a ellas, la Entidad no podrá reducir el precio fijo contratado aun cuando, en cumplimiento de lo pactado, se hayan ejecutado mayores o menores metros en alguna o algunas partidas.

13. Se argumenta que la Resolución de Alcaldía N° 0236-2014-A-MPH-BCA, de fecha 11 de marzo de 2014, es un acto administrativo nulo, por haber sido emitido con posterioridad a la culminación del plazo de ejecución contractual, sin haberse previamente verificado que durante el plazo de ejecución contractual no se ha producido modificación alguna en el Expediente Técnico de Obra, menos en los planos; las partidas han sido ejecutadas en su totalidad y el objeto del contrato ha sido cumplido al 100% (cien por ciento); prueba de ello es que el informe del Supervisor de Obra aprueba al 100% (cien por ciento) la última valorización de la obra.

Argumentos de la demanda para que se declare consentida la Liquidación Final de Obra, ello en función a que EL CONSORCIO



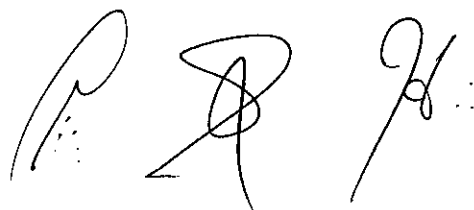
mediante Carta Notarial de fecha 07 de julio de 2014, presentó la Liquidación de Obra con las correcciones pertinentes

14. Por Carta de fecha 21 de abril de 2014, EL CONSORCIO, presentó la Liquidación de Obra, anexando la documentación detallada. Liquidación de Obra presentada bajo el amparo de lo dispuesto por el Artículo 211º del Reglamento de la Ley de Contrataciones. LA MUNICIPALIDAD, observó la Liquidación de Obra mediante Informe Técnico N° 028-2014-MPH-BCA/SGLO/FADO de fecha 18 de junio de 2014; que determinó a su vez que EL CONSORCIO, en fecha 07 de julio de 2014, presente la Liquidación Final de Obra debidamente corregida, en la cual, se pronuncia sobre las observaciones planteadas por la Entidad. Liquidación de Obra que arroja un saldo a favor del contratista en la suma de S/. 261,118.82 (Doscientos Sesenta y Un Mil Ciento Dieciocho y 82/100 Nuevos Soles).

15. Señala que conforme al Artículo 211º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, considerando que EL CONSORCIO se había pronunciado expresamente sobre las observaciones formuladas por LA MUNICIPALIDAD, teniendo en cuenta el no acogimiento a las observaciones formuladas por la contratista, se debió someter la controversia a conciliación y/o arbitraje, hecho que no se presentó, debiéndose declarar el consentimiento de la Liquidación de Obra presentada por EL CONSORCIO.

Argumentos de la demanda en relación al pago a favor de EL CONSORCIO de la suma de S/. 50,000.00 (Cincuenta Mil y 00/100 Nuevos Soles) por indemnización de daños y perjuicios.

16. En este rubro se hace referencia a que LA MUNICIPALIDAD deba cancelar a favor de EL CONSORCIO la suma de S/. 50,000.00 (Cincuenta Mil y 00/100 Nuevos Soles) por concepto indemnizatorio; debiéndose considerar que LA MUNICIPALIDAD no habría respetado plazos ni procedimientos legales que han causado daños al contratista y que requieren ser reparados.



Argumentos de la demanda en relación al pago de las costas y costos procesales

17. EL CONSORCIO sostiene que las costas y costos del presente proceso arbitral deben ser asumidos íntegramente por LA MUNICIPALIDAD, que incluyan los honorarios del abogado defensor, los honorarios del Tribunal Arbitral y Secretaría arbitral.

Mediante Resolución Nº 01, de fecha 06 de mayo de 2015, se admitió a trámite la demanda y se corrió traslado de ésta a LA MUNICIPALIDAD a efectos de que, en el plazo de diez (10) días hábiles, cumpla con contestarla.

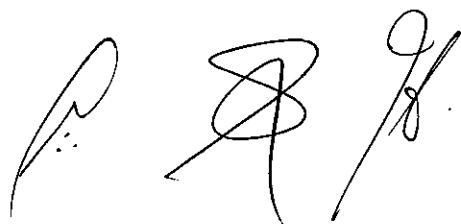
V. DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PRESENTADA POR LA MUNICIPALIDAD

18. Por escrito de fecha 15 de mayo de 2015, LA MUNICIPALIDAD contesta la demanda arbitral, solicitando al Tribunal que declare INFUNDADA la demanda interpuesta por EL CONSORCIO.

Argumentos de la contestación para que no se apruebe la ampliación de plazo contractual por 33 (treinta y tres) días calendarios y no se realice el pago de mayores gastos generales como consecuencia de las ampliaciones de plazo debidamente aprobadas por LA MUNICIPALIDAD

19. LA MUNICIPALIDAD sostiene que la demandante, no habría probado que el Supervisor de Obra se haya negado a tramitar la ampliación del plazo contractual Nº 04, siendo un mero argumento el haber remitido una Carta Notarial del 23 de enero de 2014. Del mismo modo, con relación al pago de las ampliaciones de plazo Nº 01, 02 y 03, la contestación de demanda no hace mención alguna.

Argumentos de la contestación para validar la aplicación de la penalidad máxima, cuyo monto asciende a S/. 72,639.83 (Setenta y Dos Mil Seiscientos Treinta y Nueve y 83/100 Nuevos Soles)



20. Sostiene LA MUNICIPALIDAD que la obra se habría concluido con retraso de 46 días calendarios, tomando como base el Informe N° 056-2014-CO-HUEP/MPH/BCA, del Coordinador de Obra, Ing° Homero Escobar Pérez; por tanto, en aplicación del Artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, se procedió a la aplicación de la penalidad máxima, la que puede ser deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final.

Argumentos de la contestación para imponer el descuento de la suma de S/. 11,303.03 (Once Mil Trescientos Tres y 03/100 Nuevos Soles), imputado a la retención de la Garantía de Fiel Cumplimiento

21. En este punto LA MUNICIPALIDAD indica que el monto objeto de descuento de la garantía de Fiel Cumplimiento, ha sido destinado al pago del Supervisor de Obra, teniendo como justificación los 47 (Cuarenta y Siete) días de prestación adicional, tiempo de retraso en la ejecución de obra por parte de la empresa accionante.

Argumentos de la contestación determinar la validez de la Resolución de Alcaldía N° 0236-2014-A-MPH-BCA, que aprueba un deductivo de obra por S/. 40,523.99 (Cuarenta Mil Quinientos Veintitrés y 99/100 Nuevos Soles)

22. LA MUNICIPALIDAD indica que la *"Supervisión de Obra habría valorizado el 100 % (Cien por Ciento) de los trabajos, como si en realidad estos hubieran sido ejecutados en su totalidad"* (sic); sin embargo, la Coordinación de Obra, procedió a poner en conocimiento a la Entidad que en las progresivas 05+330, 05+880, 05+990 y 03+460 no se habían construido las alcantarillas de 36" especificadas en los planos del proyecto, modificando los planos de planta del expediente técnico, los que el contratista usó para hacer su propia propuesta económica, debido a la *"oposición de los propietarios de los terrenos en donde se iban a emplazar dichas estructuras"* (sic), por lo que se solicitó a la Entidad aprobar el Deductivo de Obra N° 001 por la suma de S/. 40,523.99 (Cuarenta Mil Quinientos Veintitrés y 99/100 Nuevos Soles); deductivo aprobado mediante Resolución de Alcaldía N° 0236-2014-A-MPH-BCA.

Argumentos de la contestación en relación a la solicitud de declaración de consentimiento de la Liquidación Final de Obra

23. En relación a esta pretensión de la demanda, LA MUNICIPALIDAD indica que debe declararse INFUNDADA; sin embargo, no hace pronunciamiento alguno a las razones esbozadas por su contraparte, y tampoco hace referencia a los medios probatorios ofrecidos por EL CONSORCIO.

Argumentos de la contestación en relación al pago a favor de EL CONSORCIO de la suma de S/. 50,000.00 (Cincuenta Mil y 00/100 Nuevos Soles) por indemnización de daños y perjuicios.

24. LA MUNICIPALIDAD sostiene que debe declararse INFUNDADA esta pretensión; pero, no indica expresamente las razones para ello.

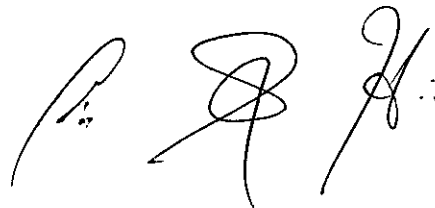
Argumentos de la contestación para la condena de costas y costos procesales.

25. LA MUNICIPALIDAD indica que deben ser de cargo de la parte demandante.

Por Resolución N° 02, de fecha 28 de mayo de 2015, el Tribunal Arbitral, dispuso en el Artículo Primero de la parte resolutive, admitir el escrito de contestación de demanda. Del mismo modo, en el Artículo Segundo de su parte resolutive, se facultó a la demandante para que se subrogue en el pago del 50% (Cincuenta por ciento) de los honorarios que no fueran cancelados por LA MUNICIPALIDAD.

Mediante Resolución N° 03, de fecha 16 de julio de 2015, se dispuso aprobar la Liquidación Adicional de Honorarios del Tribunal Arbitral, Secretaría Arbitral y Centro de Arbitraje, requiriéndose el pago a las partes procesales.

Por escrito de fecha 21 de julio de 2015, EL CONSORCIO formula Oposición a la Liquidación Adicional de Honorarios, la misma que es



desestimada por el Tribunal, mediante Resolución N° 04, de fecha 22 de julio de 2015. Habiéndose interpuesto Recurso de Reconsideración contra la citada Resolución, el Tribunal Arbitral por Resolución N° 05, de fecha 10 de agosto de 2015 declara Infundado el recurso impugnativo.

Mediante escrito de fecha 24 de agosto de 2015, EL CONSORCIO cumple con el pago del 50% de los honorarios ordinarios que le correspondían cancelar a LA MUNICIPALIDAD; en virtud de lo cual, por Resolución N° 06, de fecha 11 de septiembre de 2015, se dispuso señalar fecha para la realización de la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el día viernes 25 de septiembre de 2015 a las 10:30 a.m.

VI. AUDIENCIA DE SANEAMIENTO, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

26. El viernes 25 de septiembre de 2015, a horas 10:30 de la mañana, en la sede del Tribunal Arbitral institucional de EL CENTRO, ubicada en el Jirón El Comercio N° 425, distrito, provincia y departamento de Cajamarca, con la asistencia del representante legal de LA MUNICIPALIDAD, Procuradora Público, abogada Ingrueth Maribell Miranda Villegas, y el representante de la parte demandante, abogado César Augusto Barrio de Mendoza Torrejón, se llevó a cabo la Audiencia previamente programada sobre Saneamiento, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios. Audiencia en la cual, conforme se desprende del acta correspondiente, se da por fracasada la etapa conciliatoria.

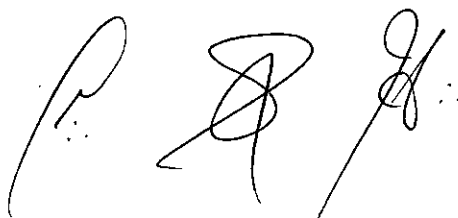
27. A continuación el Tribunal Arbitral, procedió a fijar los puntos controvertidos que serán materia de prueba y de pronunciamiento en el laudo arbitral, en función a las pretensiones propuestas por EL CONSORCIO y por LA MUNICIPALIDAD, habiendo la parte demandada prestado su conformidad.

PUNTOS CONTROVERTIDOS

- (i) Determinar si es procedente o no aprobar la ampliación de plazo contractual N° 04, por el lapso de treinta y tres (33) días

calendarios, conforme a lo solicitado por la demandante. Además del reconocimiento del pago a favor del contratista de los mayores gastos generales, derivados de las ampliaciones de plazo N° 01, 02 y 03.

- (ii) Determinar si es procedente o no dejar sin efecto la aplicación de penalidad máxima, cuyo monto asciende a S/. 72,639.83 (Setenta y Dos Mil Seiscientos Treinta y Nueve y 83/100 Nuevos Soles), aplicada a la demandante por un supuesto retraso injustificado.
- (iii) Determinar si es procedente dejar sin efecto la decisión de la Entidad que descuenta la suma de S/. 11,303.03 (Once Mil Trescientos Tres y 03/100 Nuevos Soles), tomada de la Garantía de Fiel Cumplimiento, destinada al pago del Supervisor de Obra como justificación a los cuarenta y siete (47) días de prestación adicional.
- (iv) Determinar si es procedente la declaración de nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 0236-2014-A-MPH-BCA, de fecha 11 de marzo de 2014, que aplica un deductivo de obra por la suma ascendente a S/. 40,523.99 (Cuarenta Mil Quinientos Veintitrés y 99/100 Nuevos Soles), teniendo en cuenta la modalidad contractual de suma alzada.
- (v) Determinar si es procedente el consentimiento de la Liquidación Final de Obra, por un saldo a favor de EL CONSORCIO en la suma de S/. 261,118.82 (Doscientos Sesenta y Un Mil Ciento Dieciocho y 828/100 Nuevos Soles)
- (vi) Determinar si es procedente se disponga que la Entidad pague a favor del contratista la suma de S/. 50,000.00 (Cincuenta Mil y 00/100 Nuevos Soles) por el concepto de indemnización de daños y perjuicios.
- (vii) Determinar la imposición de costos del proceso arbitral.



Las partes procesales manifestaron su conformidad con los puntos controvertidos fijados por el Tribunal Arbitral.

El Tribunal Arbitral dejó claramente establecido que se reservaba el derecho a analizar los puntos controvertidos no necesariamente en el orden en el que se señalan en el Acta. Asimismo, quedó establecido que las premisas previas a cada una de las preguntas establecidas como puntos controvertidos eran meramente referenciales, dirigidas a una lectura más simple de los puntos controvertidos y que por ello el Tribunal Arbitral podía omitir, ajustar o interpretar dichas premisas a la luz de las respuestas dadas a otros puntos, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo.

28. Acto seguido, el Tribunal Arbitral decidió admitir los medios probatorios siguientes:

**EL CONSORCIO
DOCUMENTALES**

- Contrato de Consorcio.
- Copia del Contrato de Obra N° 032-2013-CEP/MPH-BCA, de fecha 01 de julio de 2013.
- Carta N° 09-2013-CH de fecha 30 de noviembre de 2013.
- Carta Notarial de fecha 23 de enero de 2014, referida a las actuaciones irregulares del supervisor de obra, quien se había negado a recepcionar el expediente de ampliación de plazo N° 04.
- Resoluciones N° 081, 090 y 097-2013-MPH-BCA, que acreditan que la Entidad aprobó las ampliaciones de plazo N° 01, 02 y 03.
- Resolución N° 0236-2014/MDC-A-MPH-BCA, de fecha 11 de marzo de 2014.
- Acta de Constatación.
- Carta Notarial de fecha 11 de marzo de 2014, mediante la cual EL CONSORCIO presenta la cuarta valorización de obra, la misma que fuera aprobada en un 100% por el supervisor de obra.
- Carta N° 004-2014 CH-RL de fecha 21 de abril de 2014.
- Carta N° 0516-2014 GIUYR/MPH-BCADE, de fecha 18 de junio de 2014.
- Carta Notarial de fecha 01 de julio de 2014.

EXHIBICIONALES

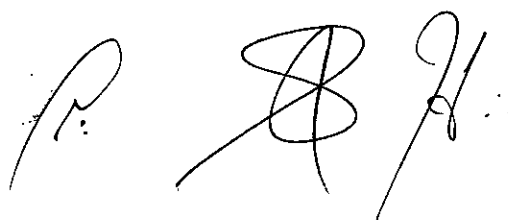
- A cargo de la Entidad del expediente administrativo, tanto de la contratación como el expediente de ejecución de obra conteniendo la Liquidación Final de Obra y todo lo actuado durante el plazo de ejecución contractual.
- Acta de Entrega y Recepción de Obra, misma que se ha adjuntado en la Liquidación Final, a fin de acreditar que la obra se entregó al 100% de su ejecución.

LA MUNICIPALIDAD

Se admitieron todos los documentos ofrecidos en la contestación de demanda que obran en el acápite IV. MEDIOS PROBATORIOS; así como los mencionados en el ítem 2.2.1 que hacen referencia al Acta de Entrega de Terreno de fecha 22 de julio de 2013, Informe 22-2014-CO-HUEP/MPH/BCA, Acta de Observaciones de fecha 06 de febrero de 2014, Acta de Recepción de fecha 20 de febrero de 2014, Informe Técnico N° 028-2014-MPH-BCA/SGLO/FADO.

Admitidos los medios probatorios presentados por las partes, actuando de conformidad con lo dispuesto por el numeral 58° del Acta de Instalación, el Tribunal Arbitral otorgó el plazo de diez (10) días hábiles a LA MUNICIPALIDAD para el cumplimiento de la prueba exhibicional admitida.

Por escrito de fecha 12 de octubre de 2015, la Procuradora Pública Municipal cumple con lo requerido, en razón de lo cual, mediante Resolución N° 07, de fecha 04 de noviembre de 2015, el Tribunal tiene por cumplido el mandato de presentación de la prueba exhibicional por parte de la Entidad demandada y, considerando que todas los medios probatorios son de actuación inmediata, dispuso prescindir de la Audiencia de Pruebas y en consecuencia tener por cerrada la etapa probatoria; fijándose fecha para la realización de INFORMES ORALES para el lunes 16 de noviembre de 2015 a horas 11:00 a.m., en la sede del arbitraje institucional ubicada en el Jirón Del Comercio N° 425, Cuarto Piso.



VII. ALEGATOS E INFORME ORAL

29. La Audiencia de Informes Orales fue programada para el 16 de noviembre de 2015 a horas 11:00 a.m., en la sede del Tribunal Arbitral institucional, con la concurrencia del representante de EL CONSORCIO, sin la participación de LA MUNICIPALIDAD, pese a encontrarse debidamente notificada.

En este acto, el Tribunal Arbitral dio inicio a la Audiencia, cediendo el uso de la palabra al representante legal de la parte demandante.

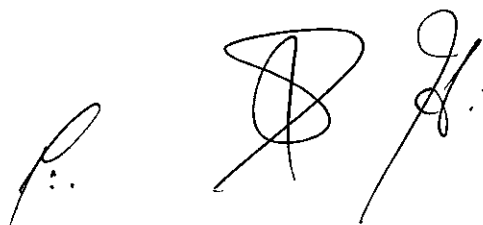
El Tribunal Arbitral tuvo la oportunidad de formular a la parte asistente las preguntas aclaratorias, las que fueron debidamente contestadas por el citado representante. Del mismo modo, se dispuso que las partes tenían la facultad de presentar por escrito sus alegatos orales, dentro del plazo de cinco (05) días hábiles siguientes a la realización de la audiencia.

En fecha 23 de noviembre de 2015, la demandante presentó su respectivo alegato escrito; situación que fuera también realizada por parte de LA MUNICIPALIDAD mediante escrito de fecha 27 de noviembre de 2015.

VIII. PLAZO PARA LAUDAR

30. En la parte *in fine* del Acta de Audiencia de Informes Orales, el Tribunal Arbitral dispuso que el plazo para laudar empezará a computarse desde el día siguiente del plazo de cinco (05) días hábiles para la presentación de los alegatos escritos.

Por Resolución Nº 08, de fecha 07 de enero de 2016, el Tribunal Arbitral, amplía por única vez el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles adicionales.



En consecuencia, estando cancelados los honorarios del Tribunal Arbitral, los gastos a favor de la Secretaría Arbitral y los gastos administrativos a favor del Centro de Arbitraje, en este acto el Tribunal Arbitral procede a dictar el laudo arbitral dentro del plazo legal y contractual.

IX. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

- **Cuestiones preliminares**

31. Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: i) que el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes; ii) que no se impugnó o reclamó contras las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación del Arbitraje y la sujeción a las reglas procesales del Reglamento Procesal del Centro de Arbitraje; iii) que EL CONSORCIO presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos; iv) que LA MUNICIPALIDAD fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa; v) que la objeción a la liquidación de honorarios adicionales y su reconsideración fue resuelta por el Tribunal Arbitral; vi) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como, ejercer la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente; y, vii) que el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos legales y acordados con las partes durante el proceso arbitral.

- **Marco legal aplicable para resolver la controversia**

32. En el Acta de Instalación, considerando que nos encontramos ante un arbitraje institucional, se establecieron las reglas procesales aplicables. Del mismo modo, el marco legal para resolver la controversia estará compuesto por las disposiciones del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante denominado simplemente **Ley de Contrataciones**) y el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, D.S. N° 184-2008-EF (en adelante denominado simplemente **Reglamento de la Ley de Contrataciones**) y sus modificatorias, así como el **Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje**, los principios arbitrales y la

costumbre arbitral, tal como así lo dispone el Artículo 34.3¹ de este último texto legal.

- **Materia controvertida**

33. De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, en el presente caso corresponde al Tribunal Arbitral determinar lo siguiente en base a las pretensiones promovidas por EL CONSORCIO y el derecho de contradicción ejercido por LA MUNICIPALIDAD:

- A) Determinar si es procedente aprobar la ampliación de plazo contractual N° 04, por el lapso de treinta y tres (33) días calendarios, conforme a lo solicitado por la demandante. Además del reconocimiento del pago a favor del contratista de los mayores gastos generales, derivados de las ampliaciones de plazo N° 01, 02 y 03.
- B) Determinar si es procedente dejar sin efecto la aplicación de la penalidad máxima, cuyo monto asciende a S/. 72,639.83 (Setenta y Dos Mil Seiscientos Treinta y Nueve y 83/100 Nuevos Soles), aplicada a la demandante por un supuesto retraso injustificado en la ejecución de la obra.
- C) Determinar si es procedente dejar sin efecto el descuento realizado por la Entidad en la suma de S/. 11,303.03 (Once Mil Trescientos Tres y 03/100 Nuevos Soles), tomado de la Garantía de Fiel Cumplimiento, destinada al pago del Supervisor de Obra por prestaciones adicionales.
- D) Determinar si es procedente la declaración de nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 0236-2014-A-MPH-BCA, de fecha 11 de marzo de 2014, que aplica un deductivo de obra por la suma de S/. 40,523.99 (Cuarenta Mil Quinientos Veintitrés y 99/100 Nuevos

¹ Artículo 34.- Libertad de regulación de actuaciones.

(...)

3. Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral.

Laudo arbitral de derecho

Página 19 de 47

Soles), teniendo en cuenta la modalidad contractual de suma alzada.

- E) Determinar si es procedente el consentimiento de la Liquidación Final de Obra, con un saldo a favor de EL CONSORCIO en la suma de S/. 261,118.82 (Doscientos Sesenta y Un Mil Ciento Dieciocho y 828/100 Nuevos Soles).
- F) Determinar si es procedente se disponga que la Entidad pague a favor del contratista la suma de S/. 50,000.00 (Cincuenta Mil y 00/100 Nuevos Soles) por el concepto de indemnización de daños y perjuicios.
- G) Determinar la imposición de costos del proceso arbitral.

X. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

A) PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si es procedente aprobar la ampliación de plazo contractual N° 04, por el lapso de treinta y tres (33) días calendarios, conforme a lo solicitado por la demandante. Además del reconocimiento del pago a favor del contratista de los mayores gastos generales, derivados de las ampliaciones de plazo N° 01, 02 y 03.

Debemos indicar, que existen principios que regulan los procedimientos administrativos, los cuales se encuentran regulados en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, norma que resulta siendo aplicable a los actos administrativos que emitan las diferentes entidades administrativas.

Así, contamos con el **Principio de legalidad** contemplado en el Numeral 1.1º del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual determina que *"Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas"*; por su parte del Numeral 1.2º, del mismo cuerpo normativo regula el **Principio del debido procedimiento** y refiere que *"Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir*

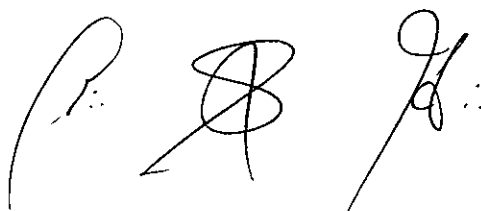


pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo”.

Del mismo modo, el **Principio de predictibilidad** regulado en el Numeral 1.15º del texto legal objeto de glosa, determina que *“La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá”.*

Será en aplicación de estos principios, que toda actuación de la Administración Pública siempre deberá estar enmarcada dentro de una norma legal autoritativa que la faculte a realizar determinada acción administrativa, pues los sujetos de derecho público sólo pueden hacer aquello que les está expresamente permitido y atribuido por las normas que regulan su competencia.

Resulta pertinente reseñar lo manifestado por el jurista peruano Juan Carlos MORON URBINA al comentar el Principio de Legalidad: *“Si en el derecho privado la capacidad es la regla, y la incapacidad es la excepción, en el Derecho Público la relación es precisamente a la inversa, ya que en resguardo de la libertad individual y derechos de los ciudadanos, la ley no asigna a cada sujeto de derecho, ámbito y fin predeterminado, más bien sus aptitudes se determinan por proposiciones positivas, declarativas y marginalmente limitativas. Como se puede apreciar, las competencias públicas mantienen una situación precisamente inversa, ya que debiendo su creación y subsistencia a la ley, por ende, siempre debe contar con una norma que le señale su campo atributivo, que lógicamente no puede ser ilimitado. Con acierto se señala que mientras los sujetos de derecho privado, pueden hacer todo lo que no está prohibido, los sujetos de*



derecho público sólo pueden hacer aquello que le sea expresamente facultado (...)" (El subrayado es agregado)².

A su vez, para efectos de análisis corresponderá tener en cuenta las disposiciones contenidas en la Ley N° 27444, que determina entre otros aspectos respecto a la Nulidad de los actos administrativos **es válido el acto administrativo dictado conforme al ordenamiento jurídico.**

Así también sobre las competencias del Tribunal Arbitral para resolver respecto a la primera pretensión, prescribe el Artículo 9º de la Ley del Procedimiento Administrativo General que *"Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda"*.

Como se advierte de las pretensiones planteadas en el primer punto controvertido, se tiene que estas versan sobre la ampliación de plazo contractual N° 04 y el pago a favor del contratista de los mayores gastos generales, derivados de las ampliaciones de plazo N° 01, 02 y 03.

Conforme dispone el Artículo 201º del Reglamento de Ley de Contrataciones, para que proceda una ampliación de plazo, el contratista, por intermedio de su representante, deberá anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten la ampliación de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, **el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda. El inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la Entidad, en un plazo no mayor de siete (07) días, contados desde el día siguiente de presentada la solicitud. La Entidad resolverá sobre dicha ampliación y notificará su decisión al contratista en un plazo máximo de catorce (14) días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe. De no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo señalado, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad.**

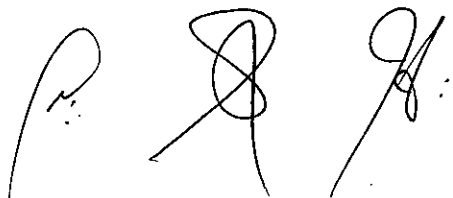
² MORON URBINA, Juan Carlos. COMENTARIOS A LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Editorial Gaceta Jurídica. 6ª Edición. Lima. 2007. Pág. 62

Pues bien, es un hecho probado en el expediente que, en cumplimiento a lo preceptuado por el Artículo 201º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, previamente glosado, EL CONSORCIO presentó ante el supervisor de obra las peticiones de ampliaciones de plazo N° 01, 02 y 03, las cuales, luego del derrotero procedimental establecido legalmente, fueron aprobadas por LA MUNICIPALIDAD mediante Resoluciones N° 081-2013-MPH-BCA de fecha 06 de noviembre de 2013, N° 090-2013-MPH-BCA de fecha 21 de noviembre de 2013 y N° 097-2013-MPH-BCA de fecha 29 de noviembre de 2013, respectivamente.

Del mismo modo, fluye de autos que mediante Carta N° 09-2013-CH, de fecha 30 de noviembre de 2013, EL CONSORCIO presentó la solicitud de ampliación de plazo N° 04 al supervisor de obra. Es decir, que se puede colegir que el contratista nuevamente estaba cumpliendo la formalidad legal que previamente había acatado para obtener la aprobación de las ampliaciones de plazo N° 01, 02 y 03. Sin embargo, presentada para su trámite la ampliación de plazo N° 04 ante el supervisor de obra, este funcionario edil se habría negado a recibir el pedido debidamente sustentado, conforme se aprecia con la razón que aparece en el citado documento, la comunicación al coordinador de obra, y la corroboración plasmada en la Carta Notarial de fecha 23 de enero de 2014 dirigida a LA MUNICIPALIDAD.

En otras palabras, EL CONSORCIO en cumplimiento a la formalidad establecida en el Artículo 201º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, obtiene de modo voluntario por parte de LA MUNICIPALIDAD la aprobación de las ampliaciones de plazo N° 01, 02 y 03; luego, por propia adiaforia de los funcionarios ediles, no ha visto atendida su solicitud de ampliación de plazo N° 04, simplemente por una negativa arbitraria del supervisor de obra, para canalizar el pedido conforme al principio de legalidad al cual nos hemos avocado precedentemente.

Por tanto, efectivamente, no es posible atribuir responsabilidad alguna al contratista, al no haberse dado cumplimiento por parte de la Entidad a los procedimientos establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en razón de lo cual, debe ampararse la primera



pretensión de la demanda, disponiéndose la ampliación del plazo contractual por treinta y tres (33) días calendarios.

En relación al reconocimiento del pago a favor del contratista de los mayores gastos generales, derivados de las ampliaciones de plazo N° 01, 02 y 03, debemos indicar que estos se encuentran reconocidos por el Artículo 202º, parágrafos 1) y 2), del Reglamento de la Ley de Contrataciones, cuando se dispone textualmente que:

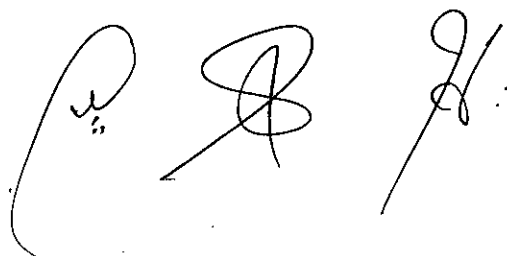
“Artículo 202º.- Efectos de la modificación del plazo contractual

Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de prestaciones adicionales de obra.

Sólo cuando la ampliación de plazo sea generada por la paralización total de la obra por causas ajenas a la voluntad del contratista, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso.

(énfasis y subrayado agregados)

Conforme lo hemos precisado anteriormente, las solicitudes de ampliaciones de plazo N° 01, 02 y 03, presentadas por EL CONSORCIO, luego del derrotero procedimental establecido legalmente en el Artículo 201º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, fueron aprobadas por LA MUNICIPALIDAD mediante Resoluciones N° 081-2013-MPH-BCA de fecha 06 de noviembre de 2013, N° 090-2013-MPH-BCA de fecha 21 de noviembre de 2013 y N° 097-2013-MPH-BCA de fecha 29 de noviembre de 2013, respectivamente; por tanto, en virtud de lo dispuesto por el Artículo 202º del acotado cuerpo normativo, se debe disponer el pago respectivo, conforme a la sustentación económica desarrollada en la Liquidación Final de Obra presentada por el contratista.



B) SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si es procedente dejar sin efecto la aplicación de la penalidad máxima de S/. 72,639.83 (Setenta y Dos Mil Seiscientos Treinta y Nueve y 83/100 Nuevos Soles), aplicada a la demandante por un supuesto retraso injustificado en la ejecución de la obra.

Esta pretensión se constituye en una consecuencia lógica de la primera pretensión; pues, como hemos mencionado ut supra (ver literal A) al haberse amparado la ampliación de plazo N° 04 por el lapso de treinta y tres (33) días calendario, basados en la inobservancia por parte de la Entidad, de lo preceptuado en el Artículo 201º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, se colige que el retraso en la ejecución de la obra a cargo de EL CONSORCIO no ha sido injustificado; pues, el mismo, se ha originado por causas no atribuibles al contratista, como es el hecho de que el supervisor de obra se negó a admitir para su trámite la petición de ampliación de plazo N° 04, hechos que fueron puestos en conocimiento del coordinador de obra y de la propia Entidad mediante Carta Notarial de fecha 23 de enero de 2014.

En virtud de lo anotado, se debe declarar fundada esta pretensión, debiéndose dejar sin efecto la aplicación de la penalidad máxima atribuida al contratista.

C) TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si es procedente dejar sin efecto el descuento realizado por la Entidad en la suma de S/. 11,303.03 (Once Mil Trescientos Tres y 03/100 Nuevos Soles), tomado de la Garantía de Fiel Cumplimiento, destinada al pago del Supervisor de Obra por prestaciones adicionales.

Conforme el Tribunal ha establecido, el retraso en la ejecución de la obra se ha originado por la propia arbitrariedad del supervisor de obra, quien se habría negado a tramitar la ampliación de plazo N° 04; en consecuencia, al no poderse atribuir al contratista este retraso, no se le podría a su vez endilgar la obligación de pago a este funcionario edil, por mayor tiempo en la prestación de sus servicios.

Al respecto, el Artículo 192º del Reglamento de la Ley de Contrataciones sostiene:

“Artículo 192º.- Obligaciones del contratista de obra en caso de atraso en la finalización de la obra

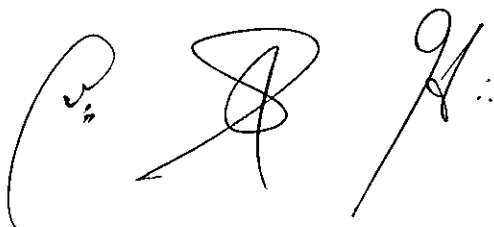
En caso de atrasos en la ejecución de la obra por causas imputables al contratista, con respecto a la fecha consignada en el calendario de avance de obra vigente, y considerando que dicho atraso producirá una extensión de los servicios de inspección o supervisión, lo que genera un mayor costo, el contratista de la ejecución de obra asumirá el pago del monto equivalente al de los servicios indicados, lo que se hará efectivo deduciendo dicho monto de la liquidación del contrato de ejecución de obra. ***Durante la ejecución de la obra dicho costo será asumido por la Entidad.***

En interpretación *a contrario sensu* del Artículo 192º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, previamente citado, al haberse determinado que el atraso en la ejecución de la obra no se ha presentado por causas atribuibles al contratista, determina a su vez, que no se le puede obligar al pago de las mayores prestaciones por el servicio realizado por el supervisor de obra, situaciones que conllevan a declarar fundada esta pretensión de la demanda.

D) CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si es procedente la declaración de nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 0236-2014-A-MPH-BCA, de fecha 11 de marzo de 2014, que aplica un deductivo de obra por la suma de S/. 40,523.99 (Cuarenta Mil Quinientos Veintitrés y 99/100 Nuevos Soles), teniendo en cuenta la modalidad contractual de suma alzada.

El literal e) del Artículo 26º de la Ley de Contrataciones, pone como condición mínima de las Bases que estas deberán definir el Sistema y/o Modalidad a seguir en la contratación, los mismos que se hallan regulados por los Artículos 40º y 41º del Reglamento de la Ley de Contrataciones. La normativa distingue entre Sistemas de Contratación a Suma Alzada, Sistema de Contratación a Precios Unitarios y Sistema



Mixto, los cuales se aplican, según sus peculiaridades a bienes, servicios y obras. Asimismo, establece dos tipos de modalidades, Llave en Mano y Concurso Oferta.

Es un hecho probado en autos y asentido por ambas partes procesales que EL CONTRATO se suscribió en mérito al sistema de contratación a Suma Alzada. Este sistema tiene como característica principal que en él **sólo existe un monto total ofertado**, siendo éste el único requisito relevante para aceptar y evaluar la propuesta económica. En razón de lo expuesto, se aplica cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas o en los términos de referencia. En este Sistema el postor **formula su propuesta por un monto fijo integral** y por un determinado plazo de ejecución.

Así, prescribe el numeral 1) del Artículo 40º del Reglamento de la Ley de Contrataciones:

"Artículo 40º.- Sistemas de contratación

De acuerdo a lo establecido en el Artículo 26º, inciso e) de la Ley, las Bases incluirán la definición del sistema de contratación.

Los sistemas de contratación son:

- 1. Sistema de suma alzada, aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos y especificaciones técnicas respectivas. El postor formulará su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución".*

(énfasis y subrayado agregados)

Ahora bien, el Tribunal Arbitral, considera irrelevante al proceso, la no ejecución de las alcantarillas TMCO36", correspondientes a los tramos ubicados en las progresivas 05+330, 05+880, 05+990 y 03+460; pues, es un hecho acreditado en el caso que nos ocupa (Acta de Constatación de

fecha 12 de noviembre de 2013), que dicha inexecución se ha debido a la oposición de los propietarios de los terrenos donde se iban a ejecutar dichas alcantarillas, obligaciones contractuales que tampoco son oponibles al contratista conforme prevé el Artículo 153º, segundo párrafo, del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

"Artículo 153º.- Responsabilidad de la Entidad

(...)

La Entidad es responsable de la obtención de licencias, autorizaciones, permisos, servidumbre y similares para la ejecución y consultoría de obras, salvo que en las Bases se estipule que la tramitación de éstas correrá a cargo del contratista".

En este orden de ideas resulta siendo aplicable lo establecido en el Artículo 10º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley Nº 27444, cuando prescribe textualmente:

"Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

- 1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.***
- 2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo".***

Pues bien, es un hecho acreditado en autos que las condiciones contractuales previstas en los planos y las especificaciones técnicas se han cumplido; siendo que además, conforme fluye del acta de recepción de obra, la misma fue entregada al 100% (ciento por ciento) a favor de la Entidad, lo que determina que el contratista ha cumplido con la ejecución de la obra con sujeción a los planos y las especificaciones técnicas. Por lo que, este Tribunal Arbitral advierte que LA MUNICIPALIDAD aplicó al procedimiento de deducción de obra, un cauce diferente al determinado por la norma especial, situaciones de hecho que determinan que LA

MUNICIPALIDAD no puede reducir el precio fijado y contratado, que determina a su vez, que esta pretensión sea amparada.

E) QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si es procedente el consentimiento de la Liquidación Final de Obra, con un saldo a favor de EL CONSORCIO en la suma ascendente a S/. 261,118.82 (Doscientos Sesenta y Un Mil Ciento Dieciocho y 828/100 Nuevos Soles)

El Artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, en relación a la Liquidación del Contrato de Obra prescribe en sus párrafos primero, cuarto y quinto 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.

(...)

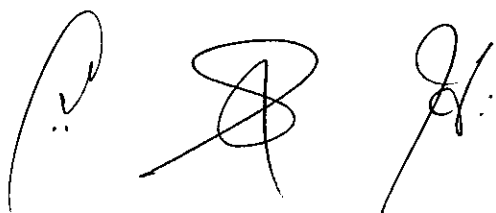
Cuando una de las partes observe la liquidación presentada por la otra, ésta deberá pronunciarse dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas.

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".

Siendo así se tiene que el propio Reglamento de la Ley de Contrataciones, de manera expresa detalla el procedimiento a ser tomado en cuenta tanto por la Entidad así como los administrados; de lo cual se observa que EL CONSORCIO cumplió con presentar la Liquidación de Obra, dentro del plazo determinado en el Artículo 211º del Reglamento ello en razón a que con fecha 20 de febrero de 2014, se realizó la recepción de obra; empero LA MUNICIPALIDAD al no observar el procedimiento regulado, ha inobservado las normas de Contrataciones del Estado, vulnerando el principio de legalidad y predictibilidad. Así tenemos:

- (i) El 21 de abril de 2014, EL CONSORCIO presenta la Liquidación Final de Obra.
- (ii) LA MUNICIPALIDAD tenía sesenta (60) días calendario para cumplir con dos de los enunciados normativos previstos en el Artículo 211º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, esto es, OBSERVAR la liquidación o ELABORAR una nueva, notificando a la contratista para que ésta cumpla con absolverla dentro del plazo de quince (15) días posteriores.
Mediante Carta N° 0516-2014-GIUyR/MPH-BCA, de fecha 18 de junio de 2014 (notificada el 19 de junio de 2014), la Entidad OBSERVA la Liquidación de Obra practicada por la contratista.
- (iii) EL CONSORCIO, en atención al imperativo legal previsto en el cuarto párrafo del Artículo 211º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, por Carta Notarial de fecha 01 de julio de 2014, notificada el 07 de julio de 2014, se pronunció expresamente sobre las observaciones formuladas por la Entidad, habiéndose para el efecto, presentado una Liquidación de Obra considerando las observaciones realizadas.
- (iv) Pues bien, si la Entidad no encontraba conforme la nueva Liquidación de Obra practicada por EL CONSORCIO, debió manifestarlo por escrito dentro del plazo de quince (15) días; y en tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, **tuvo que solicitar el sometimiento**



de esta controversia a conciliación y/o arbitraje, conforme lo dispone el quinto párrafo del Artículo 211º del texto legal citado previamente; situaciones que no se han presentado.

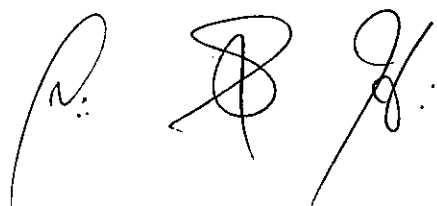
Al respecto, conviene tener presente la OPINIÓN N° 104-2013/DTN³, de fecha 09 de diciembre de 2013, por la cual, absolviendo una serie de consultas, la Dirección Técnico Normativa del OSCE, estableció el siguiente criterio para el caso de la Liquidación del Contrato de Obra. Así tenemos que se **OPINA** en los numerales 2.1 y 2.3 que:

“En primer lugar, debe indicarse que, una vez realizada la recepción de la obra, procedimiento que se inicia cuando culmina la ejecución de la misma, corresponde iniciar el procedimiento de liquidación del contrato de obra, el mismo que puede definirse⁴ como un proceso de cálculo técnico, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene por finalidad determinar, principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico, que puede ser a favor o en contra del contratista o de la Entidad.

En esa medida, la liquidación de un contrato de obra debe contener todas las valorizaciones, los reajustes, los mayores gastos generales, la utilidad y los impuestos que afectan la prestación, así como las penalidades aplicables al contratista, los adelantos otorgados y sus amortizaciones, entre otros conceptos, los cuales deben estar debidamente sustentados con la documentación y cálculos detallados que correspondan.

³ En principio, cabe precisar que las consultas que absuelve este Organismo Supervisor son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa sobre contratación pública, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el inciso i) del Artículo 58º de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, y la Segunda Disposición Complementaria Final de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

⁴ SALINAS SEMINARIO, Miguel. *Costos, Presupuestos, Valorizaciones y Liquidaciones de Obra*, Lima: Instituto de la Construcción y Gerencia (ICG), 2003, 2º edición, pág. 44.



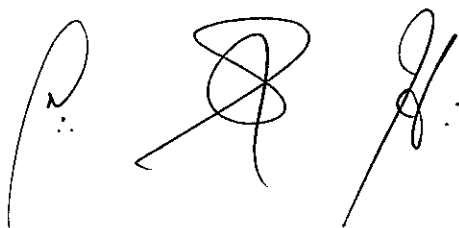
De conformidad con lo indicado al absolver las consultas anteriores, debe reiterarse que el artículo 211 del Reglamento señala que una vez presentada la liquidación por el contratista, la Entidad tiene un plazo máximo de sesenta (60) días, contados desde la mencionada presentación, para emitir su pronunciamiento - ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra - y notificarlo al contratista para que este se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

Con relación al consentimiento de una Liquidación de Obra, conviene citar la **Opinión N° 104-2009/DTN** (Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado, OSCE) en la que se estableció que la Liquidación Final del Contrato de Obra consiste en un proceso de cálculo técnico, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene por finalidad determinar, **principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico que puede ser a favor o en contra del contratista o de la Entidad**⁵. En ese sentido, el acto de liquidación tiene como propósito que se efectúe un ajuste formal y final de cuentas, que establecerá, teniendo en consideración intereses, actualizaciones y gastos generales, el quantum final de las prestaciones dinerarias a que haya lugar a cargo de las partes del contrato.

Es por ello que el procedimiento de Liquidación de Obra presupone que cada una de las prestaciones haya sido debidamente verificada por cada una de las partes, de manera que los sujetos contractuales hayan expresado de forma inequívoca su satisfacción o insatisfacción con la ejecución del contrato.

En ese sentido, el Artículo 211º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, regula el procedimiento de Liquidación de Obra, estableciendo una serie de plazos para que el contratista o la Entidad comuniquen o se pronuncien sobre la Liquidación Final o sus observaciones - de ser éste el caso - a la otra parte del contrato, con la

⁵ SALINAS SEMINARIO, Miguel. Ídem.
Laudo arbitral de derecho
Página 32 de 47



finalidad de dar por concluida la etapa de ejecución contractual y la consecuente extinción de las obligaciones para ambas partes.

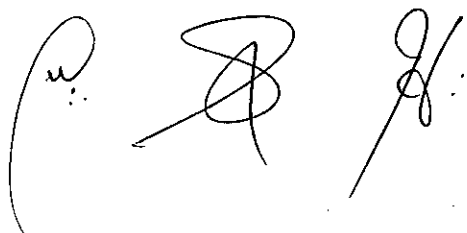
De este modo, el citado Artículo establece que inicialmente compete al contratista (entiéndase EL CONSORCIO) presentar la liquidación de obra dentro del plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo de ejecución de obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de obra. Luego de ello, 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.

El citado Artículo también prevé que, en caso el contratista no presente la liquidación, en el plazo establecido, compete a la Entidad su elaboración y presentación, en idéntico plazo, siendo los gastos de cargo del contratista. En este supuesto, el contratista puede pronunciarse sobre la liquidación dentro de los quince (15) días siguientes de haber sido notificado.

El tercer párrafo de la norma glosada, señala categóricamente que la liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido.

Asimismo, el Artículo en mención prescribe que, 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; de no acogerse las observaciones, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes puede solicitar que la controversia de someta a conciliación y/o arbitraje.

Sobre el particular, cabe anotar que la normativa reseñada no ha establecido un procedimiento de liquidación de obra diferenciado en función de los sistemas de contratación a los que se refiere el Artículo 56° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, cuales son: suma alzada o



precios unitarios; sin perjuicio de las implicancias que pueda tener la utilización de dichos sistemas en los cálculos propios de la liquidación.


Como hemos visto, es un hecho acreditado que la Liquidación de Obra practicada por EL CONSORCIO fue objeto de observación por parte de LA MUNICIPALIDAD; situación que motivó la presentación de una nueva Liquidación de Obra, notificada notarialmente el 07 de julio de 2014, sin que la Entidad haya manifestado su posición por escrito conforme lo señala el cuarto párrafo del Artículo 211º del Reglamento de la Ley de Contrataciones; y, mayor aún, sin que se haya iniciado la conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes; en razón de lo cual, el Tribunal Arbitral, debe declarar el consentimiento de la Liquidación de Obra practicada por EL CONSORCIO, considerando que la Liquidación de Obra corregida, fue practicada y presentada dentro de los plazos establecidos por la Ley de Contrataciones y su Reglamento; por lo que respecto a esta habría operado los efectos del consentimiento.

En relación al pago de la Liquidación de Obra consentida, debemos indicar que el Artículo 215º, cuarto párrafo, del Reglamento de la Ley de Contrataciones, indica que las controversias relativas al consentimiento de la liquidación final de los contratos de consultoría y ejecución de obras, así como así como las referidas AL INCUMPLIMIENTO DE LOS PAGOS QUE RESULTEN DE LAS MISMAS, también serán resueltas mediante arbitraje.

El jurista Alberto Retamozo Linares⁶, al desarrollar doctrinariamente los tipos de controversias que se pueden someter a Arbitraje, sostiene al respecto:

“Controversias relativas al consentimiento de la liquidación final de los contratos de bienes y servicio, así como las referidas al incumplimiento de los pagos que resulten de las mismas - disposición que también comprende a los contratos de Consultoría y Ejecución de obras o respecto de la conformidad de la recepción.

⁶ RETAMOZO LINARES, Alberto. CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO Y NORMAS DE CONTROL. Tomo I. Jurista Editores E.I.R.L. Octava Edición, agosto de 2011. Pág. 1141-1142.



Este tipo de controversias se encuentran establecidas en el Artículo 215º del RLCE el que hace la precisión respecto de la exclusividad del Arbitraje para la solución de las controversias relativas al consentimiento de la liquidación final de los contratos de Consultoría y Ejecución de Obras o respecto de la Conformidad de la Recepción en el caso de bienes y servicios, así como las referidas al Incumplimiento de los pagos que resulten de las mismas".

(Énfasis y subrayado agregado)

Por consiguiente, al haberse declarado la Liquidación de Obra presentada por EL CONSORCIO consentida por la adiaforia de LA MUNICIPALIDAD, conlleva efectivamente en amparar la pretensión de pago de la citada Liquidación, debiéndose en consecuencia declarar FUNDADA esta pretensión y disponer que la Entidad pague a favor de EL CONSORCIO la suma de S/. 261,118.82 (Doscientos Sesenta y Un Mil Ciento Dieciocho y 828/100 Nuevos Soles).

F) SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si es procedente se disponga que la Entidad pague a favor del contratista la suma de S/. 50,000.00 (Cincuenta Mil y 00/100 Nuevos Soles) por el concepto de indemnización de daños y perjuicios.

EL CONSORCIO solicita el pago de Indemnización por Daños y Perjuicios por parte de LA MUNICIPALIDAD, por concepto de lucro cesante y daño emergente, sin haber precisado los montos discriminados por ambos conceptos.

Es evidente que el Artículo 1332º del Código Civil representa en materia indemnizatoria la última tabla de salvación de la justicia⁷.

Hemos querido iniciar el avocamiento a esta pretensión, con una frase que resume nuestra posición con relación a la indemnización reclamada en el presente proceso arbitral, sin duda Mario Castillo Freyre, en el trabajo citado, acierta efectivamente en que el Artículo 1332º del Código

⁷ CASTILLO FREYRE, Mario. *Valoración del Daño: Alcances del Artículo 1332 del Código Civil*, en Responsabilidad Civil, Tomo II, Lima. Editorial Rodhas, 2006. Pág. 177-183.

Civil, es una de aquellas normas que nos ayudan a solucionar un problema, pero tiene también la virtud de ser una de esas normas que nos ayudan a *resolver en justicia*.

El tema de la valoración de los daños resulta en extremo importante, sobre todo, porque es a través de las indemnizaciones que el Derecho trata de suplir aquellas deficiencias en lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones contraídas y resarcir a los perjudicados, de manera tal que no se quebranten principios básicos de *equidad y justicia*.

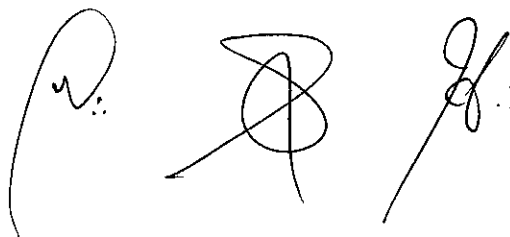
Sólo en materia de daños patrimoniales existen muchos casos en los cuales, el Juez o el Árbitro solo perciben que, en efecto, la víctima ha sufrido un daño patrimonial, es decir, no le cabe duda de que el patrimonio de la víctima se ha visto menoscabado por el incumplimiento contractual o por el hecho dañoso del causante.

Es así que, obligado a declarar fundada esa pretensión, el Juez o el Árbitro también se encontrarán obligados a establecer cuánto es lo que hay que indemnizar, lo que lo obliga a tener que establecer una cifra, independientemente de si la víctima llegó o no a probar un monto preciso en esa materia.

Es por ello que Castillo Freyre concluye posteriormente "No puedo decir lo contrario; tengo que afirmar que la aplicación práctica del Artículo 1332º pasa necesaria e ineludiblemente por una *consideración de carácter subjetivo*; ello, por cuanto es requisito de la aplicación de esta norma, como la propia norma establece, que *«El resarcimiento del daño no hubiera podido ser probado en su monto preciso»*"⁸. (énfasis agregado).

Entonces, si ese resarcimiento no pudo ser probado en su monto preciso, que hubiese sido el ideal en materia objetiva, no cabe otra respuesta que ingresar a un terreno subjetivo, el mismo que en esta materia es el último recurso que el Derecho tiene y otorga a los Jueces y Árbitros para aplicar justicia en materia indemnizatoria. Pero ese criterio subjetivo de valoración de los daños, debe ir acompañado necesariamente con una resolución equitativa, entendiendo por tal a aquélla que, de acuerdo a los conocimientos y a la conciencia del magistrado, se acerque lo más

⁸ CASTILLO FREYRE, Mario. Ob cit.
Laudo arbitral de derecho
Página 36 de 47



fidedignamente posible a reflejar ese monto indemnizatorio cuya cuantía exacta la víctima no pudo probar en juicio, pero que constituye deber del juzgador ordenar resarcir.

De acuerdo a lo previsto por el Artículo 1329º concordado con el Artículo 1330º del Código Civil, se presume que la inejecución de una obligación obedece a *culpa leve del deudor*, recayendo en el afectado por la inejecución el probar la existencia de dolo o culpa inexcusable. Corresponde al acreedor, en nuestro caso a EL CONSORCIO, demostrar la existencia de la obligación, al Tribunal Arbitral apreciar la inejecución de la misma o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso; y, al afectado con el incumplimiento corresponde probar los daños y perjuicios sufridos.

Estando a las previsiones contenidas en los Artículos 1331º⁹ y 1332º¹⁰ del Código Civil, la carga de la prueba de los daños y perjuicios sufridos y de su cuantía corresponde a quien fue perjudicado con la inejecución; **determinándose que cuando no pudiera ser probada en su monto preciso, éste deberá fijarse con valoración equitativa.**

El Tribunal Arbitral estima necesario analizar si válidamente se han constituido los elementos esenciales de responsabilidad civil indemnizatoria, por inejecución de obligación contractual.

Por ello, es necesario referir que la responsabilidad por daños se basa en los siguientes elementos que han de considerarse para declarar fundada una pretensión de esta naturaleza:

- (i) **Antijuricidad o ilicitud del acto que da lugar a la indemnización;** se ha determinado que LA MUNICIPALIDAD incumplió su obligación contractual, referida a la ampliación del plazo contractual N° 04 (Artículo 201º, *ab initio*, del Reglamento de la Ley de Contrataciones);

⁹ Artículo 1331º.- Prueba de daños y perjuicios

La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

¹⁰ Artículo 1332º.- Valoración del resarcimiento

Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el Juez con valoración equitativa.

Laudo arbitral de derecho

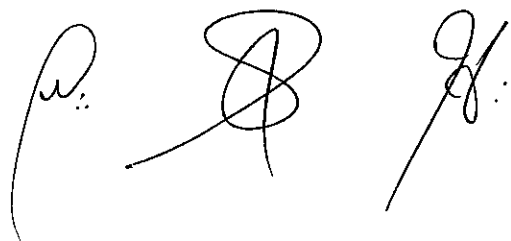
Página 37 de 47

al incumplimiento del pago de los mayores gastos generales, derivados de las ampliaciones de plazo N° 01, 02 y 03 (Artículo 202º del Reglamento de la Ley de Contrataciones); a la aplicación de la penalidad máxima (con vulneración del Artículo 165º del acotado texto normativo); al descuento de la Garantía de Fiel Cumplimiento para el pago de la prestación de servicios adicionales del supervisor de obra (inobservando el Artículo 192º del citado cuerpo legal); al deductivo de una obra bajo el Sistema de Suma Alzada (vulnerando el Artículo 40º, numeral 1 del citado Reglamento); y, el incumplimiento del pago del saldo a favor por concepto de Liquidación de Contrato de Obra, no obstante que la obra había sido entregada en total satisfacción y al 100% según el expediente técnico (Artículos 211º y 212º del Reglamento de la Ley de Contrataciones), la misma que estando consentida debió ser honrada, lo que configuraría el primer elemento justificativo de la responsabilidad por daño. En efecto se ha concluido que la adiaforia de LA MUNICIPALIDAD no constituye un acto jurídico ajustado a derecho, conforme ha quedado sentado por este laudo al resolver el Primer Punto Controvertido de este arbitraje.

- (ii) ***Daños causados como consecuencia de dicho acto;*** en este extremo, el Tribunal Arbitral considera que nos encontramos efectivamente ante un daño al contratista, por el incumplimiento contractual de LA MUNICIPALIDAD, que podría resumirse en la *afectación de la capacidad de contratación de la demandante*. Pues, es evidente que al encontrarse con reclamaciones administrativas desde la culminación y recepción de la obra y luego con una tramitación arbitral en el caso de autos, aunado al hecho de los deductivos y cargas económicas reseñadas, así como la falta de pago de una Liquidación de Obra consentida, se presentan de manera ostensible incumplimientos obligacionales.

EL DAÑO EMERGENTE

En el caso del ***daño emergente*** ocurre cuando la víctima ha sufrido una pérdida por alguna razón atribuible a la conducta de su



contraparte y que busca restituir dicho valor patrimonial en función del amparo que le da la ley o un contrato.

Pues bien, el **daño emergente**, es el daño que surge a raíz o como consecuencia del incumplimiento de una obligación, daños que encuentran asidero con los continuos requerimientos de EL CONSORCIO, en principio, para la ampliación del plazo N° 04, los deductivos económicos practicados arbitrariamente por la Entidad y por la falta de pago de la Liquidación de Obra, debidamente consentida.

Se configura el daño emergente cuando un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima, situación que así ha ocurrido en el caso de autos.

EL LUCRO CESANTE

En cuanto al **lucro cesante**: Espinoza Espinoza señala que este daño *“se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del dañado (sea por incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito)”*¹¹; agrega el mismo autor citando a Bianca que es la ganancia patrimonial neta dejada de percibir por el dañado. Por su parte, Elorriaga de Bonis señala que este daño se produce cuando la víctima ha dejado de percibir las rentas o pierde la legítima utilidad a causa del hecho dañoso. Por ello señala que la indemnización de este rubro sea efectivamente compensatoria, es decir, que tenga la virtualidad de reparar en justa medida la pérdida de los ingresos esperados. Añade que para configurar el lucro cesante sólo se debe tener en cuenta las ganancias netas que hubiera recibido la víctima de no haberse producido el siniestro¹².

Respecto al **lucro cesante**, es evidente que al constituirse el contratista en una empresa dedicada al rubro de la construcción de

¹¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Gaceta Jurídica, Tercera Edición, 2005. Pág. 189.

¹² ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. *La Responsabilidad Civil y la Persona en el Siglo XXI*. Tomo II, Homenaje a Carlos Fernández Sessarego. Idemsa, 2010. Pág. 128.

obras y afines, debe cumplir necesariamente con el ofrecimiento de garantías y cartas fianza, como requisito para poder participar como postor en cualquier proceso de licitación, situación que por el detrimento económico no ha podido realizarse a su entera satisfacción, lo que conlleva a una consiguiente falta de ingresos económicos que deben ser resarcidos equitativamente por parte de LA MUNICIPALIDAD.

Hay lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima.

Por lo demás, debemos indicar que el Artículo 1321º del Código Civil señala expresamente que queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta su obligación por dolo, culpa inexcusable o culpa leve y comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

(iii) **Relación o nexo de causalidad;** el cual encuentra asidero en EL CONTRATO, que establece las obligaciones contractuales entre las partes, tales como entrega de terreno, inicio y término de obra; así como la sujeción a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, las cuales, como hemos visto, fueron inobservadas por LA MUNICIPALIDAD.

(iv) **La imputabilidad o el factor de atribución** que responsabiliza a quien los ha causado y le obliga a indemnizarlos, factor que se define por medio del *dolo o la culpa* con el que actúa el causante. Debiéndose precisar además que el Artículo 1329º del Código Civil, dispone que se presume que la ejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.

En virtud de lo anotado, el Tribunal Arbitral considera equitativo y justo el declarar fundado en parte este extremo de la demanda relativo a la pretensión indemnizatoria, para cuyo efecto, en virtud a la facultad



prevista en el Artículo 1332º del Código Civil, se fija por concepto indemnizatorio la suma de S/. 20,000.00 (Veinte Mil y 00/100 Nuevos Soles) que deberá cancelar LA MUNICIPALIDAD a favor de EL CONSORCIO, por los conceptos de daño emergente y lucro cesante.

G) SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO

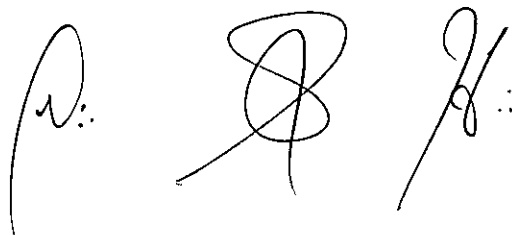
Determinar la imposición de costos del proceso arbitral.

El Artículo 69º del Decreto Legislativo Nº 1071 que norma el arbitraje, dispone que el Laudo Arbitral debe pronunciarse sobre los costos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral. Estos costos incluyen, pero no se limitan, a la retribución del Tribunal Arbitral, los honorarios y gastos del secretario, los gastos administrativos de la institución arbitral y los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje, ello de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 70º del acotado cuerpo normativo.

En el mismo sentido, el Artículo 73º numeral 1) del mismo texto legal, dispone que el Tribunal Arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el Tribunal Arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En el convenio arbitral, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos del proceso arbitral. Atendiendo a esta situación, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

El Tribunal Arbitral considera a efectos de regular el pago de los costos del proceso arbitral, el buen comportamiento procesal de las partes y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje, al margen del hecho de que en concepto del Tribunal Arbitral ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en vía arbitral, además



de considerar el resultado de este arbitraje, en el que en puridad no puede afirmarse que existe una "parte vencida".

En consecuencia, el Tribunal Arbitral estima que cada parte cubra sus propios gastos y los gastos comunes - honorarios del Tribunal Arbitral, Secretaría Arbitral y gastos administrativos a favor de L CENTRO - costos que deben ser prorrateados por las partes, en iguales proporciones -. Para cuyo efecto, LA MUNICIPALIDAD deberá **REEMBOLSAR** a EL CONSORCIO los gastos arbitrales que fueran asumidos en el 50% (cincuenta por ciento) en subrogación de la parte demandada, tanto del Honorario Ordinario, así como del Honorario Adicional, que fueran cancelados de manera íntegra por la demandante, en la suma ascendente a **S/. 21,800.00** (Veinte y Un Mil Ochocientos y 00/100 Nuevos Soles).

XI. LA PUBLICIDAD DEL PRESENTE LAUDO

34. De conformidad con lo dispuesto por el Artículo 51º del Decreto Legislativo Nº 1071 que norma el arbitraje, en todos los arbitrajes regidos por este cuerpo normativo en los que interviene el Estado peruano como parte, las actuaciones arbitrales estarán sujetas a confidencialidad y el laudo será público, una vez terminadas las actuaciones.

Es por ello que, se dispone la remisión al Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado OSCE, copia del presente laudo arbitral.

XII. GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO Y VALOR DE CONDENA DEL LAUDO

35. El Artículo 66º de la Ley Arbitraje, Decreto Legislativo Nº 1071, bajo el epígrafe **GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO**, regula lo relacionado a la denominada garantía de cumplimiento del Laudo Arbitral. En atención a lo indicado, preceptúa el numeral 1) del artículo glosado, que la interposición del Recurso de Anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni su ejecución arbitral o judicial, salvo cuando la parte que impugna el laudo solicite la suspensión y cumpla con el requisito de la garantía acordada por las partes o establecida en el reglamento arbitral aplicable.

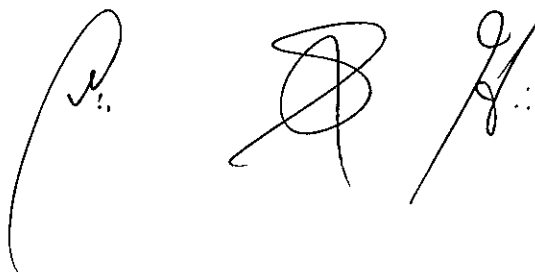
El numeral 2) del citado artículo, prescribe que si no se ha acordado requisito alguno, a pedido de parte, la Corte Superior concederá la suspensión, si se constituye fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la otra parte con una vigencia no menor a 06 (seis) meses renovables por todo el tiempo que dure el trámite del recurso y por una cantidad equivalente al valor de la condena contenida en el laudo.

Por su parte, de acuerdo al numeral 6) del artículo objeto de glosa, si el Recurso de Anulación es desestimado, la Corte Superior, bajo responsabilidad, entregará la fianza bancaria a la parte vencedora del recurso. En caso contrario, bajo responsabilidad, lo devolverá a la parte que interpuso el recurso.

Es importante señalar que es razonable y justificado que la norma que regula el arbitraje establezca las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de la ejecución del Laudo Arbitral, toda vez que es ésta la finalidad del arbitraje. Es más, cuando estamos inmersos en el ámbito del arbitraje en Contratación Estatal, tenemos que la realidad nos muestra que se ha ido *burocratizando* la ejecución del Laudo Arbitral, tomando el Recurso de Anulación previsto en la Ley, como una etapa necesaria e inevitable del proceder administrativo.

El Artículo 66º de la Ley de Arbitraje, como hemos visto, incorpora un cambio sustancial respecto de los efectos del recurso de Anulación del Laudo. A diferencia de la Ley Arbitral de 1996, el Recurso de Anulación no suspende el cumplimiento o la ejecución del laudo. **Sólo se produce la suspensión cuando se cumple con el requisito de la garantía acordado por las partes o, a falta de éste, cuando se constituye fianza bancaria por una cantidad equivalente al valor de condena del laudo.**

Cuando no hay **valor de condena**, los árbitros fijan el monto de la fianza bancaria sujeto a graduación por la Corte Superior que conoce del recurso, de la misma manera, si los árbitros no fijan el monto de la fianza bancaria, la Corte Superior podrá determinarlo a pedido de parte. De esta manera, el requisito de garantía se aplica para laudos cuyo valor esté



determinado, sea determinable, o incluso cuando carezca de valor monetario que puede ser cuantificado.

Si no se exigieran este tipo de garantías, la satisfacción del Laudo, tendría recién que pasar por la espera de agotar el control jurisdiccional ante el Poder Judicial, para luego, recién con el pronunciamiento de la Sala Civil (Artículo 64º, numeral 1º de la Ley de Arbitraje) y eventualmente con el que realice la Corte Suprema, (mediante el Recurso de Casación, Artículo 64º, numeral 5º) proceder a iniciar su ejecución, con la consecuente postergación de la satisfacción del derecho en conflicto.

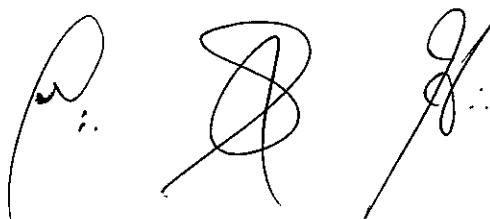
Es por ello que la fianza u otra garantía bancaria que se otorga para admitir el Recurso de Anulación, tiene un particular objetivo: garantizar a la parte vencedora que el efecto suspensivo del recurso de anulación no perjudique los intereses de ésta, en cuanto a su real satisfacción y contrarreste los efectos frente a un *recurso dilatorio*, provocado por la parte vencida para dicho fin.¹³ (énfasis agregado)

La idea central de esta innovación es favorecer el cumplimiento de los Laudos y desincentivar la interposición maliciosa de los Recursos de Anulación¹⁴.

Comentando el inciso 2) de la norma bajo análisis, Martín Mejorada Chauca, indica que "(...) *si no se convino previamente las características de la garantía, el impugnante deberá acompañar a su pedido de suspensión una fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática a favor de la otra parte, con una vigencia no menor de 6 meses renovables durante todo el proceso y por una cantidad equivalente al valor de condena contenida en el laudo. Si el laudo no señala monto de condena, el tribunal arbitral podría indicar la suma de la garantía que habrá de constituirse. Si el tribunal no lo hace, el*

¹³ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. JURISDICCIÓN Y ARBITRAJE. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Edición, septiembre de 2010. Pág. 206.

¹⁴ Exposición de motivos, Decreto Legislativo N° 1071. Pág. 27-28.



*recurrente tendría que pedirle que señale el monto a la Corte Superior que conoce el recurso de anulación (...)*¹⁵ (énfasis agregado).

En tal sentido el Tribunal Arbitral, en su condición de director del proceso, con las facultades que le son inherentes, previstas en el Artículo 40º de la Ley de Arbitraje, establece el **VALOR DE CONDENA DEL LAUDO** en la suma ascendente a **S/. 302,918.82** (Trescientos Dos Mil Novecientos Dieciocho y 82/100 Nuevos Soles), que se obtiene de la sumatoria de las pretensiones declaradas fundadas (Quinta, Sexta y Séptima - en parte -) que deberá acompañar la parte que decida interponer Recurso de Anulación de Laudo, en el eventual pedido de *suspensión de laudo*, mediante una fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática a favor de la otra parte, con una vigencia no menor de 06 (seis) meses renovables durante todo el proceso y por una cantidad equivalente al valor de condena contenida en el Laudo.

Por las razones expuestas, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, como por lo dispuesto en la Ley General de Arbitraje, el Tribunal Arbitral, en **DERECHO**,

LAUDA:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la demanda, se declara la ampliación de plazo contractual N° 04, por el lapso de treinta y tres (33) días calendarios y se dispone el pago a favor de EL CONSORCIO de los mayores gastos generales, derivados de las ampliaciones de plazo N° 01, 02 y 03, conforme a los cálculos sustentados en la Liquidación Final de Obra de fecha 07 de julio de 2014.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la Segunda Pretensión Principal de la demanda, se deja sin efecto la aplicación de la penalidad máxima por S/. 72,639.83 (Setenta y Dos Mil Seiscientos Treinta y Nueve y 83/100 Nuevos Soles), aplicada a EL CONSORCIO por un supuesto retraso injustificado en la ejecución de la obra.

TERCERO: Declarar **FUNDADA** la Tercera Pretensión Principal de la demanda, se ordena dejar sin efecto el descuento realizado por LA MUNICIPALIDAD por la suma

¹⁵ MEJORADA CHAUCA, Martín. En COMENTARIOS A LA LEY DE ARBITRAJE. Tomo I. Instituto Peruano de Arbitraje, Primera Edición, enero de 2011. Pág. 740.
Laudo arbitral de derecho
Página 45 de 47

de S/. 11,303.03 (Once Mil Trescientos Tres y 03/100 Nuevos Soles), tomado de la Garantía de Fiel Cumplimiento, destinada al pago del Supervisor de Obra, por concepto de prestaciones adicionales.

CUARTO: Declarar **FUNDADA** la Cuarta Pretensión Principal de la demanda, NULA la Resolución de Alcaldía N° 0236-2014-A-MPH-BCA, de fecha 11 de marzo de 2014.

QUINTO: Declarar **FUNDADA** la Quinta Pretensión Principal de la demanda, se dispone el consentimiento de la Liquidación Final de Obra practicada por EL CONSORCIO, presentada el 07 de julio de 2014; en consecuencia, se ordena que LA MUNICIPALIDAD cumpla con cancelar a EL CONSORCIO la suma de S/. 261,118.82 (Doscientos Sesenta y Un Mil Ciento Dieciocho y 828/100 Nuevos Soles) como saldo a favor del contratista.

SEXTO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la Sexta Pretensión Principal de la demanda, se ORDENA el pago de S/. 20,000.00 (Veinte Mil y 00/100 Nuevos Soles) que deberá cancelar LA MUNICIPALIDAD a favor de EL CONSORCIO por indemnización de daños y perjuicios, derivados de responsabilidad civil contractual, por concepto de lucro cesante y daño emergente.

SÉPTIMO: Disponer que cada parte cubra sus propios gastos y los gastos comunes - honorarios del Tribunal Arbitral, Secretaria Arbitral y gastos administrativos de EL CENTRO - costos que deben ser prorrateados por las partes, en iguales proporciones. Para cuyo efecto, LA MUNICIPALIDAD deberá **REEMBOLSAR** a EL CONSORCIO la suma de **S/. 21,800.00** (Veinte y Un Mil Ochocientos y 00/100 Nuevos Soles), por concepto de gastos arbitrales que fueran asumidos en el 50% (cincuenta por ciento) en subrogación de la parte demandada, tanto del honorario ordinario, así como del honorario adicional y que fueran cancelados de manera íntegra por la demandante.

OCTAVO: ESTABLECER como el valor de condena del Laudo la suma de **S/. 302,918.82** (Trescientos Dos Mil Novecientos Dieciocho y 82/100 Nuevos Soles), que deberá acompañar la parte que decida interponer Recurso de Anulación de Laudo, en el eventual pedido de *suspensión de Laudo*, mediante una fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática a favor de la otra parte, con una vigencia no menor de 06 (seis) meses renovables durante todo el proceso y por una cantidad equivalente al valor de condena contenida en el Laudo.

**PROCESO ARBITRAL
CONSORCIO HUALGAYOC
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE HUALGAYOC - BAMBAMARCA**

NOVENO: Remítase al Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado OSCE, copia del presente laudo arbitral.

Notifíquese a las partes.



Dr. VÍCTOR ALBERTO HUAMÁN ROJAS
Presidente del Tribunal Arbitral



Dr. MARCO ANTONIO MERCADO PORTAL
Árbitro



Dr. AUSBERTO GONZALO RABANAL OCAS
Árbitro