

Laudo Arbitral de Derecho
Expediente N° S 53-2010
CASO ARBITRAL CGBVP – JORGE LUIS GONZALEZ ROALCABA

Árbitro Único
Luis Ernesto Huayta Zacarias

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

ARBITRAJE SEGUIDO POR
EL CUERPO GENERAL DE BOMBEROS DEL PERÚ & JORGE LUIS GONZALEZ ROALCABA

ÁRBITRO ÚNICO LUIS ERNESTO HUAYTA ZACARIAS

Lima, 25 noviembre de 2013

VISTOS:

I.- ANTECEDENTES

1.1. Contrato y Convenio Arbitral

Con fecha 28 de agosto de 2008 el Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú (en adelante La Entidad) suscribió con el señor Jorge Luis González Roalcaba (en adelante El Contratista) el Contrato de Ejecución de Obra DIMAN N° 013-2008-CGBVP (en adelante EL CONTRATO) para la "Construcción del Nuevo Cuartel de la Compañía de Bomberos Brigadier CBP Héctor Lanegra Romero N° 55 – Ferreñafe", con un monto de S/. 1 000 966.34 (Un Millón Novecientos Sesenta y Seis con 34/100 Nuevos Soles).

A través de la Cláusula Décimo Séptima se pactó la Cláusula de Solución de Controversias, con el siguiente texto:

"CLÁUSULA DÉCIMO SÉPTIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS:

Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos lo que se refieren a su nulidad o invalidez, serán resueltos mediante arbitraje, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del CONSUCODE y de acuerdo con su Reglamento."

En la ejecución del contrato surgieron controversias que son materia del presente proceso arbitral.

1.2. Instalación de Árbitro Único

Con fecha 21 de febrero de 2011, se realizó la audiencia de instalación de Árbitro Único conformado por el Doctor Luis Ernesto Huayta Zacarias, quien declara haber sido debidamente designado de acuerdo a la Ley,

Árbitro Único
Luis Ernesto Huayta Zacarias

señalando que no tiene ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes, obligándose a desempeñar con imparcialidad, probidad e independencia la labor encomendada.

1.3. Procedimiento arbitral aplicable

Según lo establecido en el punto 2 del Acta de Instalación de Árbitro único, el arbitraje se regirá de acuerdo a las reglas establecidas en el Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE, de conformidad con la Resolución de Presidencia N° 16-2004-CONSUCODE, y a lo dispuesto por las disposiciones legales aplicables al presente proceso arbitral.

Así mismo, se dispuso que en caso de deficiencia o vacío de las mencionadas reglas, el Árbitro Único queda facultado para suplirlas a su discreción, mediante la aplicación de los principios generales del derecho.

1.4. Hechos del caso:

En el presente acápite, el Tribunal Arbitral procederá a describir los hechos del caso, los que se describen en función a lo señalado por las partes a lo largo del presente proceso, así como teniendo en cuenta los medios probatorios ofrecidos por las mismas. En tal sentido, su inclusión en esta sección no significa el reconocimiento de la veracidad de los mismos, aspecto éste que será recién evaluado en la parte considerativa del presente Laudo.

- Con fecha 28 de agosto de 2008 las partes suscribieron el Contrato de Ejecución de Obra DIMAN N° 013-2008-CGBVP para la "Construcción del Nuevo Cuartel de la Compañía de Bomberos Brigadier CBP Héctor Lanegra Romero N° 55 – Ferreñafe", por un monto ascendente a la suma de S/. 1 000 966.34 (Un Millón Novecientos Sesenta y Seis con 34/100 Nuevos Soles).
- El plazo de ejecución contractual acordado fue de Ciento Cincuenta (150) días naturales, computables a partir de la fecha de entrega del terreno donde se ejecutaría la obra.
- Posteriormente, surgieron algunas controversias entre las partes, las mismas que fueron resueltas mediante un mecanismo alternativo de conciliación. Así, mediante el Acta de Conciliación N° 1979-09-ASIS, suscrito por ambas partes el 14 de mayo de 2009, se le aprobó la solicitud de Adicional de Obra que presentara el Contratista, así como su solicitud de Ampliación de Plazo N° 01, por ciento noventa y seis (196) días calendarios.
- El Contratista mediante Carta Notarial de fecha 28 de agosto de 2009 y notificada el 01 de septiembre del mismo año, requirió a la Entidad para que en un plazo de 15 días cumpla con designar y notificar al Supervisor de Obra, así como que cumpla con cancelar las dos (2) valorizaciones impagas (N° 6 y N° 7), bajo apercibimiento de resolver el contrato por causa imputable a la Entidad.
- Mediante Carta Notarial de fecha 11 de septiembre de 2009, recibida por el Contratista el 15 de septiembre del mismo año, la Entidad comunica la designación del Supervisor de Obra, para lo cual solicita el día y hora del reinicio de la obra, para presentarle al Profesional contratado que asumirá el

Árbitro Único

Luis Ernesto Huayta Zacarias

referido cargo. Asimismo, supedita el pago de las valorizaciones impagas al trabajo de campo del nuevo Supervisor.

- Mediante Carta Notarial de fecha 22 de septiembre y recibida el 23 de septiembre de 2009, el Contratista solicita la ampliación del plazo contractual por 61 días calendarios, señalando como motivo la no designación del Supervisor de Obra.
- Mediante Carta Notarial de fecha 23 de septiembre de 2009, recibida por la Entidad el 25 del mismo mes, el Contratista resuelve el contrato de ejecución de obra por supuesta causa imputable a la Entidad, debido a la falta de nombramiento de un supervisor de obra y por valorizaciones impagas.
- Mediante Carta Notarial de fecha 25 de septiembre de 2009, y recibida el 29 del mismo mes, la Entidad reitera la comunicación al contratista señalando que el Ingeniero Genaro Honrado Tapia Vances es el designado como Supervisor de Obra. Asimismo solicita al Contratista indicar la fecha de reinicio de la obra.
- Mediante Carta Notarial de fecha 7 de octubre de 2009, notificada el 13 del mismo mes, la Entidad solicita al Contratista que su pedido de ampliación de plazo contractual se adecue al procedimiento establecido por el artículo 259 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. De igual manera, reitera su solicitud de reiniciar la obra bajo apercibimiento de resolverse el contrato por culpa imputable al Contratista.
- Mediante Carta Notarial del 2 de octubre del 2009, notificada el 12 de octubre a la Entidad, el Contratista ratifica la resolución contractual efectuada el 25 de setiembre de 2013, por causas atribuibles a la Entidad.
- Dicha resolución es rechazada por la Entidad, mediante Carta Notarial del 12 de octubre de 2009 notifica el 14 del mismo mes, en tanto no concurren las causas invocadas por el Contratista. Asimismo, reitera su solicitud de reinicio de obra.
- Mediante Carta Notarial, recibida el 17 de noviembre de 2013, la Entidad procede a resolver el contrato de ejecución de obra por causas atribuibles al Contratista, al no haber procedido al reinicio de las obras.
- El 26 de noviembre de 2009, las partes dan inicio al proceso de Conciliación Extrajudicial ante la Asociación Peruana de Concilian y Arbitraje, Exp. N° 1041-2009, el mismo que concluyó sin acuerdo de las partes, como consta en el Acta de Conciliación N° 483-2010 suscritas por las partes el 4 de mayo de 2010.
- Con fecha 24 de mayo de 2010, la Entidad interpone demanda arbitral ante la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 25° del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje (CONSUCODE) al que las partes se han sometido en virtud de lo establecido en la Cláusula Décimo Séptima del Contrato de Ejecución de Obra DIMAN N° 013-2008-CGBVP suscrito entre las partes.

Árbitro Único
Luis Ernesto Huayta Zacarias

1.5. Desarrollo del proceso arbitral

1.5.1. De la demanda de la Entidad

Mediante escrito de fecha 24 de mayo de 2010, LA ENTIDAD interpuso demanda arbitral manifestando lo siguiente:

- **PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

La Entidad solicita dejar sin efecto la Resolución del Contrato de Obra DIMAN N° 013-2008-CGBVP del 28 de agosto de 2008, para la ejecución de la Obra Construcción del Nuevo Cuartel de la Compañía de Bomberos Brigadier CBP Héctor Lanegra Romero N° 55 – Ferreñafe, suscrito entre el Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú y el señor Jorge Luis Gonzalez Roalcaba, por un monto de S/. 1 000 966.34 (Un Millón Novecientos Sesenta y Seis con 34/100 soles), plasmadas en la Carta Notarial del 23 de septiembre de 2009 cursada por el Contratista y en la Carta Notarial del 13 de noviembre de 2009, cursada por la Entidad.

- **PRETENSIONES ACCESORIAS:**

Como consecuencia de la asunción de la pretensión principal, deberá declararse el inicio inmediato la Ejecución del Contrato de Obra DIMAN N° 013-2008-CGBVP del 28 de agosto de 2008, para la ejecución de la Obra Construcción del Nuevo Cuartel de la Compañía de Bomberos Brigadier CBP Héctor Lanegra Romero N° 55 – Ferreñafe por parte del Contratista.

Renovar las Cartas Fianzas otorgadas por el Contratista en respaldo de fiel cumplimiento de la obra.

Renovación de la garantía de adelanto directo

Renovación de la garantía de adelanto de materiales.

- **PRETENSIONES SUBORDINADAS:**

De no proceder el petitorio principal, solicita declarar la resolución del Contrato de Obra DIMAN N° 013-2008-CGBVP del 28 de agosto de 2008 por causa imputable al Contratista.

Se ordene al contratista pagar la suma de S/. 100,096.63 (Cien Mil Noventa y Seis con 63/100 Nuevos Soles), equivalente al 10% del monto contractual, en concepto de penalidad por mora en la ejecución del contrato.

Además, se ordene al contratista devolver y/o restituir la suma otorgada por concepto de adelanto directo con el correspondiente pago de intereses legales calculados a la fecha efectiva de pago.

Ordene el pago de la suma otorgada por concepto de adelanto de materiales, con sus correspondiente intereses legales calculados a la fecha de pago.

Árbitro Único
Luis Ernesto Huayta Zacarias

1.5.2. Fundamentación del Petitorio

- La Entidad considera que a pesar de las diferencias surgidas en las comunicaciones cursadas por cada una de las partes, aún es posible continuar con la ejecución de la Obra.
- No obstante ello, señala que la **Resolución del contrato de obra se da por causa atribuible a la Contratista.**
- La Entidad mediante Carta Notarial de fecha 11 de septiembre de 2009, reiterada mediante Carta Notarial del 25 de septiembre de 2009, comunicó al Contratista la designación del Ingeniero Genaro Hornado Tapia Vances, en el cargo de Supervisor de Obra; a su vez se solicitó al Contratista se señale fecha y hora para la presentación de dicho profesional y para el reinicio de las obras. Sin embargo, aduce que dicha solicitud no fue atendida por el Contratista y, por el contrario, este comunica su decisión de resolver el contrato invocando precisamente la falta de designación del Supervisor de Obra.
- Asimismo, la Entidad señala que según la Cláusula Décimo Sexta del Contrato de Obra se estableció que la Resolución del Contrato se aplicará en concordancia con lo establecido en los artículos 224°, 225°, 226°, 227° y 267° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, vigente a la fecha de su suscripción.
- En se sentido, manifiesta que resulta evidente que al haber sido notificado el Contratista de la designación del Supervisor de Obra tenía la obligación de comunicar la fecha de reinicio de la ejecución de la obra a efectos que se presente el Supervisor de Obra, circunstancia esta que no se ha dado por exclusiva responsabilidad del Contratista, dando lugar a invocar las causales previstas en el artículo 225, numerales 1 y 3 del TUO del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
- De esta manera, la Entidad señala que es de **aplicación la penalidad equivalente al 10% del monto contractual.** Ello se justifica en la Cláusula Décimo Quinta del contrato en referencia estableció que si el Contratista no cumpliera con entregar los trabajos encargados dentro del plazo establecido en la Cláusula Cuarta se aplicaría la penalidad establecida en el artículo 222° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; a su vez, esta disposición señala que en caso de incumplimiento injustificado de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un máximo equivalente al 10% del monto contractual.
- De igual forma, la Entidad señala que corresponde la **devolución de las sumas otorgadas por concepto de adelanto directo y adelanto de materiales.**
- La Entidad manifiesta que ha procedido a otorgar adelantos de sumas de dinero a solicitud del Contratista, por concepto de adelanto directo y adelanto por concepto de materiales. No obstante, advierte que el Contratista no ha incurrido en la utilización de dichos recursos, puesto que no ha cumplido con la prestación de sus servicios conforme a lo pactado en el Contrato de Obra.

Árbitro Único
Luis Ernesto Huayta Zacarias

1.5.3. Contestación de la demanda

Mediante escrito denominado "Contestación de demanda arbitral", presentado con fecha 14 de junio de 2010, el Contratista rechaza en todos sus extremos las pretensiones de la parte demandante con expresa condena de costos y costas procesales, señalando el siguiente petitorio.

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se declare infundada en todos sus extremos la demanda interpuesta por la Entidad, debido a que ésta ha incumplido sus obligaciones contractuales principales tales como designar de modo oportuno al Supervisor de la Obra y notificarnos la misma, así como cancelar las Valorizaciones N° 06 y N° 07 impagas hasta la fecha, dentro del plazo de 15 días de haberse requerido el cumplimiento de dichas obligaciones mediante carta notarial de fecha 01 de setiembre de 2009.

PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA

Que se ratifique la resolución unilateral de contrato efectuada por nuestra parte, por incumplimiento de las obligaciones propias de la Entidad, por cuanto la misma, supuestamente, ha quedado consentida, dado que dentro de los diez (10) días de haber sido notificada con la resolución del contrato, la Entidad no solicitó arbitraje alguno, habiendo por tanto consentido sus efectos, en concordancia con lo establecido en el artículo 267 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA

Que se declare que no existió incumplimiento alguno por nuestra parte respecto de la ejecución del Contrato de Obra N° 013-2008-CGBVP, debido a que este nunca se pudo reiniciar por causas única y exclusivamente imputables a la Entidad, como vienen a ser la falta de designación oportuna del Supervisor de la Obra y su respectiva notificación a nuestra parte, así como la correspondiente cancelación de las valorizaciones N° 06 y 07 impagas hasta la fecha.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Producto de la resolución de contrato efectuada por el Contratista por causas supuestamente única y exclusivamente imputables a la entidad, solicitan se reconozca el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista en el presente contrato de obra, de conformidad con lo establecido en el cuarto párrafo del artículo 267 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se declare que no corresponde aplicar penalidad por mora alguna a nuestra parte, debido a que en ningún momento hemos incumplido con nuestras obligaciones contractuales, siendo la Entidad la única responsable por el no reinicio de la obra al no haber designado Supervisor de Obra ni habernos cancelado las valorizaciones de obra N° 06 y 07, todo lo cual, supuestamente impedía reiniciar la obra por causas única y exclusivamente imputables a la Entidad.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se declare que, de la realidad de los hechos y de los supuestos gastos incurridos por nuestra parte en la ejecución de la obra, no corresponde devolución de monto alguno a la Entidad, según lo establecido en la liquidación de obra del contratista.

Árbitro Único
Luis Ernesto Huayta Zacarias

QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se efectúe expresa condena de costas y costos procesales por parte del demandante.

El contratista fundamenta sus pretensiones conforme a lo siguiente::

- La Entidad ha incumplido con sus obligaciones contractuales principales, tales como designar de modo oportuno al Supervisor de la Obra y notificarles la misma, así como cancelar las Valorizaciones N° 6 y N° 7.
- Así, el Contratista manifiesta haber requerido el pago de las valorizaciones N° 6 y N° 7 mediante Cartas JGR/050-2009 y JGR/058-2009 respectivamente, de acuerdo al artículo 226° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (vigente al momento de la suscripción del contrato).
- Posteriormente, mediante Carta Notarial JGR/060-2009 notificada el día 1 de septiembre de 2009, el Contratista requiere a la Entidad cumpla con su obligación, necesaria para el inicio de las obras, de designar al Supervisor de Obra y notificárselo y cancelar las dos valorizaciones de obra, bajo apercibimiento de resolver el contrato, en un plazo de 15 días.
- No obstante, La Entidad con Carta Notarial notificada el 15 de septiembre de 2009, responde aduciendo que el Supervisor de Obra ya había sido designado, sin incluir mayor información como el nombre o datos de este, o información que acredite la existencia de un proceso de selección para el nombramiento del supervisor. Así pues, no se ha podido verificar en el SEACE proceso de selección alguno en el que se haga referencia a la contratación del supervisor de la obra, ni la Entidad ha demostrado u ofrecido prueba alguna de que se contrató de manera interna.
- Conforme a lo expuesto, el Contratista ante el constante incumplimiento de la Entidad, resuelve el Contrato de Obra el día 25 de septiembre de 2009. La misma que quedara consentida por la Entidad, dado que dentro de los diez días de haber sido notificada la misma, plazo que en este caso vencía el 12 de octubre de 2009, no solicitó arbitraje o mostró oposición alguna (artículo 267° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado).
- Aduce, así, que la resolución se dio por causa únicamente atribuible a la Entidad y, por tanto, que le corresponde **se le reconozca el cincuenta por cien (50%) de la utilidad prevista en el presente contrato de obra**, en atención al Artículo 267 del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (D.S. 084-2004-PCM), sobre los efectos de la resolución del contrato de obras, prescribe.
- Asimismo, señala que la única causal de mora, pretendida por la Entidad, conforme con el artículo 222 del Reglamento es por retraso injustificado en la ejecución contractual, responsabilidad que recae en ella misma.
- Señala, además, que producto de la Resolución de Contrato que efectuase la Contratista, se formula la Liquidación de Obra, la cual da como resultado un saldo a su favor ascendente a la suma de S/. 64 865.40, lo cual se ajusta a la realidad de los hechos y gastos incurridos por su parte, no cabiendo la devolución de monto alguno a la Entidad.

Árbitro Único
Luis Ernesto Huayta Zacarias

- Con todo ello, refiere que queda a criterio del Árbitro que se efectúe expresa condena de costos y costas procesales a la parte demandante.

1.5.4. Formulación de Reconvención:

PRETENSIÓN PRINCIPAL:

El Contratista solicita que se reconozca a su favor la suma de S/: 28 144.52, más los intereses legales correspondientes hasta su fecha efectiva de pago, debido a la demora en la suscripción del presente contrato de obra por parte de la Entidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 203° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Solicita se le reconozca los mayores gastos generales correspondientes a su solicitud de ampliación de plazo N° 02 por 40 días (Carta JLGR N° 048-2009) calendarios, la cual quedó consentida por parte de la Entidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 259° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; así como que se le reconozca los mayores gastos generales correspondientes a su solicitud de ampliación de plazo parcial por 61 días calendarios (consignada en el asiento 249 del Cuaderno de Obra y solicitada mediante en Carta del 23 de septiembre de 2009).

El contratista fundamenta sus pretensiones en lo siguiente:

Desde el 23 de enero de 2007, según manifiesta el Contratista, solicita a la Entidad señale la fecha correspondiente para la firma del contrato, realizándose esto el 28 de agosto de 2008., lo cual, según manifiesta sería tardío, basando ello en el artículo 203 del Reglamento de Contrataciones del Estado.

Respecto del reconocimiento de los mayores gastos generales de la ampliación de plazo N° 02, esto lo sustenta basándose en el artículo 259 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Así pues, el Contratista presentó su solicitud de ampliación de plazo N° 02 por 40 días calendario el 27 de junio de 2009, la misma que no fue respondida por la Entidad, según manifiesta.

1.5.5. Absolución de la reconvención

Con escrito presentado el 26 de julio de 2010, La Entidad absuelve la reconvención señalando que:

- Ha quedado acreditado que la Entidad ha otorgado adelantos de sumas de dinero a solicitud del Contratista, por concepto de adelanto directo y adelanto por concepto de materiales; de igual forma, se advierte que el Contratista no ha incurrido en la utilización de dichos recurso, puesto que no ha cumplido con la prestación de sus servicios conforme a lo pactado en el Contrato de Obra.
- El Contratista no ha negado haber recibido el adelanto directo y de materiales, en tanto ilícitamente pretendería apropiarse de dicho dinero que le pertenece al Estado.

Árbitro Único
Luis Ernesto Huayta Zacarias

- Al amparo del artículo 53º de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (D.S. N° 083-2004-PCM), el plazo para solicitar la solución de controversias que surjan entre las partes, vía conciliación y/o arbitraje, ha caducado; pues el contratista debió solicitar dicha pretensión en cualquier momento anterior a la culminación del contrato.
- El Contratista pretende apropiarse del dinero del Estado Peruano, hecho que resulta de suma gravedad, toda vez, que a pesar de los múltiples requerimientos se mantienen injustificadamente reticente a devolver el dinero que ha recibido en concepto de adelanto directo y de materiales, por lo cual se procede a interponer las acciones legales correspondientes.

1.6. Del Proceso Arbitral

Las principales incidencias del proceso arbitral, son las siguientes:

1.6.1. Puntos controvertidos

El 27 de enero de 2012 se llevó a cabo la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios. Las partes manifestaron su conformidad con los puntos en controversia fijados por el árbitro presente, en los términos siguientes:

1. Determinar si corresponde dejar sin efecto la Resolución del Contrato de Obra DIMAN N° 013-2008-CGBVP del 28 de agosto de 2008, para la ejecución de la Obra Construcción del Nuevo Cuartel de la Compañía de Bomberos Brigadier CBP Héctor Lanegra Romero N° 55 – Ferreñafe, plasmada en la Carta Notarial del 23 de septiembre de 2009 y en la Carta Notarial del 13 de noviembre de 2009, cursadas por el Contratista.
2. Determinar si como consecuencia del primer punto controvertido corresponde ordenar que el Contratista inicie la Ejecución del Contrato de Obra DIMAN N° 013-2008-CGBVP del 28 de agosto de 2008, para la ejecución de la Obra Construcción del Nuevo Cuartel de la Compañía de Bomberos Brigadier CBP Héctor Lanegra Romero N° 55 – Ferreñafe.
3. Determinar si corresponde ordenar la renovación de la Carta Fianza otorgada por el Contratista en respaldo del fiel cumplimiento de la obra.
4. Determinar si corresponde ordenar la renovación de la Carta Fianza otorgada por el Contratista en respaldo de garantía de adelanto directo otorgado por la Entidad.
5. Determinar si corresponde ordenar la renovación de la Carta Fianza otorgada por el Contratista en respaldo de garantía de adelanto de materiales otorgado por la Entidad.
6. Determinar si corresponde declarar la resolución del Contrato de Obra DIMAN N° 013-2008-CGBVP del 28 de agosto de 2008, para la ejecución de la Obra Construcción del Nuevo Cuartel de la Compañía de Bomberos Brigadier CBP Héctor Lanegra Romero N° 55 – Ferreñafe por causa imputable al Contratista.

Árbitro Único
Luis Ernesto Huayta Zacarias

7. Determinar si corresponde ordenar que el Contratista pague a la Entidad la suma de S/. 100,096.63 (Cien Mil Noventa y Seis con 63/100 Nuevos Soles), que equivale al 10% del monto contractual, por concepto de penalidad por mora en la ejecución del contrato.
8. Determinar si corresponde ordenar la devolución y/o restitución por parte del Contratista de la suma otorgada por la Entidad por concepto de adelanto directo con sus correspondientes intereses legales calculados a la fecha de pago.
9. Determinar si corresponde ordenar la devolución y/o restitución por parte del Contratista de la suma otorgada por la Entidad por concepto de adelanto de materiales, con sus correspondiente intereses legales calculados a la fecha de pago.
10. Determinar si como consecuencia de la resolución del Contrato efectuada por el Contratista, corresponde que la Entidad le reconozca al contratista el cincuenta (50%) de la utilidad prevista en el contra Contrato de Obra DIMAN N° 013-2008-CGBVP del 28 de agosto de 2008.
11. Determinar si corresponde ordenar que la Entidad pague al Contratista la suma de S/. 28,144.52 (Veintiocho Mil Ciento Cuarenta y Cuatro con 52/100 Nuevos Soles) más los intereses legales correspondientes hasta su fecha efectiva de pago, por concepto de demora en la suscripción del contrato de obra por parte de la Entidad.
12. Determinar si corresponde ordenar que la Entidad pague al Contratista los mayores gastos generales correspondientes a la solicitud de ampliación de plazo N° 02 por 40 días calendarios.
13. Determinar si corresponde ordenar que la Entidad pague al Contratista los mayores gastos generales correspondientes a la solicitud de ampliación de plazo parcial por 61 días calendarios.
14. Determinar si corresponde amparar la Primera Pretensión Subordinada contenida en el escrito de contestación de demanda del Contratista de fecha 16 de junio de 2010.
15. Determinar a quién corresponde asumir los costos y las costas del proceso arbitral.

1.6.2. Medios probatorios

En el mismo acto de fijación de puntos controvertidos, se procedió a admitir los siguientes medios probatorios:

- **De la Entidad:**

El mérito de los documentos descritos en los numerales que van del 1 al 12 de la sección nominada "V. Medios Probatorios" del escrito de demanda presentado por LA ENTIDAD el 25 de mayo de 2010.

Con relación a la Contestación de la Reconvención: el mérito de los documentos descritos en los numerales que van del 1.A al 1.F de la sección nominada "IV. Medios Probatorios-Anexos" del escrito de contestación de reconvención por LA ENTIDAD el 26 de julio de 2010.

Árbitro Único
Luis Ernesto Huayta Zacarias

- **Del Contratista**

El mérito de los documentos descritos en los numerales que van del 1 al 12 de la sección nominada "Medios Probatorios" del escrito de contestación de la demanda presentado por EL CONTRATISTA el 16 de junio de 2010.

Con relación a la Reconvención: el mérito de los documentos presentados por EL CONTRATISTA en su escrito de reconvención de fecha 16 de junio de 2010

1.6.3. Informe Pericial

En Audiencia de Informes Orales de fecha 2 de abril de 2012, se ordenó una Pericia de Oficio, designándose al Ingeniero Civil Luis Martínez Lujan (con Registro CIP 19232), a fin de establecer el avance y monto ascendente a lo ejecutado de la Obra "Construcción del Nuevo Cuartel de la Compañía de Bomberos Brigadier CBP Héctor Lanegra Romero N° 55 – Ferreñafe".

Es así que mediante el Dictamen Pericial Técnico, presentado el 01 de febrero de 2013, se concluye que la obra a la fecha de realizado el referido peritaje alcanza un avance de 31.93 % del monto contratado, correspondiente a la suma de S/. 319,639.98 (Trecientos Diez y Nueve Mil Seiscientos Treinta y Nueve con 98/100 Nuevos Soles) respecto del precio del contrato al 31 de julio de 2006.


1.6.4. Audiencias

El 24 de abril de 2013 se llevó a cabo la audiencia de informes orales ambas partes hicieron uso de la palabra y de su derecho de réplica y réplica.

En consecuencia, al estar dentro del plazo establecido este Tribunal Arbitral procede a dictar el laudo arbitral.

II. CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar las materias controvertidas, corresponde establecer lo siguiente:

- 
- 2.1. Que este Árbitro Único se constituyó de conformidad con el convenio arbitral celebrado entre las partes, la Ley y el Reglamento, al que las partes se sometieron de manera incondicional.
 - 2.2. Que en momento alguno se ha recusado al árbitro que emite el presente laudo o se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral.
 - 2.3. Que la Entidad presentó su demanda dentro del plazo dispuesto y ejerció plenamente su derecho de defensa.
 - 2.4. Que el Contratista fue debidamente emplazado con la demanda, la contestó y ejerció plenamente su derecho de defensa.

Árbitro Único
Luis Ernesto Huayta Zacarias

- 2.5. Que las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar las pruebas ofrecidas, habiendo sido el Árbitro Único totalmente permisivo al otorgar en sucesivas oportunidades nuevos plazos para presentar pruebas adicionales.
- 2.6. Que las partes han tenido la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente.
- 2.7. Que el análisis del presente caso y las conclusiones a las que arribe el Árbitro Único, serán efectuadas de conformidad con la documentación aportada por las partes, así como de la información que de modo indubitable se desprende de los actuados que obran en el expediente del caso.
- 2.8. Que los hechos a los que se refiere el análisis el caso, son los establecidos en los Antecedentes, así como los que se mencionan en los demás acápites del presente Laudo Arbitral.
- 2.9. Que el Árbitro Único ha procedido a laudar y notificar dentro de los plazos dispuestos en el presente proceso arbitral.

III.- NORMA APLICABLE

En función a la fecha de convocatoria del proceso de selección y de la suscripción del contrato, en el presente caso resultan aplicables el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, así como sus normas modificatorias y complementarias.

IV.- DESARROLLO DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

Sobre la Resolución Contractual:

- 4.1. El primer punto a dilucidar por este arbitro único esta referido, de manera conjunta, a las pretensiones planteadas por BOMBEROS y por el CONTRATISTA, respecto a la validez o no de la resolución de contrato planteada por este último. Sobre el tema, tenemos las siguientes pretensiones:

PRIMERA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA:

La Entidad solicita dejar sin efecto la Resolución del Contrato de Obra DIMAN N° 013-2008-CGBVP del 28 de agosto de 2008, para la ejecución de la Obra Construcción del Nuevo Cuartel de la Compañía de Bomberos Brigadier CBP Héctor Lanegra Romero N° 55 – Ferreñafe, suscrito entre el Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú y el señor Jorge Luis González Roalcaba, por un monto de S/. 1 000 966.34 (Un Millón Novecientos Sesenta y Seis con 34/100 soles), plasmadas en la Carta Notarial del 23 de septiembre de 2009 cursada por el Contratista y en la Carta Notarial del 13 de noviembre de 2009, cursada por la Entidad.

Árbitro Único
Luis Ernesto Huayta Zacarias

PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Que se ratifique la resolución unilateral de contrato efectuada por el Contratista, por incumplimiento de las obligaciones propias de la Entidad, por cuanto la misma, supuestamente, ha quedado consentida, dado que dentro de los diez (10) días de haber sido notificada con la resolución del contrato, la Entidad no solicitó arbitraje alguno, habiendo por tanto consentido sus efectos, en concordancia con lo establecido en el artículo 267 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Estas pretensiones fueron esgrimidas en los siguientes puntos controvertidos, dentro del Acta correspondiente:

“Determinar si corresponde dejar sin efecto la Resolución del Contrato de Obra DIMAN N° 013-2008-CGBVP del 28 de agosto de 2008, para la ejecución de la Obra Construcción del Nuevo Cuartel de la Compañía de Bomberos Brigadier CBP Héctor Lanegra Romero N° 55 – Ferreñafe, plasmada en la Carta Notarial del 23 de septiembre de 2009 y en la Carta Notarial del 13 de noviembre de 2009, cursadas por el Contratista.”

“Determinar si corresponde amparar la Primera Pretensión Subordinada contenida en el escrito de contestación de demanda del Contratista de fecha 16 de junio de 2010”.

4.2. Para poder resolver estos puntos controvertidos dentro del presente proceso arbitral, este Árbitro Único analizará los hechos del caso de conformidad a lo establecido en los artículos 226 y 267 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el mismo que señala:

“Artículo 226.- 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.

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, mediante carta notarial.”

4.3. Por su parte el artículo 267 establece:

“Artículo 267.- efectos de la resolución del contrato de obras

La resolución del contrato de obra determina la inmediata paralización de la misma, salvo los casos en que estrictamente por razones de seguridad o disposiciones reglamentarias de construcción, no sea posible.

La parte que resuelve deberá indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días. En esta fecha, las partes se reunirán en presencia de Notario Público o Juez de Paz, según corresponda (...)

Árbitro Único
Luis Ernesto Huayta Zacarias

En caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Le, el Reglamento o en el contrato, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida". (el subrayado es nuestro)

4.4. Como puede observarse, de los artículos antes transcritos, existe un procedimiento de forma y de fondo para resolver el contrato; sin embargo, como se puede verificar también del párrafo subrayado del artículo 267, estos requisitos pueden ser dejados de lado en su análisis si la parte a quien se resolvió el contrato no impugna el mismo, pues se entiende (por mandato expreso del artículo antes transcrito) que está consintiendo la resolución contractual.

4.5. Es preciso determinar que implica el consentimiento de la resolución contractual efectuada por el Contratista, así, se tiene que para la Real Academia de la Lengua consentimiento implica.

"consentimiento.

1. m. Acción y efecto de consentir.

2. m. Der. Manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente.

3. m. Der. En los contratos, conformidad que sobre su contenido expresan las partes."

4.6. En consecuencia, se puede señalar que consentimiento de una resolución contractual implica que la parte notificada con la resolución contractual se encuentra conforme con el contenido de dicha resolución y por tanto se encuentra vinculada jurídicamente a dicha resolución, no existiendo oportunidad alguna para cuestionar la misma; es decir no se puede objetar ni el fondo, ni la forma de dicha resolución contractual consentida.

4.7. En el caso en concreto se tiene que la resolución contractual fue notificada a la Entidad el 25 de setiembre de 2009; por lo cual el plazo máximo para que la entidad impugne la misma a través de los mecanismos establecidos por la Normativa de Contrataciones (Conciliación o Arbitraje) fue el 09 de octubre de 2009, hecho que no ocurrió.

4.8. En consecuencia ha quedado consentida la resolución contractual efectuada por el contratista.

4.9. Por lo antes expuesto, se declara INFUNDADA la primera pretensión de la demanda.

4.10. Por su parte, se declara FUNDADA la primera pretensión subordinada de la contestación de la demanda y, en consecuencia ratificada la resolución contractual efectuada por el Contratista.

Sobre el reinicio de la Ejecución Contractual:

4.11. La Entidad solicita como primera pretensión accesorio la siguiente:

Árbitro Único
Luis Ernesto Huayta Zacarias

Como consecuencia de la asunción de la pretensión principal, deberá declararse el inicio inmediato la Ejecución del Contrato de Obra DIMAN N° 013-2008-CGBVP del 28 de agosto de 2008, para la ejecución de la Obra Construcción del Nuevo Cuartel de la Compañía de Bomberos Brigadier CBP Héctor Lanegra Romero N° 55 – Ferreñafe por parte del Contratista.

El Punto controvertido al respecto es el siguiente:

"Determinar si como consecuencia del primer punto controvertido corresponde ordenar que el Contratista inicie la Ejecución del Contrato de Obra DIMAN N° 013-2008-CGBVP del 28 de agosto de 2008, para la ejecución de la Obra Construcción del Nuevo Cuartel de la Compañía de Bomberos Brigadier CBP Héctor Lanegra Romero N° 55 – Ferreñafe".

4.12. Como se ha establecido en la resolución del punto controvertido anterior, el contrato materia del presente arbitraje ha quedado válidamente resuelto. La consecuencia de ello, conforme lo señala el artículo 267 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisición es "(...) la inmediata paralización" de la obra, en consecuencia, ya no es posible ejecutar más las prestaciones contractuales, en tanto ya no existe contrato. No debe olvidarse, en este punto, que lo accesorio sigue la suerte de la principal, de modo tal que al haberse declarado INFUNDADA la pretensión principal de la que se deriva la presente pretensión accesorio, no resulta procedente amparar o incluso analizar los aspectos sustanciales de lo solicitado en dicha vía accesorio.

4.13. Por tanto, al haber quedado resuelto el contrato de obra, no es posible reanudar la ejecución de la obra, en consecuencia se declara IMPROCEDENTE la primera pretensión accesorio de la DEMANDA.

Sobre las renovaciones de las Cartas Fianza:

4.14. Las pretensiones accesorias segunda, tercera y cuarta, se refieren en forma conjunta a las garantías que sustentaban el contrato, cuya reconstitución se solicita, con el siguiente detalle:

Renovar las Cartas Fianzas otorgadas por el Contratista en respaldo de fiel cumplimiento de la obra.

Determinar si corresponde ordenar la renovación de la Carta Fianza otorgada por el Contratista en respaldo de garantía de adelanto directo otorgado por la Entidad.

Determinar si corresponde ordenar la renovación de la Carta Fianza otorgada por el Contratista en respaldo de garantía de adelanto de materiales otorgado por la Entidad.

4.15. Los puntos controvertidos correspondiente a estas pretensiones señalan literalmente lo siguiente:

"Determinar si corresponde ordenar la renovación de la Carta Fianza otorgada por el Contratista en respaldo del fiel cumplimiento de la obra".

Determinar si corresponde ordenar la renovación de la Carta Fianza otorgada por el Contratista en respaldo de garantía de adelanto directo otorgado por la Entidad.

Árbitro Único
Luis Ernesto Huayta Zacarias

Determinar si corresponde ordenar la renovación de la Carta Fianza otorgada por el Contratista en respaldo de garantía de adelanto de materiales otorgado por la Entidad.

4.16. Como se observa de la demanda estas pretensiones son accesorias; ello implica que la suerte de las mismas se encuentran supeditas a la pretensión principal, así pues en la doctrina se define como pretensión accesorio lo siguiente:

c) Acumulación objetiva originaria accesorio: Se presenta cuando se plantea una pretensión principal y otra u otras accesorias, vale decir, que guardan dependencia respecto de la primera. Por consiguiente, si se ampara la pretensión principal, ocurre lo propio en cuanto a las accesorias; o, en sentido contrario, si se desestima la pretensión señalada como principal, también serán rechazadas la pretensión o pretensiones determinadas como accesorias por el actor.¹

4.17. Del mismo modo, el Código Procesal Civil en su artículo 87 establece: "(...) es accesorio cuando habiendo varias pretensiones, al declararse FUNDADA la principal, se ampara también las demás".

No debe olvidarse, en este punto, que lo accesorio sigue la suerte de la principal, de modo tal que al haberse declarado INFUNDADA la pretensión principal de la que se deriva la presente pretensión accesorio, no resulta procedente amparar o incluso analizar los aspectos sustanciales de lo solicitado en dicha vía accesorio.

4.18. En consecuencia, al haber sido declarada INFUNDADA la pretensión principal de la demanda y al ser estas pretensiones accesorias a la principal, corresponde declarar INFUNDADAS las pretensiones accesorias referidas a la renovación de las cartas fianzas.

Sobre la determinación de si la resolución contractual es por causa imputable al Contratista o a la Entidad

4.19. La Entidad solicita como Pretensión subordinada la siguiente:

De no proceder el petitorio principal, solicita declarar la resolución del Contrato de Obra DIMAN N° 013-2008-CGBVP por causa imputable al Contratista.

Sobre el mismo punto el Contratista, en su contestación a la DEMANDA manifiesta:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se declare infundada en todos sus extremos la demanda interpuesta por la Entidad, debido a que ésta ha incumplido sus obligaciones contractuales principales tales como designar de modo oportuno al Supervisor de la Obra y notificarnos la misma, así como cancelar las Valorizaciones N° 06 y N° 07 impagas hasta la fecha, dentro del plazo de 15 días de haberse requerido el cumplimiento de dichas obligaciones mediante carta notarial de fecha 01 de setiembre de 2009.

¹ HINOSTROZA, Alberto. *Derecho Procesal Civil. Postulación del proceso*. Lima: Jurista Editores, 2010, p. 169.

Árbitro Único
Luis Ernesto Huayta Zacarias

SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA

Que se declare que no existió incumplimiento alguno por nuestra parte respecto de la ejecución del Contrato de Obra N° 013-2008-CGBVP, debido a que este nunca se pudo reiniciar por causas únicas y exclusivamente imputables a la Entidad, como vienen a ser la falta de designación oportuna del Supervisor de la Obra y su respectiva notificación a nuestra parte, así como la correspondiente cancelación de las valorizaciones N° 06 y 07 impagas hasta la fecha.

El Punto controvertido, correspondiente se establece como sigue:

“Determinar si corresponde declarar la resolución del Contrato de Obra DIMAN N° 013-2008-CGBVP del 28 de agosto de 2008, para la ejecución de la Obra Construcción del Nuevo Cuartel de la Compañía de Bomberos Brigadier CBP Héctor Lanegra Romero N° 55 – Ferreñafe por causa imputable al Contratista”.

4.20. La Entidad manifiesta que el incumplimiento por parte del contratista es el no haber reiniciado la ejecución de la obra, pese a haber sido notificado con la designación del Supervisor de la obra incurriendo de ese modo en las causales de resolución contractual referidas en los numerales 1 y 2 del artículo 225 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el mismo que literalmente señala:

“Artículo 225.- Causales de resolución

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del Artículo 41° de la Ley, en los casos en que el contratista:

- 1) *Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.*
- 2) *Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a su cargo. “*

4.21. Para resolver este punto controvertido debe analizarse si efectivamente existió el incumplimiento por parte del contratista, así pues se tiene en un primer momento el requerimiento, bajo apercibimiento de resolver el contrato, por parte del Contratista para que la Entidad cumpla con dos supuestos:

- a) Designación del Supervisor de Obra
- b) Pago de las valorizaciones N° 06 y 07.

4.22. Estos puntos, evidencian un primer incumplimiento por parte de la Entidad, pues conforme con la normativa de contrataciones ninguna obra puede ser ejecutada si no se designa un supervisor y no se pagan las valorizaciones aprobadas.

4.23. Ahora bien, ante este incumplimiento la Entidad contesta a través de una carta notarial recibida por el contratista con fecha 14 de setiembre de 2009, refiriendo lo siguiente:

- a) Que han designado como el nuevo supervisor de obra, solicitando fecha para la presentación del mismo.
- b) Respecto del pago de las valorizaciones, condiciona el mismo al trabajo del nuevo supervisor.

Árbitro Único

Luis Ernesto Huayta Zacarias

4.24. Ante esta carta el Contratista, sin cumplir con lo señalado en la misma resolvió el contrato con fecha 25 de setiembre de 2009.

4.25. En consecuencia, corresponde analizar el cumplimiento o incumplimiento de obligaciones por parte del Contratista a la luz de las pruebas presentadas al presente proceso arbitral.

4.26. Así pues, la Entidad a través de una carta notarial, señala desde el 14 de setiembre de 2009 la designación del Supervisor de obra; sin embargo, no señala el nombre del mismo, ni la modalidad contractual, ni adjunta un documento que pruebe su designación.

4.27. Posteriormente la Entidad notifica al contratista el Oficio N° 215-2009-CGBVP/DIPREIN/ING, recibido con fecha 28 de setiembre de 2009 (fecha posterior a la resolución contractual), en el cual señala que desde el 18 de setiembre de 2009 la Entidad ha contratado al Ingeniero Genaro Tapia Bances como Supervisor de Obra; es decir, dicho oficio contradice lo señalado por la Entidad con fecha 14 de setiembre de 2009, quedando así desvirtuado el supuesto cumplimiento por parte de la Entidad, pues, como se observa de las cartas presentadas a este proceso, no se le comunicó válidamente la designación del supervisor de obra, sino hasta después de resuelto el contrato.

4.28. Por consiguiente, el contratista se encontraba impedido de reiniciar la ejecución de la obra en tanto no tenía conocimiento de la contratación del supervisor de obra, pues este no se presentó en la obra, ni se comunicó su identidad, sino hasta el 28 de setiembre de 2009, fecha en la cual el contrato se encontraba resuelto.

4.29. Asimismo, la Entidad no ha cumplido con el pago de las valorizaciones impagas, condicionando el cumplimiento de la misma al trabajo de un supervisor no designado.

4.30. Por tanto se declara INFUNDADA, esta pretensión subordinada de la Entidad.

4.31. Se declara FUNDADAS la primera pretensión principal de la contestación de la demanda y la primera pretensión subordinada de la Contestación de la Demanda.

Sobre la Penalidad por Mora:

4.32. Otra de las pretensiones subordinadas solicitadas por la Entidad es la siguiente:

Se ordene al contratista pagar la suma de S/. 100,096.63 (Cien Mil Noventa y Seis con 63/100 Nuevos Soles), equivalente al 10% del monto contractual, en concepto de penalidad por mora en la ejecución del contrato.

Al respecto, el Contratista, solicita en la contestación a la demanda lo siguiente:

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se declare que no corresponde aplicar penalidad por mora alguna a nuestra parte, debido a que en ningún momento hemos incumplido con nuestras obligaciones contractuales, siendo la Entidad la única responsable por el no reinicio de la obra al no haber designado Supervisor de

Árbitro Único
Luis Ernesto Huayta Zacarias

Obra ni habernos cancelado las valorizaciones de obra N° 06 y 07, todo lo cual, supuestamente impedía reiniciar la obra por causas única y exclusivamente imputables a la Entidad.

Al respecto se señala como Punto Controvertido el siguiente:

"Determinar si corresponde ordenar que el Contratista pague a la Entidad la suma de S/. 100,096.63 (Cien Mil Noventa y Seis con 63/100 Nuevos Soles), que equivale al 10% del monto contractual, por concepto de penalidad por mora en la ejecución del contrato".

4.33. Para resolver este punto controvertido es necesario tener en cuenta lo señalado por el artículo 222 del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el cual dice literalmente:

"Artículo 222.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por cien (10%) del monto contractual o, de ser el caso, del ítem, tramo, etapa o lote que debió ejecutarse o de la prestación parcial en el caso de ejecución periódica".

4.34. Como puede observarse del artículo antes transcrito la penalidad por mora se aplica únicamente cuando existe retraso injustificado en la ejecución contractual, en el caso en concreto, como se ha podido observar del desarrollo de la pretensión anterior, ha quedado comprobado, que no ha existido retraso en el cumplimiento de las obligaciones del contratista.

4.35. Así pues, la paralización de la obra se debió a que la entidad no contaba con un supervisor de obra, así como la falta de pago en las valorizaciones N° 06 y N° 07.

4.36. En consecuencia, no existió retraso alguno en la ejecución de la obra, la misma que además fue resuelta por causa imputable a la Entidad.

4.37. Por lo antes expuesto se declara INFUNDADA la pretensión subordinada correspondiente a este punto.

Sobre la devolución por adelanto:

4.38. La Entidad pide en su demanda la siguiente pretensión subordinada:

Se ordene al contratista devolver y/o restituir la suma otorgada por concepto de adelanto directo con el correspondiente pago de intereses legales calculados a la fecha efectiva de pago.

Ordene el pago de la suma otorgada por concepto de adelanto de materiales, con sus correspondiente intereses legales calculados a la fecha de pago.

Árbitro Único
Luis Ernesto Huayta Zacarias

Por su parte el Contratista solicita:

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se declare que, de la realidad de los hechos y de los supuestos gastos incurridos por nuestra parte en la ejecución de la obra, no corresponde devolución de monto alguno a la Entidad, según lo establecido en la liquidación de obra del contratista.

Sobre estas pretensiones subordinadas de la Entidad, tenemos los siguientes puntos controvertidos establecidos en el acta correspondiente:

“Determinar si corresponde ordenar la devolución y/o restitución por parte del Contratista de la suma otorgada por la Entidad por concepto de adelanto directo con sus correspondientes intereses legales calculados a la fecha de pago.

Determinar si corresponde ordenar la devolución y/o restitución por parte del Contratista de la suma otorgada por la Entidad por concepto de adelanto de materiales, con sus correspondiente intereses legales calculados a la fecha de pago.”

4.39. Estas pretensiones resultan prematuras extemporáneas, en tanto no se puede determinar si existe saldo a favor del Contratista o de la Entidad, sino hasta que se formule la liquidación de obra y esta, de conformidad con el procedimiento establecido, quede debidamente consentida. En efecto, debe tenerse en cuenta que la oportunidad para determinar el saldo deudor o acreedor de las partes, corresponde al trámite de liquidación de obra, que no ha sido materia de la presente causa arbitral.

4.40. En consecuencia, se declara IMPROCEDENTE esta pretensión subordinada de la demanda, así como IMPROCEDENTE la cuarta pretensión principal de la contestación de la demanda.

Sobre el 50% de la utilidad prevista a favor del Contratista:

4.41. El contratista, solicita en su contestación a la demanda la siguiente pretensión:

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Producto de la de la resolución de contrato efectuada por el Contratista por causas supuestamente única y exclusivamente imputables a la entidad, solicitan se reconozca el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista en el presente contrato de obra, de conformidad con lo establecido en el cuarto párrafo del artículo 267 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.

Esta pretensión es recogida en el Acta de Puntos Controvertidos de la siguiente manera:

“Determinar si como consecuencia de la resolución del Contrato efectuada por el Contratista, corresponde que la Entidad le reconozca al contratista el cincuenta (50%) de la utilidad prevista en el Contrato de Obra DIMAN N° 013-2008-CGBVP del 28 de agosto de 2008”.

Árbitro Único
Luis Ernesto Huayta Zacarias

4.42. Este punto controvertido debe ser analizado a la luz del artículo 267 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el mismo que literalmente señala lo siguiente.

"Artículo 267.- Efectos de la resolución del contrato de obras

(...), En caso que la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, está reconocerá al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por cien (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo que se deja de ejecutar."

4.43. Como puede observarse, el artículo antes transcrito ordena, que en caso la resolución contractual haya sido efectuada por culpa imputable a la Entidad, esta debe pagar el 50 % de la utilidad prevista respecto de la parte que no ha sido ejecutada. Esta disposición normativa resulta absolutamente razonable con el desarrollo contractual, pues a diferencia de la parte ejecutada e la que corresponde al Contratista el 100% de la utilidad prevista, respecto de la parte que no pudo ser ejecutada existe un lucro cesante (utilidad no percibida) que el Legislador expresamente a restringido no al abono de su utilidad, sino únicamente al 50% del monto que por dicho concepto se hubiese devengado al momento de ejecutar la obra.

4.44. Siendo ello así, como ha quedado acreditado en los puntos anteriores, el contrato ha sido resuelto debido a que la Entidad no cumplió con designar al supervisor de la obra y no pagó las valorizaciones N° 06 y N° 07; es decir, las causales para la resolución contractual se debieron a falta en las obligaciones contractuales de la Entidad.

4.45. En consecuencia, conforme al artículo antes transcrito se ordena a la Entidad pague a favor del contratista el 50 % de la utilidad prevista para la ejecución de la obra, declarándose, de ese modo, FUNDADA en parte la Segunda Pretensión Principal de la Contestación de la Demanda. Corresponderá, consecuentemente, incluir en la liquidación de obra, el 50% de la utilidad prevista para el saldo de obra o parte de la obra no ejecutada, al haber quedado resuelto el contrato por causa imputable a la Entidad.

Sobre la demora en la suscripción del contrato:

4.46. El Contratista en su Reconvención solicita:

PRETENSIÓN PRINCIPAL:

El Contratista solicita que se reconozca a su favor la suma de S/: 28 144.52, más los intereses legales correspondientes hasta su fecha efectiva de pago, debido a la demora en la suscripción del presente contrato de obra por parte de la Entidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 203° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

El punto controvertido a resolver, referido en el Acta de Puntos Controvertidos es el siguiente:

"Determinar si corresponde ordenar que la Entidad pague al Contratista la suma de S/. 28,144.52 (Veintiocho Mil Ciento Cuarenta y Cuatro con 52/100 Nuevos Soles) más los

Árbitro Único
Luis Ernesto Huayta Zacarias

intereses legales correspondientes hasta su fecha efectiva de pago, por concepto de demora en la suscripción del contrato de obra por parte de la Entidad."

4.47. A fin de dilucidar este punto controvertido, debe tenerse en cuenta lo señalado por el numeral 3 del artículo 203, el mismo que señala:

"Artículo 203.- Plazos y procedimiento para suscribir el contrato

Una vez que quede consentido o administrativamente firme el otorgamiento de la buena pro, los plazos y el procedimiento para suscribir el contrato son los siguientes:

(...)

3) Cuando la Entidad no cumpla con citar al ganador de la Buena Pro o suscribir el contrato dentro del plazo establecido, el postor podrá requerirla para su suscripción, dándole un plazo no mayor de diez (10) días hábiles a la Entidad. En estos casos, la Entidad deberá reconocer a favor del postor una cantidad equivalente al uno por mil (1/1000) del monto de total de su propuesta económica por cada día de atraso, computado desde el requerimiento y hasta la fecha efectiva de suscripción del contrato, con un tope máximo de diez (10) días hábiles".

4.48. Como puede observarse, para determinar si corresponde o no declarar fundada esta pretensión de la reconvención, debe en primer lugar determinarse si existió demora en la suscripción del contrato.

4.49. Así pues, conforme a las pruebas presentadas al presente proceso, así como de la revisión de las bases del proceso de selección y lo señalado por las partes en las audiencias en el presente proceso, se observa que una vez otorgada la buena pro, ante la demora de la Entidad en citar para la entrega de documentos y posterior firma del contrato, el Contratista, a través de una carta de fecha 23 de enero de 2007 requirió a la Entidad señale fecha para la firma del contrato.

4.50. Ante dicho requerimiento, la Entidad a través del Oficio N° 0145-2007-CGBVP/DILOG, de fecha 15 de marzo de 2007, solicitó los documentos para la firma del contrato; sin embargo, este se realizó todavía el 28 de agosto de 2008; es decir después de más de un año de haberse otorgado la Buena Pro.

4.51. Siendo ello así, corresponde que la Entidad pague por el retraso en la firma del contrato, la máxima penalidad establecida en el artículo 203 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, la cual corresponde al 1/1000 del valor del contrato por 10 días (que es el máximo permitido).

4.52. Entonces tenemos, la siguiente operación, a fin de determinar la penalidad máxima a la Entidad:

$$\text{Valor del contrato } 1'000,966.34 * 1/1000 * 10 = 10\,009,6634$$

4.53. Por tanto, la Entidad debe pagar al contratista un total de S/ 10 009, 66 (Diez Mil Nueve y 66/100 Nuevos Soles) por haber incurrido en penalidad máxima por la demora en la suscripción del contrato.

Árbitro Único
Luis Ernesto Huayta Zacarias

4.54. En consiguiente se declara FUNDADA en parte la Primera Pretensión de la reconvención y ordenar a la Entidad el pago de 10 009,66 (Diez mil nueve y 66/100 nuevos soles), por concepto del pago que corresponde al Contratista por la demora de la Entidad en suscribir el Contrato.

4.55. Asimismo, el Contratista solicita como segunda Pretensión de la Demanda lo siguiente:

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Solicita se le reconozca los mayores gastos generales correspondientes a su solicitud de ampliación de plazo N° 02 por 40 días (Carta JLGR N° 048-2009) calendarios, la cual quedó consentida por parte de la Entidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 259° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; así como que se le reconozca los mayores gastos generales correspondientes a su solicitud de ampliación de plazo parcial por 61 días calendarios (consignada en el asiento 249 del Cuaderno de Obra y solicitada mediante en Carta del 23 de septiembre de 2009).

Esta pretensión es recogida en el Acta de Puntos Controvertidos de la siguiente manera:

"Determinar si corresponde ordenar que la Entidad pague al Contratista los mayores gastos generales correspondientes a la solicitud de ampliación de plazo N° 02 por 40 días calendarios.

Determinar si corresponde ordenar que la Entidad pague al Contratista los mayores gastos generales correspondientes a la solicitud de ampliación de plazo parcial por 61 días calendarios".

Sobre la Ampliación de plazo N° 02 por 40 días calendarios:

4.56. Para determinar si procede esta ampliación de plazo debe analizarse los hechos a la luz de los artículos 258, el mismo que señala que para solicitar una ampliación de plazo debe existir una causal y esta debe modificar el calendario de avance de obra.

4.57. En el caso en concreto el contratista manifiesta que la causal es la paralización de la obra por la faltas de supervisor de obra, causal que se encuentra comprobada, conforme lo ya señalado en este laudo arbitral.

4.58. Ahora bien, es preciso analizar si el Contratista ha cumplido con el procedimiento requerido para la ampliación de plazo, el mismo que se encuentra precisado en el artículo 259 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el mismo que señala:

"Artículo 259.- Procedimiento

Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el Artículo precedente, durante la ocurrencia de la causal, el contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el Cuaderno de Obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su

Árbitro Único
Luis Ernesto Huayta Zacarias

representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora haya afectado el calendario de avance vigente. En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo.

Dentro de los siete (7) días siguientes, el inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la Entidad. La Entidad emitirá resolución sobre dicha ampliación en un plazo máximo de diez (10) días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe. De no emitirse pronunciamiento alguno dentro de los plazos señalados, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad."

4.59. En consecuencia, como puede observarse existe una formalidad que cumplir para la solicitud de ampliación de plazo; sin embargo, en caso la Entidad no responda la solicitud de ampliación de plazo en un plazo máximo de 10 días hábiles esta queda consentida, sin que pueda analizarse el cumplimiento de las formalidades o la causal de fonda.

4.60. Así pues, esta ampliación de plazo N° 02 fue solicitada por el contratista a través de la Carta JLGR N° 048-2009 recibida por la Entidad con fecha 27 de junio de 2009, con lo cual la Entidad debió pronunciarse sobre la misma; sin embargo, conforme se aprecia de los documentos presentados en el proceso arbitral por las partes, esta no contesto dentro del plazo la solicitud de ampliación de plazo, quedando la misma consentida de pleno derecho por mandato legal, no correspondiendo analizar el fondo o procedimiento de la solicitud de ampliación de plazo, en tanto esta ha quedado consentida.

4.61. De acuerdo 260 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado corresponde a la Entidad pague los mayores gastos generales igual al número de días correspondiente a la ampliación (40 días); en consecuencia, esto debe ser calculado de la siguiente manera:

<u>Monto total de gasto general pactado en el contrato</u> (# de días de ampliación) (# de días del plazo original)
--

Sobre ampliación de plazo parcial por 61 días calendario:

4.62. Respecto de esta ampliación de plazo, se puede observar que es solicitada por la misma causal de la ampliación de plazo antes referida, asimismo, se observa que esta ha sido puesta en el asiento N° 249 del cuaderno de obra, así como que ha afectado la ruta crítica de la misma, en tanto la no avanzaba en vista que no tenían un Supervisor de Obra; por consiguiente.

4.63. Por consiguiente corresponde se otorgue la misma en cuanto no exceda la fecha de resolución contractual y en consecuencia se otorga los gastos generales por el número de días correspondientes hasta la fecha de resolución contractual conforme a la fórmula antes señalada.

4.64. Siendo ello así se declara FUNDADA en parte la Segunda Pretensión a la Reconvención de la DEMANDA.

Árbitro Único
Luis Ernesto Huayta Zacarias

Sobre costas y costos:

El contratista solicita en su contestación a la demanda lo siguiente:

QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se efectúe expresa condena de costas y costos procesales por parte del demandante.

Esta pretensión ha sido referida de acuerdo al siguiente punto controvertido:

"Determinar a quién corresponde asumir los costos y las costas del proceso arbitral".

En el caso de la determinación de costas y costos procesales, estamos en estricto ante una pretensión accesoria, pues su resultado depende del resultado de las demás pretensiones de las partes. En todo caso, esta disquisición tiene sólo un interés académico, habida cuenta que este Tribunal por mandato de la Ley de Arbitraje está obligado a pronunciarse respecto de los costos y costas procesales, aún cuando estos no hubiesen sido invocados por las partes del proceso.

Siendo así, atendiendo a que no existe pacto de las partes sobre las costas y costos y considerando el resultado de este arbitraje en el que, en puridad, no puede afirmarse que existe una "parte perdedora", ya que en apreciación del Tribunal Arbitral ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, y que, además, el Tribunal Arbitral considera el buen comportamiento procesal de las partes y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los gastos o costos que le correspondían; esto es, sus propios costos y costas de defensa y representación, atendiendo cada una de ellas en un 50% los honorarios arbitrales y de la Secretaría Arbitral.

LAUDA:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión de la demanda y, por su efecto, declárese que no corresponde dejar sin efecto la resolución del Contrato de Obra DIMAN N° 013-2008-CGBVP del 28 de agosto de 2008, en la obra pactada para la construcción del Nuevo Cuartel de la Compañía de Bomberos Brigadier CBP Héctor Lanegra Romero N° 55 – Ferreñafe.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión subordinada de la contestación de la demanda y, por su efecto, se ratifica la resolución del Contrato de Obra DIMAN N° 013-2008-CGBVP del 28 de agosto de 2008 para la construcción del Nuevo Cuartel de la Compañía de Bomberos Brigadier CBP Héctor Lanegra Romero N° 55 – Ferreñafe, dispuesta por el Contratista..

TERCERO: Declarar **IMPROCEDENTES** la primera, segunda, tercera y cuarta pretensiones accesorias de la demanda al haber sido desestimada la pretensión principal de la cual derivan, conforme lo establecido en la parte considerativa del presente laudo arbitral.

CUARTO: Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión subordinada de la DEMANDA y, por su efecto, declárese que no corresponde la resolución del Contrato de Obra DIMAN N° 013-2008-CGBVP del 28 de agosto de 2008 por causa imputable al Contratista y, consecuentemente, **FUNDADA** la pretensión principal del Contratista, en cuanto solicita que sea desestimado dicho extremo de la demanda.

Árbitro Único
Luis Ernesto Huayta Zacarias

QUINTO: Declarar **FUNDADA** la segunda pretensión subordinada de la Contestación de la Demanda y, en consecuencia, establézcase que el contrato materia del presente arbitraje, ha quedado resuelto el contrato por causa imputable a la Entidad.

SEXTO: Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión subordinada de la demanda, en cuanto solicita que se ordene al Contratista el pago de una suma ascendente a la suma de S/. 100,096.63 (Cien Mil Noventa y Seis con 63/100 Nuevos Soles), equivalente al 10% del monto contractual, por concepto de penalidad por mora en la ejecución del contrato y; en consecuencia **FUNDADA** la tercera pretensión principal de la contestación de la demanda, en cuanto solicita que se declare que no corresponde el pago de penalidad por parte del Contratista.

SEPTIMO: Declarar **IMPROCEDENTE** la Tercera y Cuarta pretensiones subordinadas del escrito de demanda de la Entidad e **MPROCEDENTE** la cuarta pretensión principal del escrito de contestación del Contratista, en cuando solicitan respectivamente la restitución de los montos otorgados como adelantos o la impertinencia de dicha resolución, por devenir en prematuras por extemporáneas, por tratarse en todos los casos, de temas que deberán ser dilucidados en la fase de liquidación del Contrato de Obra.

OCTAVO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la segunda pretensión de la contestación de la demanda y, en consecuencia, ordénese a la Entidad el pago del 50% de la utilidad prevista, respecto del saldo de obra no ejecutado, como consecuencia de la resolución de contrato, a la que se refiere el presente Laudo Arbitral.

NOVENO: Se declara **FUNDADA EN PARTE** la primera pretensión de la Reconvención, respecto al pago que corresponde efectuar a la Entidad a favor del Contratista, por la demora de aquella en la suscripción del contrato y, en consecuencia, ordénese el pago por dicho concepto de la suma de 10 009,66 (Diez mil nueve y 66/100 nuevos soles), más los intereses legales devengados desde la fecha de interposición de la demanda, hasta la fecha efectiva de pago.

DÉCIMO: Se declara **FUNDADA EN PARTE** la segunda pretensión de la reconvención y, en consecuencia, reconózcense los gastos generales de las ampliaciones de plazo por 40 y 61, únicamente dentro de los alcances establecidos en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral.

UNDÉCIMO: Fijar los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral en los previamente abonados, los mismos que deberán ser asumidos en partes iguales por las partes del presente proceso, en consecuencia, se ordena a la Entidad la devolución de los montos abonados por el contratista.

Laudo Arbitral de Derecho
Expediente N° S 53-2010
CASO ARBITRAL CGBVP – JORGE LUIS GONZALEZ ROALCABA

Árbitro Único
Luis Ernesto Huayta Zacarias

DÉCIMO SEGUNDO: Que, al haber actuado la Dirección de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) como secretaria técnica del presente proceso arbitral, disponer que ésta efectúe las acciones necesarias para la publicación del presente documento, conforme las disposiciones legales aplicables sobre la materia.



LUIS ERNESTO HUAYTA ZACARIAS
ÁRBITRO ÚNICO



ANTONIO CORRALES GONZALES
Director de Arbitraje Administrativo

