

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

DEMANDANTE	Consorcio Huamanccasa, en adelante el Consorcio o demandante
DEMANDADO	Municipalidad Provincial de Chincheros, en adelante la Entidad o demandado .
ARBITRO ÚNICO	Jhanett Victoria Sayas Orocaja
SECRETARIA ARBITRAL	Nicanor Milton Gómez Zúñiga.
CONTRATO N°	16-2013-CE "Movimiento de Tierras y Voladura de roca fija y roca suelta para la Obra Mejoramiento de carretera Afirmado – Chincheros – Moyaccasa – Huaccana, Provincia de Chincheros - Apurímac".

RESOLUCIÓN N° 16

Lima, 23 de diciembre de 2022

VISTOS:

I. ANTECEDENTES DEL PROCESO ARBITRAL

1) Contrato

Con fecha 24 de junio de 2013, el CONTRATISTA y la ENTIDAD, celebraron el Contrato N° 16-2013-CE "Movimiento de Tierras y Voladura de roca fija y roca suelta para la Obra Mejoramiento de carretera Afirmado – Chincheros – Moyaccasa – Huaccana, Provincia de Chincheros - Apurímac".

2) Convenio Arbitral

La cláusula décimo sexta del Contrato establece lo siguiente:

"Cláusula décimo sexta: Solución de controversias

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 176, 177 y 181 del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.



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

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

Como puede verse del texto de la cláusula décimo sexta y de lo dispuesto en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se aprecia que el Árbitro Único a cargo del proceso arbitral tiene competencia para solucionar las controversias contractuales puestas a su decisión por las partes, al tratarse de una arbitraje ad hoc.

II. INSTALACIÓN Y APERTURA DEL PROCESO

AUDIENCIA DE INSTALACIÓN:

Con fecha 17 de marzo de 2021, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación mediante la plataforma Google meet, se reunieron la abogada Jhanett Victoria Sayas Orocaja, en calidad de Árbitra Única, conjuntamente con el abogado Héctor Martín Inga Aliaga, de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, contando con la presencia del Consorcio Huamanccasa y dejando constancia de la inasistencia de los representantes de la Municipalidad Provincial de Chincheros a pesar que con fecha 18 de febrero del 2021 presentó escrito de apersonamiento.

En el mismo acto, quedó establecido que el arbitraje sería Ad Hoc, Nacional y de Derecho, señalándose como lugar del arbitraje la ciudad de Lima y como la Sede Arbitral del mismo, las oficinas ubicadas en la calle Pablo Bermúdez N° 177 oficina 206, Cercado de Lima y para la presentación de escritos y notificaciones el correo electrónico secretariaarbitral14@gmail.com.

Finalmente se declaró instalado el Árbitro Único, otorgándole al Contratista un plazo de veinte (20) días hábiles para la presentación de su demanda y la Entidad conteste la demanda arbitral en un plazo de veinte (20) días hábiles; y que cada parte al momento de ofrecer sus medios probatorios deberá identificarlos con claridad, así como señalar el número que le corresponde a cada uno de ellos a fin de facilitar su ubicación y la relación de éstos con los argumentos que se expongan.

MARCO LEGAL APLICABLE PARA RESOLVER LA CONTROVERSIA

En el numeral 9 del Acta de Instalación del Árbitro Único, se estableció que el arbitraje se regirá de acuerdo con las reglas establecidas por las partes en el Acta de Instalación, la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por Ley N° 29873, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N°184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N°138-2012-EF, y las Directivas que apruebe el OSCE para tal efecto. Supletoriamente, regirán las normas

procesales contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje.

III. ACTUACIONES ARBITRALES

3.1 Demanda arbitral por el Contratista

Con fecha 16 de abril de 2021, el Contratista dentro del plazo de 20 días hábiles señalado en el numeral 25 del Acta de Instalación, cumplió con presentar su demanda arbitral contra el Consorcio planteando sus pretensiones y adjuntando los respectivos medios probatorios:

Pretensiones de la demanda:

Primera pretensión de la demanda: Que la Municipalidad Provincial de Chincheros, disponga de forma inmediata la devolución a favor del Consorcio Huamanccasa de la suma de S/ 209,967.30 (doscientos nueve mil novecientos sesenta y siete con 30/100 soles), correspondiente a la garantía de fiel cumplimiento del Contrato de Servicio N° 16 de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 16-CE- derivada del concurso público N° 01-2012-CE-MPCH, para el movimiento de tierras y voladura de roca suelta para la obra "Mejoramiento de carretera afirmado – Chincheros – Moyaccasa – Huaccana, provincia de Chincheros – Apurímac" Item I – excavación, clasificada voladura de roca fija y roca suelta.

Pretensión subordinada a la primera pretensión principal: Que en el caso la pretensión principal no sea amparada, solicitamos que de manera subordinada la Municipalidad Provincial de Chincheros reconozca y pague a favor del Consorcio Huamanccasa la suma de S/ 209,967.30 (doscientos nueve mil novecientos sesenta y siete con 30/100 soles), por enriquecimiento indevido sin causa.

Segunda pretensión principal: Que, la Municipalidad Provincial de Chincheros, disponga de forma inmediata el pago a favor del Consorcio Huamanccasa de la suma de S/ 5,000.00 (cinco mil con 00/100 soles), por concepto de daños y perjuicios por lucro cesante y daño emergente.

Tercera pretensión principal: Se disponga a la Municipalidad Provincial de Chincheros el pago de costos y costas procesales, por la suma de S/ 25,516,88 (veinticinco mil quinientos dieciséis con 88/100 soles).

Antecedentes

- 
- 1) En fecha 24 de junio del año 2013, el Consorcio Huamanccasa y la Municipalidad Provincial de Chincheros suscribieron el Contrato Servicio N° 16 de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 16-CE derivada del concurso público N° 01-2012-CE-MPCH, señalando como objeto del contrato "Excavación clasificada de voladura de roca fija y roca suelta para la obra "Mejoramiento de carretera

afirmado – Chincheros – Moyaccasa – Huaccana, provincia de Chincheros - Apurímac” - ITEM I, cuyo monto asciende a S/ 2,099,673.02 (dos millones noventa y nueve mil seiscientos setenta y tres con 02/100 nuevos soles).

- 2) Para la suscripción de contrato y en mérito a lo dispuesto en la cláusula sétima, se autorizó a la Municipalidad Provincial de Chincheros para que hagan la retención del 10% del monto del contrato por el Item I como garantía de fiel cumplimiento, hasta por la suma de S/ 209,967.30 (doscientos nueve mil novecientos sesenta y siete con 30/100 soles).

Fundamentos que sustentan las pretensiones:

Respecto a la primera pretensión principal:

- 3) Obtenida la buena pro, el Consorcio ha cumplido de manera oportuna con los documentos para la suscripción del contrato, entre los cuales se encuentra la carta fianza que garantiza el fiel cumplimiento del contrato, acogándose en este punto a la retención del 10%. Las garantías que pueden ser exigidas para la suscripción del contrato son aquellas establecidas en el artículo 39 de la ley, dentro de las cuales se encuentra la garantía de fiel cumplimiento del contrato, por la suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original.
- 4) Para que se pueda garantizar el fiel cumplimiento del contrato a través de la retención, la Entidad debe verificar que su contraparte es una MYPE y que el contrato es uno periódico de suministro de bienes o de prestación de servicios, debiéndose efectuar el análisis de la periodicidad del contrato respecto de la obligación a cargo de la Entidad, esto es, el pago de la contraprestación.
- 5) El Consorcio, ha cumplido con la presentación de la garantía de fiel cumplimiento, a través de la retención del 10% del monto del contrato que asciende a la suma de S/ 209,967.302, las cuales debían de ser retenidos durante la primera mitad de los pagos a realizarse, tal como se tiene establecido en la Cláusula Sétima del Contrato N° 16. Monto que debieron ser devueltos a la conclusión de la prestación del servicio, situación que nunca se dio pese a los reiterados requerimientos.

Respecto a la pretensión subordinada a la primera pretensión principal

- 6) Conforme a lo regulado por el artículo 155° del Reglamento, una vez cumplida con la prestación objeto del contrato, el monto de S/ 209,967.302, que corresponde a la retención como garantía de fiel cumplimiento debió de ser devuelta por la Municipalidad Provincial de Chincheros, caso contrario se estaría configurando un enriquecimiento indebido por parte de la entidad ya que por un lado se ha cumplido con la ejecución de la prestación del servicio
- 7) Que, al negarse a la devolución de la garantía de fiel de cumplimiento, queda evidenciado que la entidad demandada se ha enriquecido indebidamente al



incorporar a su patrimonio la suma de S/ 209,967.302 (doscientos nueve mil novecientos sesenta y siete con 30/100 soles), y que al negarse a devolver ha empobrecido al Consorcio, sin que exista causa o justificación que lo avale.

Respecto a la segunda pretensión principal

- 8) Es importante tener en consideración que el daño es todo detrimento que sufre una persona por la inejecución de la obligación, el daño, para ser reparado, debe ser cierto, no eventual o hipotético. Para que haya un daño contractual resarcible no basta que se incumpla la obligación y que el incumplimiento sea imputable al deudor, es necesario, que el incumplimiento produzca un perjuicio. Toda reclamación de daños y perjuicios, aunque se funde en un derecho inobjetable a exigirlos, requiere la prueba de su existencia.
- 9) La Municipalidad Provincial de Chincheros al no cumplir con la devolución de la garantía de fiel cumplimiento no obstante haber cumplido con la prestación objeto del contrato, ha generado serios perjuicios económicos al consorcio, por cuanto aún existen deudas que asumir a los proveedores de bienes y servicios, con quienes incluso a la fecha se viene manteniendo procesos judiciales.
- 10) Teniendo en consideración los elementos constitutivos de la responsabilidad civil contractual, la antijuricidad, se encuentra representado en la ilegal y arbitraria actitud de la entidad de no cumplir con sus obligaciones legales, en cuanto a la devolución de la garantía de fiel cumplimiento.
- 11) Téngase en cuenta que el daño emergente se encuentra claramente acreditado, a partir de cuando la entidad no ha cumplido con la devolución de la garantía de fiel cumplimiento, toda vez que, el Consorcio ha venido solventando los gastos ocasionados por este incumplimiento.
- 12) Respecto al lucro cesante, es de tener en consideración que, por esta institución jurídica se entiende a la renta o ganancia frustrada o dejada de percibir, queda acreditado que los daños y perjuicios por daño emergente y lucro cesante asciende a la suma de S/ 5,000.00 (Cinco mil con 00/100 soles).

Respecto a la tercera pretensión principal

- 13) De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 410° del Código procesal Civil, corresponde asumir a la entidad municipal el pago de las costas procesales, que a continuación se detallan:
 - Pago de gastos administrativos por inicio del proceso arbitral
 - Pago de honorarios arbitrales (que serán determinados una vez efectuada la liquidación)
 - Pago por honorarios de secretaria arbitral (que serán determinados una vez efectuada la liquidación)
 - Pagos por concepto de pasajes, estadía, alimentación y hospedaje en la



ciudad del Lima.

- Otros gastos derivados del proceso arbitral

- 14) Respecto a los costos del proceso, es necesario señalar que ello está compuesto básicamente con los honorarios del abogado de la parte vencedora, más un 5% para el Colegio de Abogados del distrito judicial respectivo. En tal sentido, los honorarios del abogado son S/.12,000.00.
- 15) Consecuentemente, los costos y costas procesales que se vienen generando en la secuela del presente proceso arbitral es de S/.25,516,88 (veinticinco mil quinientos dieciséis con 88/100 soles).

Medios probatorios de la demanda:

Documentales

- 1) Copia del Contrato Servicio N° 16 de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 16 – 2013-CE- derivada del concurso público N° 01-2012-CE-MPCH.
- 2) Copia del contrato privado de Consorcio Huamanccasa.
- 3) Copia de la Factura N° 0120, valorización N° 01 de mes de julio de 2013.
- 4) Copia del cheque N° 75670691 7 018 403 0403000914 68, por la suma de S/ 323,623.70
- 5) Copia del Comprobante de pago N° 1850, de fecha 10.10.13
- 6) Copia de la Orden de servicio N° 01-00810, de fecha 02.10.2013
- 7) Copia de la Factura N° 133, valorización N° 02 del mes de agosto de 2013.
- 8) Copia del Informe de Conformidad N° 0236-2013-JVL/SGDUR/MPCH.
- 9) Copia del Informe de conformidad N° 010-2013-MPCH-MCACHMH-RO/ESC.
- 10) Copia de la Carta N° 030-2013-MPCH/IFM/SO.
- 11) Copia de la Carta N° 012-2013-CH/RL-MPCH (Informe de valorización).
- 12) Copia del Comprobante de Pago N° 1943 de fecha 29.10.2013
- 13) Copia del comprobante de pago N° 1944 de fecha 29.10.2013
- 14) Copia de la orden de servicio N° 01-00892 de fecha 23.10.2013
- 15) Copia de la factura N° 00136, valorización N° 3 de setiembre de 2013.
- 16) Copia del cheque N° 75670841 8 018 403 0403000914 68, por la suma de S/ 524,537.09
- 17) Copia del Comprobante de pago N° 2009, de fecha 21.11.2013
- 18) Copia del Comprobante de pago N° 2008, de fecha 21.11.2013
- 19) Copia de la constancia de retención por detracción
- 20) Copia de la Orden de servicio N° 01-00978, de fecha 19.11.2013
- 21) Copia de la Factura N° 140, valorización N° 04 del mes de octubre de 2013.
- 22) Copia de la Carta N° 033-2013-MPCH/IFM/SO
- 23) Informe de conformidad N° 019-2013-MPCH-MCACHMH-RO/ESC.
- 24) Copia de la Carta N° 017-2013-CH/RL-MPCH (Informe de valorización N° 4)
- 25) Copia de la Factura N° 143, valorización N° 5 del mes de noviembre de 2013, por la suma de S/ 287,822.03.

Exhibición que la Municipalidad deberá de realizar:



- 26) Expediente de pago de la valorización N° 01, del mes de julio de 2013.
- 27) Expediente de pago de la valorización N° 02, del mes de agosto de 2013.
- 28) Expediente de pago de la valorización N° 01, del mes de setiembre de 2013.
- 29) Expediente de pago de la valorización N° 01, del mes de octubre de 2013.
- 30) Expediente de pago de la valorización N° 01, del mes de noviembre de 2013.
- 31) Expediente de pago de la valorización N° 01, del mes de diciembre de 2013.
- 32) Expediente de pago de la valorización N° 01, del mes de julio.

3.2 CONTESTACION DE LA DEMANDA POR LA ENTIDAD

Con escrito de fecha **18 de mayo de 2021**, la Entidad contestó la demanda arbitral formulada por la Entidad, solicitando que en su oportunidad sea desestimada, en los siguientes términos:

Fundamentos de hecho:

Respecto de la primera pretensión:

- 1) El contrato está suscrito por la suma de S/ 2'099,673.02 (Dos millones noventa y nueve mil seiscientos setenta y tres con 02/100 Soles) con una retención que, es por la garantía de fiel cumplimiento, en caso de incumplimiento, la que debió efectuarse durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse, del monto total que percibió el Consorcio y lo que indica el Contrato N° 16.
- 2) Como se observa, son estructuras con las que el Consorcio, ha valorizado de acuerdo al Contrato N°16-2012, pero cabe precisar también que del mismo modo se detallan diferentes montos con los del contrato monto facturado y la cantidad de valorizaciones presentadas y pagadas son 6 y 5 de ellas canceladas correspondientes al año 2013, y la última correspondiente al año 2014, en el cuadro número 6 valorizaciones correspondientes al mes de diciembre del 2013, pagadas en el año 2014, haciendo una sumatoria del porcentaje de avance de acuerdo a las conformidades del residente; y con visto bueno del supervisor excediendo pues al 100% con una diferencia en porcentajes de 1.72% en el cuadro; y para efectos de veracidad en cuanto a los metrados con visto de conformidad del residente y visado por el supervisor de obra, se ha revisado el cuaderno de obra, debido a la duda por los valores presentados de los metrados a favor del Consorcio Huamanccasa; y haciendo importancia a la incoherencia en las fórmulas planteadas por partes del residente se verificó y encontró que el cuadro número uno que es el resumen total de los metrados valorizados a favor del contratista y que no son consistentes con el cuaderno de obra, que indicó en el que, teniendo como resultado final que de acuerdo al cuaderno de obra los metrados contabilizados ascienden pues a un monto acumulado de 237,058.94 M3, contados con un saldo de metrado por ejecutar de 7,100.45 M3, y concluyendo que los metrados que presenta el residente para su conformidad al Consorcio Huamanccasa, del mismo modo indicó que en la comparación del



resumen de valorización acumulada N° 9 del residente de obra ingeniero Edward Solier Cabrera, no son consistentes con su conformidad que le otorgó al Consorcio Huamanccasa.

- 3) El contrato a la fecha ya se encuentra liquidado y cerrado de acuerdo al sistema de seguimiento de inversiones.
- 4) El Consorcio ha facturado la suma de S/ 2'049,059.88 (Dos millones cuarenta y nueve mii cincuenta y nueve con 88/100 Soles), de los cuales ha percibido la suma de S/ 1'830,929.87 (Un Millón ochocientos treinta mii novecientos veintinueve con 87/100 Soles), como también se concluye que el porcentaje de retención del 10% de acuerdo al contrato N° 16 no es consistente ya que se ha observado los pagos y retenciones el área de tesorería, que tuvo criterios que no son explícitos ni concordantes con el contrato.
- 5) El residente presenta los metrados valorizando en las conformidades realizadas al Consorcio de los cuales son diferentes al cuaderno de obra; cabe indicar que el cuaderno de obra el cual registra las ocurrencias y acontecimientos de los trabajos diarios, que se ejecutan en la obra de los cuales los datos de la conformidad de los metrados deberían ser igual al cuaderno de obra.
- 6) De las observaciones; se concluye que dichos valores de los metrados presentados no son concordantes con el cuaderno de obra; por ende, no son reales del mismo modo lo expuesto en el numeral 2 de la facturación que debió presentar el Consorcio, de acuerdo al cuaderno de obra debió ser por la suma total de (S/ 1'789,740.29) Un millón setecientos ochenta y nueve mil setecientos cuarenta con 29/1010 Soles.
- 7) De acuerdo al análisis de ejecución financiera del numeral 3, el Consorcio ha facturado S/ 2'049,059.88 (Dos millones cuarenta y nueve mil cincuenta y nueve con 88/100 Soles), de los cuales se ha retenido S/ 218,130.01 (Doscientos dieciocho mil ciento treinta con 01/100 Soles), siendo este el valor del 10.39% del monto del contrato por lo que el monto cancelado real acorde a los comprobantes de pago fue de S/ 1'830,929.87 (Un millón ochocientos treinta mil novecientos veintinueve con 87/100 Soles), el monto real del pago a favor de Consorcio debió ser S/ 1'789,740.29 (Un millón setecientos ochenta y nueve mil setecientos cuarenta con 29/100 Soles), cómo se observa se le pagó más S/ 41,189.58 (Cuarenta y un mil ciento ochenta y nueve con 58/100 Soles).
- 8) La Resolución de Alcaldía N° 197 2014-MPCH, en uno de sus párrafos indica que la culminación del contrato N° 16 fue el día 26 de noviembre del 2013, dicho esto el Consorcio tiene un pago efectuado mediante Factura 022-00148 correspondiente al mes de diciembre del 2013, visto existe una penalidad al consorcio por incumplimiento de la fecha contractual puesto que no tiene una ampliación de plazo o adenda al contrato aprobado por la Municipalidad



Provincial de Chincheros: y si la presentó fue rechazada y lo detalla en el artículo segundo declara improcedente la solicitud de pago de adicional al N° 11.

- 9) De acuerdo al contrato la cláusula séptima garantías: Indica que se hará la retención del 10% al contrato para efectos de fiel cumplimiento y la cláusula octava ejecución de garantías; por faltas de renovación, en donde la entidad está facultada para ejecutar la garantía de cuando el contratista no cumpliera.
- 10) Del reglamento de la ley 30225 en su capítulo cuarto Incumplimiento del contrato señala en el artículo 163 otras penalidades los documentos de procedimiento pueden establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo 162 y cuando sean objetivas razonables congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación el artículo 166 efectos de la resolución, si la parte perjudicada es la Entidad esta ejecuta las garantías que el contratista hubiera otorgado sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños irrogados. dicho esto, se toma el criterio de que el contratista no ha cumplido con su contrato por lo que no correspondería realizar la devolución de su garantía del 10%, se reitera y señala que los documentos con los que fueron pagadas las valorizaciones a favor del Consorcio, son valores e incompatibles con el cuaderno de obra.

Pretensión accesoria de la pretensión principal:

- 11) Teniendo en cuenta que lo accesorio sigue la suerte del principal y habiéndose demostrado el carácter infundado de la primera pretensión principal planteada, el resto de las pretensiones también deviene en infundada; el quinto y sexto párrafo del Artículo 209° del Reglamento ha establecido que en caso la resolución de 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, actualizado mediante las fórmulas de reajuste hasta la fecha en que se efectuó la resolución del contrato, lo mismo sucederá con el contratista.

Medios probatorios:

- a) Copia de las valorizaciones que corren a fojas 07, con el cual demostramos la Inconsistencia
- b) Copia de los metrados del cuaderno de obra de los metrados ejecutados.
- c) Copia de las fojas del cuaderno de obra, en resumen.
- d) Copia de las fojas del cuaderno de obra detallado del supervisor al residente de obra.
- e) Copia de la Resolución de Alcaldía N° 197-2014-MPCH

3.3 DESARROLLO DEL PRESENTE ARBITRAJE

- 1) **Con fecha 16 de abril de 2021 el Contratista** dentro del plazo de 20 días hábiles señalado en el numeral 26 del Acta de Instalación, cumplió con presentar su demanda arbitral.

- 2) **Con Resolución N° 01 de fecha 19 de abril de 2021**, se admitió a trámite la demanda y se corrió traslado de la misma a la Entidad.
- 3) **Con fecha 18 de mayo de 2021, la Entidad** contestó la demanda.
- 4) **Con Resolución N° 02 de fecha 01 de junio de 2021**, se admitió a trámite la contestación de demanda.
- 5) **Con Resolución N° 03 de fecha 08 de julio de 2021**, se suspendió las actuaciones arbitrales del presente proceso arbitral por no acreditar las partes el pago de los honorarios arbitrales
- 6) **Con Resolución N° 04 de fecha 25 de agosto de 2021**, luego del pago de los honorarios arbitrales por parte del Consorcio, se levantó la suspensión decretada mediante Resolución N° 03.
- 7) Mediante **Resolución N° 07 de fecha 20 de diciembre de 2021**, se concedió a las partes cinco (05) días hábiles para que formulen su propuesta de puntos controvertidos; y se citó a la Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, la misma que se llevará a cabo el día lunes 24 de enero de 2022.
- 8) Mediante **Resolución N° 08 de fecha 25 de enero de 2022**, se declaró saneado el proceso, se otorgó un plazo adicional para si logran conciliar se fijó los puntos controvertidos y se admitió los medios probatorios como sigue a continuación:

Puntos Controvertidos:

Pretensiones de la demanda:

Primer punto punto controvertido (Primera Pretensión principal): Determinar si corresponde o no disponer, que la Municipalidad Provincial de Chincheros, devuelva a favor del Consorcio Huamanccasa la suma de S/ 209,967.30 (Doscientos nueve mil novecientos sesenta y siete con 30/100 Soles), correspondiente a la garantía de fiel cumplimiento del Contrato de Servicio N° 16 de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 16-CE, derivada del concurso público N° 01-2012-CE-MPCH, para el movimiento de tierras y voladura de roca suelta para la obra "Mejoramiento de carretera afirmado – Chincheros – Moyaccasa – Huaccana, provincia de Chincheros – Apurímac" Item I – excavación, clasificada voladura de roca fija y roca suelta.

Segundo punto controvertido (Pretensión subordinada a la primera pretensión principal): Determinar si corresponde o no, que en el caso que la pretensión principal no sea amparada, de manera subordinada la Municipalidad Provincial de Chincheros reconozca y pague a favor del Consorcio Huamanccasa la suma de S/ 209,967.30 (Doscientos nueve mil novecientos sesenta y siete con 30/100 Soles), por enriquecimiento indebido sin causa.

Tercer punto controvertido (Segunda pretensión principal): Determinar si corresponde o no disponer, que la Municipalidad Provincial de Chincheros, pague a favor del Consorcio Huamanccasa la suma de S/5,000.00 (Cinco mil con 00/100 Soles), por concepto de daños y perjuicios por lucro cesante y daño emergente.

Cuarto punto controvertido (Cuarta pretensión principal): Determinar a cuál de las partes le corresponde asumir la totalidad de los gastos arbitrales o en qué proporción.

Admisión de medios probatorios:

Respecto a la demanda presentada por el Consorcio

Se admiten todos los medios probatorios ofrecidos y que se encuentran identificados en el Acápite V. **PRUEBAS** a) Documentales del **Anexo 5.1 al anexo 5.25**.

Respecto a la contestación de la demanda presentada por la Entidad

Se admiten todos medios probatorios ofrecidos y que se encuentran identificados en el Acápite **MEDIOS PROBATORIOS, Anexo 1 al Anexo 5**.

Respecto a la exhibición de documentos solicitado por el Consorcio.

Se admiten todos los medios probatorios ofrecidos y que se encuentran identificados en el Acápite V. **PRUEBAS** a) Documentales del **Anexo 5.26 al anexo 5.32**, presentados por la Entidad mediante escrito s/n denominado "Remite documentos electrónicos y otros"

- 9) **Mediante escrito presentado el 18 de febrero de 2022**, la Entidad menciona que al existir inconsistencias con relación al pago efectuado y del cobro integro que ha realizado el consorcio Huamanccasa, solicita se nombre un perito de la rama para que pueda ilustrar y sustentar sobre los pagos efectuados al consorcio Huamanccasa por parte de la Municipalidad Provincial de Chincheros.
- 10) **Con Resolución N° 09 de fecha 01 de marzo de 2022**, se corrió traslado del escrito presentado por la entidad.
- 11) **Con Resolución N° 10 de fecha 20 de junio de 2022**, se declaró improcedente el pedido de la Entidad sobre la designación de un perito y se convocó a la Audiencia Especial de Ilustración de Hechos e Informes Orales para el viernes 15 de julio de 2022.
- 12) **Mediante Resolución N° 11 de fecha 15 de julio de 2022 y Resolución N° 12 de fecha 12 de agosto de 2022**, a solicitud de la Municipalidad Provincial de Chincheros se reprogramó la mencionada audiencia especial.



- 13) Con fecha **02 de setiembre de 2022**, se llevó a cabo la audiencia de informes orales e ilustración de hechos, con asistencia de la parte demandante, dejando constancia la inasistencia de la Entidad, pese haber sido debidamente notificada.
- 14) Con fecha **18 de febrero de 2022**, la Entidad formuló alegatos escritos de cuyo contenido se advierte que afirma los argumentos de su contestación de demanda.
- 15) Con fecha **21 de marzo de 2021**, el Contratista formulo sus alegatos escritos, afirmando los argumentos de su demanda.
- 16) Con Resolución N° 14 de fecha **07 de octubre de 2022**, notificada a las partes con fecha 10 de octubre de 2022, se señaló el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles.
- 17) Con Resolución N° 15 de fecha **21 de octubre de 2022**, notificada a las partes con fecha 25 de octubre de 2022, se señaló nuevo plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, contados desde el día hábil siguiente de notificada la presente resolución, plazo que podrá ser prorrogado automáticamente en veinte (20) días hábiles adicionales, sin necesidad de emisión de resolución, computándose el plazo adicional desde el día hábil siguiente de vencido el plazo original.

ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES Y LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

I. Cuestiones Preliminares

- Las pretensiones de las partes han sido recogidas a través de los puntos controvertidos aprobados en la Audiencia respectiva.
- Se han revisado y analizado todos y cada uno de los medios probatorios presentados por las partes, adjudicándoles el mérito que les corresponde aun cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno de ellos o el valor probatorio asignado.
- El proceso se ha desarrollado cumpliendo con todas sus etapas, otorgando a las partes la oportunidad de exponer tanto por escrito como en forma oral sus posiciones.

II. Materia controvertida

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Árbitro Único, pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de ella, 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 del proceso. 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 juzgador respecto de tales hechos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje 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 presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece 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. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que la propuso y proporcionó”¹

Asimismo, el Árbitro Único, 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 de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado, por lo que el Árbitro Único deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral haga referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Árbitro Único, tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

Adicionalmente debe precisarse que, los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar el Árbitro Único, pudiendo en consecuencia realizar un análisis conjunto de los mismos en aquellos casos en los que se encuentren íntimamente ligados, por lo que, en ese sentido, el Árbitro Único considera que el análisis debe realizarse de acuerdo a la forma siguiente:

En consecuencia, habiéndose cumplido con los presupuestos procesales y no existiendo vicio alguno al respecto que afecte la validez del proceso, corresponde proceder al análisis de la materia controvertida sometida a este arbitraje, conforme sigue a continuación:



III. Respecto a los puntos controvertidos:

A. Respecto al primer punto controvertido: Referido a la primera pretensión de la demanda arbitral.- Determinar si corresponde o no disponer, que la Municipalidad

¹ TARAMONA HERNÁNDEZ, José Rubén. “Medios Probatorios en el Proceso Civil”. Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

Provincial de Chincheros, devuelva a favor del Consorcio Huamanccasa la suma de S/ 209,967.30 (Doscientos nueve mil novecientos sesenta y siete con 30/100 Soles), correspondiente a la garantía de fiel cumplimiento del Contrato de Servicio N° 16 de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 16-CE, derivada del concurso público N° 01-2012-CE-MPCH, para el movimiento de tierras y voladura de roca suelta para la obra "Mejoramiento de carretera afirmado – Chincheros – Moyaccasa – Huaccana, provincia de Chincheros – Apurímac" Item I – excavación, clasificada voladura de roca fija y roca suelta.

CONSIDERANDO:

Primero: La posición expresada por el CONSORCIO en su demanda, alegatos y demás escritos presentados a lo largo del proceso arbitral, en relación a su primera pretensión arbitral referida a que se disponga la devolución de la retención correspondiente a la garantía de fiel cumplimiento del contrato de servicio N°16 derivado de la AMC N°16-CE y Concurso Público N°01-2012-CE-MPCH se sustenta en lo siguiente: **i)** Que obtenida la buena pro, cumplido con los documentos para la suscripción del contrato, entre los cuales se encuentra la garantía de fiel cumplimiento del contrato, acogiendo para ello a la retención del 10% del monto del contrato; **ii)** Que la retención del 10% del monto del contrato asciende a la suma de S/ 209,967.302, a ser retenido durante la primera mitad de los pagos a realizarse, tal como se tiene establecido en la Cláusula Séptima del Contrato N°16, quinto párrafo del artículo 39 de la Ley de Contrataciones del Estado y artículo 21 de la Ley N° 28015 – Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa; **iii)** Que el monto retenido como garantía de fiel cumplimiento debe ser devuelto a la conclusión de la prestación del servicio, situación que nunca se dio pese a los reiterados requerimientos; **iv)** Que el objeto del Contrato N°16 es la prestación del servicio "Excavación clasificada de voladura de roca fija y roca suelta para la obra "Mejoramiento de carretera afirmado – Chincheros – Moyaccasa – Huaccana, provincia de Chincheros - Apurímac" - ITEM I, no una obra; **v)** Que, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula Quinta del Contrato N°16, el plazo para el cumplimiento de la prestación se encontraba prevista en ciento cincuenta (150) días, los cuales debían ser pagados en valorizaciones mensuales, lo que se materializó en cinco meses para el cumplimiento de la prestación objeto del contrato, el cual inició en el mes de julio de 2013, por lo que la retención del 10% del monto del contrato que asciende a la suma de S/.209,967.30 le fue realizada por la ENTIDAD, durante las tres primeras valorizaciones, siendo las retenciones realizadas las siguientes: Julio 2013 por S/. 18,044.76, agosto 2013 por S/. 129,924.88 y setiembre 2013 por S/. 61,997.66.

Segundo: La posición expresada por la ENTIDAD en su contestación de demanda, alegatos y demás escritos presentados a lo largo del proceso arbitral, en relación con la primera pretensión arbitral del CONSORCIO, se sustenta en lo siguiente: **i)** El contrato está suscrito por la suma de S/ 2'099,673.02 (Dos millones noventa y nueve mil seiscientos setenta y tres con 02/100 Soles) con una retención por la garantía de fiel cumplimiento, la que debió efectuarse durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse, del monto total que percibió el Consorcio y lo que indica el Contrato N°16; **ii)** Que son estructuras con las que el Consorcio ha valorizado de



acuerdo al Contrato N°16-2012; iii) Que en ejecución contractual se detallan diferentes montos entre lo facturado y la cantidad de valorizaciones presentadas y pagadas, que hacen un porcentaje de avance de acuerdo a las conformidades del residente y con visto bueno del supervisor, lo cual excede al 100% con una diferencia porcentual de 1.72%; iv) Que, los metrados valorizados y pagados a favor del Contratista no son consistentes con el cuaderno de obra, en el cual hay un monto acumulado de 237,058.94 M3, con un saldo de metrados por ejecutar de 7,100.45 M3 versus los metrados que ha dado conformidad el residente de obra ingeniero Edward Solier Cabrera; v) Que la primera pretensión del Consorcio es arbitraria porque no demuestra que se le ha retenido el 10% de la garantía de fiel cumplimiento de contrato, que asimismo la Entidad no ha realizado retenciones al Contratista en ninguna de sus valorizaciones, por negligencia de los servidores públicos de la Entidad; vi) Que, por el contrario hay un pago en excedencia que el Consorcio debe devolver.

Tercero: De lo expresado por las partes en la demanda, contestación, alegatos, medios probatorios aportados por las partes y demás actuaciones arbitrales a lo largo del presente proceso arbitral en relación con la primera pretensión de la demanda, referida a la devolución de la garantía de fiel cumplimiento de contrato, el Árbitro Único ha verificado, lo siguiente:

3.1 Objeto del contrato: Que el contrato a que se refiere la materia sub litis es uno de prestación de servicios, conforme es de verse de las cláusulas primera y segunda del mismo, cuyo texto se reproduce a continuación:

CLÁUSULA PRIMERA: ANTECEDENTES
Con fecha , el Comité Especial adjudicó la Buena Pro del ADJUDICACION DE MENOR CUANTIA N° 016 DERIVADA DE CONCURSO PUBLICO 01-2012-MPCH-CE para la contratación del servicio EXCAVACIÓN CLASIFICADA VOLADURA DE ROCA FIJA y ROCA SUELTA PARA LA OBRA MEJORAMIENTO DE CARRETERA AFIRMADO-CHINCHEROS – MOYACCASA - HUACCANA, PROVINCIA DE CHINCHEROS – APURÍMAC, al señor RAMIREZ AYBAR LIBIO ROMELL, cuyos detalles e importe constan en los documentos integrantes del presente contrato.

CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO
El presente contrato tiene por objeto EXCAVACIÓN CLASIFICADA VOLADURA DE ROCA FIJA y ROCA SUELTA PARA LA OBRA MEJORAMIENTO DE CARRETERA AFIRMADO-CHINCHEROS – MOYACCASA - HUACCANA, PROVINCIA DE CHINCHEROS – APURÍMAC (ITEM I), conforme a los Términos de Referencia.

3.2 Monto del contrato: Que conforme es de verse de la cláusula tercera, el monto por el cual se suscribió el Contrato N°16 – Item I, asciende a la suma de S/.2,099,673.02 (Dos millones noventa y nueve mil seiscientos setenta y tres con 02/100 soles) incluido IGV. Cuyo texto se reproduce a continuación:

CLÁUSULA TERCERA: MONTO CONTRACTUAL
El monto total del presente contrato asciende a S/. 2, 099,673.02 (ITEM I), (Dos Millones Noventa y Nueve Mil Seis Cientos Setenta y Tres con 02/100), incluye IGV.

Este monto comprende el costo del servicio, seguros e impuestos, así como todo aquello que sea necesario para la correcta ejecución de la prestación materia del presente contrato.

3.3 Garantía de fiel cumplimiento del contrato: De lo dispuesto en la cláusula séptima del Contrato N°16, se verifica que la garantía de fiel cumplimiento de contrato está conformada por la retención del monto de S/209,967.302 soles a realizarse en forma prorrateada en la primera mitad del número total de pagos, con cargo a ser devuelto a la finalización del contrato y que debe mantenerse vigente hasta la conformidad de la recepción de la prestación, conforme es de verse del texto de dicha cláusula que se reproduce a continuación:

CLÁUSULA SÉTIMA: GARANTÍAS

EL CONTRATISTA entregó a la suscripción del contrato la respectiva garantía solidaria, irrevocable, incondicional y de realización automática a sólo requerimiento, a favor de LA ENTIDAD, por los conceptos, importes y vigencias siguientes:

- De fiel cumplimiento del contrato³: S/. 209,967.302, a través de la retención que deberá efectuar la entidad *durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse, de forma prorrateada, con cargo a ser devuelto a la finalización del mismo.* Cantidad que es equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original, la misma que deberá mantenerse vigente hasta la conformidad de la recepción de la prestación.

En este sentido, de las alegaciones y documentos presentados por las partes en calidad de medios probatorios durante el proceso arbitral, entre los cuales se encuentra el contrato N°16, se verifica lo siguiente:

i) Que obra en autos, documentación y el propio dicho de ambas partes (CONSORCIO y ENTIDAD) reconociendo que el CONSORCIO ha presentado varias valorizaciones (cinco-05: julio, agosto, setiembre, octubre y noviembre 2013) y estas han sido aprobadas por el residente y supervisor de la obra y han sido pagadas, lo que acredita que se ha cumplido en dicho trámite, con el procedimiento de recepción y conformidad establecido en las cláusulas cuarta y novena del Contrato N°16, las mismas que disponen respectivamente lo siguiente:

- Cláusula novena del Contrato N°16 refiriéndose a la conformidad del servicio, dispone que ésta será otorgada por el supervisor y el residente de la obra *“Mejoramiento de Carretera afirmado-Chincheros-Moyaccasa-Huaccana, Provincia de Chincheros – Apurímac.”*
- Segundo párrafo de la cláusula cuarta del Contrato N°16 al regular el pago establece que éste se realiza conforme al avance físico por metro cúbico (prorrateado) de acuerdo con lo que indican los Términos de Referencia y a la conformidad otorgada por el residente y el supervisor de la obra.

ii) Que de las cinco valorizaciones, la única respecto a la cual se encuentra acreditada la retención prorrateada correspondiente a la garantía de fiel cumplimiento del contrato, es la Valorización N°02 del mes de agosto de 2013, en tanto que en las demás valorizaciones si bien el CONSORCIO alega que le han realizado la retención correspondiente, sin embargo no aporta material



probatorio que acredite tales retenciones, teniendo en consideración que siendo dicha parte (el CONSORCIO) quien alega dichos hechos, le correspondía probarlos, lo cual no ha ocurrido en el presente caso. A mayor detalle se muestra el siguiente cuadro que ilustra lo indicado:

N° de pago	Valorización	Documentos que acreditan pago	Retención efectuada 10%	Pago
01	01-julio 2013	- Factura N°120 (no acredita fecha de pago ni documento de pago). - Cheque N°75670691 7 018 403 0403000914 68 (ilegible) - Monto: S/.265,674.70 - Detracción: S/.31,880.96 (no acredita haberse efectuado esta detracción).	S/. 18,044.76 (No acreditada esta retención)	S/ 166,767.40 (No acreditado este monto de pago).
02	02-agosto 2013	- Factura N°133 pagado el 11.10.2013. - Orden de servicio N° 01-00810 pagado el 11.10.2013. - Comprobante de pago N° 1850. - Cheque N°75670691 7 018 403 0403000914 68, con informe de conformidad N°0236-2013-JVL/SGDUR/MPCH, informe de conformidad N°010-2013-MPCH-MCACHMH-RO/ESC, Carta N°030-2013-MPCH/M/SO - Monto: S/.514,987.02 - Detracción: S/.61,798.44	S/. 129,924.88 (acreditada esta retención con comprobante de pago N° 1850)	S/. 323,263.70
03	03-setiembre 2013	- Factura N°136 pagado el 29.10.2013 - Orden servicio N° 01-00892 - Comprobante de pago 1943. - Cheque N° 75670776 7 018 403 0403000914 68. - Monto: S/.309,988.29 - Detracción: S/ 37,198.59 (acreditado con constancia bancaria de detracción bancaria de fecha 30.10.2013). - Comprobante de pago 1943.	S/ 37,198.59 (No acreditada esta retención)	S/. 210,792.04 (acreditado este pago con cheque y
04	04 - octubre 2013	- Factura N°140 pagado el 20.10.2013, pagado el 21.11.2013. - Orden servicio N° 01-00978 - Conformidad de pago con Carta N°033-2013-MPCH/IFM/SO, Informe de Conformidad N°019-2013-MPCH-MCACHMH-RO/ESC., Carta N° 17-2013-CH-RL-MPCH - Cheque N° 75670841 7 018 403 0403000914 68. - Monto: S/.607,428.51 - Detracción: S/ 78,891.42 (no acreditada) - Comprobante de pago 2008.	S/ 78,891.42	S/.534.537.09
05	05 - noviembre 2013	- Factura N°143 del 13.12.2013 - Monto: S/.287,822.03	Ninguna	

Por consiguiente, si bien el contrato N°16 regula en su cláusula séptima que la garantía de fiel cumplimiento de contrato está conformada por la retención del monto de S/ 209,967.302 soles a realizarse en forma prorrateada en la primera mitad del número total de pagos, el solo hecho de su regulación en el contrato no implica que las partes han cumplido con ello, máxime si se tiene en consideración que con ocasión del presente proceso arbitral, la ENTIDAD niega haber efectuado la respectiva retención por el 10% del monto del

contrato y no se evidencia de las pruebas aportadas haberse efectivizado dicha retención.

- iii) Que, de las cinco valorizaciones, la única respecto a la cual se encuentra acreditada la retención prorrateada correspondiente a la garantía de fiel cumplimiento del contrato es la valorización 02 correspondiente al mes de agosto 2013, no existiendo evidencia documentaria que acredite haberse efectuado en las demás valorizaciones la retención por dicho concepto. Cabe precisar que si bien es cierto el consorcio presenta cartas e informes que hacen referencia a que se debe realizar la referida retención, sin embargo, ello no acredita de modo alguno que la retención se efectivizó, siendo responsabilidad de quien alega hechos (El CONSORCIO) probarlos fehaciente e indubitadamente.

3.4 Disposición legal sobre la garantía de fiel cumplimiento en forma de

retención: De lo dispuesto en el artículo 158° del Reglamento de la ley de Contrataciones del Estado establece: *“Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo. Esta deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original y tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, (...)”*; y que conforme del artículo 155° del Reglamento de la ley de Contrataciones del Estado dicha garantía podría darse en forma de retención, la misma que debe de efectuarse *“Alternativamente, en caso de suministro periódico de bienes o de prestación de servicios de ejecución periódica, así como en los contratos de consultoría y ejecución de obras, las micro y pequeñas empresas podrán optar que, como garantía de fiel cumplimiento, la Entidad retenga el diez por ciento (10%) del monto del contrato original, conforme a lo dispuesto en el artículo 39° de la Ley. Para estos efectos, la retención de dicho monto se efectuará durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse, de forma prorrateada, con cargo a ser devuelto a la finalización del mismo”*. Como es de verse de lo expuesto línea arriba, se verifica que el CONSORCIO no ha cumplido con acreditar que se haya efectivizado la retención como lo establece el contrato y la normativa de contrataciones del estado, como se ha indicado.

Por las consideraciones expuestas en los puntos precedentes, se concluye que no habiéndose acreditado que la retención del 10% del contrato realmente se haya efectivizado, no resulta factible inferir que la ENTIDAD tiene en su poder dicho dinero, por lo cual no puede disponerse la devolución del monto requerido por el CONSORCIO, al tratarse de un dinero respecto al cual el CONSORCIO no ha acreditado que se encuentre en poder de la ENTIDAD, lo cual constituye un presupuesto básico para atender lo peticionado en la primera pretensión de la demanda.

Por los fundamentos expuestos, corresponde declarar **IMPROCEDENTE** la primera pretensión de la demanda (correspondiente al primer punto controvertido).

- B. Respecto al segundo punto controvertido: Referido a la pretensión subordinada a la primera pretensión principal):** *Determinar si corresponde o no, que en el caso que la pretensión principal no sea amparada, de manera subordinada la Municipalidad Provincial de Chincheros reconozca y pague a favor del Consorcio Huamanccasa la suma de S/ 209,967.30 (Doscientos nueve mil novecientos sesenta y siete con 30/100 Soles), por enriquecimiento indevido sin causa.*

CONSIDERANDO:

Primero: El Consorcio señala que, al negarse la Entidad la devolución de la garantía de fiel de cumplimiento, queda evidenciado que se ha enriquecido indebidamente al incorporar a su patrimonio la suma de S/ 209,967.302 (doscientos nueve mil novecientos sesenta y siete con 30/100 soles), y ha empobrecido al Consorcio, sin que exista causa o justificación que lo avale.

Segundo: La Entidad con relación a esta segunda pretensión, alega que no se ha realizado retención por fiel cumplimiento no se ha producido, ya que no consta en ninguna valorización o comprobante que acredite que se ha retenido dicho monto.

Tercero: Que respecto al objeto materia de esta pretensión, es necesario tener presente que, La equidad es base fundamental del enriquecimiento sin causa –o enriquecimiento injustificado– toda vez que por cuestiones de lógica, al estar ante el supuesto de que una persona determinada se enriquece -ya sea en bienes materiales o inmateriales a expensas de otro- genera un quebrantamiento y vulneración a los derechos de ésta última, ya que el aumento en su patrimonio se origina a causa de la disminución patrimonial de otro sin encontrar en ambas situaciones una razón de justificación jurídica predeterminada, ya sea mediante el consentimiento o por imperio de la ley.

Cuarto: Asimismo, respecto del enriquecimiento sin causa en el ámbito de la normativa de Contrataciones del Estado, las Dirección Técnico Normativa mediante diversas opiniones² ha desarrollado los elementos que deben concurrir para que se configure: (i) que 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; (iii) que no exista una causa jurídica para esta transferencia patrimonial; y (iv) que las prestaciones hayan sido ejecutadas de buena fe por el proveedor.

Quinto: En este sentido siendo que el enriquecimiento sin causa es aquella situación donde un sujeto se enriquece a expensas de otro, sin que exista algún motivo que autorice el desbalance patrimonial, naciendo así la obligación de restituir lo enriquecido, y a la luz de lo expresado por las partes y en mérito de los documentos



² Por ejemplo, mediante Opinión N° 116-2016-DTN, Opinión N° 007-2017, Opinión N° 024-2019/DTN

presentados por aquellas corresponde determinar si se ha producido o no el enriquecimiento que es objeto de reclamación por el CONSORCIO, conforme sigue a continuación:

5.1. Si bien el artículo 1954 del Código Civil no ha determinado cuando se verifica el enriquecimiento sin causa, sin embargo, se entiende en doctrina, que dicho enriquecimiento ocurre cuando el enriquecido ha obtenido algo, es decir, se requiere que se haya producido una ventaja de carácter pecuniario, incorporándose al patrimonio de quien se ha enriquecido y empobreciendo a la otra parte en un monto equivalente al desplazamiento patrimonial efectuado a favor de otro sujeto. (Fernández Cruz, 2015, pp. 393-394).

5.2. En este sentido, al hablarse de pérdida patrimonial se hace referencia a una verdadera y propia transferencia injustificada de riqueza que se refleja económicamente en el patrimonio de un sujeto, constituyendo así, la otra cara del enriquecimiento, por lo cual, en el presente caso requiere probarse ese binomio enriquecimiento-empobrecimiento.

5.3. Para ello, resulta necesario verificar a través de los medios probatorios aportados por las partes, cómo se ha producido el indebido incremento patrimonial de la ENTIDAD a costa del empobrecimiento del CONSORCIO, lo cual considerando lo alegado por el CONSORCIO debe encontrarse materializado en la retención del 10% del monto contractual por concepto de garantía de fiel cumplimiento del contrato.

5.4. Al respecto de la revisión de los medios probatorios se verifica que el CONSORCIO no ha cumplido con acreditar que se haya efectivizado la retención del 10% del monto del contrato por concepto de garantía de fiel cumplimiento y por ende el incremento patrimonial de la ENTIDAD con ello, toda vez que los documentos que ha aportado en el curso del proceso arbitral solo dejan constancia de que ha ejecutado sus prestaciones y que en el pago debe retenérsele proporcionalmente el monto de la garantía de fiel cumplimiento, sin embargo no evidencia con documento alguno que tal retención se efectivizó y que por ende dicho dinero se encuentra en poder de la ENTIDAD, por lo que no se configura el requisito base del enriquecimiento indebido.

5.5. Sin perjuicio de ello, es importante también tener en consideración que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la condición legal que habilita la devolución de la garantía de fiel cumplimiento del contrato es la conformidad de la prestación; asimismo, el artículo 155° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que la retención de dicho monto se efectuará durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse, de forma prorrateada, con cargo a ser devuelto a la finalización del contrato, lo cual de acuerdo a los medios probatorios aportados por las partes y de sus alegaciones, se verifica que no se ha materializado, por lo que no se cumple la condición legal que activa el derecho del CONSORCIO a que se le devuelva la referida garantía (si la hubiere) y por ende, tampoco se activa la obligación de la



ENTIDAD de devolver el dinero que eventualmente hubiera retenido por dicho concepto, SIENDO que ser el Consorcio quien alega estos hechos debía haber acreditado fehacientemente que se haya efectivizado la referida retención, lo cual no ha ocurrido.

Por lo que, el Árbitro Único concluye declarando **INFUNDADA la pretensión subordinada a la primera pretensión principal** (correspondiente al segundo punto controvertido).

- C. **Respecto al tercer punto controvertido: Referido a la segunda pretensión principal):** *Determinar si corresponde o no disponer, que la Municipalidad Provincial de Chincheros, pague a favor del Consorcio Huamanccasa la suma de S/ 5,000.00 (Cinco mil con 00/100 Soles), por concepto de daños y perjuicios por lucro cesante y daño emergente."*

CONSIDERANDO:

Primero: Que, el CONSORCIO alega: (i) que el daño es todo detrimento que sufre una persona por la inejecución de la obligación, el daño, para ser reparado, debe ser cierto, no eventual o hipotético; (ii) Que la Municipalidad Provincial de Chincheros al no cumplir con la devolución de la garantía de fiel cumplimiento no obstante haber cumplido con la prestación objeto del contrato, ha generado serios perjuicios económicos al consorcio, por cuanto aún existen deudas que asumir a los proveedores de bienes y servicios, con quienes incluso a la fecha se viene manteniendo procesos judiciales; (iii) Que el daño emergente se encuentra claramente acreditado, a partir de cuándo la entidad no ha cumplido con la devolución de la garantía de fiel cumplimiento, toda vez que, el Consorcio ha venido solventando los gastos ocasionados por este incumplimiento; (iv) Respecto al lucro cesante, considera que se debe tener en consideración que, por esta institución jurídica se entiende a la renta o ganancia frustrada o dejada de percibir, queda acreditado que los daños y perjuicios por daño emergente y lucro cesante asciende a la suma de S/ 5,000.00 (Cinco mil con 00/100 soles).

Segundo: La Entidad alega, que al Consorcio se le ha pagado más de lo que corresponde por los metros cúbicos del servicio objeto del contrato que ha realizado; asimismo, el CONSORCIO no ha fundamentado concretamente los daños y perjuicios causados, referente al lucro cesante y daño emergente no se realizó su fundamentación de qué forma o como se haya causado el perjuicio, así como no se ha cuantificado en números y cifras de los daños y perjuicios que haya sufrido su empresa.

Tercero: Que, siendo que la materia a que se refieren al tercer punto controvertido, referida a indemnización por daños y perjuicios, corresponde en primer orden, determinar que son los daños y perjuicios; al respecto la doctrina conceptúa la indemnización por daños y perjuicios como la acción que tiene el acreedor o el perjudicado para exigir del deudor o causante del daño una cantidad de dinero equivalente a la utilidad o beneficio que a aquél le hubiese reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación o a la reparación del mal causado. La indemnización tiene así una naturaleza



resarcitoria y deber ser otorgada por los daños y perjuicios que hubiesen afectado al contratante, cuya probanza del hecho alegado corresponde a quien alega tal pretensión.

Cuarto: Asimismo, al hacer referencia a indemnización, se está aludiendo a la responsabilidad civil, que define cuándo y cómo se debe compensar un daño. En sentido estricto cuando alguien, por no haber cumplido un deber u obligación, debe pagar una indemnización por el daño causado.

Quinto: En este orden de ideas se tiene que, la controversia se centra en determinar si la ENTIDAD debe indemnizar al CONSORCIO por daños y perjuicios, provenientes del incumplimiento de la Entidad de su obligación contractual de devolver la garantía de fiel cumplimiento del contrato, para estos efectos se requiere que exista un incumplimiento, que el daño sea imputable, es decir se requiere un nexo causal entre la acción o la omisión del deudor y la inejecución de la obligación, importando para los efectos indemnizatorios, únicamente aquel daño que constituye una consecuencia del hecho o de la omisión que obliga a reparar. En este orden de ideas, para que haya un daño contractual resarcible no basta que se incumpla la obligación y que el incumplimiento sea imputable al deudor, sino que es necesario, además, que el incumplimiento produzca un perjuicio.

En este sentido el Artículo 1321º del Código Civil establece:

“Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución...”

Bajo este contexto doctrinario y legal, se advierte que, en el presente caso, el reclamo indemnizatorio formulado por el CONSORCIO tiene como fundamento las consecuencias económicas por el incumplimiento de la referida obligación de la ENTIDAD, lo cual a entender del CONSORCIO deben ser asumidos por la ENTIDAD.

Conforme se ha explicado en los fundamentos del primer y segundo punto controvertido, en lo que corresponde a la acreditación de la efectivización de la retención 10 % del monto del contrato por concepto de la garantía de fiel cumplimiento, se advierte que el CONSORCIO no ha acreditado que se le haya realizado dicha retención, lo que implica, que la causa motivadora del pedido indemnizatorio no ha sido acreditada por quien alega dichos hechos; por consiguiente no se configura el primer elemento de imputabilidad de daños y perjuicios, cual es la inejecución de la obligación imputable a una de las partes contractuales y por tanto al no configurarse dicho elemento, tampoco se configura el segundo elemento referido al nexo causal correspondiente a la materia indemnizatoria, ergo, la falta de concurrencia de los dos primeros elementos para la imputabilidad del daño, permiten colegir al Árbitro que no resulta factible disponer indemnización alguna de la ENTIDAD a favor del CONSORCIO.



Por tanto, el Árbitro Único concluye que corresponde declarar **INFUNDADA la segunda pretensión** (correspondiente al tercer punto controvertido).

- D. Respecto al cuarto punto controvertido: Referido a los costos y costas, consistente en:** “Determinar a cuál de las partes le corresponde asumir la totalidad de los gastos arbitrales o en qué proporción.”

CONSIDERANDO:

Primero: Que, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 73³ de la Ley de Arbitraje, dispone que, respecto de la asunción o distribución de costos producidos en el proceso arbitral, a falta de acuerdo los mismos serán de cargo de la parte vencida. No obstante, la misma norma precisa también, que el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear los costos entre las partes si estima ello razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Segundo: Que, en mérito a los dispositivos legales antes citados, es obligación del Árbitro Único fijar en el laudo los costos del arbitraje y la forma de distribución de los mismos, atendiendo a los siguientes criterios: i) Acuerdo entre las partes, ii) A falta de acuerdo son de cargo de la parte vencida, iii) Distribución y prorrateo entre las partes, atendiendo a la razonabilidad del mismo y teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Tercero: Que, en base a los criterios antes citados, el Árbitro Único manifiesta lo siguiente:

- 3.1.** Que, de los actuados no se aprecia la existencia de documento alguno que acredite la existencia de acuerdo entre las partes respecto a la distribución o asunción de los gastos arbitrales, por lo que este elemento no puede tomarse en consideración para los efectos de distribución o no de gastos arbitrales.

De las posiciones expuestas por las partes en el curso del proceso arbitral, así como de los hechos acontecidos, ocasionados y permitidos por ellas durante la ejecución contractual y que dieron lugar a la controversia sometida al presente arbitraje, así como de los medios probatorios aportados y la conducta que han tenido durante el presente arbitraje, se aprecia que ambas partes han tenido motivación para acudir a arbitraje haciendo valer su posición; también se advierte durante el proceso arbitral, ambas partes han cumplido con abonar los honorarios correspondientes al Árbitro Único y los de la Secretaría Arbitral; asimismo, se

³ “Artículo 73.- Asunción o Distribución de Costos:

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 prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso...”

advierde que ambas partes han cumplido con asistir a las actuaciones programadas en el curso del proceso arbitral; por lo que atendiendo a las circunstancias del caso advertidas a lo largo del presente proceso y verificadas en los medios probatorios, lo cual ocasionó la materia controvertida, así como en consideración a la conducta de las partes y facultado por las disposiciones contenidas en el artículo 73° del Decreto Legislativo N° 1071 – Ley de Arbitraje y lo señalado en la doctrina⁴, el Árbitro considera que, corresponde que, cada parte asuma sus propios gastos de defensa en los que hubiere incurrido y ambas partes asuman, a razón del 50% cada una, los costos comunes del arbitraje, entendiéndose por comunes los honorarios del Árbitro Único y los gastos administrativos de la Secretaría arbitral; siendo estos los siguientes: i) Honorarios del Árbitro Único: S/ 12,265.98 (Doce mil doscientos sesenta y cinco y 98/100 Soles) más impuesto a la renta y ii) Gastos administrativos de la Secretaría: S/ 6,767.78 (Seis mil setecientos sesenta y siete y 78/100 Soles) más impuesto a la renta.

En razón al análisis efectuado de los actuados, alegatos, informe oral, documentos conformantes del contrato, documentos aportados al proceso arbitral y de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, y demás normas aplicables, el Árbitro Único **RESUELVE**:

SE RESUELVE:

PRIMERO : DECLARAR IMPROCEDENTE la primera pretensión de la demanda arbitral, referente a la devolución a favor del Consorcio Huamanccasa de la suma de S/ 209,967.30 (doscientos nueve mil novecientos sesenta y siete con 30/100 soles), correspondiente a la garantía de fiel cumplimiento del Contrato de Servicio N° 16 de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 16-CE-derivada del Concurso Público N° 01-2012-CE-MPCH, conforme a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la primera pretensión subordinada de la primera pretensión de la demanda arbitral, referida al pago a favor del Consorcio Huamanccasa la suma de S/ 209,967.30 (Doscientos nueve mil novecientos sesenta y siete con 30/100 Soles), por enriquecimiento indevido sin causa, conforme a los fundamentos expuestos en el presente laudo.



⁴ **Ledesma Narváez, Marianella.** En revista electrónica *Enmarcando*, Edición N° 12. Artículo denominado “Los costos en el arbitraje”: “En el proceso civil, si bien opera la fórmula del vencimiento, ella no es absoluta pues se permite al juez cierta discrecionalidad al graduar el monto de los gastos procesales, en atención a las incidencias del proceso (ver art-414 CPC) En el procedimiento arbitral también encontramos regulado dicha discrecionalidad. Dice el art. 73 D. Leg. 1071 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. ¿Esto significa que los árbitros podrían modificar el monto de los gastos, aún sobre la voluntad de las partes o ésta discrecionalidad solo opera cuando no hay pacto expreso y rige el principio del vencimiento? Al respecto opino que si no hay pacto, opera la regla del vencimiento, con la posibilidad de la discrecionalidad del árbitro.

TERCERO : DECLARAR INFUNDADA, la tercera pretensión de la demanda arbitral, referente al pago de daños y perjuicios por lucro cesante y daño emergente; conforme a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

CUARTO : A LOS COSTOS ARBITRALES: SE DISPONE que los costos del arbitraje establecidos en los fundamentos del presente laudo y que ascienden a la suma total de S/ 19,033.76 (diecinueve mil treinta y tres con 76/100 Soles), más el impuesto a la renta correspondiente, sean asumidos por el Consorcio Huamanccasa y por la Municipalidad provincial de Chincheros, en partes iguales, según lo dispuesto en los numerales 57 y 58 del Acta de Instalación del Árbitro Único de fecha 17 de marzo de 2021.

QUINTO : Remítase al Organismo de Contrataciones del Estado - OSCE copia del presente Laudo Arbitral



Jhanett Victoria Sayas Orocaja
Árbitro Único