

DEMANDANTE : CONSORCIO SUIZO PERUANO.
DEMANDADO : MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE LUCMA
MATERIA : PAGO DE VALORIZACIÓN E
INDEMNIZACIÓN.
ÁRBITRO : DR. MARCO ANTONIO RODRIGUEZ FLORES

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Resolución N° 19

Lima, 19 de Marzo de 2018.

VISTOS

INFORMACIÓN PRELIMINAR

1. Antes de iniciar el resumen de las principales actuaciones practicadas en este arbitraje como el de las posiciones que el CONSORCIO SUIZO PERUANO (en adelante El Consorcio) y la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE LUCMA - GRAN CHIMU (en adelante La Municipalidad) han presentado en esta instancia, en atención a las controversias surgidas y derivadas del Contrato S/N para la ejecución de obra del proyecto Mejoramiento de las Capacidades Técnico Productivas para la Producción y Transformación de Productos en el Distrito De Lucma - Gran Chimú - La Libertad (en adelante El Contrato) conviene señalar lo siguiente:

2. La Cláusula Décimo Novena de El Contrato estableció que, en caso de existir controversias relacionadas con la ejecución o interpretación de dicho instrumento, éstas se resolverían en forma definitiva mediante arbitraje administrativo de derecho (ad-hoc), de conformidad con lo dispuesto en la normatividad sobre contratación estatal a la fecha de firma de El Contrato.

3. En tal sentido, en defecto del acuerdo de las partes y a pedido de El Consorcio, el OSCE designó como árbitro único para este arbitraje al Dr. Marco Antonio Rodriguez Flores mediante Resolución N° 486-2016-OSCE/PRE, quien aceptó la designación efectuada mediante carta presentada a la dirección de arbitraje administrativo de dicha entidad en su oportunidad.
4. El 27.02.2017 en la ciudad de Lima se celebró la audiencia de instalación, sin presencia de las partes pese a estar válidamente invitadas. En dicha audiencia el árbitro único ratificó su aceptación al cargo y no generó ningún cuestionamiento posterior por las partes, mostrando de esta manera su conformidad con tal designación.

POSICIÓN DE EL CONSORCIO EN ESTE ARBITRAJE

5. Conforme a las reglas establecidas en el acta de instalación, El Consorcio presentó su demanda arbitral el 22.07.2017 y en ella solicitó lo siguiente:
 - i) Se ordene a La Municipalidad le pague la valorización N° 01 que asciende a la suma de S/. 264,626.00 Nuevos Soles
 - ii) Se ordene a La Municipalidad le pague la suma de S/. 200,000.00 Nuevos Soles por indemnización.
6. Como hechos que sustentan su posición El Consorcio manifestó que el 06.02.2015 obtuvo la buena pro de la ADS N° 01-2015-MDL-2015 para la ejecución de obra Mejoramiento de las Capacidades Técnico Productivas para la Producción y Transformación de Productos en el Distrito de Lucma – Gran Chimú – La Libertad y que el 13.02.2015 firmó El Contrato.
7. Argumenta también que elaboró 6 manuales de capacitación y crianza de animales como gallinas y cuyes y posteriormente, el 15.10.2015, presentó la valorización N° 01 por los trabajos que realizó del 01 al 31 de marzo de 2015.

8. Expone también que dicha valorización contó con el visto bueno del inspector de obra y el gerente de infraestructura de La Municipalidad, por lo que correspondería el pago de S/. 264,626.00 Nuevos Soles, lo que nunca ocurrió pese a los requerimientos que hizo y a las promesas (sic) de las autoridades municipales.
9. Argumenta también que frente a la falta de pago de la suma antes mencionada, resolvió El Contrato.
10. Finalmente indica que a pesar que su contraparte le informó que la obra no tenía la certificación presupuestaria correspondiente, lo que no es su responsabilidad, este hecho no es excusa (sic) para no pagarle lo que reclama porque, además, han actuado en forma transparente (sic) y no han transgredido la normatividad sobre contratación estatal.

POSICIÓN DE LA MUNICIPALIDAD EN ESTE ARBITRAJE

11. La Municipalidad contestó la demanda mediante el escrito presentado el 19.07.2017 y en ella solicitó que las pretensiones allí contenidas se declaren infundadas por las siguientes razones.
12. El Consorcio, al ejecutar los trabajos, ha transgredido las normas de contratación estatal, lo que denota que la ejecución que hizo fue irregular más aún si habrían participado en los mismos antiguos funcionarios municipales.
13. Muestra de lo antes mencionado, según exponen, es que nunca nombraron al inspector de obra, conforme manda el artículo 186 del Reglamento de la Ley y que frente a dicho panorama, su contraparte debió resolver El Contrato y no continuar con los trabajos.
14. Señalan también que el cuaderno de obra no tiene la firma del inspector como manda La Ley y que tampoco comunicaron el cambio del residente de

obra como también señala La Ley y el Reglamento de la Ley, hechos que evidencian una ejecución irregular que no puede ampararse.

15. Otro hecho que resaltan es que su contraparte nunca pidió permiso para el cambio del residente de obra, es decir conforme a El Contrato dicho profesional sería el Ing. Augusto Guillermo Mejia Vilchez pero quien firma los asientos del cuaderno de obra es otro profesional el Ing. Nelson Fausto Ruiz Vega.

16. De otro lado señalan que El Consorcio no ha probado haber elaborado los 6 manuales que manifiestan en su demanda y que tampoco existe cargo de presentación de la Valorización N° 01 y sus anexos.

17. Finamente manifiestan que es falso que El Consorcio haya actuado en forma transparente ya que han transgredido las normas de obligatorio cumplimiento para la ejecución de una obra, lo que motivó que denuncien penalmente estos hechos porque habría indicios de colusión entre los ex funcionarios de La Municipalidad y los representantes de El Consorcio

18. Indican también que existe una investigación fiscal penal en la ciudad de Trujillo en la que están involucrados los representantes de El Consorcio y ex funcionarios de La Municipalidad derivada de los mismos hechos que se discuten en este arbitraje, lo que aboga por la denuncia que hacen que la ejecución de El Contrato es irregular y no merezca ser amparada en sede arbitral

PRINCIPALES ACTUACIONES ARBITRALES

19. Como se mencionó anteriormente, el 27.02.2017 se celebró la audiencia de instalación del árbitro único, sin presencia de las partes, pese a encontrarse válidamente notificadas.¹ En ella se fijó el marco normativo aplicable al

¹ Dicha Acta les fue notificada posteriormente a fin que conozcan las reglas aplicables al arbitraje, la misma que quedó consentida por que ninguna de sus reglas fue cuestionada por las partes.

presente arbitraje. Así, se dispuso que las controversias se resolvieran con la Ley de Contrataciones del Estado,² (en adelante la Ley) y su Reglamento³ (en adelante el Reglamento de la Ley). Asimismo se estableció que para las actuaciones arbitrales serían de aplicación las contenidas en el acta de instalación y en su defecto lo señalado en la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071)

20. Posteriormente, el 06.11.2017 se llevó a cabo en la ciudad de Lima la audiencia de conciliación, fijación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios con presencia solamente de El Consorcio pese a que su contraparte quedó válidamente notificada. En dicha audiencia, en la que se dejó constancia que no hubo conciliación por inasistencia de La Municipalidad, el árbitro único fijó 3 puntos controvertidos, los que se encuentran señalados en el acápite denominado “Fijación de Puntos Controvertidos” del acta que originó dicha audiencia. Cabe indicar que los puntos en controversia allí señalados no fueron cuestionados por ninguna de las partes.

21. Asimismo, se admitieron los medios probatorios que se ofrecieron en los términos que señala el acápite de dicha acta denominado “Admisión de Medios Probatorios” tanto de la demanda como de la contestación de la demanda. De igual modo, se admitieron las pruebas que El Consorcio presentó el 16.08.2017.

22. Mediante Resolución N° 14 el árbitro único dispuso no recibir las declaraciones testimoniales de los profesionales Elmer Villacorta Vasquez y Alex Javier Villa León⁴, ante la falta de información de contacto de dichas personas.⁵ Esta resolución quedó consentida por no haber sido cuestionada por ninguna de las partes.

² Aprobada por Decreto Legislativo 1017 y modificada por la Ley 29873.

³ Aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

⁴ Testimoniales que fueron ofrecidas por La Municipalidad.

⁵ El árbitro único requirió a La Municipalidad proporcione los datos de las personas mencionadas pero no lo hizo.

23. Mediante Resolución N° 16 se dejó constancia que La Municipalidad no presentó los siguientes documentos⁶ que les fuera requerido en su oportunidad: i) El acta de entrega del terreno en donde se ejecutaría la obra que vinculó a las partes y ii) La Resolución de Gerencia N° 16-2015-MDL/GM del 20.01.2015.
24. Mediante resolución N° 15, el árbitro único estableció una única regla complementaria relacionada a la notificación de las resoluciones (excepto el laudo y sus rectificaciones) por correo electrónico.
25. De otro lado, el 12.02.2018 se celebró la audiencia de informes orales, con presencia de ambas partes, en la cual cada una de ellas presentó oralmente los argumentos finales de su posición.
26. En dicha audiencia se estableció el plazo para laudar en 30 días hábiles contados desde el día hábil siguiente de celebrada la misma, plazo que fue prorrogado por 15 días hábiles adicionales mediante Resolución 18.
27. Finalmente cabe indicar que El Consorcio pagó íntegramente los gastos arbitrales señalados en las reglas 80 y 81 del acta de instalación, es decir pagó su parte y la que correspondía a La Municipalidad.

FUNDAMENTACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO QUE RESUELVE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS.

28. Después de haber resumido la posición que cada una de las partes ha presentado en este arbitraje y las principales actuaciones arbitrales ejecutadas, corresponde resolver las controversias.
29. Antes de iniciar el análisis respectivo, conviene indicar lo siguiente: **i)** No existe cuestionamiento alguno, por las partes, al nombramiento y posterior competencia del árbitro único para resolver las controversias sometidas a

⁶ Dichos documentos fueron ofrecidos como pruebas de El Consorcio

este arbitraje, **ii)** el árbitro único se ha constituido conforme al convenio arbitral suscrito por las partes;⁷ **iii)** existe sometimiento expreso de las partes a resolver la(s) controversia(s) surgida(s) durante su vínculo contractual mediante arbitraje ad-hoc, **iii)** Cada una de las partes tuvo oportunidad suficiente para exponer su posición en relación con las controversias surgidas durante la ejecución contractual, **iv)** Las partes tuvieron plena oportunidad para presentar los medios probatorios que apoyaron sus posiciones, cuestionar dichas pruebas y obtener una respuesta razonada a dichos cuestionamientos. Asimismo tuvieron la oportunidad de presentar alegatos escritos e informar oralmente; **v)** el árbitro único expedirá el laudo dentro del plazo aceptado por las partes.

-
30. De otro lado, el árbitro único declara que ha revisado todos y cada uno de los medios probatorios admitidos en este arbitraje, los ha analizado y les ha adjudicado el mérito que les corresponde, aun cuando en el presente laudo no se haga mención expresa a alguno de ellos.

LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

31. Corresponde ahora analizar los puntos controvertidos fijados en la audiencia respectiva.
32. Conforme a lo señalado en el acápite denominado “Reglas para el Pronunciamiento del árbitro único sobre los Puntos Controvertidos”, éste conviene hacer un análisis conjunto de los puntos en controversia, dejando claro que se resolverá cada uno de ellos.
33. De la posición asumida por las partes en el arbitraje, se advierte que la principal controversia es la vinculada al pago de la valorización N° 01 presentada por El Consorcio, es decir, mientras éste señala que dicha valorización debe ser pagada por su contraparte en razón que ha cumplido con la prestación a su cargo, su contraparte sostiene lo contrario, vale decir

⁷ Clausula Décimo Novena de El Contrato.

que no hay porque pagar dicha valorización ya que El Consorcio con funcionarios de la anterior administración municipal se habrían coludido para obtener una ventaja indebida a costas del municipio haciendo uso de un procedimiento de contratación ejecutado en forma irregular.

34. Antes de iniciar el análisis respectivo conviene mencionar cuales fueron las obligaciones contraídas por La Contratista y además el objeto de su contratación.

35. La Contratista se obligó a ejecutar la obra denominada Mejoramiento de las Capacidades Técnico Productivas para la Producción y Transformación de sus productos en el distrito de Lucma, Gran Chimú, La Libertad conforme a los requisitos técnicos respectivos y en el plazo de 91 días calendario computados desde el día siguiente de cumplidas las condiciones previstas en el numeral 3.5 de las bases integradas⁸

36. Por su parte, La Entidad se obligó a pagar por dicho trabajo la suma de S/. 438,482.50 Nuevos Soles mediante valorizaciones mensuales en la forma señalada en la cláusula quinta de El Contrato.

37. Ahora bien, como bien señala el artículo 184 del Reglamento de la Ley, el inicio de toda obra comienza a regir desde el dia siguiente de haberse cumplido las condiciones allí señaladas, entre ellas, el nombramiento del inspector de obra.

38. En este caso, lo primero que debió hacer la entidad es nombrar a dicho inspector, sin embargo no hay prueba de que lo haya hecho. Es mas La Municipalidad ha sostenido a lo largo de este arbitraje, que nunca hizo tal nombramiento, hecho que implica un incumplimiento contractual relevante ya que no es posible que se inicien los trabajos sin la presencia de dicho profesional.

⁸ El numeral 3.5 de dichas bases reproduce las 5 condiciones indicadas en el artículo 184 del Reglamento de la Ley para el comienzo del plazo de ejecución contractual.

39. Ahora bien, frente a dicho incumplimiento contractual, la normatividad sobre contratación estatal, regula una salida legal en favor del contratista perjudicado. Así tenemos lo señalado en el artículo 184 del Reglamento de la Ley que indica textualmente lo siguiente: “*Si la Entidad no cumple con lo dispuesto en los numerales precedentes por causas imputables a ésta,⁹ el contratista podrá iniciar el procedimiento de resolución del contrato dentro del plazo de 15 días de vencido el plazo previsto en el párrafo anterior*”
40. La mencionada norma también señala que: “*Asimismo, en el mismo plazo, tendrá derecho a solicitar el resarcimiento de los daños y perjuicios debidamente acreditados hasta por un monto equivalente al cinco por diez mil del monto del contrato por día y hasta por un tope de setenta y cinco por diez mil.*
41. Es decir, si una entidad no nombra al profesional encargado de la inspección en obra, la contraparte puede válidamente resolverle el contrato y reclamar el pago de un resarcimiento por daños. La norma legal no avala el inicio de una obra y su ejecución si no se cuenta con dicho profesional ya que es éste quien se responsabiliza por la correcta ejecución de la obra y del cumplimiento del contrato.
42. Tomando en cuenta lo antes dicho, en este caso, lo que debió hacer El Consorcio fue resolver El Contrato (previo requerimiento) y solicitarle a La Municipalidad que le pague una indemnización por haber frustrado una legítima expectativa de obtener rédito económico producto del trabajo a realizar.
43. Sin embargo, como se aprecia de los documentos que constan en el expediente y de la posición asumida por El Consorcio en este arbitraje, en vez de actuar conforme a lo expresado en el artículo 184 del Reglamento de la Ley, éste decidió iniciar y ejecutar los trabajos en su primera etapa.

⁹ En este caso, por ejemplo, que la entidad no nombre al inspector de obra.

44. En opinión del árbitro único actuar como lo hizo El Consorcio supone una transgresión a las normas sobre contratación estatal¹⁰ cuya responsabilidad y riesgo debe ser asumido por El Consorcio.
45. Otro aspecto importante que hay que resaltar es la referida al cuaderno de obra. El artículo 194 del Reglamento de la Ley expone que dicho documento “se abrirá en la fecha de entrega del terreno y será firmado en todas sus páginas por el inspector o supervisor, según corresponda y por el residente, a fin de evitar su adulteración. Dichos profesionales son los únicos autorizados para hacer anotaciones en el cuaderno de obra”.
46. Hay que tener presente que la norma contenida en el artículo mencionado anteriormente es mandatoria, vale decir de obligatorio cumplimiento y no brinda la alternativa que la firma del inspector en dicho documento sea opcional y/o facultativa.
47. En este caso se advierte claramente que los asientos 2 al 33 del cuaderno de obra,¹¹ solo cuentan con la firma de residente más no cuenta con la del inspector de obra, lo que muestra que El Consorcio venia ejecutando la obra contraviniendo el artículo 194 del Reglamento de la Ley.
48. Otro hecho importante a mencionar es que el profesional que firma como residente en el cuaderno de obra no es el que se menciona en El Contrato. Es decir si la oferta de El Consorcio conforme a dicho instrumento es que el Ing. Augusto Guillermo Mejia Vilchez fuese el residente, quien firma las 30 folios del cuaderno mencionado no es dicho profesional sino otro, el Ing. Nelson Fausto Ruiz Vega.
49. Si bien el artículo 185 del Reglamento de la Ley contempla la posibilidad que se cambie al profesional residente, ello supone contar con la autorización de

¹⁰ Más aún si la Cláusula Décimo Octava de El Contrato señala como marco normativo de las prestaciones a cargo de las partes, las normas sobre contratación estatal.

¹¹ Pruebas aportadas por El Consorcio.

la entidad. En este caso no hay ningún documento que pruebe que El Consorcio solicitó el cambio o que La Municipalidad autorizó para que el nuevo residente y el que firmó el cuaderno sea el Ing. Nelson Fausto Ruiz Vega.

50. De lo expuesto en los párrafos anteriores, el árbitro único tiene la convicción que los trabajos a cargo de El Consorcio y que han culminado (en una primera etapa) con la presentación de la Valorización N° 01, se han ejecutado contraviniendo las normas contenidas en la Ley y el Reglamento de la Ley, lo que revela un accionar fuera del marco contractual que vinculó a las partes y fuera del marco legal en materia de contratación estatal, por lo que mal podría ampararse la primera pretensión de El Consorcio.
51. De otro lado, La Municipalidad denuncia en sede arbitral que existe una investigación fiscal¹² en contra de los representantes de El Consorcio y antiguos funcionarios de La Municipalidad por la supuesta comisión del delito contra la administración publica en la modalidad de colusión simple.
52. Al respecto cabe indicar que si bien la denuncia se basa en los mismos hechos alegados por las partes en este arbitraje, el árbitro único no puede pronunciarse en relación a la imputación que la fiscalía hace en dicha denuncia, ni tampoco podría suspender este arbitraje (como solicitó La Municipalidad en algún momento en esta instancia) motivado solo por la existencia de una denuncia y/o investigación que tiene connotación penal.
53. En relación con la segunda pretensión de El Consorcio tampoco corresponde ampararla ya que siquiera entrar al estudio o análisis de ésta pretensión dependerá que la primera pretensión sea amparada, lo que no ha ocurrido en este caso conforme se colige de los fundamentos expuestos anteriormente.

¹² Caso N° 255-2016 / Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Libertad – Sede Trujillo.

54. Finalmente, toca pronunciarse sobre la distribución de los gastos arbitrales.

Al respecto cabe mencionar que el artículo 73 de la Ley de Arbitraje vigente dispone que el árbitro único tendrá en cuenta el acuerdo de las partes para los efectos de la imputación o distribución de los gastos arbitrales. De no existir acuerdo la parte vencida será quien asuma el pago de dichos gastos, salvo que el árbitro único estime el prorr泄eo de los mismos entre las partes en atención a las circunstancias del caso.

55. La cláusula décimo novena de El Contrato no regula la forma en que los gastos arbitrales pagados deben distribuirse o quien debe asumirlos, por lo que en atención a que cada parte ha tenido fundamento que exponer en este arbitraje y ha utilizado las herramientas arbitrales en favor de sus posiciones, el árbitro único estima conveniente ordenar que cada uno asuma los gastos en partes iguales con la siguiente precisión.

56. Conforme a las resoluciones 1 y 4, El Consorcio pagó la totalidad de los gastos arbitrales indicados en el acta de instalación, es decir la suma de S/. 15,514.00 Nuevos Soles, por lo que entonces La Municipalidad deberá devolver la mitad de dicha suma dineraria a El Consorcio es decir S/. 7,757.00 Nuevos Soles.

Por lo expuesto en los considerandos anteriores, el árbitro único resuelve

1. Declarar INFUNDADA la Primera y Segunda Pretensión de El Consorcio.

2. Ordenar que cada parte asuma la mitad de los gastos arbitrales totales señalados en el acta de instalación, por lo que La Municipalidad deberá devolver a El Consorcio la suma de S/. 7,757.00 Nuevos Soles.

Notifíquese a las partes

MARCO ANTONIO RODRIGUEZ FLORES
Árbitro Único