

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)
Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO (PARCIAL)

Caso Arbitral Ad Hoc:

Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Contrato N° 102 para la “Elaboración de Expediente Técnico y Ejecución de Obra de la Licitación Pública N° 003-2012-MDM-CE”

RESOLUCIÓN N° 29

Lima, 27 de octubre de 2016

VISTOS:

DEMANDANTE:

CONSORCIO MARCONA NAZCA (“Demandante”, “Consorcio” o “Contratista”)

DEMANDADO:

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MARCONA (“Demandada” o “Entidad”)

TRIBUNAL ARBITRAL:

LUIS PUGLIANINI GUERRA (PRESIDENTE)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (ARBITRO)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (ARBITRO)

SECRETARIO AD HOC:

GINO CARLO FERNANDINI MENDOZA

SEDE DEL ARBITRAJE E IDIOMA:

Se fijó como sede del presente arbitraje: Calle Sebastián Salazar Bondi N° 151 Urb. Jacaranda, Magdalena del Mar, Lima. El idioma aplicable es el castellano.

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)

Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

I. ANTECEDENTES:

La Instalación del Tribunal Arbitral:

Con fecha 24 de julio de 2014, se procedió a la Instalación del Tribunal Arbitral Ad Hoc, diligencia en la cual se fijaron las reglas del arbitraje. El acta correspondiente fue debidamente suscrita y notificada a las partes del presente arbitraje.

Al respecto, se deja constancia que ninguna de las partes ha impugnado o reclamado el contenido del Acta de Instalación, dando su conformidad a cumplir con las disposiciones contenidas en ésta.

En dicha audiencia, el Tribunal Arbitral declaró haber sido debidamente designado, ratificando cada uno de sus integrantes su aceptación al cargo y dejando constancia que no estaban sujetos a incompatibilidad o compromiso alguno con las partes, así como que se desenvolvería con imparcialidad y probidad.

Asimismo, mediante los numerales 54) y 55) de la citada acta, se fijaron los honorarios del Tribunal Arbitral y del Secretario Ad-hoc.

Cabe precisar que todos los pagos correspondientes a los honorarios del Tribunal Arbitral y/o del Secretario Ad-hoc fueron asumidos por ambas partes, según los montos establecidos en el Acta de Instalación.

II. EL PROCESO ARBITRAL:

LA DEMANDA

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)

Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

Con fecha 15 de agosto de 2014, el Demandante presentó su escrito de demanda, la misma que fue admitida a trámite mediante Resolución N° 3 de fecha 15 de diciembre de 2014.

El Petitorio

En el mencionado escrito de demanda, el Demandante señaló como sus pretensiones las siguientes:

a) **Primera Pretensión Principal.-**

Solicitamos se ordene a la Entidad proceda a cancelar los pagos adicionales detallados en la Valorización N° 7 ascendentes a la suma de S/. 1'917,343.11 (Un millón novecientos diecisiete mil trescientos cuarenta y tres con 11/100 Nuevos Soles), más los intereses de ley, según las modificaciones realizadas al Contrato N° 102 "Contrato para la Elaboración de Expediente Técnico y Ejecución de la Obra de la Licitación Pública N° 003-2012-MDM-CE" de fecha 27 de agosto de 2012 mediante Adenda 1 de fecha 22 de noviembre de 2012.

b) **Primera Pretensión Alternativa a la Primera pretensión principal.-**

Que en caso nuestra primera pretensión sea declarada improcedente, se proceda a declarar la Nulidad de la Adenda 1, al haber modificado ilegítimamente las bases del proceso de selección.

c) **Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Alternativa a la Primera Pretensión Principal.-**

Que en caso se declare la Nulidad de la Adenda 1 la Entidad proceda a pagarnos la suma de S/. 2'256,593.61 (Dos Millones Doscientos Cincuenta y Seis Mil Quinientos Noventa y Tres con 61/100 Nuevos Soles), más los intereses de ley, al haber realizado obras adicionales ajenas al Contrato, siendo ellas un enriquecimiento indebido.

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)

Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

d) Segunda Pretensión Principal.-

Que se declare la Nulidad, ineficacia, invalidez o inexistencia de la Resolución Contractual de fecha 27 de Agosto de 2012, al devenir en un incumplimiento imputable a la Entidad.

e) Tercera Pretensión Principal.-

Que se ordene a la Entidad pague las costas y costos del proceso arbitral.

Fundamentos de Hecho

La Demandante expresa lo siguiente:

Que, con fecha 27 de agosto de 2012 se suscribió el Contrato N° 02 “Contrato para la Elaboración del Expediente Técnico y Ejecución de la Obra de la Licitación Pública N° 003-2012-MDM-CE”, el mismo que fue aprobado mediante Resolución de Alcaldía N° 479-2012-MDM. Este contrato tiene por objeto el “Mejoramiento Integral de los Servicios Educativos de la I.E. Primaria Elena Francia Ramos – Primera Etapa- Distrito de Marcona – Nazca – Ica”.

Que, posteriormente, el 06 de septiembre de 2012 se nos hizo entrega del terreno, suscribiéndose el acta de entrega de terreno, debiéndose referir que ya habiéndose entregado el expediente técnico y aun con la elaboración de las bases integradas, se les puso en conocimiento el 16 de octubre de 2012 el Oficio N° 165-2012-ME-DREI-UGEL-IEEFR/D, con el cual la Entidad solicitó al Supervisor de Obra un cambio en las metas establecidas, tanto en el contrato como en las bases.

Que, por ello, el 21 de noviembre de 2012, el contratista se reunió con los funcionarios de la Entidad, quienes les solicitaron cambiar su propuesta técnica desnaturalizando el proceso de selección al cambiar las reglas de juego, perjudicándolos al incurrir en nuevos gastos y alterar el plan de trabajo

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)

Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

ya existente, a lo que accedieron al suscribir la adenda por razones de buena fe contractual.

Que, por ello, el 22 de noviembre de 2012 se firma la Adenda entre las partes, modificando el contrato original, al modificar las obligaciones del contratista respecto al presupuesto del Expediente Técnico, es decir, se procedió a cambiar el esquema de trabajo acordado en el expediente técnico y refrendado en las bases por uno nuevo que atentaba contra el plan de trabajo original del contratista y contra los principios de predictibilidad, moralidad y transparencia de la contratación pública.

Que, continuamos con la ejecución de la obra y presentamos nuestras valorizaciones, las mismas que fueron canceladas totalmente, sin embargo, en nuestra Valorización N° 7 detallamos las obras realizadas y las modificaciones o trabajos establecidos en la Adenda 1, trabajo que los presentamos como adicionales, lo que fue rechazado de plano por la Entidad mediante Carta N° 009-2013-ALC/MDM, argumentando que dichos “adicionales” no responden a la naturaleza del contrato Concurso – Oferta y que las obras se realizaron defectuosamente y fuera del plazo contractual estipulado.

Que, con fecha 09 de abril de 2013, el contratista entregó el Expediente Técnico a la Entidad para su aprobación sin que dicha aprobación sucediera, prueba de ello es que el 17 de octubre de 2013 el contratista le requirió a la Entidad que le entregara dicho Expediente Técnico.

Que, en vez de entregarlo aprobado, con fecha 03 de abril de 2014, la Entidad resuelve el contrato por haber llegado supuestamente al límite máximo de penalidades, lo que es errado porque las demoras son imputables a la Entidad al no haber entregado el Expediente Técnico aprobado en el plazo señalado por las partes.

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

Primera Pretensión Principal: **Solicitamos se ordene a la Entidad proceda a cancelar los pagos adicionales detallados en la Valorización N° 7 ascendentes a la suma de S/. 1'917,343.11 (Un millón novecientos diecisiete mil trescientos cuarenta y tres con 11/100 Nuevos Soles), más los intereses de ley, según las modificaciones realizadas al Contrato N° 102 "Contrato para la Elaboración de Expediente Técnico y Ejecución de la Obra de la Licitación Pública N° 003-2012-MDM-CE" de fecha 27 de agosto de 2012 mediante Adenda 1 de fecha 22 de noviembre de 2012.**

- a. Que, el Demandante manifiesta que las partes suscribieron la Adenda 1, la misma que introdujo modificaciones al contrato en la forma de las prestaciones.
- b. Que, el demandante manifiesta también que si se revisa el contrato original y la adenda N° 1 podrá apreciarse que los montos contractuales no han variado, pero la forma y la cantidad de ítems que se realizaron han variado sustancialmente, situación que se coordinó contractual y extracontractualmente y fue cumplido por la contratista.
- c. Que, el demandante refiere que el contrato se ha modificado siguiendo la formalidad establecida en el artículo 1413 del Código Civil, el cual señala que *"las modificaciones del contrato original deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato"*, siendo que los contratos deben ejecutarse bajo los principios de la buena fe, conforme al artículo 1362 del Código Civil, buscando evitar situaciones oportunistas que pretenden causar daño a otro aprovechándose de su buen actuar.
- d. Que, el demandante señala además que debe notarse cómo suscribió los documentos contractuales ejecutando las prestaciones ahí inmersas, sin embargo, al momento de recibir la contraprestación se dio con la sorpresa de la actitud desleal de la Entidad quien se negó

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

categoricamente a pagar las prestaciones ejecutadas, a pesar de que el contrato es "ley" para las partes, debiendo cumplir cada una las prestaciones ahí pactadas.

- e. Que, el demandante señala haber requerido de forma legítima el pago de las prestaciones ejecutadas en el contrato de obra tal y como fue suscrito en la Adenda N° 1 del contrato original, no entendiendo por qué razón la Entidad se niega a cumplir su obligación de pagar las variaciones contractuales propuestas por ella misma, aunado a su mala fe que revela el hecho que se le haya resuelto el contrato por llegar al máximo de penalidad cuando todos saben que las demoras se dieron por las negociaciones y adendas firmadas entre las partes según los requerimientos de la Entidad.
- f. Que, el demandante señala que, por ello, la Entidad debe proceder al pago de la suma dineraria exigida en el petitorio de su demanda, conforme al artículo 180 del Reglamento, teniendo también el derecho a solicitar el pago de los intereses de Ley, conforme al artículo 181 del Reglamento.

Primera Pretensión Alternativa a la Primera Pretensión Principal:

Que en caso nuestra primera pretensión sea declarada improcedente, se proceda a declarar la Nulidad de la Adenda 1, al haber modificado ilegítimamente las bases del proceso de selección.

- a. Que, el Demandante señala que la Adenda suscrita entre el Consorcio y la Entidad ha contravenido ciertos dispositivos legales de la Ley de Contrataciones del Estado, las mismas que al ser imperativos y de orden público, acarrear la nulidad del acto en mención, pues contiene vicios de validez.

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)





Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

- b. Que, el demandante menciona que conforme al artículo 35 de la Ley de Contrataciones del Estado, las modificaciones que pudieran efectuarse a las Bases deberán darse sólo durante el proceso de selección. Es decir, las modificaciones a las Bases, la misma que incluye el Expediente Técnico y los ítems a realizar en la obra, solo puede hacerse durante el proceso de selección, por lo que después de la celebración del contrato sólo podrá modificarse el mismo en los casos establecidos en el Reglamento. En ese sentido, el artículo 143 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que solo procede la modificación del contrato cuando el Contratista ofrezca bienes o servicios de mayor calidad a los señalados en las bases y cuando dichas variaciones no varíen las condiciones originales del proceso de selección.
- c. Que, el demandante refiere que las bases quedaron integradas e inmodificables con el otorgamiento de la buena pro, siendo que conforme a la adenda suscrita y el acta de compromiso, es la Entidad quien tuvo la iniciativa de modificar el contrato, variando el tipo de prestación a cargo del contratista pero no el monto del pago de la contraprestación, resultando esto perjudicial para el contratista.
- d. Que, el demandante señala que sólo solicita la nulidad de la Adenda al contrato, lo que no afecta la eficacia del contrato primigenio, ya que conforme al artículo 224 del Código Civil, cuando los actos jurídicos son separables, la nulidad de una de las disposiciones no afecta a la otra. En este caso, la nulidad de la adenda no afecta la eficacia del contrato primigenio, estando ante un supuesto de nulidad parcial del acto jurídico, por lo que la Resolución N° 739-2012-MDM de fecha 22 de octubre de 2012 (resolución que aprueba la suscripción de esta Adenda N° 1) puede ser declarada nula también conforme al inciso 1 del artículo 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.
- 
- 
- 
- 

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)

Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona



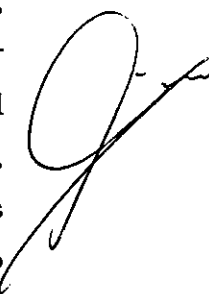

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Alternativa a la Primera Pretensión Principal: **Que en caso se declare la Nulidad de la Adenda 1 la Entidad proceda a pagarnos la suma de S/. 2'256,593.61 (Dos Millones Doscientos Cincuenta y Seis Mil Quinientos Noventa y Tres con 61/100 Nuevos Soles), más los intereses de ley, al haber realizado obras adicionales ajenas al Contrato, siendo ellas un enriquecimiento indebido.**

- a. Que, el Demandante, expone que en caso se declare procedente su primera pretensión alternativa a la pretensión principal y se declare la nulidad del acto jurídico y administrativo viciados, resulta lógico que la Entidad deba pagar la suma de S/. 2'256,593.61 (Dos millones doscientos cincuenta y seis mil quinientos noventa y tres con 61/100 Nuevos Soles) por aquellas obras realizadas que provinieron de una modificación ilegal del contrato.
- b. Que, como se desprende de los medios probatorios de la demanda, el contratista realizó diversos trabajos en virtud de las modificaciones ilegales de la Adenda N° 1, la cual al ser ilegal y nula ha contribuido a un ilícito enriquecimiento por parte de la Entidad.
- c. Que, el Demandante expone que al ser declarada nula la Adenda N° 1, los trabajos realizados en virtud de dicho acto no debieron causar efectos, ya que al haber entregado obras extracontractuales y ajenas al proceso de selección, a raíz de acuerdos nulos imputables a la Entidad, esta debe pagar los gastos incurridos al haberse beneficiado de los bienes entregados por obligaciones nulas, lo que constituye un abuso del derecho, vulneración de normas legales y acuerdos contractuales, lo que se denomina **"Enriquecimiento sin Causa"**, conforme al cual la parte beneficiada debe indemnizar a la otra, figura prevista en los artículos 1954 y 1955 del Código Civil.
- 
- 
- 
- 

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

- d. Que, por ello, el Demandante señala que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) ha precisado que el enriquecimiento sin causa es perfectamente aplicable a los contratos suscritos con el Estado, señalando que esta acción constituye un “mecanismo de tutela para aquel que se ha visto perjudicado por el desplazamiento de todo o parte de su patrimonio en beneficio de otro. El primero, será el actor o sujeto tutelado y, el segundo, el demandado o sujeto responsable (...)”. Esta acción tiene por condiciones para su procedencia: a) el enriquecimiento del sujeto demandado y el empobrecimiento del actor; b) la existencia de un nexo de conexión entre ambos eventos; y c) la falta de una causa que justifique el enriquecimiento. En este caso, se ejecutaron prestaciones que fueron entregadas a la Entidad, quien se enriqueció indebidamente.

Segunda Pretensión Principal: Que se declare la Nulidad, ineficacia, invalidez o inexistencia de la Resolución Contractual de fecha 27 de Agosto de 2012, al devenir en un incumplimiento imputable a la Entidad.

- a. Que, el Demandante precisa que mediante Resolución de Alcaldía N° 226-2014-ALC/MDM de fecha 03 de abril de 2014, la Entidad resolvió el contrato por haber llegado al máximo de penalidad permitido por la Ley de Contrataciones, siendo que en este caso el incumplimiento no ha sido atribuible al contratista, sino que existieron retrasos en las entregas de los ítems contratados, pero dicha demora es imputable a la Entidad.
- b. Que, el Demandante sustenta su posición en doctrina y en la Casación N° 1428-99 TACNA.Lima 12-10-99, señalando que la resolución contractual tiene que derivarse de una conducta atribuible al deudor y en caso se resolviera el contrato el deudor tiene la posibilidad de poder oponerse a esa resolución si el incumplimiento no le es imputable a él,

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)

Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

señalando que para poder ejercer la acción de resolución por incumplimiento, deben presentarse los siguientes requisitos:

- Existencia de un contrato con prestaciones recíprocas
- La legitimación para obtener la resolución, es decir, que la parte que resuelve el contrato sea la parte fiel.
- Incumplimiento de una de las partes.
- Imputabilidad al deudor.
- Importancia del incumplimiento.

Agrega por todo ello el demandante que, si falta uno de estos requisitos la resolución no puede operar y por tanto debe ser declarada nula y/o ineficaz, señalando que en el presente caso la Entidad ha incumplido dos de los presupuestos desarrollados:

- La legitimación para obtener la resolución, por cuanto la parte que resuelve el contrato debe ser la parte fiel, sin embargo, en este caso, el incumplimiento se deriva del actuar de la Entidad demandada, ya que el contratista exige reiteradamente (mediante cartas) el expediente técnico para seguir con las obras pactadas en el contrato. Asimismo, el hecho de modificar el contrato y esquivar sus obligaciones de pago denotan un actuar negligente de la Entidad.
- La imputabilidad al deudor, pues para que exista una resolución contractual la parte deudora debe ser culpable del incumplimiento que se le imputa, en este caso, el contratista no es culpable del incumplimiento imputado ya que la Entidad fue quien demoró en entregar el expediente técnico, además de pretender resolver un contrato de una obra ya entregada y con sus observaciones ya resueltas y levantadas.

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)

Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

- c. Finalmente, el demandante manifiesta que por todo ello estamos ante una evidente situación oportunista de la Entidad quien desea enriquecerse ilegítimamente resolviendo el contrato que ya había sido ejecutado por nuestra patrocinada, es decir, pretende encubrir su enriquecimiento ilícito con una Resolución Contractual que resulta ineficaz al ser el incumplimiento atribuible a la misma Entidad.

Tercera Pretensión Principal: **Que se ordene a la Entidad pague las costas y costos del proceso arbitral**

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante Resolución N° 3 de fecha 15 de diciembre de 2014, se resolvió admitir a trámite el escrito de demanda, presentado por el Demandante y se dispuso su traslado a la Demandada a fin de que la conteste, para lo cual se le otorgó un plazo de quince (15) días hábiles.

Mediante escrito de fecha 12 de enero de 2015, la Demandada presentó escrito de Contestación de Demanda y Reconvención, formulando sus descargos a los argumentos desarrollados por su contraparte en la demanda.

Sin embargo, cabe precisar que mediante la Resolución N° 5 de fecha 30 de enero de 2015, se advirtió del referido escrito de fecha 12 de enero de 2015 (denominado contestación de la demanda y reconvención) que solo se encuentra la contestación de la demanda, sin haber adjuntado la reconvención, por lo que se le otorgó a la Demandada el plazo adicional de cinco (05) días hábiles para que remitan la misma

RECONVENCIÓN

Asimismo, mediante Escrito N° 02 presentado en fecha 11 de febrero de 2015, la Entidad plantea Reconvención.

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)
JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)
LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

La reconvencción formulada fue admitida a trámite mediante Resolución N° 06 de fecha 6 de marzo de 2015, en los términos que se expresa, teniéndose por ofrecidos los medios probatorios, disponiéndose se corra traslado del escrito de reconvencción a la Demandante para que en el plazo de quince (15) días hábiles absuelva el traslado.

El petitorio

La Demandada señaló como petitorio en su escrito de reconvencción:

▪ **Primera Pretensión Principal**

Que se declare la validez y eficacia de la resolución contractual materializada mediante Resolución de Alcaldía N° 226-2014-ALC/MDM de fecha 03 de abril de 2014.

- a. Que, la Entidad precisó que mediante Carta N° 045-2014-ALC/MDM de fecha 27 de marzo de 2014, la Entidad al amparo del artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aplica el monto máximo de penalidades, así como lo señalado en la cláusula vigésima cuarta del contrato, ante el incumplimiento en la ejecución del contrato dentro de los plazos establecidos por el Consorcio Marcona Nazca.
- b. Que, la Entidad señala que de acuerdo al artículo 168 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, le asiste el derecho de resolver el contrato en los siguientes casos (teniendo el contratista el mismo derecho cuando la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales contempladas en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al artículo 169):

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)

Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.
 2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o
 3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.
- c. Que, la Entidad señala que por todo ello se colige que cumplió con el procedimiento formal establecido y, al haberse notificado válidamente al Consorcio en su domicilio consignado en el contrato, este surte todos sus efectos legales, quedando el Contrato N° 102 resuelto plenamente por causas imputables directamente al contratista.
- d. Que, la Entidad hace referencia expresa a que resolvió totalmente el contrato mediante Resolución de Alcaldía N° 226-2014-ALC/MDM, de conformidad con lo establecido en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el que señala que cuando la resolución de contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida, en este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato, por lo que el pedido del Consorcio sobre declarar inválido o ineficaz la resolución efectuada por la Entidad no tiene asidero legal, ya que se cumplieron todos los presupuestos indicados por la norma.

▪ **Segunda Pretensión Principal**

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

Que se declare improcedente el pago de la Valorización N° 07, ascendente a la suma de S/. 1'917,343.11 (un millón novecientos diecisiete mil trescientos cuarenta y tres con 11/100 Nuevos Soles) solicitados por el Consorcio Marcona - Nazca.

- a. Que, la Entidad señala que es evidente que mediante Carta N° 02-2014-CMN/RL de fecha 16 de enero de 2014 y que obra como medio probatorio en el anexo 1 - RRRR en la que se señala: Extemporáneamente y fuera de todo plazo se pagó la Valorización N° 07 por lo que estaría solicitando doble pago sobre una misma valorización, por lo que debe declararse improcedente el pedido de Consorcio Marcona - Nazca.

▪ Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal

Que en caso se declare infundada la segunda pretensión principal, el tribunal arbitral debe de indicar el detalle de las partidas que sustenten el monto solicitado y por el cual amerite el pago correspondiente a la suma de S/. 1'917,343.11 (Un millón novecientos diecisiete mil trescientos cuarenta y tres con 11/100 Nuevos Soles) consignados en la Valorización N° 07.

Que, respecto de esta pretensión, la Demandada señala que el Contratista solicita el pago ascendente a S/. 1'917,343.11 (Un millón novecientos diecisiete mil trescientos cuarenta y tres con 11/100 Nuevos Soles), sin embargo, no presenta ningún medio probatorio que sustente dicho pedido ni mucho menos en donde se consigne las partidas ejecutadas, lo que debió ser sustentado por el Contratista en la medida que la carga de la prueba recae en la parte que alega tal situación.

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)

Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

▪ **Tercera Pretensión Principal**


Que se ordene al Consorcio el pago de las costas y costos del presente proceso arbitral

Que, sobre este extremo, la Demandada señala que la controversia versa sobre acumulación de penalidades ante demora en la ejecución de la obra por parte del contratista culminando en resolución contractual por causas imputables al contratista, por lo que nos encontramos en este proceso arbitral, generando a la Demandada perjuicio económico con alto grado de afectación social, por lo que la Demandante deberá asumir todos los costos y costas.



CONTESTACIÓN DE LA RECONVENCIÓN

Como se ha mencionado anteriormente, mediante Resolución N° 06 de fecha 6 de marzo de 2015, se corre traslado al Consorcio Marcona Nazca de la reconvención presentada por la Municipalidad Distrital de Marcona, para que en un plazo de quince (15) días hábiles de notificada, exprese lo conveniente a su derecho.



Mediante Escrito N° 02, presentado por Consorcio Marcona Nazca en fecha 30 de abril del 2015, absuelve lo señalado en la Resolución N° 06, presentando la contestación a la reconvención.



Mediante Resolución N° 09 de fecha 04 de mayo de 2015, se tiene por presentado el escrito de contestación a la reconvención del Consorcio Marcona Nazca.



Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)

Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y CIERRE DE LA ETAPA PROBATORIA, Y AUDIENCIA DE ILUSTRACIÓN.

Mediante Resolución N° 09 de fecha 04 de mayo de 2015, se citó a las partes a la Audiencia de Fijación y Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios programada para el 14 de mayo del 2015 a horas 09:00 a.m. en la sede del arbitraje.

Con fecha 14 de mayo de 2015, se llevó a cabo la referida Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios con la presencia de las partes del presente arbitraje, la cual se desarrolló en el siguiente orden:

Conciliación

El Tribunal Arbitral inició el diálogo entre las partes a fin de propiciar entre ellas la posibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio. En este acto, y luego de que el Tribunal Arbitral explicara a las partes las ventajas de llegar a un acuerdo conciliatorio y les invocara para hacer este esfuerzo, los representantes de cada una de ellas hicieron uso de la palabra señalando que por ahora no les es posible arribar a un acuerdo conciliatorio; no obstante, se dejó abierta la posibilidad de que las mismas logren entablar un acuerdo conciliatorio en cualquier etapa del arbitraje.

Fijación de los Puntos Controvertidos

El Tribunal Arbitral deja claramente establecido que se reserva el derecho a analizar los puntos controvertidos, no necesariamente en el orden en el que están señalados en la presente acta, y que si al pronunciarse sobre algún punto controvertido determina que carece de objeto pronunciarse sobre otros puntos controvertidos con los que guarde vinculación, podrá omitir pronunciarse respecto de ellos expresando las razones de dicha omisión.

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)

Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

Asimismo, queda establecido que las premisas previas a cada una de las preguntas establecidas como puntos controvertidos son meramente referenciales, dirigidas a una lectura más simple y ágil de los puntos controvertidos y que por ello el Tribunal Arbitral podrá 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.

En adición a ello, el Tribunal Arbitral se reserva el derecho a modificar, con conocimiento de las partes, las cuestiones previas y los puntos controvertidos a raíz de hechos nuevos. De presentarse tal situación se concederá a las partes un plazo razonable para ajustar sus posiciones a cualquier cambio que sea necesario, a fin de garantizar un pleno y adecuado derecho de defensa.

El Tribunal Arbitral fija los siguientes puntos controvertidos relacionados a las cuestiones de fondo en función a las pretensiones planteadas en la demanda arbitral de fecha 15 de agosto de 2014 y en la contestación a la demanda y reconvencción, así como en el escrito de Aclaración a la Pretensión N° 01 y escritos posteriores de las partes:

Pretensiones de la demanda:

- 1) Determinar si corresponde ordenar a la Entidad que proceda a cancelar a favor del Contratista los pagos adicionales incurridos por obras adicionales a los detallados en el Contrato y en la Adenda N° 1 ascendentes a la suma de S/. 1'917,343.11 (Un millón Novecientos Diecisiete Mil Trescientos Cuarenta y Tres con 11/100 Nuevos Soles), más los intereses de ley, según las modificaciones realizadas al Contrato N° 102 "Contrato para la Elaboración de Expediente Técnico y Ejecución de la Obra de la Licitación Pública N° 003-2012-MDM-CE" de fecha 27 de agosto del año 2012 (en adelante, El Contrato) mediante la Adenda 1 de fecha 22 de noviembre del 2012 (En adelante, Adenda 1).

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)

Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

- 2) En caso se declare improcedente el punto 1) precedente, determinar si debe proceder a declararse la Nulidad de la Adenda 1, al haber modificado ilegítimamente las bases del proceso de selección.
- 3) En caso se declare fundado el punto 2) precedente, determinar si corresponde ordenar a la Entidad que proceda a pagar a la contratista la suma de S/. 2'256,593.61 (Dos millones doscientos cincuenta y seis mil quinientos noventa y tres con 61/100 Nuevos Soles), más los intereses de ley, al haber realizado obras adicionales ajenas al Contrato, siendo ellas un enriquecimiento indebido.
- 4) Determinar si corresponde declarar la nulidad, ineficacia, invalidez y/o inexistencia de la resolución contractual de fecha 27 de agosto de 2012 declarada por la Entidad.

Pretensiones de la reconvención:

- 5) Determinar si corresponde declarar la validez y/o eficacia de la resolución contractual materializada mediante Resolución de Alcaldía N° 226-2014-ALC/MDC de fecha 03 de abril de 2014.
- 6) Determinar si corresponde declarar improcedente pago de la Valorización N° 7, ascendente a la suma de S/. 1'917,343.11 (Un millón novecientos diecisiete mil trescientos cuarenta y tres con 11/100 Nuevos Soles) solicitada para el Contratista.
- 7) En caso se deniegue el punto 6) precedente, determinar el detalle de las partidas que sustentan el monto solicitado y por el cual amerite el pago correspondiente a la suma de S/. 1'917,343.11 (Un millón novecientos diecisiete mil trescientos cuarenta y tres con 11/100 Nuevos Soles)

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)

Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

Pretensión Común:

- 8) Determinar cuál de las partes debe pagar las costas y costos del proceso.

Las partes manifiestan su conformidad con los puntos controvertidos y reglas que el Tribunal Arbitral ha establecido en este punto.

Admisión de Medios Probatorios

Acto seguido, el Tribunal Arbitral procedió a la admisión de los medios probatorios ofrecidos por las partes, de la siguiente manera:

De la parte Demandante:

Se admiten los medios probatorios ofrecidos por el Consorcio Marcona Nazca en su escrito de demanda presentado el 15 de agosto de 2014, detallados en el ítem V "MEDIOS PROBATORIOS" de dicho escrito e identificados con los numerales que van del I-A al numeral I-CCCCC.

De la parte Demandada:

Se admiten los medios probatorios ofrecidos por la Municipalidad Distrital de Marcona en su escrito de contestación de demanda y reconvencción del 11 de enero de 2015, subsanado por escrito de fecha 12 de febrero de 2015, detallados en el ítem D "MEDIOS PROBATORIOS" Anexo del 1 al 2.

Pruebas de Oficio:

Adicionalmente, el Tribunal Arbitral señaló que mediante acto posterior se determinará el nombramiento de un perito, la fecha de inspección ocular y las reglas para la mencionada diligencia, solicitada por la demandante en su escrito de contestación de reconvencción de fecha 30 de abril de 2015.

Escrito de Aclaración de Pretensión N° 1:

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)

Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

Como se ha señalado en líneas precedentes, mediante escrito presentado por Consorcio Marcona Nazca con fecha 06 de julio del 2015, solicitó una Aclaración de la Pretensión N° 1, señalando que la misma tuvo un error grave y debe corregirse con el tenor siguiente:

“Primera Pretensión Principal.- Solicitamos se ordene a la Entidad proceda a cancelar los pagos adicionales detallados en la Valorización N° 8, ascendentes a la suma de S/. 339,250.50 (trescientos treinta y nueve mil doscientos cincuenta y 50/100 Nuevos Soles) y el pago de la suma de S/. 1'917,343.11 (Un Millón Novecientos Diecisiete Mil Trescientos Cuarenta y Tres con 11/100 Nuevos Soles) más los intereses de ley, según los trabajos adicionales y las modificaciones realizadas al Contrato N° 102 “Contrato para la Elaboración de Expediente Técnico y Ejecución de la Obra de la Licitación Pública N° 003-2012-MDM-CE” de fecha 27 de agosto del año 2012 (en adelante, el Contrato) mediante la Adenda 1 de fecha 22 de noviembre del 2012 (en adelante, Adenda 1).”

Continúa el contratista señalando en dicho escrito que con la aclaración dada, el Tribunal Arbitral debe considerar que en caso declare improcedente su pretensión principal, se debe proceder a pagarles la suma de S/. 2'256,593.61 (Dos millones doscientos cincuenta y seis mil quinientos noventa y tres con 61/100 Nuevos Soles), tal y como señaló en su pretensión subordinada a la pretensión alternativa:

“Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Alternativa a la Primera pretensión principal.- Que, en caso se declare la nulidad de la Adenda 1 la Entidad proceda a pagarnos la suma de S/. 2'256,593.61 (Dos millones doscientos cincuenta y seis mil quinientos noventa y tres con 61/100 Nuevos Soles) más los intereses de ley, al haber realizado obras adicionales ajenas al Contrato, siendo ellas un enriquecimiento indebido”

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)
Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

En este escrito el contratista también señala que se encuentra pendiente su pedido de inspección al terreno en el cual se ejecuta la obra materia de conflicto, inspección que tiene por objeto ratificar los trabajos realizados y el equivalente en dinero de dichos trabajos.

Finalmente, este escrito tiene inserto un cuadro que señala lo siguiente:

Nótese que:

La Suma de la Valorización N° 8 más los trabajos adicionales y cambio en las condiciones del contrato dan como resultado el monto total a pagar o en consecuencia el monto a reembolsar por enriquecimiento indebido.

VALORIZACIÓN N° 8	TRABAJOS ADICIONALES E INFRAVALORADOS	TOTAL A PAGAR O ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO
S/. 339,250.50	S/. 1'917,343.11	S/. 2'256,593.61

Debido a esto, mediante Resolución N° 10 de fecha 06 de julio de 2015, se dispone correr traslado del referido escrito de aclaración de pretensión N° 1 a la demandada, para que en el plazo de cinco (05) días hábiles exprese lo que a su derecho estime conveniente.

Mediante escrito presentado en fecha 15 de julio de 2015, la demandada absuelve traslado del escrito de aclaración de pretensión N° 1 presentado por el contratista, señalando que la misma debe declararse improcedente, toda vez que la aclaración solicitada no se ha amparado en las reglas procesales aplicables ni en las reglas del proceso arbitral, lo que no implica recortar el derecho a la defensa del contratista, sino que este pedido es extemporáneo.

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)

Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

En este escrito, la demandada señala también que se debe declarar improcedente su pedido, toda vez que el artículo 207 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala que sólo procederá la ejecución de prestaciones adicionales de obra cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestario y la resolución del Titular de la Entidad, por tanto, carece de los requisitos de ley.

Sobre el particular, mediante Resolución N° 12 de fecha 5 de agosto de 2015, y después de evaluar las posiciones de ambas partes, el Tribunal Arbitral aprobó la precisión o aclaración a la demanda, lo cual no fue cuestionado por la Demandada.

Pericia de Oficio e Inspección Ocular:

Mediante Resolución N° 11 de fecha 22 de julio de 2015, el Tribunal Arbitral dispuso la actuación de una Pericia de Oficio, fijando las reglas correspondientes, con el objeto siguiente:

- (i) Determinar si el monto ascendente a la suma de S/. 1'917,343.11 (Un millón Novecientos Diecisiete mil trescientos cuarenta y tres con 11/100 Nuevos Soles) – indicada en la Valorización N° 7 – por adicionales incurridos por obras adicionales a los detallados en el Contrato y en la Adenda N° 1, esta técnica y documentariamente sustentado y, asimismo, de ser posible, se indique las partidas que sustentan el monto solicitado; y
- (ii) Sin perjuicio del punto anterior, determinar si el monto ascendente a la suma de S/. 2'256,593.61 (Dos millones doscientos cincuenta y seis mil quinientos noventa y tres con 61/100 Nuevos Soles) reclamado por el contratista por obras adicionales ajenas al Contrato, esta técnica y documentariamente sustentado;

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)

Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

Para dichos efectos, se designó como perito a la Ingeniera Civil Sra. Jenny Violeta Guerrero Aquino, disponiéndose también la actuación de la inspección ocular correspondiente.

Mediante Resolución N° 12 de fecha 05 de agosto de 2015, el Tribunal Arbitral aprobó la aclaración o precisión de la demanda, precisando que en adelante, cualquier referencia que se ha haya hecho en relación a la Valorización N° 7 se deberá entender que se hace referencia a la Valorización N° 8, en el proceso seguido contra la Municipalidad Distrital de Marcona; cabe precisar que esta precisión fue puesta a conocimiento de la Perito para que tenga en cuenta en su dictamen pericial.

Mediante Resolución N° 14 de fecha 12 de octubre de 2015, el Tribunal Arbitral dispuso que la inspección ocular se realizara el 29 de octubre de 2015 en horas de la mañana.

Luego de realizada la mencionada inspección ocular, la perito designada presentó el Informe Pericial encargado, con fecha 28 de enero de 2016.

Posteriormente, con fecha 01 de abril de 2016, se realizó la sustentación del Informe Pericial.

Seguidamente, las partes presentaron solicitudes de aclaración y observaciones al Informe Pericial, las mismas que fueron debidamente atendidas por la perito designada, mediante escrito presentado el 29 de abril de 2016.

ALEGATOS FINALES, CIERRE DE INSTRUCCIÓN Y PLAZO PARA LAUDAR

Mediante Resolución N° 27, el Tribunal Arbitral dispuso la emisión de un Laudo Parcial, a fin de emitir pronunciamiento respecto a los puntos controvertidos fijados en el Acta de la Audiencia de Conciliación,

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)

Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 14 de mayo de 2015, aclarada mediante Resolución N° 12 de fecha 05 de agosto de 2015. Asimismo, se declaró concluida la etapa probatoria y se otorgó a las partes un plazo de 10 días hábiles, contados a partir de la notificación de la referida resolución, para presentar escrito de alegatos y conclusiones finales.

Con fecha 19 de septiembre de 2016, el Consorcio presentó su escrito de alegatos y conclusiones finales.

En tal sentido, mediante Resolución N° 28 de fecha 28 de septiembre de 2016, se dejó constancia que el Consorcio presentó su escrito de alegatos finales, y que la Entidad no presentó su escrito de alegatos finales. Asimismo, se declaró el cierre de la instrucción y se fijó el plazo para la emisión del correspondiente Laudo Arbitral Parcial en treinta (30) días hábiles, reservándose el Tribunal Arbitral la facultad de prorrogar dicho plazo, de así estimarlo conveniente. La presente Resolución fue notificada a la Entidad con fecha 29 de septiembre de 2016 y al Consorcio con fecha 30 de septiembre de 2016.

III. CONSIDERANDO

III.1. CUESTIONES PRELIMINARES:

Antes de considerar la materia controvertida, corresponde expresar lo siguiente:

1. El Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con lo establecido en el convenio arbitral suscrito entre las partes, así como al amparo de la normativa vigente.

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)

Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

2. La designación y aceptación del Tribunal Arbitral se ajustó a las exigencias previstas en la ley de la materia.
3. Ni el Demandante ni la Demandada recusaron al Tribunal Arbitral, ni tampoco impugnaron o reclamaron contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este arbitraje.
4. El Consorcio presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos en el Acta de Instalación.
5. La Entidad fue debidamente emplazada con la demanda y se le concedió los plazos legales para el ejercicio pleno de su derecho de defensa.
6. Ambas partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraran pertinentes, así como para expresar sus posiciones de hechos y de defensa sin limitación alguna, habiendo tenido ambas igual oportunidad para presentar sus alegaciones y conclusiones por escrito, así como para que realicen sus respectivos informes orales.
7. En tal sentido, el Tribunal Arbitral dentro del plazo establecido de común acuerdo por ambas partes, procede a emitir el correspondiente laudo arbitral.

III.3. MATERIA CONTROVERTIDA

El Tribunal Arbitral conviene en precisar que el análisis que a continuación se efectúa se limita a las pretensiones formuladas por las partes en el presente arbitraje y/o a los puntos controvertidos fijados en la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios del 14 de mayo de 2015, pero considerando la aclaración a la demanda aprobada

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

mediante Resolución N° 12 de fecha 05 de agosto de 2015, teniendo presente los argumentos y medios probatorios presentados por las partes.

III.3.a En relación al Primer, Sexto y Sétimo Puntos Controvertidos:

Primer Punto Controvertido

Primera Pretensión Principal de la demanda (precisada)

Determinar si corresponde ordenar a la Entidad que proceda a cancelar a favor del Contratista los pagos adicionales incurridos por obras adicionales a los detallados en el Contrato y en la Adenda N° 1 ascendentes a la suma de S/. 339,250.50 (Trescientos treinta y nueve mil doscientos cincuenta con 50/100 Nuevos Soles) y a la suma de S/. 1'917,343.11 (Un millón novecientos diecisiete mil trescientos cuarenta y tres con 11/100 Nuevos Soles), más los intereses de ley, según las modificaciones realizadas al Contrato N° 102 "Contrato para la Elaboración de Expediente Técnico y Ejecución de la Obra de la Licitación Pública N° 003-2012-MDM-CE" de fecha 27 de agosto del año 2012 mediante la Adenda 1 de fecha 22 de noviembre de 2012.

Sexto Punto Controvertido

Segunda Pretensión Principal de la reconvencción

Determinar si corresponde declarar improcedente pago de la Valorización N° 7, ascendente a la suma de S/. 1'917,343.11 (Un millón novecientos diecisiete mil trescientos cuarenta y tres con 11/100 Nuevos Soles) solicitada para el Contratista.

Sétimo Punto Controvertido

Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal de la reconvencción

En caso se deniegue el punto 6) precedente, determinar el detalle de las partidas que sustentan el monto solicitado y por el cual

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

amerite el pago correspondiente a la suma de S/. 1'917,343.11 (Un millón novecientos diecisiete mil trescientos cuarenta y tres con 11/100 Nuevos Soles)

Sobre el particular, en vista de la evidente conexión que existe en relación a estos puntos controvertidos, el Tribunal Arbitral considera pertinente realizar un análisis conjunto de los mismos, debiéndose tener presente que la aprobación del pedido del Consorcio (primer punto controvertido) implicará denegar los pedidos de la Entidad (sexto y sétimo puntos controvertidos), aplicándose la misma lógica en sentido contrario.

▪ **Argumento del CONSORCIO.-**

1. El Demandante manifiesta que las partes suscribieron la Adenda 1, la misma que introdujo modificaciones al contrato en la forma de las prestaciones, ya que si se revisa el contrato original y la adenda N° 1 podrá apreciarse que los montos contractuales no han variado, pero la forma y la cantidad de ítems que se realizaron han variado sustancialmente, situación que se coordinó contractual y extracontractualmente y fue cumplido por la contratista.
2. El demandante refiere que el contrato se ha modificado siguiendo la formalidad establecida en el artículo 1413 del Código Civil, el cual señala que *"las modificaciones del contrato original deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato"*, siendo que los contratos deben ejecutarse bajo los principios de la buena fe, conforme al artículo 1362 del Código Civil, buscando evitar situaciones oportunistas que pretenden causar daño a otro aprovechándose de su buen actuar.
3. El demandante señala además que debe notarse cómo suscribió los documentos contractuales ejecutando las prestaciones ahí inmersas, sin embargo al momento de recibir la contraprestación se dio con la

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)

Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

sorpresa de la actitud desleal de la Entidad quien se negó categóricamente a pagar las prestaciones ejecutadas, a pesar de que el contrato es "ley" para las partes, debiendo cumplir cada una las prestaciones ahí pactadas.

4. El demandante refiere además haber requerido de forma legítima el pago de las prestaciones ejecutadas en el contrato de obra tal y como fue suscrito en la Adenda N° 1 del contrato original, no entendiendo por qué razón la Entidad se niega a cumplir su obligación de pagar las variaciones contractuales propuestas por ella misma, aunado a su mala fe que revela el hecho que se le haya resuelto el contrato por llegar al máximo de penalidad cuando todos saben que las demoras se dieron por las negociaciones y adendas firmadas entre las partes según los requerimientos de la Entidad. Por dichos motivos, la Entidad debe proceder al pago de la suma dineraria exigida en el petitorio de su demanda, conforme al artículo 180 del Reglamento, teniendo también el derecho a solicitar el pago de los intereses de Ley, conforme al artículo 181 del Reglamento.

▪ **Argumento de la ENTIDAD**

5. Respecto de esta pretensión, la demandada señala en su escrito de reconvención que el Contratista solicita el pago ascendente a S/. 1'917,343.11 (Un millón novecientos diecisiete mil trescientos cuarenta y tres con 11/100 Nuevos Soles), sin embargo, no presenta ningún medio probatorio que sustente dicho pedido ni mucho menos en donde se consigne las partidas ejecutadas, lo que debió ser sustentado por el Contratista en la medida que la carga de la prueba recae en la parte que alega tal situación.

▪ **Análisis del TRIBUNAL ARBITRAL**

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)

Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

6. Atendiendo a las respectivas posiciones asumidas por ambas partes en relación a la presente pretensión, el Tribunal Arbitral realizará el análisis correspondiente.
7. En primer lugar, es de notarse que en el presente caso la pretensión demandada está referida a la obligación de dar suma de dinero a fin que la Entidad cumpla con pagar la suma de S/. 339,250.50 (Trescientos treinta y nueve mil doscientos cincuenta con 50/100 Nuevos Soles) y la suma de S/. 1'917,343.11 (Un millón novecientos diecisiete mil trescientos cuarenta y tres con 11/100 Nuevos Soles); más los intereses de ley, derivado de la ejecución del presente Contrato antes de la resolución contractual ejecutada por la Municipalidad Distrital de Marcona.
8. En ese sentido, procederemos analizar los hechos conjuntamente con un análisis jurídico de lo establecido en el Contrato, y la Ley de Contrataciones del Estado, y sus normas complementarias.
9. Debemos manifestar expresamente los hechos del presente arbitraje, los cuales no han sido negados por ninguna de las partes.
10. Con fecha 27 de agosto de 2012, el Contratista suscribió con la Entidad el Contrato N° 102, denominado "Contrato para la Elaboración de Expediente Técnico y Ejecución de Obra de la Licitación Pública N° 003-2012-MDM-CE".
11. Asimismo, las partes concuerdan que de acuerdo a lo estipulado en la Cláusula Sexta del Contrato se precisa que nos encontramos bajo el sistema de Suma Alzada. Al respecto, debemos precisar que el sistema de suma alzada se da cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en los planos y especificaciones técnicas respectivas. El postor formulará su propuesta por un monto

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

fijo integral y por un determinado plazo de ejecución. Tratándose de obras, el postor formulará dicha propuesta considerando los trabajos que resulten necesarios para el cumplimiento de la prestación requerida según los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra que forman parte del Expediente Técnico, en ese orden de prelación; considerándose que el desagregado por partidas que da origen a su propuesta y que debe presentar para la suscripción del contrato, es referencial. El mismo orden de prelación se aplicará durante la ejecución de la obra.

12. Asimismo, en la Cláusula Quinta del Contrato establece el monto del mismo, el cual comprende el Impuesto General a las Ventas, mano de obra y cumplimiento de la normativa laboral, pagos a Entidades de Seguridad Social, SENCICO, costos de equipos, maquinaria, herramientas, materiales, fletes, seguros e impuestos; protección y mantenimiento de la obra durante la construcción y hasta la entrega de la misma, dirección técnica, gastos generales, utilidad y todo aquello que sea necesario para la correcta ejecución de la obra hasta su total terminación y entrega.
13. Por su parte, la Demandada no ha negado, tachado o cuestionado, en el desarrollo de la presente controversia los instrumentos presentados por el Demandante, haciendo por lo contrario suyos los instrumentos presentados por el Consorcio.
14. La acción por enriquecimiento sin causa reconocida por el Código Civil constituye un *“mecanismo de tutela para aquel que se ha visto perjudicado por el desplazamiento de todo o parte de su patrimonio en beneficio de otro. El primero, será el actor o sujeto tutelado y, el segundo,*

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

el demandado o sujeto responsable (...).¹

15. Cabe señalar que el Tribunal Arbitral comparte el razonamiento del doctor Alexander Campos², quien señala que aun cuando en nuestro país se optó por establecer una sección específica para el enriquecimiento sin causa dentro de las fuentes de las obligaciones, ello obedecería a una opción de simple orden de codificación, siendo que para el citado autor, como a nuestro criterio, el enriquecimiento sin causa se funda en un principio de equidad que participa en el Derecho en general.

16. Así pues, en la Opinión N° 081-2010/DTN de fecha 29 de diciembre de 2010, el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado – OSCE, sobre la posibilidad de aplicación del enriquecimiento sin causa en casos en que el Estado se haya beneficiado de un servicio del privado, aprecia que:

“2. En el orden de ideas expuesto, la Entidad podría haberse beneficiado con las actividades ejecutadas a su favor por el contratista; por lo que, en aplicación de los principios generales que vedan el enriquecimiento sin causa, corresponderá al contratista perjudicado ejercitar las acciones que correspondan para reclamar el reconocimiento de los costos de la ejecución de dichas actividades.

Asimismo, teniendo en consideración que los artículos 177 y 180 del Reglamento señalan que es derecho del contratista recibir el pago por parte de la Entidad, una vez que se haya cumplido con ejecutar todas las prestaciones a su cargo y

¹ PAREDES CARRANZA, Milagros. La inexistencia de contrato y la acción por enriquecimiento sin causa, JUS Doctrina & Práctica 7/2008, Lima: Editora Jurídica Grijley, Pág. 485.

² CAMPOS, Alexander “La Arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos.” En: Revista Peruana de Arbitraje N° 03. Pág. 311

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)

Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

se haya otorgado la respectiva conformidad, corresponde que la Entidad cumpla con realizar el referido pago.”

17. De igual forma, en la Opinión N° 083-2012/DTN de fecha 08 de agosto de 2012, emitida por el Organismo Supervisor de Contrataciones de Estado – OSCE, en relación al enriquecimiento sin causa, dicha entidad refiere lo siguiente:

“2. Efectuada la precisión anterior, debe indicarse que si una Entidad obtuvo la prestación de un servicio por parte de un proveedor, este tendría derecho a exigir que la Entidad le reconozca el precio del servicio prestado -aun cuando el servicio haya sido obtenido sin observar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado-, pues el Código Civil, en su artículo 1954, establece que “Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo”.

18. Igualmente, en la Opinión N° 010-2014/DTN de fecha 20 de enero de 2014, emitida por el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado – OSCE, se señala lo siguiente:

“Por tanto, el proveedor que se encuentre en la situación descrita bien podría ejercer la acción por enriquecimiento sin causa ante la vía correspondiente a efectos de requerir el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas a favor de la Entidad mediante una indemnización. Situación en la cual corresponde a la autoridad que conozca y resuelva dicha acción evaluar si la Entidad se ha beneficiado -enriquecido a expensas del proveedor- con la prestación del servicio, en cuyo caso, en aplicación de los principios generales que vedan el enriquecimiento sin causa, ordenaría a la Entidad no sólo reconocer el íntegro del precio de mercado del

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

servicio prestado, la utilidad del proveedor y sus respectivos intereses, sino también las costas y costos derivados de la interposición de la acción.

En este punto, es importante precisar que el monto eventualmente reconocido a favor del proveedor no podría considerarse pago en términos contractuales, en la medida que el pago es la consecuencia directa de una obligación válidamente contraída, sino como una indemnización por el perjuicio que el desplazamiento patrimonial de la prestación ha generado al proveedor. (Subrayado agregado)

19. En tal sentido, conforme podemos advertir de las diversas Opiniones del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado – OSCE, dicha Entidad considera que cuando el Estado se haya beneficiado por alguna acción de un privado, pese a que no existe una relación válida entre ellos, éste se encontrará sujeto a indemnizarlo por dicho beneficio mediante la figura jurídica de enriquecimiento sin causa.
20. En ese sentido, para que se configure un enriquecimiento sin causa y, por ende, pueda ejercitarse la respectiva acción, es necesario que se verifiquen las siguientes condiciones:
 - a) El enriquecimiento del sujeto demandado y el empobrecimiento del actor;
 - b) La existencia de un nexo de conexión entre ambos eventos; y
 - c) La falta de una causa que justifique el enriquecimiento.³
21. Por lo tanto, la Opinión N° 051-2012/DTN de fecha 3 de febrero de 2012, emitida por el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado –

³ Ídem.

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)

Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

OSCE, precisa que en el marco de las contrataciones del Estado se verifique un enriquecimiento sin causa es necesario que:

- (i) La Entidad se haya enriquecido y el proveedor se haya empobrecido;
- (ii) Que exista conexión entre el enriquecimiento de la Entidad y el empobrecimiento del proveedor, la cual estará dada por el desplazamiento de la prestación patrimonial del proveedor a la Entidad; y
- (iii) Que no exista una causa jurídica para esta transferencia patrimonial, como puede ser la ausencia de contrato al haberse declarado su nulidad.

22. De este modo, en el presente caso, para tomar en cuenta la institución del enriquecimiento sin causa, corresponde analizar si el reclamo presentado por el Contratista, posee todos los elementos necesarios para que se configure el Enriquecimiento sin causa, los cuales serán examinados de manera independiente.

23. a) **Enriquecimiento**: En relación al primer requisito, en la Exposición de Motivos del Código Civil se precisa lo siguiente:

“En cuanto al primer requisito, o sea “el enriquecimiento”, este debe entenderse en sentido amplio, es decir, como ventaja patrimonial obtenida ya sea activamente – como la adquisición de un derecho o la obtención de la posesión ya sea pasivamente – como el ahorro de un gasto inminente y de modo inevitable”

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

24. De la misma manera, el autor Eric Palacios⁴, en relación al primer requisito del enriquecimiento sin causa, indica que:

“El enriquecimiento consiste en el hecho objetivo de haber conseguido un incremento en la esfera de ventajas de las que goza un sujeto. EL incremento puede tener carácter patrimonial, es decir ser económicamente valorable en un contexto social determinado (...) En concordancia con estas premisas se ha conceptualizado el enriquecimiento como cualquier ventaja de naturaleza patrimonial por parte del accipiens (MOSCATI)”

25. Asimismo, los autores Castillo y Molina⁵, haciendo referencia al autor Von Thur, precisan lo siguiente:

“Von Tuhr señala que el enriquecimiento consiste en la diferencia que existe entre el estado actual del patrimonio y el que presentaría si no hubiese ocurrido el injustificado desplazamiento de valores. Es decir, luego de tal comparación, debería verificarse que ha habido una mejora —o que se ha evitado una alteración negativa a través de una disminución— en el patrimonio del sujeto enriquecido.

26. Así, el enriquecimiento se producirá cuando una de las partes obtenga un beneficio positivo (incremento) en su patrimonio, por una circunstancia ejecutada por un tercero.

⁴ PALACIOS MARTÍNEZ, Erick. *Esencia, conceptualización y requisitos del enriquecimiento sin causa*. En: Código Civil Comentado. Comentan 209 Especialistas en las diversas materias del Derecho Civil. Tomo IX. Lima. Gaceta Jurídica, mayo 2007. Pág. 640.

⁵ CASTILLO FREYRE, Mario y MOLINA AGUI, Giannina. *Tienes más, tengo menos. Reflexión acerca de los dos elementos esenciales del enriquecimiento sin causa*.

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)

Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

27. En el presente caso, conforme se aprecia de los actuados, existe un traslado patrimonial por parte del Consorcio a favor de la Entidad, siendo que ésta última no ha señalado ningún argumento para desmentir esta afirmación, respecto al cumplimiento del Contrato.

28. En este sentido, se puede observar que la demandada, no ha demostrado que dichas partidas de la obra que han sido efectivamente ejecutadas, no le hayan sido favorables. En tal sentido, de lo analizado, se advierte que en el presente caso, sí se cumple el primer requisito para la configuración del enriquecimiento sin causa.

29. **b) Daño** En relación al daño, debemos advertir que éste corresponde al empobrecimiento que se produce en una parte como consecuencia del enriquecimiento de la otra; siendo que conforme a la Exposición de Motivos del Código Civil, para que se configure el enriquecimiento sin causa, es que éste haya ocurrido "a expensas" de otro, es decir que debe haberse producido "en perjuicio y contra el derecho" de otro.

30. En esa misma línea el autor Eric Palacios⁶, precisa lo siguiente:

"Es por eso que preferiríamos, en lugar de hablar de daño, referirnos mejor al empobrecimiento para denotar el requisito ahora explicado (...) Queda en esto sentada la posición - que compartimos - según la cual para poder actuar el enriquecimiento sin causa es suficiente la prueba de que alguien se ha enriquecido a expensas de otro con un comportamiento lesivo de situaciones protegidas por el ordenamiento jurídico"

31. En el presente caso, podemos advertir que la demandante ejecutó trabajos a favor de la Entidad, siendo que el no pago por parte de la

⁶ PALACIOS MARTÍNEZ, Erick. Op Cit. Pág. 640

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)
Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

Entidad produce un detrimento en el patrimonio de la demandante, configurándose así el *empobrecimiento*.

32. En tal sentido, de lo analizado, se advierte que en el presente caso, sí se cumple el segundo requisito para la configuración del enriquecimiento sin causa.
33. **c) La correlación entre daño y enriquecimiento:** Sobre el presente requisito, en la Exposición de Motivos del Código Civil se indica que *para que proceda jurídicamente la acción por enriquecimiento sin causa debe existir un nexo de causalidad entre la ventaja del enriquecido y el perjuicio del empobrecido*.
34. Así pues, tal como se ha indicado en el presente laudo, en el análisis de la controversia, el Consorcio ha ejecutado trabajos que recaen a la esfera patrimonial de la Entidad (enriquecimiento), sin que haya existido retribución por parte de la demandada, lo cual ha producido un detrimento en el patrimonio de la demandante (empobrecimiento).
35. De lo indicado, se aprecia que existe un nexo causal entre el enriquecimiento de la Entidad (obtención de determinadas partidas de una obra ejecutadas a su favor sin cumplir con contraprestación alguna) y el empobrecimiento del Consorcio, sin que la Municipalidad Distrital de Marcona cumpla con la contraprestación.
36. En tal sentido, de lo analizado, se advierte que en el presente caso, sí se cumple el tercer requisito para la configuración del enriquecimiento sin causa.
37. **d) La ausencia de justa causa:** Sobre la ausencia de justa causa, el autor Palacios⁷ indica lo siguiente:

⁷ PALACIOS MARTÍNEZ, Erick. *Op Cit.* Pág. 640.

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

Para explicar ausencia de justa causa como requisito de operatividad del enriquecimiento, debemos acotar que ella está excluida por la existencia de una válida fattispecie contractual que actúe como justificación del enriquecimiento acontecido. A estos fines es necesario que del contrato emerja una específica voluntad negocial o la intención libre, en caso contrario resulta abierta la puerta a los remedios sustitutorios

38. Así, la ausencia de causa justa corresponde a la circunstancia que el enriquecimiento se produzca sin que medie una justificación legal para el beneficio patrimonial por el detrimento del patrimonio de la otra parte, esto se dará cuando por ejemplo, no exista relación contractual entre las partes.

39. En el presente caso, tal como se ha indicado, se presenta una relación contractual válida pero no existe justificante o motivación para que la Entidad obtenga un beneficio con las partidas de la obra ejecutadas por la demandante, sin la correspondiente contraprestación.

40. En tal sentido, de lo analizado, se advierte que en el presente caso, si se cumple el cuarto requisito para la configuración del enriquecimiento sin causa.

41. **e) La subsidiaridad:** En relación a la subsidiaridad, en el artículo 1955° del Código Civil, se indica lo siguiente:

“Artículo 1955.- La acción que se refiere el artículo 1954 no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización”

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)

Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

42. Las conclusiones de la Pericia de Oficio practicada por la Perito Ing. Civil Jenny Guerrero Aquino, señalan, en cuanto al primer pedido, que los trabajos reclamados en la Valorización N° 8 por adicionales incurridos por trabajos adicionales a los detallados en el Contrato y en la Adenda N° 1 está sustentado técnicamente en parte, evidenciado in situ en evento realizado el día 29 de octubre de 2015 en la que participaron los Árbitros designados por las partes, la Secretaría Arbitral, los señores representantes de la Entidad y la propia perito.
43. Asimismo, las conclusiones de dicha Pericia de Oficio señalan, en cuanto al segundo pedido, que de la documentación alcanzada se ha podido deducir que los trabajos que se ejecutaron adicional a las metas previstas contractualmente, no cubren las formalidades de una solicitud como adicional, tampoco de una aprobación por adicional, pero si existen acuerdos suscritos de modificación de metas, a través de adendas, dentro de la Primera Etapa de ejecución de la obra, y también el reconocimiento expreso de las cuantías por las metas adicionadas luego de la suscripción del Contrato para la primera etapa de la obra, salvaguardando que las metas formaron parte del proyecto integral, con la salvedad de la cobertura de policromato con estructuras de madera así como del puente modificado, que si bien no formaron parte del proyecto definitivo sí se ejecutaron.
44. Como consecuencia de las solicitudes de aclaración y observaciones que presentaron las partes respecto de dicha Pericia de Oficio, la Ing. Civil Sra. Jenny Guerrero Aquino absuelve las mencionadas consultas y observaciones mediante escrito presentado a este Tribunal Arbitral el 29 de abril de 2016, lo cual incluye el pedido de aclaración de la Pretensión N° 1, es decir, la Valorización N° 8.
45. Así, la Perito señala que en la Carta N° 03-2016-GAJ/MDM, la Entidad ha efectuado únicamente un pago a cuenta del total de la Valorización N°

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)

Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

08. Asimismo, la Perito señala tener observaciones en el Comprobante de Pago N° 722 (Valorización N° 8), ya que no se indica la recepción conforme y el número de comprobante de pago, ni las firmas de las personas encargadas, únicamente los sellos, no apreciándose la firma de Recibí Conforme del Consorcio, ni el Cheque o número de operación en caso se hubiera depositado en cuenta, lo cual en los otros comprobantes de pago es evidente. La Perito señala que tales elementos generan solo el convencimiento del trámite de ambas partes pero no del pago, no pudiendo precisar la ejecución de pago de esa fracción, lo que le genera duda razonable y que a menos que la Entidad logre acreditar al Tribunal Arbitral dicho pago a cuenta, corresponde que se le pague al Consorcio el integro de la Valorización N° 08, es decir, el importe de S/. 339,250.50, por concepto de pago de la Valorización N° 08, que no forma parte del importe informado como conclusión del Informe Pericial.

46. Seguidamente, la Perito procede a cuantificar el importe resultante por la ejecución de trabajos in situ y que se encuentran pendientes de reconocimiento económico, equivalente a la suma de S/. 1'672,204.23 (Un millón seiscientos setenta y dos mil doscientos cuatro con 23/100 Nuevos Soles).

47. Respecto al pedido del Consorcio sobre cuantificar el tiempo de ejecución de mayores metas y los mayores gastos en vista que la Entidad pretende penalizar al Consorcio por retraso en la ejecución desconociendo el tiempo que se requiere para ejecutar obras fuera del contrato principal y adenda N° 1, la Perito señaló que del estudio realizado a las metas ofertadas y las metas aprobadas luego de contar con el diseño definitivo difieren una de la otra, señalando que en el cuadro que se adjuntó en el informe se puede ver la diferencia. Asimismo, la perito señaló que los cambios sí contemplan una demanda de mayor tiempo, debido a que hacer cocinas, comedores, puentes de conexión, y otros no previstos, tienen configuración distinta a ejecutar 4 aulas, o efectuar demoliciones, o elaborar patios. Señaló además que los plazos se podrían analizar y que

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)

Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

respecto a los costos, los artículos 201 y 202 del Reglamento de la Ley de Contrataciones son muy claros al señalar que es implicancia del reconocimiento de un mayor plazo, el reconocimiento de mayores gastos generales y establecen su metodología, y en caso que no se hubiera solicitado el mayor plazo, queda a criterio del Tribunal Arbitral, conociendo el desfase en el término determinar los gastos realizados debidamente demostrado.

48. En tal sentido, estando a lo indicado, así como teniendo en cuenta las Opiniones del OSCE precisadas al principio del análisis del presente punto controvertido, la vía idónea para que el contratista pueda solicitar “la indemnización” (no cumplimiento de contraprestación) es el enriquecimiento sin causa.
49. Ello, en la medida que el Contrato N° 102 ha sido suscrito por las partes el 27 de agosto de 2012, es decir, durante la vigencia del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, al cual no le resulta aplicable la modificación al Reglamento que fue materia del Decreto Supremo N° 138-2012-EF por no encontrarse vigente al momento de su suscripción y no poder aplicarse retroactivamente.
50. De esta manera, conforme podemos apreciar del análisis efectuado, en el presente caso, sí se ha configurado el enriquecimiento sin causa.
51. Por ello, el Consorcio se encuentra en la situación descrita anteriormente señalada, de acuerdo a los documentos presentados; pues se ha demostrado que la Entidad se ha beneficiado – enriquecido a expensas del Consorcio- con las prestaciones ejecutadas.
52. Asimismo, el Tribunal Arbitral considera que el Consorcio ha cumplido con las prestaciones a su cargo, muy al margen de la resolución

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)

Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

contractual practicada por la Entidad. Pues ello se prueba de manera fehaciente mediante la pericia técnica realizada en este caso por la perito designada por este Tribunal Arbitral, Ing. Civil Jenny Guerrero Aquino, conforme ha sido detallado en líneas precedentes.

53. Por último, debemos resaltar que la Entidad en ningún momento ha cuestionado los citados medios probatorios que han generado convicción en el Tribunal Arbitral.
54. Ahora bien, estando al cuestionamiento efectuado sobre el monto que debe reconocerse al Consorcio como indemnización por Enriquecimiento sin causa por los trabajos ejecutados por éste a favor de la Entidad, el Tribunal Arbitral considera que de acuerdo a las conclusiones arribadas, se declara que la Municipalidad Distrital de Marcona está obligada a pagar por los trabajos detallados en la Valorización N° 08, la suma de S/. 339,250.50 (trescientos treinta y nueve mil doscientos cincuenta y 50/100 Nuevos Soles), toda vez que la Perito designada por este Tribunal Arbitral ha concluido, de los actuados (concretamente la Carta N° 03-2016-GAJ/MDM e Informe N° 110-2016-SGT/MDM) que las propias partes reconocen que no se ha pagado la totalidad de la Valorización N° 8, no habiendo acreditado fehacientemente la Entidad tampoco el haber realizado un pago a cuenta por el monto de S/. 31,648.28, por lo que corresponde que se le pague al Consorcio el íntegro de la Valorización N° 8, siendo esto contrastado con el resultado de la Pericia.
55. Asimismo, el Tribunal Arbitral considera que de acuerdo a las conclusiones arribadas se declara que la Municipalidad Distrital de Marcona está obligada a pagar la suma de S/. 1'672,204.23 (Un millón seiscientos setenta y dos mil doscientos cuatro con 23/100 Nuevos Soles) al Consorcio, pues, el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas por el Consorcio a la Entidad debe considerar este monto cuantificado por la Perito designada por este Tribunal Arbitral, que es resultante de la ejecución de trabajos verificados in situ y que se encuentran pendientes

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

de reconocimiento económico; es decir, que el monto a ser reconocido por la Entidad al Consorcio sea aquel que de haberse observado las disposiciones de la normativa de Contrataciones del Estado, habría tenido el carácter de contraprestación. Esto debido a que el Consorcio colaboró con la Entidad para satisfacer sus necesidades de ejecución de obras, a cambio del pago de una retribución -contraprestación- equivalente al precio de mercado de la prestación, el cual incluye la utilidad, el mismo que ha sido acreditado en el presente arbitraje.

56. Por lo tanto, precisamos que el pago es un deber y un derecho. El deudor, al pagar, cumple con el deber que emana de la relación obligacional asumida. Pero no sólo tiene el deber de pagar. También tiene el derecho a hacerlo, por diversas razones:

- a) Desea cumplir con un imperativo de su conciencia;
- b) Desea liberar de cargas a su patrimonio;
- c) Desea evitar los daños y perjuicios que podrían originarse por la inexecución de la obligación en favor del acreedor;
- d) Desea evitar los propios perjuicios que eventualmente podría ocasionarle mantener la prestación en su poder.

57. Por otro lado, de acuerdo a lo señalado por la parte Demandante en la presente pretensión a través de su escrito de Demanda y de Aclaración de Pretensión N° 01, solicita se le reconozca el pago de los intereses de ley.

58. El Tribunal Arbitral deberá determinar si corresponde ordenar a la Entidad proceda con el pago de los intereses generados, de determinarse un supuesto de incumplimiento injustificado de su obligación, calculándolo desde la fecha del supuesto incumplimiento hasta la fecha de pago.

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)

Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

59. En primer lugar, el Tribunal Arbitral procederá a realizar un pequeño desarrollo del concepto de intereses a fin de ilustrar a las partes cual es el tipo de intereses pretendido en el escrito de demanda y aclaración de pretensión N° 1 y si su pago procede por retraso en el cumplimiento de obligaciones.
60. Los intereses son definidos comúnmente como “el pago por el uso del dinero”, como vemos esta definición es más económica que jurídica; la razón de ser de los intereses son, por una parte, el crear incentivos para la circulación del dinero y en casos de retraso en el pago el indemnizar los perjuicios económicos causados por la imposibilidad de utilizar los recursos dinerarios adeudados. Como vemos el que hacer dinámico de las operaciones económicas crea la figura de los intereses con el fin de hacer más atractivo las transacciones. Queda claro que, de no existir la figura de los intereses los sujetos no tendrían incentivos (principio básico de la economía) para confiar su dinero a terceros, no habría ninguna posibilidad de acreencia lo cual genera un estancamiento en la circulación de los flujos efectivos.
61. En vista de la importancia de la figura económica de los interés el ordenamiento jurídico peruano ha procedido a regularlos en el libro de las obligaciones; específicamente en los artículos 1242 y siguientes del Código Civil. Así, puede apreciarse que la ley determina la existencia de dos tipos de intereses, los moratorios y los compensatorios; estos últimos son aquel precio interpuesto al costo de oportunidad por el uso del dinero, el contrato de mutuo, por ejemplo, es la transferencia de bienes fungibles, como el dinero, en donde el solo aprovechamiento de la suma transferida al mutuante faculta al mutuuario a percibir un porcentaje del capital entregado.
62. Por otro lado, el interés moratorio tiene por finalidad el resarcir o atenuar los daños causados por el retraso en el cumplimiento de las obligaciones.

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

En dicho extremo, los intereses moratorios actúan desde la intimación en mora al deudor; generando DESDE AQUEL MOMENTO EL CALCULO DE LA TASA DE INTERES⁸ respecto del capital adeudado.

63. Además, los intereses pueden ser pactados contractualmente o ser señalados por la misma ley; en ese sentido, si no existe pacto expreso o disposición legal que lo ordene no existirá el pago de los intereses. De esta forma es que ingresa la figura del interés legal, el cual opera en aquellos supuestos en donde la ley suple la voluntad de las partes ordenando, aun cuando no esté estipulado en contrato, el pago de intereses.
64. Llevado lo antes descrito al caso concreto, nos encontramos ante un retardo en el cumplimiento de la obligación, el cual nunca fue efectuado por la Entidad dentro del plazo establecido.
65. Al respecto, el primer párrafo del artículo 48 de la Ley y el último párrafo del artículo 181 del Reglamento establecen que ante la falta de pago, se aplicará interés legal, lo cual a entender de este Tribunal Arbitral se debe realizar de acuerdo al Código Civil.
66. Como vemos, la Ley señala que en caso de retardo en el cumplimiento de las obligaciones el deudor se encontrará obligado al pago de intereses moratorios legales, supuesto que ya se ha configurado según lo desarrollado por el Tribunal Arbitral hasta este punto.

⁸ Cuando hablamos de tasa de interés debemos diferenciarlo claramente de lo que refiere el interés en sentido estricto. La tasa de intereses es aquel porcentaje del capital que será cancelado en los plazos estipulados en el contrato, a diferencia del concepto interés en donde solo hablamos, como ha sido señalado anteriormente, del precio por el uso del dinero.

Por tanto, cuando el Código Civil refiere en su artículo 1245 la prevalencia del interés legal solo hace referencia que, en aquellos supuestos en donde se ha pactado el pago de intereses (sean moratorios o compensatorios) sin embargo no se ha pactado el porcentaje de la tasa de intereses operara la tasa del interés legal, la cual es señalado por el Banco Central de Reserva del Perú, lo cual difiere totalmente de la interposición del interés legal, el cual opera si, y solo si, la ley lo ordena.

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)

Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

67. Al respecto, al amparo del artículo 1334° del Código Civil⁹, concordado con la Octava Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje¹⁰, deberá pagarse intereses desde la fecha de interposición de la petición de arbitraje hasta la fecha efectiva de pago.
68. Por lo expuesto, se concluye por tanto, declarar fundada en parte la Primera Pretensión Principal de la Demanda (precisada) que corresponde al primer punto controvertido del presente arbitraje y, asimismo, declarar infundadas la Segunda Pretensión Principal de la Reconvención y la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal de la Reconvención.

II.2.b En relación al Segundo y Tercer Puntos Controvertidos:

Segundo Punto Controvertido

Primera Pretensión Alternativa a la Primera Pretensión Principal

En el supuesto que se declare improcedente el punto 1) precedente, determinar si se debe proceder a declarar la nulidad de la Adenda 1, al haber modificado ilegítimamente las bases del proceso de selección.

Tercer Punto Controvertido

Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Alternativa a la Primera Pretensión Principal

En caso de declare fundado el punto 2) precedente, determinar que si corresponde ordenar a la Entidad que proceda a pagar a la

⁹ El artículo 1334° del Código Civil dispone que:

"En las obligaciones de dar suma de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda (...)".

¹⁰ La Octava Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 1071 establece:

"Para efectos de lo dispuesto en los artículos 1334° y 1428° del Código Civil, la referencia a la citación con la demanda se entenderá referida en materia arbitral a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje".

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)
JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)
LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

contratista la suma de S/. 2'256,593.61 (Dos millones doscientos cincuenta y seis mil quinientos noventa y tres con 61/100 Nuevos Soles).

69. En vista que la conclusión es declarar Fundada la primera pretensión principal, carece de objeto analizar esta pretensión alternativa y su respectiva pretensión subordinada, resultando inoficioso emitir pronunciamiento sobre las mismas.

II.2.c En relación al Cuarto y Quinto Puntos Controvertidos:

Cuarto Punto Controvertido

Segunda Pretensión Principal de la Demanda

Determinar si corresponde declarar la nulidad, ineficacia, invalidez y/o inexistencia de la resolución contractual de fecha 27 de agosto de 2012 declarada por la Entidad.

Quinto Punto Controvertido

Primera Pretensión Principal de la Reconvención

Que se declare la validez y eficacia de la resolución contractual materializada mediante Resolución de Alcaldía N° 226-2014-ALC/MDM de fecha 03 de abril de 2014.

Sobre el particular, en vista de la evidente conexión que existe en relación a estos puntos controvertidos, el Tribunal Arbitral considera pertinente realizar un análisis conjunto de los mismos, debiéndose tener presente que la aprobación del pedido del Consorcio (cuarto punto controvertido) implicará denegar los pedidos de la Entidad (quinto punto controvertido), aplicándose la misma lógica en sentido contrario.

ARGUMENTO DEL CONSORCIO

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)

Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

70. A este respecto, el Demandante precisa que mediante Resolución de Alcaldía N° 226-2014-ALC/MDM de fecha 03 de abril de 2014, la Entidad le resolvió el contrato por haber llegado al máximo de penalidad permitido por la Ley de Contrataciones, siendo que en este caso el incumplimiento no ha sido atribuible al contratista, sino que existieron retrasos en las entregas de los ítems contratados, pero dicha demora es imputable a la Entidad.

a. La demandante refiere que la resolución contractual tiene que derivarse de una conducta atribuible al deudor y en caso se resolviera el contrato el deudor tiene la posibilidad de oponerse a esa resolución si el incumplimiento no le es imputable a él, señalando que para poder ejercer la acción de resolución por incumplimiento, deben presentarse los siguientes requisitos:

- Existencia de un contrato con prestaciones recíprocas
- La legitimación para obtener la resolución, es decir, que la parte que resuelve el contrato sea la parte fiel.
- Incumplimiento de una de las partes.
- Imputabilidad al deudor.
- Importancia del incumplimiento.

Agrega por todo ello el demandante que, si falta uno de estos requisitos la resolución no puede operar y por tanto debe ser declarada nula y/o ineficaz, señalando que en el presente caso la Entidad ha incumplido dos de los presupuestos desarrollados:

- La legitimación para obtener la resolución, por cuanto la parte que resuelve el contrato debe ser la parte fiel, sin embargo, en este caso, el incumplimiento se deriva del actuar de la Entidad demandada, ya que el contratista exige reiteradamente (mediante cartas) el expediente técnico para seguir con las obras pactadas en el contrato. Asimismo, el

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

hecho de modificar el contrato y esquivar sus obligaciones de pago denotan un actuar negligente de la Entidad.

- La imputabilidad al deudor, pues para que exista una resolución contractual la parte deudora debe ser culpable del incumplimiento que se le imputa, en este caso, el contratista no es culpable del incumplimiento imputado ya que la Entidad fue quien demoró en entregar el expediente técnico, además de pretender resolver un contrato de una obra ya entregada y con sus observaciones ya resueltas y levantadas.

- **Argumento de la Entidad**

- e. La Entidad precisó en su escrito de reconvención que mediante Carta N° 045-2014-ALC/MDM de fecha 27 de marzo de 2014, al amparo del artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aplicó el monto máximo de penalidades, así como lo señalado en la cláusula vigésima cuarta del contrato, ante el incumplimiento en la ejecución del contrato dentro de los plazos establecidos por el Consorcio Marcona Nazca.
- f. La Entidad señaló que de acuerdo al artículo 168 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, le asiste el derecho de resolver el contrato en los siguientes casos (teniendo el contratista el mismo derecho cuando la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales contempladas en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al artículo 169):
 - 1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o
 3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.
- g. La Entidad también señaló que cumplió con el procedimiento formal establecido y, al haberse notificado válidamente al Consorcio en su domicilio consignado en el contrato, este surte todos sus efectos legales, quedando el Contrato N° 102 resuelto plenamente por causas imputables directamente al contratista.

• **Análisis del TRIBUNAL ARBITRAL**

71. Efectivamente, las causas para proceder con una resolución unilateral de contrato se encuentran previstas en el artículo 168 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y el procedimiento para llevar a cabo una resolución contractual, la parte accionante en este caso la Entidad, se debe ceñir a lo establecido en el artículo 169 de dicho Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
72. Sin embargo, conforme a múltiples opiniones emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, (Véase por ejemplo la Opinión N° 020-2014/DTN) y de acuerdo al propio artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, las penalidades se aplican como consecuencia de un retraso injustificado en las prestaciones a cargo del contratista:

“Al respecto, debe indicarse que las penalidades que puede aplicar la Entidad al contratista cumplen una doble función: desincentivar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)

Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

contratista; así como resarcir a la Entidad por el perjuicio que el retraso u otros incumplimientos en la ejecución de las prestaciones le hubiera causado.

En este contexto, las penalidades que la Entidad puede aplicar al contratista son la "penalidad por mora en la ejecución de la prestación" y las "otras penalidades", reguladas en los artículos 165 y 166 del Reglamento, respectivamente.

2.1.2 Así, el artículo 165 del Reglamento regula la aplicación de la **"penalidad por mora en la ejecución de la prestación", precisando que la misma debe aplicarse al contratista que injustificadamente se retrase en la ejecución de las prestaciones a su cargo, a razón de una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente** o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. (El resaltado es nuestro).

73. Como es de verse, en la medida que de acuerdo a las conclusiones arribadas por la Perito designada en su Informe Pericial señalan que los trabajos ejecutados finalmente por el Consorcio contemplan una demanda de mayor tiempo y que está acreditado en autos que la Entidad se demoró en hacer entrega del Expediente Técnico aprobado y las demoras a cargo de la Entidad para encargar los nuevos trabajos al Contratista y que finalmente fueron recogidos en la Adenda 1 fueron causales que generaron el atraso en el Contratista para la respectiva ejecución de dichos trabajos, lo que involucra que el atraso sufrido por el contratista esté justificado.

74. En ese sentido, este Tribunal Arbitral estima que en el presente caso, no existe retraso injustificado por parte del Consorcio, motivo por el cual corresponde declarar la NULIDAD de la resolución contractual de fecha

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)

Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

27 de agosto de 2012 por acumulación máxima de penalidades declarada por la Entidad mediante Resolución de Alcaldía N° 226-2014-ALC/MDM de fecha 03 de abril de 2014, por lo que la Segunda Pretensión Principal de la Demanda debe declararse fundada y, asimismo, se debe declarar infundada la Primera Pretensión Principal de la Reconvención.

Pretensión Común

Determinar cuál de las partes debe pagar las costas y costos del presente proceso arbitral.

▪ **Argumento del CONSORCIO.-**

75. El Demandante solicita el pago de las costas y costos del presente proceso arbitral. En su escrito de alegatos presentado el 19 de septiembre de 2016, cuantifica además los montos relativos a los gastos, costas y costos que el Consorcio ha efectuado en este proceso arbitral, llegando al monto de S/. 236,200.00, para lo cual hace el detalle de los conceptos que integran dicho monto.

▪ **Argumento de la ENTIDAD**

76. La Entidad ha manifestado que la materia controvertida versa sobre acumulación de penalidades ante demora en la ejecución de la obra por parte del contratista culminando en la resolución contractual por causas imputables al contratista, lo que generó el presente proceso arbitral y genera perjuicio económico y alto grado de afectación social, por lo que el Consorcio deberá asumir la totalidad de los costos y costas.

▪ **Análisis del TRIBUNAL ARBITRAL**

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)

Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

77. En este estado, respecto a lo señalado en la pretensión común, corresponde determinar quién debe asumir el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que genere el presente proceso arbitral.
78. En primer lugar, se precisa que el numeral 1) del artículo 72° de la Ley de Arbitraje, dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en su artículo 70°. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73° del citado cuerpo normativo señala que el árbitro debe tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, esta regla muestra una excepción en el mismo numeral, precisando que 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.
79. En el convenio arbitral contenido en la Cláusula Trigésima del Contrato, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos del proceso arbitral. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.
80. En el presente arbitraje, ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar. Sin perjuicio de ello, se ha demostrado que el Demandado es la parte vencida en este arbitraje, y por lo tanto, la Entidad deberá asumir el íntegro de los costos señalados en los literales a) y b) del citado artículo 70° del Decreto Legislativo N° 1071, en los cuales ha incurrido el Consorcio.
81. Asimismo, el Tribunal Arbitral estima conveniente que cada parte asuma los gastos incurridos para su defensa en el presente arbitraje.

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)

Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

82. Por lo mismo, se ordena a la Municipalidad Distrital de Marcona reconozca y pague las costas y costos, derivados del presente arbitraje al Consorcio, los cuales son los costos y costas expuestos en el numeral 54) y 55) del Acta de Instalación de fecha 24 de julio de 2014, más los costos de los viáticos del presente arbitraje para el peritaje de oficio ordenado y la inspección ocular realizada en la obra, los mismos que fueron asumidos de manera íntegra por el Consorcio.

III. DE LA PRUEBA ACTUADA Y DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

Que, el Tribunal Arbitral deja constancia de que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes. Asimismo, se deja constancia de que se ha examinado las pruebas presentadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y el principio de libre valoración de la prueba, recogido en el Decreto Legislativo N° 1071, que regula el Arbitraje. Finalmente, deja constancia de que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes pudieran no haber sido expresamente citados en el presente laudo.

IV. FALLO

El Tribunal Arbitral, en atención a las consideraciones y conclusiones expuestas, en Derecho, resuelve:

PRIMERO.-Declarar **FUNDADA en parte** la primera pretensión principal planteada por el Consorcio Marcona Nazca en su escrito de demanda arbitral de fecha 15 de agosto de 2014 y precisada mediante escrito de fecha 6 de julio de 2015; y, en consecuencia se **ORDENA** a la Municipalidad Distrital de Marcona reconocer y pagar a favor del Demandante la Valorización N° 8 ascendente a S/. 339,250.50 (Trescientos treinta y nueve mil doscientos

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)

Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)

LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

cincuenta con 50/100 Nuevos Soles) y reconocer y pagar a favor del Demandante la suma de S/. 1'672,204.23 (Un millón seiscientos setenta y dos mil doscientos cuatro y 23/100 Nuevos Soles), por los trabajos adicionales ejecutados, entregados y verificados in situ conforme a la Pericia practicada, más los intereses legales contados desde la fecha de notificación de la petición de arbitraje hasta la fecha efectiva de pago.

SEGUNDO.-Declarar que **CARECE DE OBJETO** emitir pronunciamiento respecto de la Primera Pretensión Alternativa y su respectiva Primera Pretensión Subordinada planteada por el Consorcio Marcona Nazca en su escrito de demanda arbitral de fecha 15 de agosto de 2014.

TERCERO.-Declarar **FUNDADA** la Segunda Pretensión Principal planteada por el Consorcio Marcona Nazca en su escrito de demanda arbitral de fecha 15 de agosto de 2014; y, en consecuencia se **DECLARA LA NULIDAD** de la resolución contractual de fecha 27 de agosto de 2012 realizada por la Municipalidad Distrital de Marcona.

CUARTO.-Declarar **FUNDADA** la Tercera Pretensión Principal planteada por el Consorcio Marcona Nazca en su escrito de demanda arbitral de fecha 15 de agosto de 2014; y, en consecuencia se **ORDENA** a la Municipalidad Distrital de Marcona reconocer a favor del Consorcio los costos y costas expuestos en el numeral 54) y 55) del Acta de Instalación de fecha 24 de julio de 2014, más los costos del peritaje de oficio ordenado y los viáticos del presente arbitraje para la inspección ocular realizada en la obra, los mismos que fueron asumidos de manera íntegra por el Consorcio.

QUINTO.-Declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal planteada por el Municipalidad Distrital de Marcona en su escrito de reconvención de fecha 11 de febrero de 2015.

Laudo Arbitral de Derecho (Parcial)

Arbitraje seguido por Consorcio Marcona Nazca vs Municipalidad Distrital de Marcona

Tribunal Arbitral

LUIS PUGLIANINI GUERRA (Presidente)

JORGE LUIS SUAZO CAVERO (Árbitro)


LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI (Árbitro)

SEXTO.-Declarar **INFUNDADA** la Segunda Pretensión Principal planteada por el Municipalidad Distrital de Marcona en su escrito de reconvención de fecha 11 de febrero de 2015.

SEPTIMO.-Declarar **INFUNDADA** la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal planteada por el Municipalidad Distrital de Marcona en su escrito de reconvención de fecha 11 de febrero de 2015.

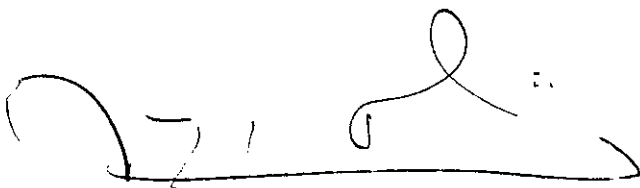
OCTAVO.-Declarar **INFUNDADA** la Tercera Pretensión Principal planteada por el Municipalidad Distrital de Marcona en su escrito de reconvención de fecha 11 de febrero de 2015.

Notifiquese a las partes.-



LUIS PUGLIANINI GUERRA

Presidente del Tribunal Arbitral



JORGE LUIS SUAZO CAVERO

Árbitro



LUIGINO FRANCO UGAZ OLIVARI

Árbitro



GINO CARLO FERNANDINI MENDOZA

Secretario Arbitral Ad Hoc