



LAUDO DE DERECHO

EXP. : A-033-2010/OSCE
FECHA : 06 de febrero de 2013
LUGAR : Dirección de Arbitraje Administrativo del
Organismo de Supervisor de Contrataciones del Estado
OSCE.

NOMBRE DE LAS PARTES:

DEMANDANTE : Consorcio El Cumbe.
DEMANDADO : Municipalidad Provincial de Cajamarca.

TRIBUNAL ARBITRAL INTEGRADO POR:

Dr. PETER PALOMINO FIGUEROA, Árbitro Único.

I.-CONSIDERANDOS:

PRIMERO.- Que, la designación e instalación del Arbitro Único se ha realizado conforme al marco legal vigente; a falta de acuerdo entre las partes, el OSCE designo como Arbitro Único al Abogado que suscribe el presente Laudo, sin haber sido recusado por las partes. Por tanto, en Audiencia de fecha 10 de junio de 2010, se procedió a la citada designación quien ratifico su aceptación, sin que las partes formulen objeción alguna, por lo que asume competencia para resolver las controversias como ARBITRAJE DE DERECHO;

SEGUNDO.- Que, en cuanto al debido proceso, se ha notificado todas las actuaciones arbitrales, habiendo las partes ejercido plenamente su

derecho a la defensa.

TERCERO.- Que, habiéndose presentado la demanda y la contestación de la misma dentro del plazo establecido, y no habiendo sido posible llegar a una conciliación en la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos de fecha 30 de setiembre de 2010, el Tribunal conjuntamente, con las partes fijaron los puntos controvertidos y se admitieron los medios probatorios propuestos por las partes.

CUARTO.- Que, habiéndose cumplido con las etapas del proceso arbitral, valorándose los medios probatorios admitidos; y estando dentro del plazo para Laudar, se emite este en concordancia con lo establecido en las Reglas del Proceso del Acta de Instalación, y la Ley de Arbitraje; que el Laudo Arbitral emitido será vinculante para las partes y podrán fin al procedimiento de manera definitiva siendo el laudo inapelable ante cualquier instancia administrativa o ante el Poder Judicial.

II.-CUESTION SOMETIDAS AL ARBITRAJE:

PRIMERO: Conforme lo establecido en el presente Proceso Arbitral, y según lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje, la cuestión sometida a Arbitraje vienen a ser los puntos controvertidos establecidos en la Audiencia de fecha 30 de setiembre de 2010, por lo que se procede a la transcripción de los mismos; precisando que sobre estos, el Arbitro Único emite el Laudo Arbitral.

SEGUNDO: Que, estando a que el Contrato de Ejecución de Obra, fue firmado el 15 de Mayo del 2009, para la "Construcción Alameda de los Incas en el Sector 9 - Gran Qhapac Ñan de la Ciudad de Cajamarca,

Provincia de Cajamarca - Cajamarca" y tratándose el presente arbitraje de uno de derecho, en aplicación de la Cláusula Vigésima Tercera del citado contrato, corresponde al Árbitro Único resolver las cuestiones controvertidas con arreglo al derecho aplicable, teniendo en cuenta el artículo 3º de la Ley de Arbitraje promulgada mediante el Decreto Legislativo Nº 1071, así como también la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento aprobado por D.S.083-2004-PCM y D.S.084-2004-PCM, respectivamente (en adelante solo el Reglamento).

TERCERO: Que, los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el árbitro respecto de los puntos controvertidos y fundamentar su decisión; correspondiendo la carga de la prueba a quien afirma hechos que configuran su pretensión.

CUARTO: Que, conforme es de verse de los autos de éste proceso arbitral, con fecha 15 de mayo de 2009, las partes suscribieron el Contrato, para la ejecución de Obra "**Construcción Alameda de los Incas en el Sector 9 - Gran Qhapac Ñan de la Ciudad de Cajamarca, Provincia de Cajamarca - Cajamarca**", por un monto equivalente a la suma de S/. 3'765,893.04 (Tres millones setecientos sesenta y cinco mil ochocientos noventa y tres y 04/100 Nuevos Soles).

III.- FIJACION DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

1.- Determinar si corresponde o no dejar sin efecto legal la Resolución de Gerencia Municipal Nº 0077-2010-GM-MPC notificada al Consorcio El Cumbe el 17 de febrero de 2010, mediante la cual la Municipalidad Provincial de Cajamarca resuelve el Contrato Nº 049-2009-MPC para la

Construcción Alameda de los Incas en el Sector 9 – Gran Capac Ñan de la Ciudad de Cajamarca – Cajamarca (en adelante, el contrato).

2.- Determinar si corresponde o no declarar la validez, eficacia y consentimiento de la resolución del contrato efectuada por el consorcio El Cumbe mediante la carta N° 028-2010/CC notificada notarialmente a la Municipalidad Provincial de Cajamarca con fecha 07 de abril de 2010.

3.- Determinar si corresponde o no reconocer la Ampliación de Plazo N°04 por setenta y cinco (75) días calendarios a favor del consorcio El cumbe, como consecuencia del atraso de obra generado por vicios ocultos en el sector C) napa freática a flor de terreno, que fue solicitada mediante carta N° 014-2009 notificada a la Municipalidad Provincial de Cajamarca con fecha 23 de febrero de 2010.

4.- En caso de declararse fundado el punto anterior, determinar si corresponde o no ordenar a la Municipalidad Provincial de Cajamarca el pago de la suma de S/. 120,363.58 (Ciento Veinte Mil Trescientos Sesenta y tres con 58/100 Nuevo Soles) por concepto de mayores gastos generales a favor del Consorcio El Cumbe.

5.- Determinar si corresponde o no reconocer a favor del Consorcio El Cumbe los mayores gastos generales mas los respectivos intereses por las ampliaciones de Plazo N° 01 por 45 días, 02 y 03 por (30) días calendarios cada una, las cuales fueron aprobadas por la Municipalidad Provincial de Cajamarca, mediante Resoluciones de Gerencia Municipal N°0371-2009-GM-MPC del 11/09/2009, N° 0488-2009-GM-MPC del 26/11/2009 y N° 0002-2010-GM-MPC del 07/01/2010, respectivamente.

6.- Determinar si corresponde o no ordenar a la Municipalidad Provincial de Cajamarca el Pago de la Suma de S/. 53,968.94 (Cincuenta y Tres Mil Novecientos Sesenta y Ocho con 94/100 Nuevo Soles) a favor del Consorcio El Cumbe correspondiente a la valorización N° 06, de noviembre de 2009.

7.- Determinar si corresponde o no ordenar a la Municipalidad Provincial de Cajamarca el pago de la suma de S/. 129,497.18 (Ciento Veintinueve Mil Cuatrocientos Noventa y Siete con 18/100 Nuevo Soles) a favor del Consorcio El Cumbe correspondiente a la Valorización N° 07, de diciembre de 2009.

8.- Determinar si corresponde o no ordenar a la Municipalidad Provincial de Cajamarca el reconocimiento del avance de obra valorizado correspondiente a los meses de Enero, Febrero y Marzo de 2010.

9.- En caso de declararse fundado el punto anterior, determinar si corresponde ordenar o no la Municipalidad Provincial de Cajamarca el pago de la suma de S/. 200,000.00 (Doscientos Mil con 00/100 Nuevo Soles) a favor del Consorcio El Cumbe.

10.- Determinar si corresponde o no ordenar a la Municipalidad Provincial de Cajamarca la Devolución de las cartas fianzas que garantizan el adelanto de materiales y fiel cumplimiento de ejecución del Contrato.

11.- En caso de declararse la validez de la resolución del Contrato efectuada por el consorcio El Cumbe, determinar si corresponde o no ordenar a la Municipalidad Provincial de Cajamarca el Reconocimiento y la respectiva indemnización por daños y perjuicios.

12.- Determinar si corresponde ordenar o no a la Municipalidad Provincial de Cajamarca el pago del monto de las penalidades a las que se refiere el segundo párrafo del artículo N° 267 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.

13.- Determinar a qué parte y en qué proporción corresponde cancelar los gastos Arbitrales.

IV.- PETITORIO Y FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA:


PRIMERO: Que, con fecha 05 de julio del 2010, Consorcio El Cumbe, en adelante la demandante, interpuso su demanda contra la Municipalidad Provincial de Cajamarca, en adelante la demandada, con el siguiente petitorio de pretensiones principales:

SEGUNDO: Que, **en relación a la primera pretensión**, se reconozca a favor de mi representada la Ampliación de Plazo de Obra N° 04 por 75 días naturales con el reconocimiento de los mayores gastos generales por la suma de S/. 120,363.58, como consecuencia del atraso de obra generado por vicios ocultos en el sector (c) napa freática a flor de terreno debidamente comprobados y la identificación de consultas por parte de la Entidad, la misma que se nos ha sido denegada; La fundamentación de este petitorio para aprobarse la solicitud de ampliación de plazo N° 04 requerida mediante nuestra carta N° 014-2009/CC, se basa esencialmente en que la Entidad demandada, a pesar de estar debidamente probado el mal aforo de los drenajes planteados en el proyecto por el nivel freático a flor de tierra, esta no lo considera así ; Sin acudir a mayor análisis, se puede concluir que LA

MUNICIPALIDAD para argumentar la improcedencia de la solicitud de prórroga, carece del debido sustento técnico, pues niega incluso el trámite de comprobación que efectuaran y que expresan el Supervisor y Contratista; En consecuencia el Arbitro Único deberá declarar procedente nuestra solicitud de aprobación de la Ampliación de plazo N°04 por 75 días naturales con el reconocimiento de los mayores gastos generales.

TERCERO: Que, se deje sin efecto legal la Resolución de Gerencia Municipal N°0077-2010-GM-MPC fechada y notificada el 17 de febrero del 2010, por la que la Entidad resuelve el Contrato N° 049-2009 suscrito el 15 de mayo del 2009 "Construcción Alameda de los Incas en el Sector 9 Gran Qhapac Ñan de la Ciudad de Cajamarca , Provincia de Cajamarca - Cajamarca", declarando su nulidad e improcedencia por no haberse adecuado al procedimiento legal del Reglamento y por lo tanto sin consecuencias jurídicas, además de carecer de argumentos valederos; Como se ha señalado en los Antecedentes, LA MUNICIPALIDAD en forma arbitraria y desconociendo los acuerdos conciliatorios que había convenido con El Consorcio el 29 de enero del 2010, notificada a los 19 días calendarios (17 de febrero del 2010) su Resolución de Gerencia Municipal N°0077-2010-GM-MPC, comunicando la resolución del contrato total de la obra, en la que no fija la fecha para la constatación física. Esto lo hace mediante su carta N° 0004-2010-MPC-GM señalándola para el miércoles 24 de febrero de 2010, acto que no efectúa por no apersonarse; dicho pronunciamiento al habérselo transmitido a la empresa sin notificarle previamente y por vía notarial el incumplimiento, que según su parecer estaba contenido y, con ello cumplir con lo dispuesto en el artículo 226° del Reglamento, ha incurrido en un vicio administrativo que causa su nulidad de pleno Derecho; la entidad, después de haber convenido y declarado adhiriéndose al

contratista, que quedaba sin efecto todo lo actuado hasta el 29 de enero de 2010, en cuanto a las controversias surgidas y lo procesado al respecto; abruptamente toma una decisión propia e inconsulta y resuelve ilegalmente el contrato sin apercibir la causal; días antes y ello cumpliendo con lo acordado en la conciliación Extrajudicial, le cursa al contratista el 01 de febrero de 2010 la carta N° 021-2010-SGSLO-GI-MPC, devolviéndole las valorizaciones N°06 y 07 que debían reformularse. Esta en atención a ello las atiende y se los reenvía reformuladas con la Carta s/n de 08 de febrero de 2010; Considerando innecesario desarrollar y sustentar el mandato y los procedimientos establecidos en el artículo 226° del Reglamento, que son de amplio conocimiento del Arbitro Único, solo nos permitimos precisar que una resolución de contrato que no se adecua a el, es inválida y por consiguiente sin efectos jurídicos; Agravando la irregularidad procesal de su supuesta decisión resolutoria, el 26 de marzo del 2010 mediante Carta N° 35-2010-GI-AL-MPC, después de un mes y 09 días de comunicada su Resolución, nos convoca a una nueva constatación física e inventario que igualmente no efectúa; Considerando la trasgresión de la norma y los posibles efectos perjudiciales que la comunicación resolutoria notificada el 17 de febrero de 2010 con lleva, dentro del plazo perentorio fijado en el Reglamento, la empresa Consorciada solicita el arbitraje de derecho el 23 de febrero de 2010, para lo que cursa su Carta N° 013-2010/CC; Por ello considerando razonables nuestros argumentos técnicos y legales, se deberá declarar nula e improcedente la Resolución de Gerencia Municipal N° 0077-2010-GM-MPC que resolvió el contrato.

 **CUARTO:** Que, se reconozca a favor de mi representada los mayores gastos generales de las Ampliaciones de Plazo: N° 01 por 45 días, N°02 y 03 por 30 días naturales cada una fueron aprobadas mediante

Resoluciones de Gerencia Municipal N°0371-2009-GM-MPC, N° 0488-2009-GM-MPC y N°0002-2010-GM-MPC respectivamente, ordenándole el reconocimiento de los intereses; la fundamentación de este Petitorio se basa esencialmente en el cumplimiento de la norma en que incurre LA MUNICIPALIDAD al no adecuarse a ella. La Entidad transgrede el mandato del Artículo 260° del Reglamento, el que referido a los efectos de la modificación del plazo en los contratos de obra dan lugar al pago de mayores gastos generales por el número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general diario; En consecuencia, dada la comprobación de las ampliaciones de plazo se deberá disponer el reconocimiento de los mayores gastos generales.

QUINTO: Que, se ordene a la entidad el pago de las Valorizaciones N° 06 y N° 07 por S/. 53,968.94 y S/. 129,497.18 correspondientes a los meses de noviembre y diciembre del 2009 respectivamente aprobadas por la Supervisión y disponga el reconocimiento del avance valorizado generado en los meses de enero, febrero y marzo del 2010, que asciende a la suma de S/. 200,000 (Dos Cientos Mil con 00/100 Nuevo Soles) ordenando su cancelación; de la lectura del Acta de Conciliación N° 006-2010 firmada el 29 de enero de 2010, se puede certificar que la Entidad tiene reconocida la falta de pago de las valorizaciones N° 06 y N° 07 correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 2009. Estas, de ninguna manera podrán ser desconocidas así pretendan sostener la nulidad de dicha acta, pues se trata de los pagos de los avances por trabajos efectuados en la obra, los mismos que formulados y entregados a la Entidad con la aprobación de la Supervisión, no fueron atendidos como estuvo comprometido (a las 72 horas de haberse presentado); lo que si queda debidamente certificado, es que la falta de pago de dichas obligaciones, que aun a la fecha no son honradas, son pruebas fehacientes de incumplimiento de obligaciones esenciales por

parte de La Municipalidad; considerando que los incumplimientos de obligaciones esenciales, corresponden a la falta de pagos de las valorizaciones en las oportunidades previstas en las Bases y el Contrato, que le generan al contratista atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones, queda demostrada la vulneración de la norma por parte de La Municipalidad el artículo 41° de la Ley y el 225° de su Reglamento , establecen que esta trasgresión incluso es causal de resolución del contrato con responsabilidad de la Entidad; después de firmada el acta conciliatoria, el contratista prosiguió con los trabajos pretendiendo en todo instante cumplir con sus obligaciones; durante el periodo comprendido entre los meses de enero a marzo de 2010 se efectuaron avances, que traducidos en una valorización de cierre como valorización N° 09 deberán ser reconocidas por la Entidad y pagarla. Al accionar diligente del contratista solo le correspondió una negligencia funcional, traducida en actuaciones de abuso y prepotencia irresponsable, que se tratara más adelante; habiendo quedado confirmada la falta de pago de las valorizaciones N° 06 y N° 07, así como lo de los trabajos ejecutados en los meses de enero, febrero y marzo de 2010 como valorización N° 09, se deberá a la Entidad el reconocimiento de pago de lo adeudado.

SEXTO: Que, se ordene a la Municipalidad Provincial de Cajamarca, la devolución de las Cartas Fianzas originales que garantizan el adelanto directo y el adelanto por materiales vigentes, las mismas que han sido renovadas; El fundamento de este petitorio está referido exclusivamente a que la Entidad, ha postergado indebidamente la devolución de los originales de las cartas fianzas renovadas, gravándonos económicamente. Dichos documentos al ser requeridos por la entidad financiera que las ha emitido para dejarlas sin efectos y no ser devueltas por La Municipalidad, a pesar de nuestra constante solicitud, nos ha generado perjuicios de orden económicos, incrementándose los Gastos

financieros por una actitud dolosa de la Entidad, que deberá reconocernos.

SÉPTIMO: Que, se reconozca la validez de nuestra Carta N° 028-2010/CC notificada notarialmente el 07 de abril del 2010, por la que el Consorcio el Cumbe comunica a la entidad, su decisión de Resolver de Pleno Derecho el contrato de Ejecución de obra N° 049-2009-MPC, procesado adecuándose estrictamente a las normas legales y disposiciones reglamentarias y contar con causales valederas; a pesar que los trabajos continuaban incluso después de haber sido supuestamente resuelto el contrato por la Entidad, El Consorcio considerando que la situación de la obra era insostenible y totalmente perjudicial para la empresa asociada, por la desatención de la Entidad para resolver todos los requerimientos, aprobaciones y consultas pendientes, incumpliendo sus obligaciones esenciales y contractuales, se las requiere el 22 de marzo de 2010 mediante la Carta Notarial N° 023-2010/CC; la carta de apercibimiento, además de trasmitirle toda la predisposición para procurar la culminación de los trabajos contratados, le enumera a La Municipalidad las observaciones que se tiene pendientes de solución, las que están referidas esencialmente a los compromisos contraídos en el Acta de Conciliación N° 006-2010-CENCAC rubricado el 28 de enero de 2010; le precisa que a pesar del tiempo transcurrido aun no se le cancela las valorizaciones N° 06 y N° 07, que aún no se cuenta con el diseño definitivo de los monumentos de los incas que tiene comprometido entregar la Entidad y que tampoco se ha emitido la aprobación de las ampliaciones de plazo exonerándose la aplicación de penalidades; dado que se puede concluir que existen evidentes y demostradas situaciones que dejan comprometida a la Entidad en el incumplimiento de sus obligaciones esenciales y contractuales, le otorga el plazo que le ordena la Ley y su Reglamento

para que la satisfaga convenientemente; Considerando agotadas todas las gestiones posibles de solución, a fin que La Municipalidad cumpla con sus obligaciones esenciales y contractuales, traducidas en una serie de vulneraciones al contrato y al Reglamento, El Consorcio decide resolver de Pleno Derecho el Contrato de Ejecución de Obra, lo que comunica mediante Carta N° 028-2010/CC notificada notarialmente el 07 de abril de 2010. En la misma, además de fundamentar las trasgresiones de tipo técnico, legal y administrativos por parte de la Entidad señalada adecuada al Reglamento, que el acto de Constatación Física e Inventario se efectuara el viernes 09 de abril de 2010 a horas 2:30 pm, teniéndose como punto de reunión el de la misma obra; De todo lo expuesto, se puede concluir que El Consorcio cumplió estrictamente con el procedimiento establecido en las normas vigentes, la que contando a la vez con evidentes causales, argumentos sólidos y con la documentación probatoria, tomo la decisión mas acertada a pesar de su intención de concluir con los trabajos contratados; ante la inminente ejecución de lo resuelto y notificado por el contratista, la Entidad optó por lo menos conveniente y recomendable. En un claro abuso del derecho y la fuerza utilizó 50 efectivos de Serenazgo para desalojar a las 30 personas que entre profesionales, técnicos y obreros de El Consorcio se encontraban laborando en la obra. Actitud muy censurable.

OCTAVO: Que, declarada la validez de la Resolución de pleno Derecho del Contrato de Ejecución de Obra notificada por el Consorcio El Cumbe, se ordene a la demandada, al amparo del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el reconocimiento y la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad; como ha quedado probado que la resolución de pleno derecho del contrato de Obra N° 049-2009-MPC notificada por el Consorcio, tiene la validez de un acto administrativo correctamente

procesado y con causales debidamente certificadas, ella queda incurso en la aplicación de los alcances de los Artículos 227° y 267° del Reglamento; El artículo 227° señala claramente como efectos de la resolución del contrato que:

"Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerla la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular o la Máxima autoridad administrativa de la Entidad, según corresponda".

Por su lado el artículo 267° establece en su cuarto párrafo que:

"En caso que la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, esta 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".

En consecuencia, precisados los alcances del reconocimiento a que tiene derecho EL CONSORCIO quedan consagrados en el Reglamento, resulta aplicable supletoriamente lo dispuesto por el Artículo N° 1321 del Código Civil en cuanto a los alcances de los daños y perjuicios, el mismo que señala que:

"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 parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto al daño emergente como al lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal ejecución".

NOVENO: Que, se disponga que la Municipalidad Provincial de Cajamarca pague al Consorcio El Cumbe los gastos que irroguen el presente Proceso Arbitral, referidos a los honorarios del Tribunal

Arbitral, gastos de administración y de Secretaria, incluyendo de los profesionales que asumen la defensa; Habiéndose probado en forma fehaciente las prestaciones de mi representada, generadas por el incumplimiento de las obligaciones técnicas, legales y administrativas de la Entidad demandada, el Arbitro Único en su oportunidad deberá resolver ordenando a La Municipalidad pague a El Consorcio, los gastos en que ha incurrido, como consecuencia de este proceso Arbitral, tales como los referentes a los honorarios del Arbitro Único, gastos de Administración y Secretaria, así como los honorarios de los profesionales que asumen su defensa; La irresponsabilidad y ausencia de idoneidad profesional con que se han conducido los funciones de la Entidad, al generar graves e irremediable perjuicios a El Consorcio, deberán resarcirse acudiendo a lo doctrina del derecho que esencialmente procura la aplicación de la justicia.

V.- PETITORIO Y FUNDAMENTOS DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PRIMERO: Que, dentro del plazo establecido por el Numeral 26 del Acta de Instalación del Arbitro Único y conforme al plazo otorgado mediante la Resolución N° 5 de fecha trece de julio del presente año, cumplimos con dar Contestación de la Demanda iniciada por el Consorcio El Cumbe. En este acápite de su escrito de contestación, la Entidad por error incorpora la solución arbitral vía el Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje que no es aplicable.

SEGUNDO: Que, el presente Proceso se origina debido a que la entidad Edil resolvió el contrato de Obra N°049-2009-MPC, celebrado por amabas partes para la ejecución de la obra antes indicada; ello debido al incumplimiento por parte del demandante del acuerdo conciliatorio

celebrado entre ambas partes con fecha 29 de enero del presente año, en el centro de Conciliación "Todos Ganamos", específicamente para tratar puntos , debido a que el contratista no ha cumplido con complementar la documentación faltante en su valorización N° 06 y N° 07, tales como reajustes, amortizaciones, cuadros de control y avance de obra, así como el formato E-4; Debido a que el contratista no presento hasta el día 03 de febrero del presente año el expediente de solicitud de sustitución de Residente de Obra; ni tampoco presento su ampliación de plazo debidamente sustentada; Debido a que el contratista ha omitido hacer llegar su certificado de domicilio legal del consorcio hasta el 02 de febrero de 2010, lo cual certifica mediante Acta de Conciliación lo cual no fue cumplido.


TERCERO: Que, en cuanto a la primera pretensión del demandante, referente a la ampliación de plazo N° 04 esta ha sido declarada improcedente por extemporánea y por no ajustarse a derecho, conforme a lo determinado por el Artículo 232° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado más aún el contratista no ha cuestionado la declaración de improcedencia de su solicitud de ampliación de plazo dentro de los 15 días posteriores al día en que se comunico la referida resolución, por lo que la denegatoria de la ampliación de plazo a quedado debidamente consentida.

CUARTO: Que, en cuanto a la segunda pretensión del demandante, es decir en cuanto se refiere dejar sin efecto la resolución de Gerencia Municipal N° 077-2010-GM-MPC de fecha 17 de febrero de 2010, es importante precisar que lo manifestado por el demandante como fundamento de su pretensión en cuanto se refiere a este Ítem es una absoluta falacia, ello debido a que la entidad Edil para resolver el contrato de Obra a través de la resolución en comento, se ha apegado

de manera estricta a lo prescrito en el artículo 226° del D.S. N° 084-2004-PCM, así referimos que: Al percatarse la entidad Edil de que la empresa contratista estaba incumpliendo con lo pactado por ambas partes en el Acta de Conciliación N° 006-2010, de fecha 29 de enero del presente año, a través de la carta N° 026-2010-AL-GI-MPC de fecha 02 de febrero del presente año (notificado el mismo día de su emisión) solicita a la contratista el cumplimiento de lo pactado en el acuerdo Conciliatorio , bajo apercibimiento de resolverle el Contrato; Posteriormente y debido a que la contratista ahora demandante no cumplió con levantar las observaciones advertidas dentro de los 15 días otorgados por Ley , es decir desde que se hizo el requerimiento antes, precisado, nuestra Entidad Edil procedió a cursar carta N° 004-2010-MPC/GM de fecha 17 de febrero del presente año, por la que se notifica la resolución de Gerencia Municipal 077-2010-GM-MPC(17/02/2010), en la cual se le resuelve el contrato por incumplimiento de lo pactado en el acta de conciliación N° 006-2010, de fecha 29 de enero del presente año; finalmente debemos recalcar que a través de la misma carta en la que se comunica al contratista la resolución del contrato antes referido, se le hace de su conocimiento que conforme a Ley, la diligencia Constatación Física en el local de la obra se realizara el día 24 de febrero del presente año a las 10:00 am Al respecto es importante recalcar, que conforme a lo manifestado por el contratista en el punto 2.1 de la pretensión contra dicha, este acepta haber recibido y tener conocimiento de manera oportuna de la resolución de su contrato por su incumplimiento del acuerdo conciliatorio y que se tiene conocimiento de que el día 24 de febrero de 2010 a las 10:00 se realizara la contestación física de la obra, es así que la constatación Física de la obra se realizo en el día y hora programados , en presencia de la Notario Ivy Rosa Nue Sessarego, levantándose el acta respectiva, dándose por tanto el fiel cumplimiento a lo señalado por el Artículo 267° de la Ley de

Contrataciones y Adquisiciones del Estado, con lo cual queda mas que acreditado , que lo manifestado por el contratista, referente a que la constatación física requerida se realizo, es una absoluta falacia y por tanto que dicho argumento no debe ser tomado en cuenta.

QUINTO: Que, en cuanto a la tercera pretensión del demandante, es decir en cuanto se refiere a que se le deben cancelar mayores gastos generales por las ampliaciones de plazo N° 01,02 y 03; es importante precisar que el contratista de manera expresa renunció a la percepción de dichos conceptos; y siendo este así, mal pretende ahora reclamar dichos conceptos, máxime si dicha renuncia ha sido considerada en lo resuelto y determinado por las resoluciones de Gerencia Municipal N°0371-2009-GM-MPC de fecha 11 de setiembre de 2009 que concedió la ampliación de plazo N° 01 por 45 días, la resolución de Gerencia Municipal N° 0488-2009-GM-MPC de fecha 26 de noviembre de 2009 que concedió la ampliación de plazo N° 02 por 30 días y la resolución de Gerencia Municipal N° 0002-2010-GM-MPC de fecha 07 de enero de 2010 que concedió la ampliación de plazo N° 03 por 30 días.



SEXTO: Que, en cuanto a la cuarta pretensión del demandante, referente a la cancelaciones de las valorizaciones N° 06 y 07; manifestamos que debido a que se ha resuelto el contrato por incumplimiento de los pactado por parte del contratista, no cabria cumplimiento alguno por parte de la Entidad Edil del acuerdo conciliatorio ya resuelto oportunamente, ello en razón de que conforme a lo determinado por el Artículo 227° del D.S 083-2004-PCM. La entidad Edil tiene expedito su derecho de ejecutar las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por mayores daños y perjuicios irrogados, derecho que bien podría hacerse efectivo de las sumas pendientes de pago a favor del contratista,

máxime si todo concepto a favor en contra pueden ser considerados en la liquidación final de la obra, dado que las valorizaciones son simplemente consideradas PAGOS A CUENTA lo que implica de existir algún concepto a favor del contratista este podría ser considerado en la liquidación final de obra, serán deducidas de dichos pagos, máxime si se considera que hay sumas a favor de la entidad que deben también ser considerados por el evidente incumplimiento de sus obligaciones contractuales de acuerdo a Ley.

SÉPTIMO: Que, cuanto a la quinta pretensión del demandante, referente a la devolución de sus cartas fianzas; referimos que está por demás acreditado, que las causales que motivaron la resolución del contrato de obra fueron únicamente atribuibles al contratista, lo que, conforme lo determinado en el artículo 221° del D.S. 084-2004.PCM, facultad a nuestra representada a ejecutar las garantías respectivas, luego de concluido el presente Proceso Arbitral, por lo cual su despacho a pedido del contratista se pronunciara en el extremo referente a la validez de la resolución de Gerencia Municipal 0077-2010-GM-MPC de fecha 17 de febrero del presente año , que resuelve el contrato de obra N°049-2009-MPC de fecha 15 de mayo de 2009.

OCTAVO: Que, en cuanto a la sexta pretensión del demandante; es imposible que se le reconozca a la contratista la validez de su presunta resolución de contrato, ya que dicho documento deviene en nulo por no ajustar a Ley; así mismo, hacemos ver al juzgador, que el contratista en su segunda pretensión de su escrito de demanda reconoce la validez de la resolución del contrato por parte de la entidad Edil, cuestionando únicamente, la parte formal, referente a la formalidad de la notificación de la resolución, es por ello que la contratista solicita el presente Arbitraje de Derecho, el contratista consiente de la resolución del

contrato de obra, e intentando cuestionar el mismo en el presente proceso Arbitral, erradamente intenta resolver el contrato por parte de esta, situación por demás incongruente, ya que sería como pretender matar a un contrato que ya se encuentra muerto.

NOVENO: Que, en cuanto a la séptima pretensión del demandante, referente al pago de una presunta indemnización, esta por demás manifestar que lo solicitado no solo se ajusta a derecho sino carece de todo sustento, ya que es ilógico indemnizar al contratista, cuando la resolución del contrato se ha debido a causales cien por ciento atribuibles a esta , Así mismo, el contratista no especifica cual es el presunto daño por el cual se le tendría que indemnizar, ni cuantifica el mismo, motivos por los cuales , queda desestimada este pretensión.

DÉCIMO: Que, en cuanto a la octava pretensión del demandante, reconvenimos, lo manifestado por el demandante en este extremo solicitando a su despacho considere el momento de resolver, que todos y cada uno de los gastos que está generando el presente Proceso Arbitral, deben ser asumidos en su integridad por el contratista.

PERITAJE Y AMPLIACIÓN DE PERITAJE

Con fecha 8 de noviembre de 2011, el ingeniero civil Justo Enrique Barba Vera (en adelante, el Perito) presentó ante el OSCE el dictamen pericial, producto de la labor encargada por el Árbitro Único, respecto de determinados puntos técnicos relacionados con las ampliaciones de plazos y valorizaciones presentadas por el Contratista.

Producto de lo dispuesto mediante Resolución N° 33, con fecha 28 de agosto de 2012, el Perito presentó su dictamen pericial técnico


ampliado, con el fin de que se diluciden determinadas cuestiones técnicas relacionadas con los elementos que componían la pretensión indemnizatoria de el Consorcio.

Cabe mencionar que ninguna de las dos partes cuestionó los dictámenes emitidos por el Perito, habiendo tenido la oportunidad suficiente tanto para hacerlo como para debatir el contenido de éstos en las respectivas audiencias de sustentación de peritajes.

Continuando con el proceso arbitral, y de acuerdo a lo ordenado en el Acta de Instalación del Arbitro Único, de fecha 10 de junio del 2010, las partes cumplieron con la presentación de sus alegatos escritos, quedando expedito el proceso para emitir el Laudo dentro del plazo de 30 días hábiles, tal y conforme lo estableció la Resolución emitida por el OSCE.

MARCO LEGAL APLICABLE:

Antes de proceder al análisis puntual de cada uno de los puntos controvertidos es necesario que el Arbitro Único precise claramente la normativa aplicable al contrato suscrito entre las partes y las controversias que de él se deriven.



De conformidad con el contrato suscrito resulta evidente precisar previamente que se hace al amparo de la cláusula quinta del contrato, lo hacen ante el sistema Jurídico Peruano, bajo reglas contenidas en el texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobadas por D.S. N° 083-2004PCM (en adelante la Ley), y su reglamento aprobado por D.S. N° 084-2004-PCM (en adelante el reglamento), y supletoriamente el Código Civil , por lo tanto El Arbitro

Único considera que las controversias derivadas del contrato le son aplicables las normas antes citadas, así, como supletoriamente las normas del Código Civil, conforme lo establece el segundo párrafo del artículo 201° del Reglamento, y otras pertinentes del sistema Jurídico nacional: y, en caso de deficiencia o vacío en las reglas que anteceden, el Arbitro Único resolverá en forma definitiva de modo que considere apropiado mediante la aplicación de los principios generales del derecho.

VI. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

1. Determinar si corresponde o no dejar sin efecto legal la resolución de Gerencia Municipal N° 0077-2010-GM-MPC, notificada al Consorcio El Cumbe el 17 de febrero de 2010, mediante la cual la Municipalidad Provincial de Cajamarca resuelve el Contrato N° 049-2009-MPC para la "Construcción Alameda de los Incas en el Sector 9 – Gran Capac Ñan de la ciudad de Cajamarca, provincia de Cajamarca – Cajamarca" (en adelante, el Contrato).

Previo a analizar el primer punto controvertido, es oportuno delimitar el marco conceptual del contrato que vinculó a las partes. Así las cosas, se puede apreciar que Consorcio El Cumbe (en adelante, el Consorcio, el Demandante o el Contratista, indistintamente), producto de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 007-2008-MPC, suscribió con Municipalidad Provincial de Cajamarca (en adelante, la MPC, la Demandada o la Entidad, indistintamente) el Contrato de Obra N° 049-2009-MPC, "Construcción Alameda de los Incas en el Sector 9 – Gran Qhapac Ñan de la Ciudad de Cajamarca, Provincia de Cajamarca - Cajamarca", con fecha 15 de Mayo de 2009.

El acto jurídico suscrito por las partes estaba destinado a la ejecución de una obra, siendo ésta, según el Reglamento, una "construcción, reconstrucción, remodelación, demolición, renovación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, que requieren dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos".

En caso en concreto, la obra estaba destinada a la construcción de una calzada vehicular, cafetería en el sector "A", servicios higiénicos y subestación en el mismo sector, así como red de alumbrado complementario y drenaje subterráneo en Alameda Los Incas.

Durante la ejecución del Contrato surgieron controversias entre las partes, las cuales –entre otros incidentes– generaron que cada una de ellas, de manera individual, lo resolviera.

Según el presente punto controvertido, el Consorcio solicita al Árbitro Único que se deje sin efecto la resolución mediante la cual la MPC resolvió el Contrato. Para ello, manifestó que existirían defectos de fondo y forma en la resolución del contrato de obra. Primero, porque ésta no se hizo de conformidad con la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado, cumpliendo con los requisitos establecidos para dicho procedimiento. Segundo, no habría razones valederas o que fundamenten la resolución, pues el Demandante habría cumplido con todos sus compromisos en el marco del Contrato.

Afirma el Consorcio que la resolución del Contrato formulada por la MPC carecería del requisito del apercibimiento o notificación previa, debidamente remitida por conducto notarial, expresando cada uno de los incumplimientos en los que habría incurrido aquél, dando plazo para

que subsanara la omisión, caso contrario, se procedería con la finalización del vínculo contractual. Asimismo, manifiesta que no se habría fijado fecha para la constatación física o inventario de materiales que quedaban en obra.

Por su parte, la Demandada expresó que fue a través de la Carta N° 026-2010-AL-GI-MPC del 2 de febrero de 2010, notificada en la misma fecha, que solicitó al contratista el cumplimiento de lo pactado en el acuerdo conciliatorio, bajo apercibimiento de resolverle el Contrato, siendo que a través de la Resolución de Gerencia Municipal N° 077-2010-GM-MPC (remitida mediante Carta N° 004-2010-MPC/GM, de fecha 17 de febrero de 2010) se hizo efectivo el apercibimiento.

Para el análisis de lo expresado por las partes, es necesario partir de uno de los instrumentos más claves en el presente caso: el Acta de Conciliación N° 006-2010, del 29 de enero de 2010, emitida por el Centro de Conciliación "Centro de Negociación, Conciliación y Arbitraje de Cajamarca – Cencac" (en adelante, el Acta de Conciliación).

A continuación, se hará un repaso de algunos de los compromisos relevantes para la solución de este primer punto controvertido, que contiene el Acta de Conciliación y se determinará si se cumplieron o no, para con ello determinar si existían o no razones de fondo para la resolución del Contrato. El primer acuerdo sostenía:

"PRIMERO: Las partes convienen de mutuo acuerdo dejar sin efecto la Carta Notarial S/N de fecha 25 de Enero del año 2010 expedido [sic] por el Contratista, así como la Resolución Nro. 0016-2010-GM-MPC, de fecha 26 de Enero del año 2010 expedido [sic] por la Entidad mediante la cual ambas partes declaraban la Resolución del Contrato N° 49-2009-MPC, de fecha 15 de mayo del año 2009, referido [sic] a la Ejecución de la obra denominada

'CONSTRUCCIÓN ALAMEDA DE LOS INCAS EN EL SECTOR 9 – GRAN QHAPAC ÑAN DE LA CIUDAD DE CAJAMARCA, PROVINCIA DE CAJAMARCA – CAJAMARCA'".

Tal como se aprecia del expediente y lo manifestado por las partes, en efecto, ambas dejaron sin validez las resoluciones contractuales que previamente habían formulado, intentando continuar con la vigencia y ejecución de las prestaciones del Contrato.

"SEGUNDO: *Que la Municipalidad se obliga en devolver las valorizaciones N° 6 y 7 a la Contratista, para que esta última complemente la documentación faltante tales como reajustes, amortizaciones, cuadros de control y avance de obra, así como el formato E-4, para luego de subsanar lo indicado la Entidad proceda a su cancelación total dentro del plazo de 72 horas de presentado el expediente debidamente subsanado".*

En cuanto a las valorizaciones antes referidas, era carga de la Entidad devolverlas y, en cuanto el Contratista subsanase las mismas, cancelar, dentro de las siguientes 72 horas, el monto referido.

Por su parte, el Contratista debía subsanar las valorizaciones antes referidas, completando la documentación requerida por la Entidad.

Tal como ha quedado acreditado, tanto la Entidad como el Contratista cumplieron con estos compromisos del Acta de Conciliación. Mediante Carta N° 021-2010-SGSLO-GI-MPC, la MPC devolvió al Contratista las valorizaciones N° 6 y N° 7. A su turno, éste las subsanó y las remitió a la Entidad mediante Carta s/n del 8 de febrero de 2010.

En cuanto a la obligación de pago de la MPC de tales valorizaciones dentro de las 72 horas siguientes, tal hecho está relacionado con lo

acaecido en la ejecución del tercer y séptimo compromiso del Acta de Conciliación, lo cual será materia de pronunciamiento en las siguientes líneas.

"TERCERO: *Que la Contratista se obliga a presentar hasta el 02 de Febrero del presente año el expediente de solicitud de sustitución de Residente de Obra, en consecuencia se reiniciará la obra al día siguiente de emitida la Resolución que aprueba la sustitución del Residente de obra ya referido; así mismo, el Contratista presentará la Ampliación de Plazo que corresponda debidamente sustentada".*

En cuanto a este compromiso, son claras las obligaciones de las partes, recayendo sobre el Contratista las de presentar la solicitud de cambio del residente de obra, así como la de presentar la solicitud de ampliación de plazo que corresponda, debidamente sustentada. Por su parte, la Entidad se encargaría de emitir la resolución aprobado el cambio del residente, para el reinicio de la obra.

Este tercer compromiso del Acta de Conciliación está ligado con los hechos que acontecieron en el marco de la ejecución del séptimo acuerdo, lo cual será materia de pronunciamiento en las siguientes líneas.

"SÉTIMO: *Que la Contratista se compromete hasta el 02 de Febrero del presente año en hacer llegar a la Entidad un certificado de domicilio legal del Consorcio, a fin de que la comunicación entre las partes sea más ágil y adecuada".*

En cuanto a este compromiso, es clara la obligación que se desprende del mismo, cuya carga recae sobre el Demandante, al solicitársele que presente un certificado de domicilio legal. Este compromiso, al igual que

el segundo y el tercero, antes comentados, está íntimamente ligado con el plazo que tenía el Contratista para cumplirlo. Así, observamos que tanto el tercero como el sexto tenían como fecha límite el día 2 de febrero de 2010.

Afirma la parte demandante que los compromisos antes mencionados fueron cumplidos en la fecha límite, es decir, el 2 de febrero de 2010, cuando se apersonaron a la Subgerencia de Supervisión y Liquidación de Obras (en adelante, la SGSLO), tal como lo mandaba el octavo compromiso del Acta de Conciliación. Sin embargo, manifiestan que hubo negativa por parte de dicha subgerencia, quienes se negaron a recibir los documentos ofrecidos por el Contratista, aduciendo que no tenían conocimiento de la referida acta ni del nuevo plazo otorgado a tal parte. Tras insistir, los documentos fueron recibidos –en coordinación con ambas partes– el día 3 de febrero de 2010.

A su turno, la MPC no ha hecho referencia concreta alguna sobre el particular, limitándose a afirmar que el Contratista no cumplió de manera oportuna con los acuerdos previstos en el Acta de Conciliación.


Este Árbitro Único observa que, en efecto, la parte demandada no contradijo este particular hecho, mediante el cual se habría presentado la información a la SGSLO el 2 de febrero de 2010, fecha límite, siendo que ésta fue rechazada por tal oficina, en tanto no sabían de la existencia del Acuerdo Conciliatorio. Esto queda acreditado mediante el Informe N° 0262-2010-SGSLO-GI-MPC, elaborado por el Subgerente de dicha oficina, ingeniero Wílber Alberto J. Díaz Villegas para el Gerente Municipal, profesor Wilson Pesantes Alayo. Textualmente, dicho documento refiere:

"1. Siendo que el **acta conciliatoria tiene fecha 29-01-2010 en la que se consideran plazos para el inicio de los trámites documentarios a partir del 02-02-2010, dicha acta se hace llegar a esta Sub Gerencia el día 04-02-2010** con el documento de la referencia.

2. Según el procedimiento de trámites documentarios que se obligó a realizar el contratista fijándose fechas máximas el 02-02-2010, tales como las contempladas en los términos TERCERO y SÉTIMO del ACUERDO CONCILIATORIO TOTAL, no fueron cumplidas por el Contratista.

3. En lo referente a la obligación del Contratista en presentar el expediente de cambio de Residente de Obra para que la Entidad evalúe y emita opinión acorde con la Reglamentación aplicable al contrato, lo realizó EXTEMPORÁNEAMENTE el día 03-02-2010 a horas 5:40 pm. tal como se demuestra con la copia fotostática de la carta respectiva con el sello de recepción de la Sub Gerencia de Supervisión y Liquidación de Obras, documento que se adjunta al presente informe..." (el subrayado y el resaltado es nuestro).

Habiendo esta supuesta extemporaneidad sido uno de los elementos de juicio para sustentar la resolución del Contrato por parte de la Entidad, este Árbitro Único estima que existen motivos razonables para afirmar que no había motivos de fondo para terminar el vínculo contractual por causas atribuibles al Consorcio.



Para el análisis de la forma en la que la MPC resolvió el Contrato, es oportuno recordar que este figura –mediante la cual una parte que cumple con sus obligaciones en el marco de un contrato pone fin al mismo como consecuencia del incumplimiento de su contraparte– tiene como referencia los artículos 226° y 267° del Reglamento, en los cuales se establecen los procedimientos para el ejercicio de tal mecanismo.

Así, el artículo 226° del reglamento establece:

"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 para obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, mediante carta notarial..." (el subrayado y el resaltado es nuestro).

Por su parte, el artículo 267° del Reglamento, regulando la resolución del contrato de obra, refiere:

"Artículo 267.- Efectos de la resolución de 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, y se levantará el acta. Culinado este acto, la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad y se procede a la liquidación, conforme a lo establecido en el Artículo 269°..." (el subrayado y el resaltado es nuestro).

En materia de forma, llama poderosamente la atención de este Árbitro Único que la carta mediante la cual la Entidad realiza el apercibimiento exigido por el artículo 226° del Reglamento se haga el 02.02.2010, es decir, el día en el cual el Contratista estaba llamado a cumplir con algunos de los acuerdos promovidos por el Acta de Conciliación. La Carta N° 026-2010-AL-GI-MPC, en efecto, fue notificada al Contratista la mañana (11:00 a.m., según la certificación notarial) del día en el cual el Consorcio debía cumplir con sus compromisos. ¿Cómo podía requerir la Entidad algo que aún se estaba a tiempo de cumplir? ¿Cómo se podía pedir el cumplimiento de una obligación que aún no era exigible? Ello lleva a concluir al Árbitro Único que dicho apercibimiento fue defectuoso.

Sin perjuicio de lo anterior, se aprecia que la Carta N° 004-2010-MPC/GM, de fecha 17 de febrero de 2010, que cita al Consorcio a la constatación física de la obra para el día 24 de febrero de 2010, fue notificado a éste recién el 25 de febrero de 2010, tal como se acredita con el cargo de notificación de dicha comunicación, firmada por un trabajador del Consorcio y certificada por el Notario, es decir, un día después de la supuesta constatación o inventario.

Teniendo en consideración que el apercibimiento fue realizado de forma contraria a Derecho y siendo este paso un requisito *sine qua non* para la resolución de un contrato en el marco de las contrataciones y adquisiciones del Estado, **este Árbitro Único estima que la resolución del Contrato formulada por la Entidad mediante Resolución de Gerencia Municipal N° 007-2010-GM-MPC fue indebida, por lo que corresponde dejarla sin efecto.**

2. Determinar si corresponde o no declarar la validez, eficacia y

consentimiento de la resolución del contrato efectuada por el consorcio El Cumbe mediante la carta N° 028-2010/CC notificada notarialmente a la Municipalidad Provincial de Cajamarca con fecha 07 de abril de 2010.

Los ya citados artículos 226° y 267° del Reglamento proveen el marco procedimental para la resolución de un contrato de obra en el marco de las contrataciones y adquisiciones del Estado. Corresponde, entonces, analizar si la resolución efectuada por el Consorcio se ajustó a tal normativa.

Manifestó el Contratista que en vista de que, tras la resolución del Contrato por parte de la Entidad, no se habían llevado a cabo la constatación física en obra en su presencia, procedió a remitir a la MPC la Carta N° 023-2010/CC, recibida por ésta el 22 de marzo de 2010. En esta comunicación, el Consorcio detalla una serie de incumplimientos por parte de la Entidad, a modo de observaciones a subsanar. Asimismo, el Consorcio expresa: *"...debiendo considerarse a la presente como el requerimiento adecuado al artículo 226° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado"*.

En resumen, el Contratista sostuvo que la MPC no cumplió con lo acordado con los acuerdos a los cuales llegaron ambas partes en el Acta de Conciliación, siendo el principal de ellos el cumplir con abonarles los montos correspondientes de las valorizaciones pendientes.

Así las cosas, cumplidos los quince (15) días de apercibimiento, con fecha 7 de abril de 2010, la MPC es notificada por el Consorcio, en vía notarial, de la Carta N° 028-2010/CC, mediante la cual éste último manifiesta a dicha Entidad: *"...les comunicamos nuestra decisión de*

Resolver de Pleno Derecho el Contrato de Ejecución de Obra N° 049-2009-MPC...", detallando los incumplimientos que aquélla había tenido en el marco del Contrato.

De la misma manera, manifiestan: *"Adecuados a las normas dispuestas en el segundo párrafo del Artículo 267° del Reglamento que estipula un plazo mínimo de dos días para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, señalamos a ésta para el día viernes 09 de abril del 2010 a horas 2:30 p.m., teniendo como punto de reunión la misma obra..."*.

Sobre la resolución de contrato, la doctrina de los contratos (aun teniendo en consideración las especiales características de aquellos de raigambre pública), dispone que debe existir una armonía en relación al cumplimiento de las prestaciones que las partes se comprometen a ejecutar, siendo que *"...el incumplimiento de una de las prestaciones da lugar a la ruptura de esa simetría, que determina la desaparición de la reciprocidad"* ¹.

Es en tal esquema que la resolución contractual permite a la parte afectada detener los efectos negativos que la falta de equilibrio o incumplimiento había ocasionado, desligándose ésta de su contraparte, por haber incumplido con la ejecución de sus prestaciones.

Cabe mencionar que en el marco de la Ley y su Reglamento, la resolución de un contrato como el que es objeto de controversia, está sujeta al cumplimiento de ciertas condiciones. Así, para el supuesto de

¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Tomo II. Lima: Palestra, 2007, pág. 379.

incumplimiento de las obligaciones de la Entidad, ésta deberá haber incumplido "injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato..."².

En consecuencia el incumplimiento injustificado de prestaciones esenciales en una relación contractual como: el pago de los montos correspondientes de las valorizaciones pendientes, facultó al Contratista a resolver el contrato por incumplimiento.

Siendo ello así, y no habiendo razones de fondo y forma para que la Entidad se negara a pagar su contraprestación (obligación esencial dentro de sus prestaciones), pues la resolución realizada por ella fue indebida por no ajustarse al procedimiento establecido en el Reglamento, la Entidad ha incurrido en causal de resolución.

Cumpliendo con los requisitos para su validez, **este Árbitro Único estima que la resolución del Contrato efectuada por el Consorcio es válida, por lo que corresponde declararla eficaz.**

3. Determinar si corresponde o no reconocer la Ampliación de Plazo N°04 por setenta y cinco (75) días calendarios a favor del consorcio El cumbe, como consecuencia del atraso de obra generado por vicios ocultos en el sector C) napa freática a flor de terreno, que fue solicitada mediante carta N° 014-2009 notificada a la Municipalidad Provincial de Cajamarca con fecha 23 de febrero de 2010.


Mediante Carta N° 014-2009/CC, notificada a la Entidad con fecha 23 de febrero de 2010, el Consorcio presentó su Expediente de Solicitud de

² Artículo 225° del Reglamento.

Ampliación de Plazo N° 4, manifestando que *"...al no ser recibido [...] por conducto regular, procedemos a tramitarla a través de su despacho [es decir, Gerencia Municipal], por conducto notarial. En ésta presentamos nuestra solicitud, cuantificamos y sustentamos la ampliación"*.

Tal solicitud fue objeto de pronunciamiento por parte de la Entidad, la cual, a través de la Carta N° 0015-2010-GM-MPC, de fecha 3 de marzo de 2010 y notificada al Consorcio el 5 de marzo de 2010, comunicó a éste la Resolución de Gerencia Municipal N° 0099-2010-GM-MPC. En ella se declara improcedente la ampliación de plazo solicitada por extemporánea. Es decir, por haber sido presentada luego de la (supuesta) resolución del Contrato formulada por dicha Entidad el 17 de febrero de 2010.

Sobre el particular, en Dictamen Pericial presentado con fecha 8 de noviembre de 2011, el Perito, ingeniero Enrique Barba Vera (en adelante, el Perito), sobre la base de la aplicación de la Ley su Reglamento, determinó que la ampliación ascendería a setenta y cinco (75) días calendario, con un monto de mayores gastos generales por la suma de S/. 121, 665.35 (Ciento Veintiún Mil Seiscientos Sesenta y Cinco con 35/100 Nuevos Soles)



Es oportuno mencionar que este Árbitro Único es de la opinión que la normativa de contrataciones y adquisiciones con el Estado tiene especial categoría, tratándose de un pliego legal que, entre sus particularidades, tiene la característica de ser de orden público, es decir, un conjunto de normas inmanentes al ordenamiento jurídico que no pueden ser de disposición libre de las partes a través de simples pactos entre particulares.

En este escenario, una renuncia unilateral a los gastos generales o mayores gastos generales que, por Ley, corresponderían a un contratista, no tendrían efecto sobre la normativa antes referida.

Sin perjuicio de lo anterior, en el presente caso se aprecia que existe una particularidad, traducida en el acuerdo al que ambas partes llegaron en el Acta de Conciliación:

"CUARTO: *Que en caso de que la Contratista solicite ampliaciones de plazo y, de ser aprobadas, éste [sic] renunciará en su totalidad al cobro por el Reconocimiento de los mayores gastos generales, generados por aquéllos".*

A diferencia de una declaración unilateral, debe tenerse en consideración que nos encontramos frente a una conciliación, cuya acta constituye título de ejecución, siendo oponible a quienes corresponda, de conformidad con lo expresado por la propia Ley N° 26872, Ley de Conciliación³, así como el Código Procesal Civil⁴, otorgándole a ésta, por ende, fuerza de sentencia.

En tal sentido, habiendo sido el Acta de Conciliación suscrita en fecha anterior a la solicitud del Consorcio, **este Árbitro Único estima que**

³ **"Artículo 18.- Mérito y Ejecución del Acta de Conciliación.-** *El acta con acuerdo conciliatorio constituye título de ejecución.*

Los derechos, deberes u obligaciones ciertas, expresas y exigibles que consten en dicha acta son exigibles a través del proceso de ejecución de resoluciones judiciales".

⁴ **"Artículo 688.- Títulos Ejecutivos**

Sólo se puede promover ejecución en virtud de los títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial según sea el caso. Son títulos ejecutivos los siguientes:

[...]


3. Las Actas de Conciliación de acuerdo a ley..."

corresponde reconocer la solicitud de Ampliación de Plazo N° 4, sin el reconocimiento de los gastos generales.

4. En caso de declararse fundado el punto anterior, determinar si corresponde o no ordenar a la Municipalidad Provincial de Cajamarca el pago de la suma de S/. 120,363.58 (Ciento Veinte Mil Trescientos Sesenta y tres con 58/100 Nuevo Soles) por concepto de mayores gastos generales a favor del Consorcio El Cumbe.

Por estar directamente relacionado con el acápite anterior, el Árbitro Único se remite a los argumentos y decisión previstos en el anterior punto controvertido.

5. Determinar si corresponde o no reconocer a favor del Consorcio El Cumbe los mayores gastos generales mas los respectivos intereses por las ampliaciones de Plazo N° 01 por 45 días, 02 y 03 por 30 días calendarios cada una, las cuales fueron aprobadas por la Municipalidad Provincial de Cajamarca, mediante Resoluciones de Gerencia Municipal N°0371-2009-GM-MPC del 11/09/2009, N° 0488-2009-GM-MPC del 26/11/2009 y N° 0002-2010-GM-MPC del 07/01/2010, respectivamente.



Las solicitudes de ampliaciones de plazos N° 1, N° 2 y N° 3, presentadas por el Contratista mediante cartas N° 015-2009/CC, N° 029-2009/CC y N° 030-2009/CC, respectivamente, recibieron pronunciamientos favorables por parte de la Entidad, otorgando al Consorcio plazos de 45, 30 y 30 días calendarios, respectivamente.

Como se puede apreciar de las resoluciones que contienen dichas

aprobaciones, no se reconocen los respectivos mayores gastos generales.

Habiendo el Perito determinado –sobre la base de la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado– los que los montos que corresponderían, de reconocerse los gastos generales de las ampliaciones de plazo antes referidas de la siguiente manera:

- Por Ampliación de Plazo N° 1: S/. 72,130.17
- Por Ampliación de Plazo N° 2: S/. 48,086.78
- Por Ampliación de Plazo N° 3: S/. 48,376.42

Y teniendo en consideración la posición respecto de la renuncia a los gastos generales, desarrollada en los puntos controvertidos anteriores, **este Árbitro Único estima que corresponde reconocer a favor del Consorcio los gastos generales correspondientes a las ampliaciones de plazos N° 1, N° 2 y N° 3, en los términos antes referidos.**

6. Determinar si corresponde o no ordenar a la Municipalidad Provincial de Cajamarca el Pago de la Suma de S/. 53,968.94 (Cincuenta y Tres Mil Novecientos Sesenta y Ocho con 94/100 Nuevo Soles) a favor del Consorcio El Cumbe correspondiente a la valorización N° 06, de noviembre de 2009.

Tal como ya se ha manifestado al resolver el primer punto controvertido, el Acta de Conciliación contenía diversos acuerdos, dentro de los cuales se encontraba el referido a la obligación de la MPC de devolver al Contratista las valorizaciones N° 6 y N° 7, con el fin de que éste pueda completarlas con la documentación descrita en el segundo

acuerdo de dicha acta. La obligación de la Entidad era cancelar los montos debidamente previstos en éstas dentro de las 72 horas siguientes a su presentación.

Con motivo de la pretendida resolución de la Entidad, estos montos no fueron cancelados, en tanto la MPC consideraba que el Consorcio había incumplido sus obligaciones. Sin embargo, tal como ya se ha declarado en el presente Laudo, dicha resolución fue indebida, por lo que carece de eficacia.

Así las cosas, cabe recordar que el propio Perito concluyó en su dictamen pericial que se acudió a "*...los metrados de obra propuestos por el contratista y aprobados por la supervisión, que fueron presentados y reformulados por el Consorcio...*", de conformidad con lo referido en el párrafo anterior.

En tal sentido, **este Árbitro Único estima que corresponde reconocer a favor del Consorcio la Valorización N° 6, por un monto ascendente a S/. 53,968.94 (Cincuenta y Tres Mil Novecientos Sesenta y Ocho con 94/100 Nuevo Soles).**

7. Determinar si corresponde o no ordenar a la Municipalidad Provincial de Cajamarca el pago de la suma de S/. 129,497.18 (Ciento Veintinueve Mil Cuatrocientos Noventa y Siete con 18/100 Nuevo Soles) a favor del Consorcio El Cumbe correspondiente a la Valorización N° 07, de diciembre de 2009.

Por estar directamente relacionado con el acápite anterior, el Árbitro Único se remite a los argumentos y decisión previstos en el anterior punto controvertido.

En tal sentido, este Árbitro Único estima que corresponde reconocer a favor del Consorcio la Valorización N° 7, por un monto ascendente a S/. 129,497.18 (Ciento Veintinueve Mil Cuatrocientos Noventa y Siete con 18/100 Nuevo Soles).

8. Determinar si corresponde o no ordenar a la Municipalidad Provincial de Cajamarca el reconocimiento del avance de obra valorizado correspondiente a los meses de Enero, Febrero y Marzo de 2010.

De acuerdo con el dictamen pericial del Perito y de conformidad con la documentación analizada, el "...avance de obra ejecutado por el contratista fue de **38.24%**, resultante de lo valorizado **durante el periodo de enero, febrero y marzo 2010** por un monto de **S/. 205,808.49 (Doscientos Cinco Mil Ochocientos Ocho con 497100 Nuevos Soles)**"⁵.

En tal sentido, este Árbitro Único estima que corresponde reconocer a favor del Consorcio el avance de obra ejecutado y valorizado por los meses de enero, febrero y marzo de 2010, por un monto ascendente a S/. 200,000.00 (Doscientos Mil con 00/100 Nuevos Soles), de acuerdo a la suma solicitada por el Contratista dentro de su pretensión.

9. En caso de declararse fundado el punto anterior, determinar si corresponde ordenar o no la Municipalidad Provincial de Cajamarca el pago de la suma de S/. 200,000.00 (Doscientos Mil

⁵ Sin embargo, debe apreciarse que el Contratista solicitó el pago de la suma de S/. 200,000.00.

con 00/100 Nuevo Soles) a favor del Consorcio El Cumbe.


Por estar directamente relacionado con el acápite anterior, el Árbitro Único se remite a los argumentos y decisión previstos en el anterior punto controvertido.

10. Determinar si corresponde o no ordenar a la Municipalidad Provincial de Cajamarca la Devolución de las cartas fianzas que garantizan el adelanto de materiales y fiel cumplimiento de ejecución del Contrato.

Por estar directamente relacionado con el acápite anterior, el Árbitro Único se remite a los argumentos y decisión previstos en el primer y segundo puntos controvertidos.

En tal sentido, producto de la resolución válida efectuada por el Consorcio, **este Árbitro Único estima que corresponde ordenar a la MPC que devuelva las cartas fianza que garantizan el adelanto de materiales y fiel cumplimiento de ejecución del Contrato.**

11. En caso de declararse la validez de la resolución del Contrato efectuada por el consorcio El Cumbe, determinar si corresponde o no ordenar a la Municipalidad Provincial de Cajamarca el Reconocimiento y la respectiva indemnización por daños y perjuicios.



De manera preliminar, es oportuno señalar que la pretensión indemnizatoria del Consorcio fue precisada mediante escrito presentado con fecha 12 de agosto de 2010. En éste se hace mención de distintos conceptos que constituyen dicha pretensión, los cuales también fueron

objeto del dictamen de ampliación de peritaje, presentado con fecha 28 de agosto de 2012.

- Lucro Cesante:

Tal como menciona el dictamen pericial, el Reglamento establece una fórmula para determinar el lucro cesante a favor del Contratista, en caso que la ejecución de un contrato se vea frustrada por causas atribuibles a la Entidad.

Así, el artículo 267° del Reglamento establece:

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

[...]

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

Según dicha fórmula y en congruencia con lo dictaminado por el Perito, **este Árbitro Único estima que corresponde condenar a la MPC al pago de una indemnización por daños y perjuicios, por un monto ascendente a S/. 129,985.00 (Ciento Veintinueve Mil Novecientos Ochenta y Cinco con 00/100 Nuevos Soles), por concepto de lucro cesante.**

- Gastos incurridos en la tramitación de la resolución:

Tal como refiere el Perito, el artículo 227° del Reglamento establece: "Si

la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, según corresponda”.

Para el presente concepto, el Perito ha determinado que, de proceder el presente concepto, correspondería ordenar que la MPC pague la suma de S/. 15,236.00 (Quince Mil Doscientos Treinta y Seis con 00/100 Nuevos Soles), utilizando como fuente el contrato suscrito entre el Consorcio y su asesora, suscrito con fecha 8 de marzo de 2010.

Sin embargo, a criterio de este Árbitro Único, el Contratista no cumplió con acreditar de manera fehaciente los gastos incurridos en la tramitación de la resolución, pues este únicamente anexó un Contrato de Locación de Servicio sin fecha cierta y sin ninguna legalización de firmas del contrato o certificación notarial que coadyuve a generar convicción en el Árbitro Único respecto de la acreditación de tal gasto.

En tal sentido, se aprecia que el Consorcio no ha acreditado debidamente los gastos en los que incurrió en el presente concepto indemnizatorio, siendo ello así, **este Árbitro Único estima que no corresponde condenar a la MPC al pago de una indemnización por daños y perjuicios, por un monto ascendente a S/. 15,236.00 (Quince Mil Doscientos Treinta y seis con 00/100 Nuevos Soles), por concepto de gastos incurridos en la tramitación de la resolución del Contrato.**

- Mayores gastos financieros por renovaciones de cartas fianzas:


En el dictamen pericial, el Perito ha referido que los costos de las

garantías "...incrementan los gastos financieros por plazos que toma la solución de las controversias mediante arbitraje, desde producido [sic] la ruptura del contrato, son sobre costos que se deben reconocer de acuerdo, no sólo a la normatividad jurídica [sic] administrativa, sino a los principios generales del derecho".

Para el reconocimiento de lo antes referido, el Perito ha analizado los reportes de la propia Mapfre Perú (Oficio UC/OBRAS-429-2012), del 3 de julio de 2012, concluyendo en las siguientes cifras:

- Por carta fianza de fiel cumplimiento: S/. 35,829.29
- Por carta fianza de adelanto de materiales: S/. 20,815.41
- Total de gastos financieros de cartas fianzas: S/. 56,644.70

Sin embargo, a criterio del Árbitro Único y analizando el mismo documento puesto a disposición del Perito, se debe reconocer únicamente los montos posteriores a la resolución contractual efectuada por el Contratista, que es la única válida, momento a partir del cual el mantenimiento de las cartas fianza devino en innecesario. Así las cosas, la fecha hito es el 7 de abril de 2010, fecha en la cual se hizo efectiva la resolución antes referida. En tal sentido, los montos que corresponderían a partir de tales fechas serían:

- 
- Por carta fianza de fiel cumplimiento: S/. 34,900.04, producto de las pólizas 1004714-02 a la 1004714-09.
 - Por carta fianza de adelanto de materiales: S/. 17,030.79, producto de las pólizas 1004877-04 a la 1004877-12.
 - Por carta de adelanto directo⁶: S/. 8,692.77, producto de la

⁶ No tomada en consideración por el Perito.

póliza 1004829-00.

- **Total de gastos financieros de cartas fianzas: S/. 60,623.60**

No obstante, se aprecia que el Consorcio solicitó en su demanda la suma de S/. 11,381.88 (Once Mil Trescientos Ochenta y Uno con 88/100 Nuevos Soles). En consecuencia , **este Árbitro Único estima que corresponde condenar a la MPC al pago de una indemnización por daños y perjuicios, por un monto ascendente a S/. 11,381.88 (Once Mil Trescientos Ochenta y Uno con 88/100 Nuevos Soles), por concepto de mayores gastos financieros por renovaciones de cartas fianzas.**

- Los intereses de capital o bienes de capital prendados como garantías de cartas fianza:

En el dictamen pericial, el Perito ha referido que los costos se comprometen para garantizar los créditos otorgados al Consorcio, producto de las cartas fianzas. Así, el Perito manifiesta este monto ascendería a S/. 599,060.11.

Sin embargo, a criterio de este Árbitro Único, este tipo de garantías se tenían que otorgar necesariamente, en tanto son responsabilidad del ganador de la buena pro y futuro constructor, siendo una acción típica de un acto negocial de la envergadura del proyecto que dio origen al Contrato.

En tal sentido, **este Árbitro Único estima que no corresponde condenar a la MPC al pago de una indemnización por daños y perjuicios, por un monto ascendente a S/. 599,060.11**

(Quinientos Noventa y Nueve Mil Sesenta con 11/100 Nuevos Soles), por concepto de mayores gastos financieros por renovaciones de cartas fianzas.

- Pagos adelantados a residente de obra y proveedores:

El Árbitro Único aprecia que sólo se ha presentado declaraciones juradas por parte de un representante del Consorcio, no adjuntando ni contratos ni facturas de pago que acrediten fehacientemente el desembolso de los montos que se alega haber gastado.

En tal sentido, **este Árbitro Único estima que no corresponde condenar a la MPC al pago de una indemnización por daños y perjuicios, por un monto ascendente a S/. 180,000.00 (Ciento Ochenta Mil con 00/100 Nuevos Soles), por concepto de pagos adelantados a residente de obra y proveedores.**

- Pago adelantado de alquiler de maquinaria en obra:

Para acreditar el pago adelantado por alquiler de maquinaria en obra, el Contratista presentó el contrato suscrito por el Consorcio con R & CÍA SRL, cuyas firmas fueron debidamente legalizadas, dándole fecha cierta a tal instrumento.

Asimismo, debe tenerse en consideración que el Perito manifestó que: *"La ejecución de los trabajos que se encontraban en pleno desarrollo, había comprometido el uso de maquinaria que habiendo sido pagada para su uso deberá resarcirse como afectación, dada las pruebas que adjunta el contratista, las mismas que alcanzan la suma de S/. 165,750.00".*

En tal sentido, **este Árbitro Único estima que corresponde condenar a la MPC al pago de una indemnización por daños y perjuicios, por un monto ascendente a S/. 165,750.00 (Ciento Sesenta y Cinco Mil Setecientos Cincuenta con 00/100 Nuevos Soles), por concepto de pago adelantado de alquiler de maquinaria en obra.**

- Pago por equipos en *stand by*:

Al respecto el dictamen pericial refiere que el Consorcio comprometió recursos para el empleo de maquinaria en obra, la cual quedó paralizada, añadiendo, además:

"Ello, sumado a los cálculos que demandarían las ampliaciones de plazo generadas que sólo reconocen mayores gastos generales y no equipo ocioso que no es empleado en los tiempos muertos de las prórrogas y que están incursos en el costo directo de cada partida, incrementarían la afectación, debiendo ser materia de un cálculo que aunque no requerido como reconocimiento, deberá incluirse en la liquidación final de cuentas" (el subrayado es nuestro).

En efecto, existe un monto desembolsado que a criterio de este Árbitro Único debe ser reintegrado al Contratista, precisándose que la parte ha solicitado, para tales efectos, que se le reconozca la suma de S/. 225,000.00 (Doscientos Veinticinco Mil con 00/100 Nuevos Soles).

En tal sentido, **este Árbitro Único estima que corresponde condenar a la MPC al pago de una indemnización por daños y perjuicios, por un monto ascendente a S/. 225,000.00 (Doscientos Veinticinco Mil con 00/100 Nuevos Soles), por**

concepto de pago por equipos en *stand by*.

- Materiales puestos en obra y no valorizados:

Al respecto, producto de los problemas más álgidos en la obra y de que el Consorcio fue desalojado del terreno, se aprecia que hubo materiales en el lugar que no fueron contemplados en ninguna valorización por tales motivos, por lo que corresponde reconocerlos a favor del Contratista, máxime si es que en la última valorización efectuada por el Demandante, el adelanto de materiales fue descontado al 100%, lo cual fue apreciado por el Perito. Debe tenerse en consideración, asimismo, que el dictamen pericial no fue cuestionado en tal extremo por la Entidad.

En tal sentido, **este Árbitro Único estima que corresponde condenar a la MPC al pago de una indemnización por daños y perjuicios, por un monto ascendente a S/. 350,000.00 (Trescientos Cincuenta Mil con 00/100 Nuevos Soles), por concepto de materiales puestos en obras y no valorizados.**

- Mayores gastos generales en ampliaciones de plazo N°1, N° 2 y N° 3:

Habiéndose pronunciado de manera favorable sobre esta solicitud en el quinto punto controvertido, carece de objeto que el Árbitro Único se pronuncie respecto de este extremo.

12. Determinar si corresponde ordenar o no a la Municipalidad Provincial de Cajamarca el pago del monto de las penalidades a las que se refiere el segundo párrafo del artículo N° 267 del

Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.

Al respecto, este Árbitro Único precisa que las penalidades previstas en el segundo párrafo del artículo 267° del Reglamento está reservado para los casos en los cuales quien incumpla sus prestaciones sea el Contratista y no viceversa, teniendo en ese caso otros mecanismos de protección.

En tal sentido, **este Árbitro Único estima que no corresponde condenar a la MPC al pago de penalidades derivadas del segundo párrafo del artículo 267° del Reglamento.**

13. Determinar a qué parte y en qué proporción corresponde cancelar los gastos Arbitrales.

En el presente caso, el convenio arbitral no ha previsto nada relacionado con los costos del arbitraje, por lo que corresponde que el Árbitro Único se pronuncie respecto de si procede la condena para el pago aquéllos y establezca cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporciones deben repartirse entre ellas.

El Árbitro Único considera que las partes han tenido razones suficientes para litigar por lo que cada una de ellas, en principio, debe asumir los costos del arbitraje en los que ha incurrido. Ello se demuestra en el hecho que, a criterio de este Árbitro Único, cada una de las partes tenía cierta razón en cuanto a las pretensiones de la demanda, y por ello la misma se ha declarado fundada en varios extremos e infundada en algunos extremos.

En este orden de ideas, no corresponde ordenar a ninguna de las partes el pago de los costos totales de arbitraje. En consecuencia, se resuelve que cada parte cubra sus propios gastos de defensa por un lado, y por otro, los gastos comunes (honorarios del Árbitro Único y los de la

Dirección Nacional de Arbitraje) que deben ser asumidos por ambas en partes exactamente iguales

VII. FALLO:

Primero: DECLÁRESE FUNDADA EN PARTE la Primera Pretensión de la demanda, reconociéndose a Consorcio El Cumbe la Ampliación de Plazo N° 4, por 75 días naturales, sin el reconocimiento de mayores gastos generales.

Segundo: DECLÁRESE FUNDADA la Segunda Pretensión de la demanda y, en consecuencia, **DÉJESE SIN EFECTO** la resolución del Contrato N° 049-2009-MPC de fecha 15 de mayo de 2009, realizada por la Municipalidad Provincial de Cajamarca a través de la Resolución de Gerencia Municipal N° 0077-2010-GM-MPC .

Tercero: DECLÁRESE FUNDADA la Tercera Pretensión de la demanda, reconociéndose a Consorcio El Cumbe las ampliaciones de plazo N° 1, por cuarenta y cinco (45) días calendarios, así como el pago de S/. 72,130.17 por concepto de mayores gastos generales; N° 2, por treinta (30) días calendarios, así como el pago de S/. 48,086.78 por concepto de mayores gastos generales; y N° 3, por treinta (30) días calendarios, así como el pago de S/. 48,086.78 por concepto de mayores gastos generales, incluyendo, en todos los casos, el reconocimiento de los respectivos intereses.

Cuarto: DECLÁRESE FUNDADA la Cuarta Pretensión de la demanda, reconociéndose a Consorcio El Cumbe las valorizaciones N° 6, por un monto ascendente a S/. 53,968.94, y N° 7, por un monto ascendente a S/. 129,497.18. Asimismo, debe reconocerse a Consorcio el Cumbe el avance valorizado generado en los meses de enero, febrero y marzo de 2010, por un monto ascendente a S/. 200,000.00.

Quinto: DECLÁRESE FUNDADA la Quinta Pretensión de la demanda y, en consecuencia, **DISPÓNGASE** que la Municipalidad Provincial de Cajamarca devuelva a Consorcio El Cumbe las cartas fianza originales de Fiel Cumplimiento y Adelanto de Materiales, ordenándose a la Municipalidad la devolución de las mismas en el plazo de cinco (05) días

hábiles de consentido el presente Laudo

Sexto: DECLÁRESE FUNDADA la Sexta Pretensión de la demanda y, en consecuencia, **DECLÁRESE** debidamente resuelto el Contrato N° 049-2009-MPC de fecha 15 de mayo de 2009, por parte de Consorcio El Cumbe, a través de la Carta N° 028-2010/CC.

Séptimo: DECLÁRESE FUNDADA EN PARTE la Séptima Pretensión de la demanda y, en consecuencia:

- (i) **CONDÉNESE** a la Municipalidad Provincial de Cajamarca al pago de S/. 129,985.00, a favor de Consorcio El Cumbe, por concepto de lucro cesante.
- (ii) **DECLARESE que no corresponde disponer** que la Municipalidad Provincial de Cajamarca pague a Consorcio El Cumbe la suma de S/. 15,236.00, por concepto de gastos incurridos en la tramitación de la resolución del contrato Contrato N° 049-2009-MPC de fecha 15 de mayo de 2009.
- (iii) **DECLÁRESE** que corresponde disponer que la Municipalidad Provincial de Cajamarca pague a Consorcio El Cumbe la suma de S/. 11,381.88, por concepto de mayores gastos financieros por renovaciones de cartas fianzas.
- (iv) **DECLÁRESE** que no corresponde disponer que la Municipalidad Provincial de Cajamarca pague a Consorcio El Cumbe la suma de S/. 371,131.96, por concepto de mayores intereses del capital o bienes de capital prendados como garantías de fianzas.
- (v) **DECLÁRESE** que no corresponde disponer que la Municipalidad Provincial de Cajamarca pague a Consorcio El Cumbe la suma de S/.180,000.00, por concepto de pagos adelantados a residente de obra y proveedores.
- (vi) **DECLÁRESE** que corresponde disponer que la Municipalidad Provincial de Cajamarca pague a Consorcio El Cumbe la suma

de S/. 165,750.00 por concepto de alquiler de maquinaria comprometida en obra.

- (vii) **DECLÁRESE** que corresponde disponer que la Municipalidad Provincial de Cajamarca pague a Consorcio El Cumbe la suma de S/. 225,000.00 por concepto de equipos en *stand by*.
- (viii) **DECLÁRESE** que corresponde disponer que la Municipalidad Provincial de Cajamarca pague a Consorcio El Cumbe la suma de S/.350,000.00 por concepto de materiales puestos en obras y no valorizados.
- (ix) **ESTESE** a lo resuelto en el tercer punto resolutivo del presente Laudo.

Octavo: DECLÁRESE IMPROCEDENTE la Octava Pretensión de la demanda y, en consecuencia, **DISPÓNGASE** que cada parte asuma sus propios gastos arbitrales, así como todos los costos derivados de sus defensas.



PETER PALOMINO FIGUEROA

Árbitro Único



ANTONIO CORRALES GONZALES

Director (e) de Arbitraje Administrativo