

## LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

### Partes del Arbitraje<sup>1</sup>:

- Consorcio Vial Chaupimarca:  
En lo sucesivo, el **DEMANDANTE** o el **CONSORCIO**, indistintamente.

- Municipalidad Provincial de Pasco  
En lo sucesivo, la **DEMANDADA** o la **ENTIDAD**, indistintamente.

### Tribunal Arbitral<sup>2</sup>:

Dr. Luis Felipe Pardo Narváez  
Dr. Juan Hugo Villar Ñañez  
Dr. Raúl Leonid Salazar Rivera

### Secretaría Arbitral:

Abg. Marx Espinoza Soriano

### RESOLUCIÓN N° 15

Lima, 02 de agosto de 2017

### VISTOS:

#### I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 18 de septiembre de 2012 las partes suscribieron el Contrato de Consultoría N° 020-2012<sup>3</sup> para la prestación del servicio de Supervisión de la Obra denominada «Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento del anillo vial tramo Av. Arequipa, 28 de Julio del AA.HH Túpac Amaru, Distrito Chaupimarca, Provincia y Región de Pasco», en lo sucesivo el **Contrato**.
2. Como consecuencia de las controversias relacionadas con la resolución del contrato, el Consorcio procedió a remitir su solicitud de arbitraje, en aplicación del convenio arbitral contenido en la cláusula Décimo Octava del Contrato, la cual establece lo siguiente:

*«Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144° 170°, 175°, 177° y 179° del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley.»*

Asimismo, en el convenio arbitral las partes pactaron que el Laudo Arbitral que se emita les será vinculante, producirá efectos de cosa juzgada, siendo definitivo e inapelable.

#### II. DESARROLLO DEL PROCESO

##### A. Actuación Preliminar del Tribunal Arbitral

<sup>1</sup> Para efectos del presente Laudo, para hacer referencia de manera conjunta al Consorcio Vial Chaupimarca y a la Municipalidad Provincial de Pasco, se les denominará las **PARTES**.

<sup>2</sup> Para efectos del presente laudo, para hacer referencia de manera conjunta a todos los integrantes del tribunal arbitral, se les denominará el **COLEGIADO** o el **TRIBUNAL**, indistintamente.

<sup>3</sup> Adjudicación de Menor Cantidad N° 023-2012-HMPP/CONSULTORÍA (Primera Convocatoria) derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 017-2012-HMPP/CONSULTORÍA (Primera Convocatoria).

1. Luego de conformado válidamente el Tribunal Arbitral, el 20 de junio de 2014, en las oficinas del OSCE, el Colegiado en pleno, las partes y el secretario arbitral Ad Hoc, participaron de la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral; en ella los árbitros declararon que han sido debidamente designados, ratificando que cuentan con la disponibilidad de tiempo para atender el caso y que se conducirán con independencia e imparcialidad.

En esta Audiencia, se fijaron las reglas para este arbitraje, estableciéndose que es uno Ad hoc, nacional y de Derecho; situado en la ciudad de Lima y con sede en las oficinas ubicadas en calle Los Mecánicos N° 345, Distrito de La Molina. Dándose de este modo inicio a las actuaciones arbitrales.

2. A fin de facilitar la realización de las actuaciones arbitrales, con fecha 24 de junio de 2014, mediante Resolución N° 1 se estableció como mesa de partes alternativa del Tribunal Arbitral la oficina ubicada en Av. Giráldez N° 308, 2do Piso – Huancayo.
3. Con fecha 11 de julio de 2014, el Consorcio presentó su Demanda Arbitral la cual fue admitida a trámite mediante Resolución N° 2, de fecha 14 de julio de ese mismo año, teniéndose por ofrecidos los medios probatorios ahí indicados y corriéndose traslado a la Entidad a fin que, dentro del plazo de quince (15) días hábiles de notificado con la mencionada resolución, la absuelva y, de considerarlo conveniente, formule reconvención.
4. Con fecha 15 de agosto de 2014, la Entidad contestó la demanda interpuesta por el Consorcio y en el mismo acto formuló reconvención, las cuales fueron admitidas a trámite mediante Resolución N° 3, de fecha 21 de agosto de ese mismo año, teniéndose por ofrecidos los medios ahí indicados y corriéndose traslado al Consorcio a fin que, dentro del plazo de quince (15) días hábiles de notificado con la mencionada resolución, la absuelva.
5. Con fecha 16 de octubre de 2014, el Consorcio contestó la reconvención interpuesta por la Entidad, la cual fue admitida a trámite mediante Resolución N° 4, de fecha 4 de noviembre de ese mismo año, con conocimiento de su contraria.

En el mismo acto, habiendo cumplido ambas partes con definir sus posiciones con la presentación de los respectivos actos postulatorios, se citó a las partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos para el día 4 de diciembre de 2014 a horas 10:00 a.m. en Av. Giráldez N° 308, 2do Piso – Huancayo.

6. En la fecha, lugar y hora programados se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, con la presencia de las partes y el Tribunal en pleno, dando lugar a la suscripción de la respectiva Acta.
  7. Mediante Resolución N° 5 de fecha 20 de junio de 2016, se Citó a las partes a la Audiencia de Ilustración de Posiciones para el día 5 de julio de 2016 a horas 11:30 a.m. en la sede del arbitraje.
  8. En la fecha, lugar y hora programados se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración de Hechos, con la presencia del Consorcio y el Tribunal en pleno, dando lugar a la suscripción de la respectiva Acta.
- Dada la inasistencia de la Entidad, de conformidad con las reglas establecidas para el presente arbitraje, se dispuso correr traslado de todo lo ahí actuado, otorgándole el plazo de diez días hábiles, al igual que al Consorcio, para que presenten toda la documentación complementaria que estimen relevante en relación a sus posiciones.

9. Mediante escritos de fecha 19 de julio y 2 de agosto de 2016, el Consorcio modificó y amplió sus pretensiones, la cual fue admitida a trámite mediante Resolución N° 8 de fecha 3 de agosto de 2016, teniéndose por ofrecidos los medios probatorios ahí indicados y corriéndose

traslado a la Entidad a fin que, dentro del plazo de quince (15) días hábiles de notificada con la mencionada resolución, la absuelva y/o exprese lo conveniente a su derecho.

10. Mediante Resolución N° 9 de fecha 2 de noviembre de 2016, se dejó constancia que la Entidad, pese a estar debidamente diligenciada, no ha cumplido con objetar ni contestar la ampliación de demanda interpuesta por el Consorcio; asimismo, estando definidas las posiciones de las partes con la presentación de los respectivos actos postulatorios, y atendiendo a los principios que rigen el arbitraje, se reformularon y fijaron los puntos controvertidos existentes a esa fecha.
11. Mediante Resolución N° 10 de fecha 30 de noviembre de 2016, se dispuso, entre otros, prescindir de una Audiencia de Actuación Probatoria, dando por actuado de ese modo todos los medios probatorios ofrecidos por las partes durante el desarrollo del presente arbitraje.

En el mismo Acto, se otorgó a las partes el plazo de 7 días hábiles, de notificados con esa resolución, a fin que presenten sus escritos alegatos y/o conclusiones finales y, de considerarlo conveniente soliciten el uso de la palabra.

12. Mediante escritos de fecha 27 de diciembre de 2016, el Consorcio amplió su demanda arbitral y asimismo, reconsideró la Resolución N° 10 respecto del extremo referido al plazo para alegatos, los cuales fueron proveídos mediante Resolución N° 11 de fecha 10 de enero de 2017, disponiéndose respecto del extremo referido a la ampliación de demanda su admisión a trámite, teniéndose por ofrecidos los medios probatorios ahí indicados y corriéndose traslado a la Entidad a fin que, dentro del plazo de quince (15) días hábiles de notificado con esa resolución, la absuelva y/o exprese lo conveniente a su derecho.

Asimismo, en lo que respecta a la reconsideración interpuesta, atendiendo al escrito de ampliación de demanda presentado, ésta fue declarada fundada.

13. Mediante Resolución N° 12 de fecha 24 de febrero de 2017, se dejó constancia que la Entidad, pese a estar debidamente notificada, no ha cumplido con objetar ni contestar la ampliación de demanda interpuesta por el Consorcio; asimismo, estando definidas las posiciones de las partes con la presentación de los respectivos actos postulatorios, y atendiendo a los principios que rigen el arbitraje, se fijó como puntos controvertidos incluyendo la ampliación de demanda del 27 de diciembre de 2016, presentada por el Consorcio, lo siguiente:

1. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare inválida y/o ineficaz la resolución de Contrato realizada por la Municipalidad Provincial de Pasco mediante Resolución de alcaldía N° 125-2014-A-HMPP.
2. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare resuelto el Contrato y determinar si corresponde o no que la resolución del Contrato es o no imputable a la Municipalidad Provincial de Pasco.
3. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare el Consentimiento de la resolución de Contrato efectuada mediante Carta Notarial de fecha 30 de noviembre de 2016.
4. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la Municipalidad Provincial de Pasco pagar a favor del Consorcio Vial Chaupimarca la suma de S/ 6,800.00 más los intereses legales, en virtud de lo establecido en el artículo 209° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
5. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la Municipalidad Provincial de Pasco pagar a favor del Consorcio Vial Chaupimarca la suma de S/ 58,125.95 incluido I.G.V., correspondiente a las valorizaciones 1, 2 y 3 por los trabajos

realizados hasta septiembre de 2013, más los intereses legales contados a partir del 31 de octubre de 2013.

6. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la Municipalidad Provincial de Pasco pagar a favor del Consorcio Vial Chaupimarca los honorarios de supervisión por la suma de S/ 101,876.27 incluido I.G.V., por los trabajos realizados desde el 8 de noviembre de 2013 hasta el 19 de febrero de 2014.
7. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la Municipalidad Provincial de Pasco cumpla con emitir a favor del Consorcio Vial Chaupimarca el Certificado de Conformidad sin haber incurrido en penalidad por la prestación del servicio para la supervisión de la obra «Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento del anillo vial tramo Av. Arequipa, 28 de Julio del AA.HH. Túpac Amaru, Distrito Chaupimarca, Provincia y Región de Pasco».
8. Determinar qué parte, y de ser el caso, en qué proporción deberá asumir las costas y costos arbitrales.

En la misma resolución, se prescindió de la actuación de medios probatorios por ser documentales y se otorgó a las partes el plazo de 7 días hábiles, de notificados con esa resolución, a fin que presenten sus escritos alegatos y/o conclusiones finales y, de considerarlo conveniente soliciten el uso de la palabra.

9. Mediante escrito de fecha 17 de marzo de 2017 el Consorcio presentó su escrito de alegatos el mismo que se tuvo presente mediante Resolución N° 13, poniéndolo a conocimiento de la Entidad; en dicho acto también se dejó constancia de la falta de presentación de los alegatos de parte de la Entidad.

Asimismo, se citó a la Audiencia de Informes Orales para el día 11 de mayo de 2017 a horas 11:00 a.m. en la sede del arbitraje.

10. En la fecha, lugar y hora programados se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, con la presencia del representante del Consorcio y el Tribunal en pleno, dando lugar a la suscripción de la respectiva Acta.

En dicho acto el Tribunal Arbitral declaró, entre otros, el cierre de la etapa de instrucción y se fijó el plazo para laudar en treinta días hábiles, contados a partir de notificada la Entidad con el Acta respectiva, hecho que se realizó el 19 de mayo de 2017, prorrogándose el plazo para laudar.

### **III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

#### **A. CUESTIONES PRELIMINARES**

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

- (i) Que, el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes, habiendo sido designado por acuerdo expreso de ambas partes.
- (ii) Que, en ningún momento se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
- (iii) Que, las partes presentaron sus demandas dentro de los plazos dispuestos, fueron debidamente emplazadas y ejercieron plenamente su derecho de defensa.
- (iv) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la

palabra para informar ante el Tribunal Arbitral, lo que sucedió a través de la Audiencia de Informes Orales.

- (v) Que, de conformidad con las reglas establecidas, las partes han tenido oportunidad suficiente para plantear recurso de reconsideración contra cualquier resolución distinta al laudo emitida en el presente proceso arbitral, que se hubiere dictado con inobservancia o infracción de una regla contenida en el Acta de Instalación, una norma de la Ley o del Reglamento, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar.
- (vi) Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos establecidos en las reglas del proceso, los cuales fueron aceptados por las partes.

## B. MATERIA CONTROVERTIDA

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos fijados en las resoluciones N° 9 y 12, de fechas 2 de noviembre de 2016 y 24 de febrero de 2017, respectivamente, teniendo en cuenta el mérito de las pruebas aportadas, a fin de determinar, en base a la valoración conjunta de ellas, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco de las actuaciones arbitrales.

Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el Tribunal Arbitral respecto de tales hechos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, que en aplicación del Principio de «*Comunidad o Adquisición de la Prueba*», las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que las ofreció.

Esta posición es compartida por TARAMONA quien desarrollando este principio señala que «*la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria*»<sup>4</sup>.

En este estado, el Tribunal Arbitral deja constancia que al emitir el presente laudo arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes no significa que no haya sido valorado; a contrario sensu, en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Tribunal Arbitral tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

Finalmente, debe precisarse que los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar el Tribunal Arbitral, pudiendo en consecuencia realizar un análisis conjunto de los mismos en aquellos casos en que se encuentren íntimamente ligados.

Efectuada las precisiones anteriores, este Tribunal Arbitral considera que el análisis de los puntos controvertidos debe realizarse de acuerdo a la forma siguiente:

<sup>4</sup> Taramona Hernández, José.«Medios Probatorios en el Proceso Civil». Ed. Rodhas, 1994, pág. 35.

## B.1. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

### a. SOBRE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE SUPERVISIÓN

#### PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare inválida y/o ineficaz la resolución de Contrato realizada por la Municipalidad Provincial de Pasco mediante Resolución de alcaldía N° 125-2014-A-HMPP.

#### SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare resuelto el Contrato y determinar si corresponde o no que la resolución del Contrato es o no imputable a la Municipalidad Provincial de Pasco.

#### TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare el Consentimiento de la resolución de Contrato efectuada mediante Carta Notarial de fecha 30 de noviembre de 2016.

Este Colegiado Considera pertinente efectuar un análisis conjunto de los puntos controvertidos primero, segundo y tercero, ello en tanto que están íntimamente relacionados en materia y tiempo; concretamente, en ellas se controvierte las resoluciones de contrato efectuado por las partes en distintos espacios de tiempo, de ahí que la decisión de una puede afectar directamente a la otra, habida cuenta que no se podría resolver un contrato si este ya se encuentra resuelto.

Para efectos didácticos, antes de continuar con el análisis de los puntos controvertidos antes citados, este Colegiado considera pertinente realizar una sinopsis de la posición de las partes al respecto, para luego de ello continuar con el análisis de la controversia en sí. Veamos.

#### a1. POSICIÓN DE LAS PARTES RESPECTO AL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

##### **Posición del Consorcio**

Sobre este punto el Consorcio sostiene que la resolución del Contrato efectuada por la Entidad no cumple con las formalidades establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado (en lo sucesivo, la LCE) y su Reglamento, hecho que, de acuerdo a su postura determina la invalidez de la misma. Concretamente, su posición respecto de este punto está centrada en afirmar que la Entidad no ha cumplido con efectuar un apercibimiento previo a la resolución del Contrato y que las comunicaciones cursadas para tal fin no están hechas por conducto notarial.

De otro lado, el Consorcio sostiene que los incumplimientos alegados por la Entidad para justificar la resolución de Contrato no son válidos, hecho que, de acuerdo a su postura y, sin perjuicio de los motivos formales alegados, también determinan su invalidez.

Sobre lo anterior, el Consorcio informa que la Entidad ha resuelto el Contrato justificándola en tres supuestos incumplimientos: (1) No contar con un Asistente de Supervisor; (2) No haber presentado los informes mensuales; (3) No haber cumplido con revisar el expediente del Adicional de Obra N° 1; y, (4) No remitir un informe justificando la procedencia o improcedencia de las prestaciones adicionales.

Respecto a la falta de asistente del supervisor, el Consorcio sostiene que mediante Carta N° 002-2013-CVC/JAL-REP.LEGAL, comunicó a la Entidad que el Jefe de Supervisión saliente iba a desempeñarse como Asistente de Supervisión. En ese sentido el Consorcio alega que no es cierto que no hayan cumplido con presentar al Asistente de Supervisión en su oportunidad.

En cuanto a la falta de remisión de los informes mensuales, el Consorcio alega que con fecha 14 de agosto de 2013 suscribió con la Entidad el Acta de paralización de trabajos N° 02, mediante la cual se acordó paralizar la obra y los trabajos de supervisión –*dada su accesoriedad*–, hasta que la Entidad apruebe el expediente del adicional de obra N° 1, en este sentido, si bien no se emitieron informes, ello obedeció a los acuerdos que arribó con la Entidad.

Respecto a la no revisión del Expediente Técnico del Adicional de Obra N° 01 y respecto a no remisión de un informe al respecto, el Consorcio arguye que sí cumplió con estas obligaciones a su cargo, prueba de ello son las Cartas N° 051-2013-CVC-SUPERVISION/MJM y N° 053-2013-CVC-SUPERVISION/MJM mediante las cuales dio cuenta de esos requerimientos.

#### **Posición de la Entidad**

La Entidad solicita a este Colegiado declare infundada la demanda interpuesta por el consorcio ello a razón de que, de acuerdo a su postura, la resolución de Contrato que efectuaron sí respetó el procedimiento establecido en la LCE y su Reglamento y, asimismo, las razones que la ameritaron son plenamente válidas y sustentadas.

De este modo, la Entidad alega que ha requerido al Consorcio en múltiples oportunidades y mediante carta notarial el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Las Cartas a las cuales referencia la Entidad, son las siguientes: (1) Carta N° 019-2013-GI-HMPP; (2) Carta N° 0162-2013-GI-HMPP; (3) Carta N° 0164-2013-GI-HMPP; (4) Carta N° 0167-2013-GI-HMPP; (5) Carta N° 0188-2013-GI-HMPP; (6) Carta N° 194-2013-GI-HMPP; (7) Carta N° 245-2013-GI-HMPP; (8) Carta N° 118-2013-GI-SGIeI-HMPP; (9) Carta N° 157-2013-GI-SGIeI-HMPP; (10) Carta N° 168-2013-GI-SGIeI-HMPP; (11) Carta N° 179-2013-GI-SGIeI-HMPP; y, (12) Carta N° 180-2013-GI-SGIeI-HMPP.

Siguiendo sus argumentos, la Entidad sostiene que, con las cartas mencionadas en el párrafo anterior, teniendo en cuenta que son de fecha cierta, se dio cumplimiento al procedimiento de resolución de contrato establecido en la LCE y su Reglamento.

De otro lado, la Entidad sostiene que, al ser el incumplimiento del Consorcio irreversible, no era necesario efectuar un requerimiento –*aperitimiento*– previo a la resolución del Contrato, máxime aún si cuando el Contrato de Obra objeto de Supervisión por parte del Consorcio ha sido resuelto. En ese sentido, solicita la Entidad al Colegiado tener en cuenta dicho contexto.

#### **a2. POSICIÓN DE LAS PARTES RESPECTO AL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO**

##### **Posición del Consorcio**

Sobre este punto el Consorcio sostiene que, esta pretensión es meramente declarativa, pues lo que pretende es dejar constancia que el contrato está resuelto por causas imputables a la entidad.

#### **Posición de la Entidad**

Sobre este punto la Entidad no ha realizado un pronunciamiento expreso; no obstante ello este Colegiado tiene en cuenta que su posición está estrechamente ligada a los argumentos expuestos en el Punto Controvertido precedente, por lo que corresponde tenerlo presente.

#### **a3. POSICIÓN DE LAS PARTES RESPECTO AL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO**

##### **Posición del Consorcio**

El Consorcio sostiene que, la obligación requerida mediante la Carta Notarial N° 002-2014-JNL/REP, está referida al pago de las valorizaciones N° 1, 2 y 3, por parte de la Entidad, por los trabajos realizados hasta septiembre de 2013, las cuales fueron tramitadas mediante Cartas N° 042-2011-MJM-SUP, N° 043-2011-MJM-SUP y N° 044-2011-MJM-SUP, todas de fecha 6 de septiembre de 2013.

En relación a lo anterior, el Consorcio sostiene que, ante la persistencia del incumplimiento de las obligaciones cuyo cumplimiento requirieron, mediante Carta Notarial N° 003-2014-JNL/REP de fecha 17 de noviembre de 2016, procedieron a resolver el Contrato, la misma que, al no haber sido sometido a los mecanismos de resolución de controversias, de acuerdo a la posición del consorcio, debe quedar declararse su consentimiento.

##### **Posición de la Entidad**

Sobre este punto la Entidad no ha realizado un pronunciamiento expreso; no obstante ello este Colegiado tiene en cuenta que su posición está estrechamente ligada a los argumentos expuestos en el Primer Punto Controvertido.

#### **a4. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL SOBRE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS**

Con fecha 18 de septiembre de 2012 las partes celebraron el Contrato para la prestación de Servicio de Supervisión de Obra<sup>5</sup> por la suma de S/ 163,199.99, el mismo que fue resuelto por la Entidad mediante Resolución de Alcaldía N° 125-2014-A-HMPP<sup>6</sup> de fecha 19 de febrero de 2014, respecto del cual el Consorcio solicita a este Colegiado la declaración de su invalidez y/o ineficacia. De otro lado, el Contrato también fue resuelto por parte del Consorcio mediante Carta Notarial de fecha 17 de noviembre de 2016, respecto del cual se solicita a este Colegiado su declaración de consentimiento.

##### **Marco conceptual, normativo y doctrinario**

La resolución de contrato de Supervisión de Obra se encuentra regulado en el artículo 44 de la LCE en concordancia con lo establecido en los artículos 167, 168, 169 y 170 de su reglamento<sup>7</sup>, de los cuales se desprende que, la misma tiene como presupuestos para su

<sup>5</sup> De acuerdo al anexo único de definiciones, Consultor de Obra es «*La persona natural o jurídica con no menos de un (1) año de experiencia especializada, que presta servicios profesionales altamente calificados consistentes en la elaboración del expediente técnico de obras. También se considera consultor de obra a la persona natural o jurídica con no menos de dos (2) años de experiencia especializada, que presta servicios altamente calificados consistentes en la supervisión de obras*».

<sup>6</sup> Recibida por el PSI con fecha 21 de agosto de 2015.

<sup>7</sup> Los contratos de Supervisión de Obra celebrados bajo la normativa de Contratación estatal se encuentran regulados en principio por las normas que rigen a los contratos de Consultoría de obra, seguido por las normas que regulan los contratos de servicios y por último de aquellas que se apliquen a los contratos en general.

validez el cumplimiento del procedimiento establecido para ello (Formalidad) y la efectiva comprobación de las circunstancias que lo generan (Fondo), siendo que el vicio en alguno de estos presupuestos generaran la invalidez de la resolución de Contrato.

En adición a lo anterior, es pertinente advertir que en la normativa de Contratación Estatal, en lo referido a la resolución de contrato –y otros institutos– se ha insertado la figura del consentimiento, que -salvo supuestos excepcionales donde por la vía arbitral se cuestione el consentimiento- implica que se presume la validez y aceptación por la parte que no sometió a arbitraje la controversia relacionada a la resolución de contrato.

### **Sobre el procedimiento de resolución de contrato**

A efectos didácticos, es pertinente traer a la vista el artículo 169º del RLCE que regula la resolución de contrato. Veamos:

#### ***«Artículo 169.- Procedimiento de resolución de Contrato***

*Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.*

*[...] Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada podrá resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.*

*No será necesario efectuar un requerimiento previo 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 con comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.*

*La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento.*

*De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento.»*

[Énfasis agregado]

De la norma antes citada se colige que, las exigencias que ha prescrito la normativa de Contratación Estatal para la validez de la resolución de Contrato que efectúen las partes a razón del incumplimiento de sus obligaciones son las siguientes: (1) Requerimiento previo del cumplimiento de la obligación mediante carta notarial, (2) otorgando para ello un plazo no mayor a 5 días calendario<sup>8</sup>, (3) bajo apercibimiento de resolución de contrato; (4) luego de vencido el plazo otorgado, deberá (5) comunicar mediante carta notarial su decisión de resolver el contrato.

En adición a ello, es posible la resolución del contrato sin el requisito del apercibimiento, cuando se logró el monto máximo de penalidad o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida, empero, la decisión debe comunicarse por la vía notarial.

<sup>8</sup> De conformidad con lo prescrito en el artículo 151º del RLCE «Durante la vigencia del contrato, los plazos se computarán en días calendario, excepto en los casos en los que el Reglamento indique lo contrario».

Ahora bien, dada la temporalidad de las resoluciones efectuada por las partes, este Colegiado verificará primero el cumplimiento de estos requisitos respecto de la resolución de contrato realizada por la Entidad, en la medida que si ésta resolvió correctamente el contrato, carecerá de objeto la resolución de Contrato efectuada por el Consorcio. Veamos.

Sobre este punto, la Entidad ha alegado que ha requerido al Consorcio mediante las siguientes cartas Notariales, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales: (1) Carta N° 0119-2013-GI-HMPP; (2) Carta N° 0162-2013-GI-HMPP; (3) Carta N° 0164-2013-GI-HMPP; (4) Carta N° 0176-2013-GI-HMPP; (5) Carta N° 0188-2013-GI-HMPP; (6) Carta N° 194-2013-GI-HMPP; (7) Carta N° 245-2013-GI-HMPP; (8) Carta N° 118-2013-GI-SGIeI-HMPP; (9) Carta N° 157-2013-GI-SGIeI-HMPP; (10) Carta N° 168-2013-GI-SGIeI-HMPP; (11) Carta N° 179-2013-GI-SGIeI-HMPP; y, (12) Carta N° 180-2013-GI-SGIeI-HMPP.

De la revisión de las cartas citadas en el párrafo anterior, este Colegiado aprecia que, si bien en ellas se efectúan requerimientos al Consorcio respecto del cumplimiento de las obligaciones a su cargo, en ninguna de ellas se otorga un plazo para su cumplimiento y tampoco se apercibe con la posterior resolución del Contrato; en este sentido, los mismos no pueden constituir un cumplimiento del procedimiento ordinario establecido en el citado artículo 169 del RLCE, por lo que debe ser desestimado este extremo de los argumentos de la Entidad.

Sin perjuicio de lo anterior, este colegiado tiene en cuenta que la Entidad ha alegado que no debió de efectuar un requerimiento de las obligaciones al Consorcio previo a la resolución de Contrato que efectuaron, ello en tanto que, los incumplimientos incurridos y que dieron lugar a su decisión de resolver el Contrato no podían ser revertidos por el Consorcio aunque le hubieran otorgado el plazo previsto en la normativa de Contratación Estatal.

Al respecto, este Colegiado advierte que si bien la carta expresa de manera clara y precisa la voluntad de resolver el Contrato, la misma no puede ser tomada como válida, pues, de su verificación, se aprecia que la misma no fue efectuada por conducto Notarial, lo cual contraviene lo dispuesto de forma imperativa por el RLCE.

En este sentido, siendo que la Resolución de Contrato efectuada por la Entidad mediante Resolución de Alcaldía N° 125-2014-A-HMPP no cumple con el procedimiento establecido en el artículo 169 del RLCE, **corresponde declarar su invalidez y en consecuencia FUNDADA la primera pretensión principal de la demanda.**

Dicho lo anterior, es pertinente verificar ahora la Resolución del Contrato realizada por parte del Consorcio.

Sobre el particular, obra en los actuados arbitrales, la Carta Notarial s/n de fecha 24 de agosto de 2016, mediante el cual el Consorcio requirió Notarialmente a la Entidad el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, otorgándole para tal efecto el plazo de diez días, bajo apercibimiento de Resolución del Contrato.

Lo antes citado, permite arribar a la conclusión de que el Consorcio sí ha cumplido, con los requisitos 1, 2 y 3 del procedimiento de Resolución del Contrato citado párrafos atrás. De este modo, analizado lo anterior, corresponde la verificación de los requisitos 4 y 5 ya mencionados.

Respecto a la Resolución de Contrato efectuado por parte del Consorcio, de su verificación, se advierte que (1) fue girada por conducto notarial, y (2) en ella el Consorcio comunica su decisión de resolver el Contrato; en este sentido, verificado el cumplimiento de la formalidad establecidas en la LCE, corresponde que este Colegiado verifique si la misma ha sido sometida por la Entidad al mecanismo de resolución de conflictos que la LCE y su reglamento han habilitado para tal fin.

Sobre lo anterior, no obra en los actuados arbitrales medio probatorio alguno respecto del cual este Colegiado pueda verificar si la Resolución de Contrato fue o no controvertida por la Entidad, en este sentido, atendiendo a que es a la Entidad a quien correspondía desvirtuar lo alegado por el Contratista, es esta quien deberá asumir los riesgos de su inactividad.

Lo mencionado en el apartado anterior responde a lo denominado por la doctrina como Onus Probandi – *o carga de la prueba* –, que es una expresión latina que señala que «*lo normal se presume, lo anormal se prueba*». Por tanto, quien invoca algo que rompe el estado de normalidad debe probarlo – *affirmanti incumbit probatio* –, de ahí que a quien afirma le incumba la prueba.

En concreto, lo que se quiere decir con el aforismo antes citado es que la carga o el trabajo de probar un enunciado debe recaer en aquel que rompe el estado de normalidad. Lo dicho ha sido reafirmado por la Corte Suprema de Justicia de la República<sup>9</sup> en innumerables pronunciamientos. A saber.

*«La carga de la prueba constituye un medio de gravamen sobre quien alega un hecho, de manera que su incumplimiento determina la absolución de la contraria. Las pruebas deben ser estudiadas en sus elementos comunes, en sus conexiones directas o indirectas. Ninguna prueba deberá ser tomada en forma aislada, tampoco en forma exclusiva, sino en su conjunto, por cuanto que solo teniendo la visión integral de los medios probatorios se puede sacar conclusiones en busca de la verdad que es el fin del proceso.»*

[Énfasis agregado]

Bajo esta tesis, y atendiendo al marco conceptual y normativo efectuado apartados atrás, corresponde declarar el Consentimiento de la Resolución de Contrato efectuada por el Consorcio mediante Carta Notarial de fecha 30 de noviembre de 2016.

En cuanto al pedido declarativo del consorcio de establecer que el Contrato ha quedado resuelto por causas atribuibles a la Entidad, conforme a lo antes expuesto, **corresponde amparar la pretensión formulada**, habida cuenta que el este colegiado ya se ha pronunciado sobre todos sus extremos; esto es, ya ha determinado el Consentimiento de la Resolución del Contrato efectuada por el Consorcio.

A mayor abundamiento, la Entidad no ha refutado que sí pagó las valorizaciones reclamadas por el Consorcio.

#### a5. **PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS**

En síntesis al análisis de los Puntos Controvertidos, este Colegiado emite su pronunciamiento respecto a las pretensiones analizadas precedentemente:

- **DECLARAR FUNDADA** la Pretensión de la Demanda, que dio origen al Primer Punto Controvertido, por lo que corresponde declarar la invalidez e ineficacia de la Resolución de Contrato Efectuada por la Municipalidad Provincial de Pasco mediante Resolución de Alcaldía N° 125-2014-A-HMPP.
- **DECLARAR FUNDADA** la Pretensión de la Demanda, que dio origen al Segundo Punto Controvertido, por lo que corresponde declarar Resuelto el Contrato por causas imputables a la Municipalidad Provincial de Pasco.
- **DECLARAR FUNDADA** la Pretensión de la Demanda, que dio origen al Tercer Punto Controvertido, por lo que corresponde declarar el Consentimiento de la Resolución de Contrato efectuada por el Consorcio Vial Chaupimarca mediante Carta Notarial de fecha 30 de noviembre de 2016.

<sup>9</sup> Pronunciamiento emitido en el expediente N° 99-23263, 5ta Sala Civil de Lima.

b. SOBRE LA UTILIDAD DEJADA DE PERCIBIR

**CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO**

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la Municipalidad Provincial de Pasco pagar a favor del Consorcio Vial Chaupimarca la suma de S/ 6,800.00 más los intereses legales, en virtud de lo establecido en el artículo 209º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Para efectos didácticos, antes de continuar con el análisis de los puntos controvertidos antes citados, este Colegiado considera pertinente realizar una sinopsis de la posición de las partes al respecto, para luego de ello continuar con el análisis de la controversia en sí. Veamos.

b1. **POSICIÓN DE LAS PARTES SOBRE EL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO**

**Posición del Consorcio**

Sobre este punto el Consorcio sostiene que su pedido está sustentado en lo dispuesto en el artículo 209 del RLCE, el cual, de acuerdo a su postura, establece que, en caso una Resolución de Contrato se deba por causas atribuibles a la Entidad, esta última reconocerá al contratista –*en este caso al Consorcio*– el 50% de la utilidad prevista calculada sobre el saldo de lo dejado de ejecutar.

En este sentido, el Consorcio sostiene que, habiendo demostrado el Consentimiento de la Resolución del Contrato que practicó, en virtud de lo dispuesto en el artículo 209 del RLCE, solicita a este Colegiado ordene a la Entidad el pago de dicho concepto, el cual asciende a la suma de S/ 6,800.00.

En lo que respecta al monto, el Consorcio sostiene que, el cálculo está efectuado a razón de lo establecido en la oferta en base al cual se le adjudicó la Buen Pro, en cuyos literales dejaron constancia que por la ejecución del Contrato percibirían una utilidad de S/ 13,600.00, cuya mitad -50%- asciende al monto solicitado.

**Posición de la Entidad**

Sobre este punto la Entidad no ha efectuado pronunciamiento alguno; no obstante ello, este Colegiado tiene en cuenta que su posición está estrechamente ligada a los argumentos expuestos en el Punto Controvertido referido a la resolución del Contrato, por lo que corresponde tenerlo presente.

b2. **POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL SOBRE EL PUNTO CONTROVERTIDO**

El punto controvertido bajo análisis está referido al pago de los daños y perjuicios causados a consecuencia de la resolución de Contrato efectuado por el Consorcio. Al respecto en tanto que ha sido solicitado exclusivamente en aplicación del artículo 209 del RLCE, es pertinente iniciar el presente análisis con la determinación de su aplicabilidad o no al presente caso.

En este sentido y para efectos didácticos, es pertinente traer a la vista en mencionado artículo 209 del RLCE. Veamos.

### Artículo 209.- Resolución del Contrato de Obras

[...]

*En caso que la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, actualizado mediante las fórmulas de regustos hasta la fecha en que se efectuó la resolución del contrato.*

[Énfasis agregado]

Sobre esta norma, la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado –DTN/OCE–, respecto de su correcta aplicación ha emitido la siguiente Opinión:

« [...] Es importante señalar que el segundo párrafo del artículo 44 de la Ley establecía que «*Cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados*».

**En el caso específico de contrato de obras, el cuarto párrafo del artículo 209 del Reglamento precisaba que [...], en los casos en que la resolución del contrato sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, en atención a lo indicado en el quinto párrafo del artículo 209 del Reglamento. En este caso, la Entidad debía reconocer dicho porcentaje de la utilidad en atención al daño por lucro cesante ocasionado al contratista.**

De esta manera, en atención a que la resolución de un contrato de obra por incumplimiento originaba el derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, la normativa de contrataciones del Estado establecía que en la liquidación de obra derivada de la resolución del contrato debían incluirse los conceptos resarcitorios señalados expresamente (penalidades o el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad dejada de percibir, según corresponda).<sup>10</sup>

[Énfasis agregado]

Lo antes citado permite apreciar de manera indubitable que el artículo 209 del RLCE es aplicable exclusivamente a los casos de obra, en este sentido, siendo el Contrato uno de Consultoría de Obras, no podría reconocer este colegiado en virtud del mismo un concepto indemnizatorio a favor del Consorcio.

Debe destacarse que si bien el artículo 40 de la LCE, aplicable a todos los Contratos suscritos bajo su régimen, prevé que «*Cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados*», no es posible que la misma pueda ser tomado en cuenta de oficio por este Colegiado, aplicando el principio «*Iura novit curia*» en tanto que implicaría la modificación del objeto de la pretensión solicitada por el Consorcio. Veamos.

### «Tercera Pretensión Principal.-

Que el Tribunal Arbitral ordene a la Municipalidad Provincial de Pasco, el pago a favor del Consorcio Vial Chaupimarca, del monto de S/ 6,800.00

<sup>10</sup> OPINIÓN N° 020-2016/DTN. Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE. (2016). Recuperado de: <http://portal.osce.gob.pe/osce/noden/15212>.

más los intereses legales, en virtud de lo establecido en el artículo 209 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.»

[Énfasis agregado]

En efecto, lo solicitado por el Consorcio esta únicamente circunscrito a la aplicación del artículo 209 del RLCE, hecho que en virtud del principio de congruencia<sup>11</sup> no puede ser dejado de analizar por este Colegiado al momento de resolver, máxime teniendo en cuenta que «*la aplicación del principio iura novit curia tiene como límites tanto el contenido del petitorio como los hechos alegados por las partes, por ello cuando el juzgador advierta una disconformidad entre lo que se solicita y los hechos en los que se funda ese pedido, tendrá la posibilidad de tomar las medidas correctivas que le autoriza el ordenamiento [...], mas no podrá variar el petitorio de la demanda*»<sup>12</sup>.

De otro lado, este Colegiado también valora el hecho de que si bien esta norma puede habilitar el cobro del 50% de la utilidad dejada de percibir, ello solamente se circumscribe al saldo de la prestación dejada de ejecutar, el cual no puede tomar como base de cálculo el 100% de la totalidad de la utilidad del contrato, en tanto que hay valorizaciones pendientes de pago o al menos ello ha sido alegado por el propio Consorcio, lo cual implica, cuando menos, que haya una utilidad dejada percibir menor al 100%.

De las consideraciones antes expuestas, es dable llegar a la conclusión de que la tercera Pretensión de la demanda debe ser declarada **INFUNDADA**.

### b3. **PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL PUNTO CONTROVERTIDO**

En síntesis al análisis de los Puntos Controvertidos, este Colegiado emite su pronunciamiento respecto a las pretensiones analizadas precedentemente:

- **DECLARAR INFUNDADA** la Pretensión de la Demanda, que dio origen al Cuarto Punto Controvertido, por lo que no corresponde ordenar a la Municipalidad Provincial de Pasco pagar a favor del Consorcio Vial Chaupimarca la suma de S/ 6,800.00 en virtud del artículo 209 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, ni los intereses legales correspondientes.
- c. **SOBRE EL PAGO DE LAS VALORIZACIONES 1, 2 Y 3**

### **QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO**

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la Municipalidad Provincial de Pasco pagar a favor del Consorcio Vial Chaupimarca la suma de S/ 58,125.95 incluido I.G.V., correspondiente a las valorizaciones 1, 2 y 3 por los trabajos realizados hasta septiembre de 2013, más los intereses legales contados a partir del 31 de octubre de 2013.

Para efectos didácticos, antes de continuar con el análisis de los puntos controvertidos antes citados, este Colegiado considera pertinente realizar una sinopsis de la posición de las partes al respecto, para luego de ello continuar con el análisis de la controversia en sí. Veamos.

#### c1. **POSICIÓN DE LAS PARTES**

<sup>11</sup> Sobre este punto en particular, APOLÍN MEZA, Dante con gran acierto ha señalado que «*la aplicación del aforismo «iura novit curia» no puede determinar la modificación del petitorio ni los hechos que constituyen la causa de la pretensión, lo que significa, en otras palabras, que se debe respetar el principio de congruencia*». En Estudios de Derecho Procesal Civil. Jurista Editores. Lima. 2009. Pág. 137.

<sup>12</sup> Casación N° 2511-2007-Arequipa, emitida por la Corte Suprema de Justicia.

### Posición del Consorcio

Sobre este punto el Consorcio sostiene que la controversia está circunscrita al reconocimiento y pago de las valorizaciones 1, 2 y 3 debido al incumplimiento de la Entidad en su cancelación.

Agrega el Consorcio que, de acuerdo con lo estipulado en la cláusula cuarta del Contrato la forma de pago se realizaría de conformidad con el procedimiento regulado en los artículos 176 y 181 del RLCE.

En este sentido, el consorcio alega que, de conformidad con lo pactado, mediante Carta N° 042-2011-MJM-SUP de fecha 6 de septiembre de 2013 solicitaron el pago de la valorización N° 1, por la suma de S/ 13,341.05; asimismo, mediante Carta N° 043-2011-MJM-SUP de fecha 6 de septiembre de 2013 solicitaron el pago de la valorización N° 2, por la suma de S/ 21,356.00; y, por último, mediante Carta N° 044-2011-MJM-SUP de fecha 6 de septiembre de 2013 solicitaron el pago de la valorización N° 3, por la suma de S/ 23,428.90.

Finalmente, el Consorcio sostiene que, estas valorizaciones debieron ser pagadas hasta el 31 de octubre de 2013, sin embargo, la entidad no se ha pronunciado ni ha cumplido con el respectivo desembolso.

### Posición de la Entidad

Sobre este punto la Entidad no ha efectuado pronunciamiento alguno; no obstante ello este Colegiado tiene en cuenta que su posición está estrechamente ligada a los argumentos expuestos en el Punto Controvertido referido a la resolución del Contrato, por lo que corresponde tenerlo presente.

### c2. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

La cláusula cuarta del contrato, señala –entre otros– que:

*“... LA ENTIDAD se obliga a pagar la contraprestación a EL CONSULTOR ... de acuerdo al avance físico de la obra valorizados mensualmente, luego de la recepción formal, completo y sin observaciones de la documentación correspondiente, según lo establecido en el artículo 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, para tal efecto, el responsable de dar la conformidad de la prestación deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días de ser éstos recibidos, a fin de permitir que el pago se realice dentro de los diez (10) días siguientes”*

En el presente caso, no consta la conformidad de las valorizaciones 1, 2 y 3 del Consorcio por parte de la Entidad, y además, el Consorcio no tiene como pretensión que el Colegiado le otorgue la conformidad de cada prestación mensual que realizó. Al no estar probada la conformidad ni peticionado que el Tribunal otorgue la conformidad de las valorizaciones 1, 2 y 3, no podríamos pronunciarnos sobre la procedencia del pago, que es posterior a la conformidad. A mayor abundamiento, el Consorcio sólo presentó las cartas donde se requiere el pago pero no el detalle y sustento de las valorizaciones a este Tribunal.

Es así que esta Pretensión de la demanda debe ser declarada **IMPROCEDENTE**.

### c3. PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL PUNTO CONTROVERTIDO

En síntesis al análisis de los Puntos Controvertidos, este Colegiado emite su pronunciamiento respecto a las pretensiones analizadas precedentemente:

- **DECLARAR IMPROCEDENTE** la Pretensión de la Demanda, que dio origen al Quinto Punto Controvertido, relacionada con el pago de las valorizaciones N° 01, 02 y

03, ni los intereses legales correspondientes, dejando a salvo los derechos del Consorcio respecto de la conformidad de sus prestaciones y de su pago, del modo y forma que estime pertinente.

**d. SOBRE LOS COSTOS DE SUPERVISIÓN DEL 8 DE NOVIEMBRE DE 2013 AL 19 DE FEBRERO DE 2014**

**SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO**

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la Municipalidad Provincial de Pasco pagar a favor del Consorcio Vial Chaupimarca los honorarios de supervisión por la suma de S/ 101,876.27 incluido I.G.V., por los trabajos realizados desde el 8 de noviembre de 2013 hasta el 19 de febrero de 2014.

Para efectos didácticos, antes de continuar con el análisis de los puntos controvertidos antes citados, este Colegiado considera pertinente realizar una sinopsis de la posición de las partes al respecto, para luego de ello continuar con el análisis de la controversia en sí. Veamos.

**d1. POSICIÓN DE LAS PARTES**

**Posición del Consorcio**

Sobre este punto el Consorcio sostiene que durante la paralización de la obra ha seguido prestando sus servicios, tal como la propia Entidad reconoce en distintas comunicaciones que ha emitido y que se ha remitido durante el lapso del 13 de agosto de 2013 al 19 de febrero de 2014, respecto del cual solicita el reconocimiento y pago.

Finalmente sostiene que, al momento de suscribir el Acta de paralización N° 2 de paralización, ellos no acordaron que durante dicho lapso no cobraran ningún monto.

**Posición de la Entidad**

Sobre este punto la Entidad no ha efectuado pronunciamiento alguno; no obstante ello este Colegiado tiene en cuenta que su posición está estrechamente ligada a los argumentos expuestos en el Punto Controvertido referido a la resolución del Contrato, por lo que corresponde tenerlo presente.

**d2. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

Sobre este punto, no se han presentado medios probatorios, referidos al quantum de lo pretendido por el Consorcio.

Es de advertir que durante el arbitraje no se ha acreditado cómo es que se llegó a calcular el monto de la pretensión ni cuales fueron las actividades desarrolladas y por las cuales tendría derecho el contratista a cobrar.

**d3. PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL PUNTO CONTROVERTIDO**

- **DECLARAR IMPROCEDENTE** la Pretensión de la Demanda, que dio origen al Sexto Punto Controvertido, por lo que no corresponde ordenar a la Municipalidad Provincial de Pasco pagar a favor del Consorcio Vial Chaupimarca la suma de S/ 101,876.27 incluido el IGV.

e. SOBRE LA CONSTANCIA DE PRESTACIÓN

**SÉTIMO PUNTO CONTROVERTIDO**

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la Municipalidad Provincial de Pasco cumpla con emitir a favor del Consorcio Vial Chaupimarca el Certificado de Conformidad sin haber incurrido en penalidad por la prestación del servicio para la supervisión de la obra « Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento del anillo vial tramo Av. Arequipa, 28 de Julio del AA.HH Túpac Amaru, Distrito Chaupimarca, Provincia y Región de Pasco».

Para efectos didácticos, antes de continuar con el análisis de los puntos controvertidos antes citados, este Colegiado considera pertinente realizar una sinopsis de la posición de las partes al respecto, para luego de ello continuar con el análisis de la controversia en sí. Veamos.

e1. **POSICIÓN DE LAS PARTES**

**Posición del Consorcio**

Sobre este punto el Consorcio sostiene que su pedido está sustentado en lo dispuesto en el artículo 178 del RLCE en cual prescribe que «otorgada la conformidad de la prestación, el órgano de administración o el funcionario designado expresamente por la Entidad es el único autorizado para otorgar al contratista, de oficio o a pedido de parte, una constancia que deberá precisar, como mínimo, la identificación del objeto del contrato, el monto correspondiente y las penalidades en que hubiera incurrido el contratista».

Agrega el Consorcio que, estando a que el Contrato ha sido resuelto por causas imputables a la Entidad, esta debe entregar la constancia de prestación del servicio sin haber incurrido en penalidad alguna.

**Posición de la Entidad**

Sobre este punto la Entidad no ha efectuado pronunciamiento alguno; no obstante ello este Colegiado tiene en cuenta que su posición está estrechamente ligada a los argumentos expuestos en el Punto Controvertido referido a la resolución del Contrato, por lo que corresponde tenerlo presente.

e2. **POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

Este Colegiado, entiende que, el Consorcio, lo que requiere, es que se ordene a la Municipalidad que ésta expida la Constancia de la Prestación sin haber incurrido en penalidades, a la que alude el artículo 178 del RLCE.

El artículo 178 del RLCE, señala que la prestación deberá precisar como mínimo: La identificación del objeto del contrato, el monto correspondiente y las penalidades en que hubiera incurrido el contratista.

¿Es posible que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad que expida una Constancia de Prestación en los términos expuestos en el artículo 178 del RLCE o existirán matices?

La respuesta, es que, sí es posible, pero con matices, por cuanto, el cuerpo normativo de la LCE y su reglamento no han regulado lo concerniente a la entrega de la conformidad del servicio para el caso de los Contratos que no se lleguen a culminar con la ejecución de la última prestación; es decir, no regula qué sucedería si el Contrato no se llega a ejecutar en su

totalidad por diferentes motivos, como lo es en el presente caso donde se tiene una resolución de Contrato.

Sobre este punto, es importante precisar que la finalidad de la emisión de la constancia de prestación es registrar el comportamiento del contratista durante la ejecución de un contrato, específicamente, si éste ejecutó el contrato conforme a lo pactado, o si la Entidad le aplicó penalidades, ya sea la penalidad por mora regulada en el artículo 165º del RLCE u otras penalidades previstas en las Bases de conformidad con el artículo 166º del mismo cuerpo legal.

Así las cosas, corresponde a este Colegiado determinar si corresponde determinar cuáles serán los alcances de la constancia de prestación del servicio que en su oportunidad debe emitir la Entidad, con motivo de la resolución del contrato realizado por el Contratista. Veamos.

Debemos de mencionar, que durante el desarrollo del presente arbitraje, la Entidad ha consentido en que la resolución del contrato, se produjo por su causa; aunado a ello, no ha demostrado que el Contratista hubiera incurrido en penalidad alguna. Sin embargo, aún está pendiente por definir cuál ha sido el monto de lo ejecutado por el Consorcio.

Así, expuestas las cosas, corresponde declarar **FUNDADO EN PARTE** lo pretendido por el Consorcio.

**e3. PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL PUNTO CONTROVERTIDO**

En síntesis al análisis del Punto Controvertido, este Colegiado emite su pronunciamiento respecto a la pretensión analizada precedentemente:

- **DECLARAR FUNDADA EN PARTE** la Pretensión de la Demanda, que dio origen al Séptimo Punto Controvertido, por lo que corresponde ordenar a la Municipalidad Provincial de Pasco que cuando emita a favor del Consorcio Vial Chaupimarca la Constancia de Prestación del Servicio, lo hará sin consignación de penalidad alguna.

**f. SOBRE LOS COSTOS DEL ARBITRAJE**

**OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO**

---

Determinar que parte, y de ser el caso, en qué proporción deberá asumir las costas y costos arbitrales.

---

**f1. POSICIÓN DE LAS PARTES**

Sobre este punto las partes sostienen que debe ser la parte vencida quien asuma los costos que genere el presente arbitraje.

**f2. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL SOBRE LOS PC**

Sobre este punto, es necesario indicar que el 70º del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, dispone lo siguiente:

«El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden: a) Los honorarios y gastos del tribunal arbitral; b) Los honorarios y gastos del secretario; c) Los gastos administrativos de la institución arbitral; d) Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier

otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; e) Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; f) Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.»

Asimismo, el numeral 1) del artículo 72º del mismo cuerpo legislativo dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en su artículo 70º:

*«1. Una vez constituido, el tribunal arbitral podrá requerir a cada una de las partes que entregue un anticipo de los costos previstos en el artículo 70. En el curso de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá requerir anticipos adicionales a las partes. Las partes asumirán los anticipos en proporciones iguales, sin perjuicio de lo que decida el tribunal arbitral sobre su distribución en el laudo.»*

De igual manera, el numeral 1) del artículo 73º de la citada ley señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal precepto legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorrinar estos costos entre las partes:

*«1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorrinar estos costos entre las partes, si estima que el prorrinar es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.»*

[El resaltado es agregado]

Teniendo en cuenta lo mencionado, se advierte que en el convenio arbitral del presente arbitraje, las partes no han establecido pacto alguno acerca de la asunción de los costos arbitrales; por lo que, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia a fin de establecer si corresponde la atribución de los gastos arbitrales a una de las partes, y en qué medida, o la aplicación de un prorrinar razonable.

Respecto a la distribución de los costos la doctrina señala que la regla general es el criterio de que «los costos siguen el evento», es decir, que en atención a lo determinado en el fallo de las pretensiones principales, la distribución de los costos arbitrales deberá seguir la línea del criterio adoptado.

En este sentido, siendo que desde el punto de vista del Tribunal, no puede afirmarse que existe una parte «perdedora», en vista de que ambas tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, fuera del fallo dado, habida cuenta que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral; este tribunal considera que, siendo consecuente con lo resuelto en este laudo y atendiendo al resultado que se desprendió del análisis fáctico de los hechos y de los medios probatorios ofrecidos por las partes, corresponde disponer que cada parte asuma el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (es decir, los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral), y la totalidad de sus propios costos correspondientes a pago de representación, asesoría legal y patrocinio, según el referido artículo 70º del D.L. N° 1071, en los que incurrieron o debieron incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

Los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral fueron:

	Secretaría Arbitral	Honorario (Total)	Colegiado

	S/. 3,500.00	S/. 21,000.00
<b>TOTAL GASTOS ARBITRALES</b>	<b>S/. 24,500.00</b>	

En la línea de lo expuesto, cabe precisar que, los honorarios arbitrales del Tribunal y de la Secretaría Arbitral los pagó íntegramente el Consorcio, corresponde que la Municipalidad Provincial de Pasco, reembolse al Consorcio Vial Chaupimarca la suma de S/ 12,250.00.

**b4. PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL PUNTO CONTROVERTIDO**

En síntesis al análisis del Punto Controvertido, este Colegiado emite su pronunciamiento respecto a la pretensión analizada precedentemente:

- **DISPONER** que cada una de las partes asuma el pago de la mitad de los costos arbitrales decretados en este arbitraje (este rubro incluye los honorarios de los árbitros y del Centro); y, asimismo, que cada una de las partes asuma la totalidad de sus propios costos arbitrales que hubiera incurrido a raíz del presente arbitraje (este rubro incluye los demás gastos que hubieran incurrido cada una de las partes para su defensa, entre ellos el de asesoría legal) y **DISPONER** que corresponde asumir a la ENTIDAD el pago del 50% de los honorarios de los árbitros y de la secretaría arbitral, correspondiendo que la Municipalidad Provincial de Pasco, pague al Consorcio la suma de S/12,250.00.

**DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:**

Que, finalmente, el Tribunal Arbitral deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado cada una de las pruebas aportadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba y, que el sentido de su Decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en la expedición de este laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje y que fueron consignados en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.

Estando a las consideraciones expuestas, dentro del plazo correspondiente, el Tribunal Arbitral en Derecho, **RESUELVE**:

**PRIMERO.- DECLARAR FUNDADA** la Pretensión de la Demanda, que dio origen al Primer Punto Controvertido, por lo que corresponde declarar la invalidez e ineffectuación de la Resolución de Contrato Efectuada por la Municipalidad Provincial de Pasco mediante Resolución de Alcaldía N° 125-2014-A-HMPP.

**SEGUNDO.- DECLARAR FUNDADA** la Pretensión de la Demanda, que dio origen al Segundo Punto Controvertido, por lo que corresponde declarar Resuelto el Contrato por causas imputables a la Municipalidad Provincial de Pasco.

**TERCERO.- DECLARAR FUNDADA** la Pretensión de la Demanda, que dio origen al Tercer Punto Controvertido, por lo que corresponde declarar el Consentimiento de la Resolución de Contrato efectuada por el Consorcio Vial Chaupimarca mediante Carta Notarial de fecha 30 de noviembre de 2016.

**CUARTO.- DECLARAR INFUNDADA** la Pretensión de la Demanda, que dio origen al Cuarto Punto Controvertido, por lo que no corresponde ordenar a la Municipalidad Provincial de Pasco pagar a favor del Consorcio Vial Chaupimarca la suma de S/ 6,800.00 **en virtud del artículo 209**

del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, ni los intereses legales correspondientes.

**QUINTO.- DECLARAR IMPROCEDENTE** la Pretensión de la Demanda, que dio origen al Quinto Punto Controvertido, relacionada con el pago de las valorizaciones N° 01, 02 y 03, ni los intereses legales correspondientes, dejando a salvo los derechos del Consorcio respecto de la conformidad de sus prestaciones y de su pago, del modo y forma que estime pertinente.

**SEXTO.- DECLARAR IMPROCEDENTE** la Pretensión de la Demanda, que dio origen al Sexto Punto Controvertido, por lo que no corresponde ordenar a la Municipalidad Provincial de Pasco pagar a favor del Consorcio Vial Chaupimarca la suma de S/ 101,876.27 incluido el IGV.

**SÉTIMO.- DECLARAR FUNDADA EN PARTE** la Pretensión de la Demanda, que dio origen al Séptimo Punto Controvertido, por lo que corresponde ordenar a la Municipalidad Provincial de Pasco que cuando emita a favor del Consorcio Vial Chaupimarca la Constancia de Prestación del Servicio, lo hará sin consignación de penalidad alguna.

**OCTAVO.- DISPONER** que cada una de las partes asuma el pago de la mitad de los costos arbitrales decretados en este arbitraje (este rubro incluye los honorarios de los árbitros y del Centro); y, asimismo, que cada una de las partes asuma la totalidad de sus propios costos arbitrales que hubiera incurrido a raíz del presente arbitraje (este rubro incluye los demás gastos que hubieran incurrido cada una de las partes para su defensa, entre ellos el de asesoría legal) y **DISPONER** que corresponde asumir a la ENTIDAD el pago del 50% de los honorarios de los árbitros y de la secretaría arbitral, correspondiendo que la Municipalidad Provincial de Pasco, pague al Consorcio Vial Chaupimarca la suma de S/12,250.00.

**NOVENO.- DISPONER** la remisión de un ejemplar del presente Laudo Arbitral al Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado – OSCE.

Notifíquese,

Luis Felipe Pardo Narváez  
Presidente del Tribunal Arbitral

Juan Hugo Villar Nañez  
Árbitro

Raúl Leonid Salazar Rivera  
Árbitro

Marx Espinoza Soriano  
Secretario Arbitral.