

Caso Arbitral: MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE OTUZCO - CONSORCIO GARBANCILLO

Contrato de Ejecución de Obra: PSE en Media y Baja tensión de los Caseríos de las Microcuencas Garbancillo - Chillin de los Distritos de Otuzco y Agallpampa - Provincia de Otuzco - la Libertad - Proceso de Exoneración N° 01-2009 - LIQUIDACION DE OBRA

LAUDO ARBITRAL

RESOLUCION N° 014

Trujillo, 30 de noviembre del 2012

DEMANDANTE:

MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE OTUZCO (LA DEMANDANTE)

DEMANDADA:

CONSORCIO GARBANCILLO, INTEGRADO POR INGALSA S.A.C., CONSTRUCTORA CABO VERDE S.A., OBRAS CONSULTORIA Y NEGOCIOS E.I.R.L., y POWER PRODUCTION S.A.C. (EL DEMANDADO)

ÁRBITROS:

FIDEL ANTONIO MACHADO FRIAS, quien la preside

VICENTE FERNANDO TINCOPA TORRES

JUAN MANUEL FIESTAS CHUNGA

SECRETARIO ARBITRAL:

LENIN FERNANDO ARAUJO ARAUJO

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Jr. Pizarro N° 478, Oficina 306 - Trujillo - la Libertad.

IDIOMA DEL ARBITRAJE:

El idioma aplicable es el castellano.

TIPO DE ARBITRAJE:

ARBITRAJE DE DERECHO.

NORMA APLICABLE:

Ley de Contrataciones del Estado - Decreto Legislativo 1017 su Reglamento aprobado por D.S. N° 184-2008-EF. Ley General de Arbitraje - Decreto Legislativo 1017. Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444. Código Civil vigente.

I.- CUESTIÓN SOMETIDA A ARBITRAJE:

La cuestión sometida a arbitraje por LA DEMANDADA se encuentra dirigida a resolver las controversias derivadas de

la ejecución del Contrato de Obra: "INSTALACIÓN PSE EN MEDIA Y BAJA TENSIÓN DE LOS CASERÍOS DE LAS MICROCUENCAS GARBANCILLO-CHILLIN, DISTRITOS DE OTUZCO Y AGALLPAMPA, PROVINCIA DE OTUZCO – LA LIBERTAD", EL CONTRATO), suscrito entre LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE OTUZCO y CONSORCIO GARABANCILLO con fecha 04 de agosto de 2009, particularmente en lo referido a la validez o no de la resolución del Contrato efectuada por EL DEMANDADO y el reconocimiento de sus respectivos efectos.

II.- DE LA DEMANDA INTERPUESTA POR LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE OTUZCO:

Mediante escrito N° 01 presentado el 20 de junio del 2012 en la sede arbitral, LA MUNICIPALIDAD interpuso demanda arbitral, planteando como pretensiones siguientes que EL CONSORCIO le pague y/o abone lo siguiente:

- POR SALDO DE OBRA: el importe de S/. 284,524.30 (DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS VEINTICUATRO Y 30/100 NUEVOS SOLES), mas intereses legales.
- POR PENALIDAD APLICADA: el importe de S/. 306,605.21 (TRESCIENTOS SÉIS MIL SEISCIENTOS CINCO Y 21/100 NUEVOS SOLES), mas intereses legales.
- POR INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS: el importe de S/. 1'326,642.00 (UN MILLÓN TRESCIENTOS VEINTISÉIS MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y DOS NUEVOS SOLES), mas intereses legales.

Haciendo extensiva esta demanda al pago de costas y costos del arbitraje. Fundamenta sus pretensiones, en resumen:

RESPECTO AL SALDO DE OBRA:

1. Que LA MUNICIPALIDAD y EL CONSORCIO conformado por las empresas "INGALSA S.A.C.", "Constructora Cabo Verde S.A.", "Obras Consultorías y Negocios E.I.R.L." y "Power Production S.A.C.", celebraron el contrato para la ejecución de la obra "INSTALACIÓN PSE EN MEDIA Y BAJA TENSIÓN DE LOS CASERÍOS DE LAS MICROCUENCAS GARBANCILLO-CHILLIN, DISTRITOS DE OTUZCO Y AGALLPAMPA, PROVINCIA DE OTUZCO – LA LIBERTAD", de fecha 04 de Agosto del 2009, por el monto presupuestado de S/. 3'066,052.08 (Tres millones sesenta y seis mil cincuenta y dos con 08/100 nuevos soles), bajo el sistema de Precios Unitarios, con plazo de ejecución de 120 días calendario, desde el 03 de Noviembre del 2009 hasta el 03 de Marzo del 2010.
2. Que la obra beneficiaría a 752 familias, permitiéndoles el desarrollo socio-económico y agroindustrial en 15 caseríos de los distritos de Otuzco y de Agallpampa: Santa Rosa, La Morada, Tres Cerros, Mayday, Sagallpampa Alto, Sagallpampa Bajo, Usarat, Ciénego Grande, Pichampampa, La Fortuna, San Agustín, Monte de Armas, Miguel Grau, El Porvenir, y San Martín.
3. Que la fuente de financiamiento es el Ministerio de Energía y Minas en virtud del Convenio N° 80-07-MEM, del 13 de Diciembre del 2007, celebrado entre LA MUNICIPALIDAD y el Ministerio de Energía y Minas; encargándose a la comuna la ejecución del proyecto, y obligándose el Ministerio a transferir los recursos correspondientes.
4. Que, el 14 de Agosto del 2009 se suscribió el Contrato de Supervisión de esta obra con el Consorcio San Francisco, integrado por la empresa "Multiproyectos S.A.C." y el Sr. Juan Segundo Paredes Aparicio, por un monto

2



de S/. 199,293.39, incluido IGV, por un plazo de 120 días. Asimismo, el 18 de Agosto del 2009, se entregó al CONSORCIO el terreno; y la ejecución de la obra comenzó el 03 de Noviembre del 2009, debiendo concluir el 03 de Marzo del 2010.

5. Que se otorgó al CONSORCIO un Adelanto Directo por S/. 613,210.50, y un Adelanto de Materiales por S/. 1'226,422; totalizando S/. 1'839,631; según cartas N° 02-2009-CONSORCIO GARBANCILLO y N° 03-2009-CONSORCIO GARBANCILLO, Facturas y Comprobantes de Pago que anexa como medios probatorios.
6. Que en la cláusula séptima del CONTRATO se estipuló como garantías que debió otorgar EL CONSORCIO a favor de LA MUNICIPALIDAD: Cartas Fianza de Fiel Cumplimiento, por Adelanto Directo y por Adelanto de Materiales; siendo que por la primera presentó la Carta Fianza N° 001-08-2009-CACFG de fecha 03.08.09, emitida por la Cooperativa de Ahorro y Crédito "FIANZAS Y GARANTÍAS" Ltda, por la suma de S/. 306,605.21 (equivalente al 10% del monto contractual), que venció el 03.03.10; por la segunda presentó la Carta Fianza N° 463-008-2009/CACCP de fecha 18.08.09, emitida por "CREDIPYME PERÚ LTDA. – Cooperativa de Ahorro y Crédito" por la suma de S/. 613,210.50 (equivalente al 20% del monto contractual), que venció el 27.02.10; y por la tercera presentó la Carta Fianza N° 462-008-2009/CACCP de fecha 18.08.09, emitida por "CREDIPYME PERÚ LTDA. – Cooperativa de Ahorro y Crédito" por la suma de S/. 1'226,422.00 (equivalente al 40% del monto contractual), que venció el 27.02.10; cartas que no fueron renovadas por EL CONSORCIO, ni ejecutadas por la gestión edil anterior.
7. Que vencidas dichas cartas fianza al término del plazo contractual (03 de Marzo del 2010), y en razón de no haber sido ejecutadas, EL CONSORCIO dejó de tomar interés en el avance de la obra, mas aún si sus Valorizaciones N° 01 y N° 02 fueron observadas por la Dirección General de Electrificación Rural del Ministerio de Energía y Minas por haber sido presentadas de modo extemporáneo y en virtud de que dicha obra se encontraba fuera de plazo, según Informe N° 409-2010-DIDUR/UE-MPO, de fecha 06.05.10, Oficio N° 072-2010-MPO/GM, de fecha 06.05.10, y Oficio N° 861-2010-MEM/DGER/DPR-JPN, de fecha 02.07.10; observaciones que no fueron levantadas.
8. Que conociendo el incumplimiento de la ejecución de la obra por parte del CONSORCIO, y su falta de interés para proseguir con la misma, la Dirección General de Electrificación Rural del Ministerio de Energía y Minas por Oficio N° 1278-2010-MEM/DGER/DPR-JPN, de fecha 01.09.10, solicitó a la MUNICIPALIDAD la remisión de las liquidaciones de los contratos de obra y de supervisión para transferir la obra a la empresa concesionaria que corresponda para su culminación. Asimismo, mediante el Informe N° 290-2010-MEM/DGER-DPR-JPN, de fecha 15.11.10, que contiene la Inspección y Estado Situacional de la obra, emitido por el Coordinador de Obras de la Dirección General de Electrificación Rural, y el Oficio N° 1713-2010-MEM/DGER/DPR-JPN, de fecha 14.12.10, emitido por el Jefe de Proyectos Norte de dicha Dirección, se determina que dicha obra se encuentra paralizada y abandonada desde Abril del 2010, recomendándose a LA MUNICIPALIDAD la resolución de los contratos de obra y de supervisión.
9. Que por Oficio N° 188-2010-MPO/GM, de fecha 13.09.10, se requirió de modo extemporáneo al CONSORCIO la renovación de las tres (03) cartas fianza cuando dicho requerimiento debió ser formulada antes del 27 de Febrero del 2010.

3

10. Que la Jefatura de Proyectos Norte de la Dirección General de Electrificación Rural, a través de su Oficio N° 179-2011-MEM/DGER/DPR-JPN, de fecha 08.02.11, comunica y recomienda a LA MUNICIPALIDAD resolver los contratos de obra y de supervisión en virtud de que la ejecución de la misma quedó paralizada y abandonada por EL CONSORCIO; por lo que en atención a dicha recomendación y a efecto de seguir el trámite administrativo para la resolución y posterior liquidación de la obra, se notifica al CONSORCIO mediante Carta Notarial, de fecha 07.03.11, concediéndole un plazo para que reinicie la obra y presente las cartas fianza renovadas, caso contrario se procedería a la Resolución Total del Contrato de ejecución de Obra.
11. Que como EL CONSORCIO no cumplió en el plazo que se le concedió para reiniciar la obra y la presentación de las cartas fianza requerida, con fecha 21.03.11 se le cursa nueva carta notarial notificándole que LA MUNICIPALIDAD tomó la decisión de Resolver EL CONTRATO en cumplimiento y aplicación de los Arts. 165, 166, 167, 168, 169 y 170 del Reglamento de Contrataciones del Estado; y por Resolución de Alcaldía N° 199-2011-MPO, de fecha 23 de Marzo del 2011, se resolvió EL CONTRATO, disponiéndose además el inventario de la misma de acuerdo a ley, su liquidación y la aplicación de las penalidades derivadas del incumplimiento de ejecución de la obra; resolución que quedó consentida por no haber sido materia de recurso impugnativo.
12. Que el 25 de Marzo del 2011 se llevó a cabo el inventario de la obra, según Acta de Verificación; y el 31 de Agosto del 2011 se realizó otro inventario en el depósito del CONSORCIO de la calle Hipólito Unanue N° 227 El Porvenir-Trujillo.
13. Que una parte de los bienes inventariados en el lugar de la obra a cargo aún del CONSORCIO y depositados en un almacén del caserío Mayday no fueron valorizados por estar bajo custodia del CONSORCIO, al ser entregados a LA MUNICIPALIDAD así como la otra parte de materiales inventariados en El Porvenir-Trujillo, fueron valorizados por LA MUNICIPALIDAD, en la suma de S/. 231,371.90 según Informe Valorativo N° 154-2012-DIDUR-MPO/EJAA, del 16.02.12, aprobada por Resolución Gerencial N° 005-2012/MPO-GM.
14. Que al haberse resuelto EL CONTRATO por parte de LA MUNICIPALIDAD, y al no haber presentado EL CONSORCIO la Liquidación, LA MUNICIPALIDAD procedió a Liquidar, notificándose la liquidación al CONSORCIO sin que ésta la haya observado; siendo así que esta Liquidación Final y la Liquidación Técnica y Financiera de la ejecución de la obra fueron aprobadas mediante la Resolución de Alcaldía N° 151-2012-MPO, de fecha 17 de Febrero del 2012, que a su vez también aprobó la penalidad correspondiente por el monto de S/. 306,605.21; Resolución que quedó firme y consentida por no haber sido materia de recurso administrativo de impugnación alguno por parte del CONSORCIO.
15. Que en el expediente de liquidación, rubro "Conclusiones y Recomendaciones", se aprecia que el avance real de la obra fue 43.17%, equivalente al monto de S/. 1'323,735.05, entre suministro, montaje, transporte y demás partidas; faltando por ejecutarse un porcentaje del 56.83 %, equivalente al monto de S/. 1'742,317.06. Y teniendo en cuenta que al CONSORCIO se le adelantó en total S/. 1'839,631.25 se deduce el monto ejecutado resultando un saldo de S/. 515,896.20; pero como existe una valorización de los bienes inventariados por el monto de S/. 231,371.90, debe también deducirse, lo que da como resultado la cantidad de S/. 284,524.30 que viene a constituir el saldo que EL CONSORCIO debe resarcir y/o pagar a LA MUNICIPALIDAD, más sus intereses legales.

16. Que en la Resolución N° 151-2012-MPO se concedió al CONSORCIO el plazo de 08 días calendario para que cumpla con el pago del saldo mas la penalidad aplicada que suman el monto total de S/. 591,129.51, pago que no cumplió con honrarlo, dando lugar a que por Carta Notarial de fecha 30.03.12, se notifique al CONSORCIO concediéndole nuevamente el mismo plazo para que cumpla con pagar dicho monto, lo que tampoco hizo al vencer este plazo el día 10 de Abril del 2012, surgiendo desde entonces la controversia que dio lugar a la Solicitud de Arbitraje de fecha 16 de Abril del presente año.

RESPECTO A LA PENALIDAD:

17. Que EL CONSORCIO paralizó y abandonó la ejecución de la obra, incurriendo en retraso injustificado (incumplimiento), según Informe N° 409-2010-DIDUR/UE-MPO, Oficio N° 072-2010-MPO/GM, Oficio N° 861-2010-MEM/DGER/DPR-JPN, Oficio N° 1278-2010-MEM/DGER/DPR-JPN, Informe N° 290-2010-MEM/DGER-DPR-JPN, y Oficio N° 1713-2010-MEM/DGER-JPN.
18. Que en la Cláusula Décimo Quinta del CONTRATO se estipula que en caso de retraso injustificado en la fecha de término de ejecución de la misma, LA MUNICIPALIDAD aplicará a EL CONTRATISTA una penalidad por cada día de atraso hasta un máximo equivalente al 10 % del monto contractual, de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto del Contrato Vigente}}{0.15 \times \text{Plazo en días}}$$

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times 3'066,052,08}{0.15 \times 120} = 17,033.62$$

19. Debido a que el retraso es a partir del año 2010, se aplica el máximo que es el 10 % del monto del contrato vigente:

$$\text{Penalidad Máxima} = 0.10 \times 3'066,052.08 = \text{S/. } 306,605.21$$

RESPECTO AL PAGO INDEMNIZATORIO POR DAÑOS Y PERJUICIOS:

20. Que EL CONSORCIO ha irrogado a LA MUNICIPALIDAD así como a las localidades que son parte de la zona del proyecto, serios daños y perjuicios que se traducen en las modalidades de daño emergente, lucro cesante y daño moral.
21. Que en cuanto al daño emergente, al abandonar la obra EL CONSORCIO, para efecto de proseguir con la ejecución del proyecto se tuvo que elaborar un Estudio de Impacto Ambiental, un Expediente de Liquidación de Obra, un Expediente de Saldo de Obra, contar con los Servicios Profesionales de Apoyo Técnico con relación a los proyectos de electrificación de la entidad edil, tomar un inventario de los bienes en el lugar de la obra y en otros lugares donde se encuentren, y sufragar los gastos del depósito ó almacenamiento de los bienes; costos que asumió LA MUNICIPALIDAD en la siguiente forma:

- 1.1. ELABORACIÓN DEL ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL PARA EL PROYECTO:

Ing. Mecánico Electricista Mario Ramírez Espejo según el Contrato de Locación de Servicios de fecha 12.07.11, cuyo costo fue de S/. 10,500.00.

1.2. DEL EXPEDIENTE DE LIQUIDACIÓN DE OBRA:

Elaborado por el Ing. Mecánico Electricista Mario Ramírez Espejo según Contrato de Locación de Servicios de fecha 01.08.11, cuyo costo fue de S/. 10,500.00.

1.3. DE LOS SERVICIOS DE APOYO TÉCNICO CON RELACIÓN A LOS PROYECTOS DE ELECTRIFICACIÓN DE LA ENTIDAD EDIL:

Prestado por el Ing. Mecánico Electricista Mario Ramírez Espejo según Contrato de Locación de Servicios de fecha 31.05.11, cuyo costo fue de S/. 4,000.00.

1.4. DEL INVENTARIO TOMADO EN EL LUGAR DE LA OBRA:

Practicado por el Notario Público de Otuzco Dr. Héctor De Lama Herrera, cuyos honorarios fueron de S/. 1,000.00.

1.5. INVENTARIO DE OTROS BIENES TOMADO EN EL PORVENIR – TRUJILLO:

Tomado por el Notario Público de Trujillo Dr. Gustavo Ferrer Villavicencio, cuyos honorarios fueron de S/. 450.00.

Haciendo un total de S/. 26,450.00; precisando además que existen otros gastos como el de depósito y/o almacenamiento de bienes materiales de la referida de la referida, amén de otros gastos inherentes a estos puntos que demostraré mas adelante.

22. Que en cuanto al lucro cesante es una forma de daño patrimonial que consiste en la pérdida de una ganancia legítima ó de una utilidad económica por parte de la víctima como consecuencia de dicho daño; es decir que se refiere a todos los provechos y beneficios que la persona ha dejado de percibir como consecuencia del mismo. Que, en el caso de LA MUNICIPALIDAD, esta entidad representa a la colectividad dentro de su jurisdicción, es promotor de los intereses difusos constituido por el desarrollo de los mismos, de sus comunidades en todos sus ámbitos, sobre todo en los niveles de educación, cultura, ciencia, tecnología, electricidad, comunicaciones, redes viales, etc. En este caso, LA MUNICIPALIDAD con el objeto de satisfacer la demanda eléctrica en la zona del proyecto, ha previsto la obra de electrificación rural de toda esa zona que abarca 15 caseríos que permita su desarrollo socio-económico y agroindustrial.
23. Que al utilizar la colectividad de dicha zona la energía eléctrica, conllevaría a estos a iniciar y mejorar negocios, sus pequeñas artesanías, sus sistemas y/o equipos de telecomunicaciones al servicio de los pobladores de su zona; es decir que el patrimonio de las familias de este lugar crecería con dicha electrificación, permitiéndoles un ingreso promedio mensual no menor a los S/. 133.00, que al año sería de S/. 1,596.00; suma esta que multiplicada por 752 familias, arrojaría el monto de S/. 1'200,192.00; debiendo destacarse que ha transcurrido mas de un año de la paralización y abandono del indicado proyecto.
24. Que como quiera que la obra fue paralizada y abandonada por EL CONSORCIO sin justificación valedera, las familias beneficiarias que forman parte de la zona del proyecto, se han visto enormemente perjudicadas al no

contar hasta ahora con energía eléctrica, y desde luego LA MUNICIPALIDAD como representante de la colectividad de dicha zona y como promotora de la ejecución del proyecto; siendo así, el daño ocasionado por la empresa contratista demandada como lucro cesante asciende a la suma de S/. 1'200,192.00.

25. Que en cuanto al daño moral es el menoscabo del estado de ánimo de una persona que subsigue a la comisión de un hecho antijurídico generador de responsabilidad civil. En el caso de LA MUNICIPALIDAD, en su calidad de persona jurídica y entidad del Estado, el daño moral proviene por la pérdida de la credibilidad é imagen como institución administradora ó gestora de los intereses públicos de su jurisdicción; y a esto lo ha llevado EL CONSORCIO por su incumplimiento injustificado en la ejecución de la obra de electrificación que ha dado lugar a las protestas y reclamos de la colectividad de la zona del proyecto contra la entidad edil. El monto por este concepto es de S/. 100,000.00.
26. Que, consecuentemente, el monto indemnizatorio por los daños y perjuicios irrogados a LA MUNICIPALIDAD por parte de EL CONSORCIO asciende a la suma de S/. 1'326,642, mas sus intereses legales.
27. Invoca como fundamentos de derecho son el Convenio N° 080-07-MEM, de fecha 03.12.07; el Contrato para la ejecución de la obra "INSTALACIÓN PSE EN MEDIA Y BAJA TENSIÓN DE LOS CASERÍOS DE LAS MICROCUENCAS GARBANCILLO-CHILLIN, DISTRITOS DE OTUZCO Y AGALLPAMPA, PROVINCIA DE OTUZCO – LA LIBERTAD", de fecha 04.08.09; el Art. 165 y 215ª del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Supremo N° 184-2008-EF); los Arts. 1219, incs. 1 y 3,; 1979, 1984 y 1985 del Código Civil.
28. Ofrece como medios probatorios los documentos, testimonios y declaración de parte que detalla en su demanda.

Mediante Resolución N° 03 expedida el 21 de junio del 2012, se admitió a trámite el escrito de demanda y se corrió traslado del mismo al CONSORCIO, a fin de que la conteste y en su caso, formule reconvención.

IV. CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Con fecha 12 de julio del 2012, mediante escrito N° 02, ingresado en término oportuno, EL CONSORCIO contestó la demanda solicitando que la misma sea declarada infundada en todos sus extremos, conforme los siguientes términos:

1. Que con respecto al saldo de obra, efectivamente CONSORCIO GARBANCILLO recibió de la demandada por Adelanto Directo la suma de S/. 613,210.50, y por Adelanto de Materiales la suma de S/. 1'226,422.00, haciendo un monto total de S/. 1'839,631.26.
2. Que EL CONSORCIO solicitó renovar las Cartas Fianzas antes mencionadas, sin que estas fueran aceptadas, prueba de ello es la Carta N° 046-2010 de fecha 12 de noviembre del 2010 dirigida al Ministerio de Economía y Finanzas y el Oficio N° 188-2010-MPO/GM, solicitando sean aceptadas la RENOVACION DE LAS MISMAS CARTAS FIANZAS, obteniendo negativa por parte de LA MUNICIPALIDAD amparados en el comunicado 007-2009/OSCE-PRE, emitido por OSCE, no obstante mediante Carta 135-0080-2009-GG/CACCP, dirigida a LA MUNICIPALIDAD por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Credipyme Perú Ltda., que ha sido anexada como prueba de la demanda, claramente indica que estas Cartas Fianzas presentadas

por mi representada reúne las condiciones y requisitos que ordena el art. 40 del D.S. N° 083-2004-PCM, por consiguiente podía haber sido ejecutada durante toda su vigencia, hecho que no se ha realizado por negligencia de la misma parte demandante, perdiendo su derecho a reclamo alguno de conformidad con el Artículo 1316 del Código Civil.

En este caso al vencer las cartas fianzas, LA MUNICIPALIDAD ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla, es decir, la parte demandada al dejar vencer las cartas fianza perdió todo derecho a reclamo alguno por alguna deuda contraída con esta, por parte de mi representada.

3. Que, EL CONSORCIO no ha hecho abandono de la Obra, pues esta situación se generó en primer lugar debido a que por un lado LA MUNICIPALIDAD nunca aprobó la ingeniería de detalle (replanteo de obra), que fue presentada a la Supervisora, como consta de Cuaderno de Obra Asiento N° 27 y Asiento N° 28 de fecha 11 y 16 de Enero respectivamente, y que ya se venía trabajando desde el Asiento N° 05 en adelante, en la que se solicita a la supervisora el inicio de los trabajos de replanteo de obra; y que la supervisora entregó a LA MUNICIPALIDAD el 04 de junio del 2010, con Carta CSF-010-2010, cinco meses después. En segundo lugar, tal como se aprecia de los Asientos N° 43 y 44, del cuaderno de obra de fecha 16 de febrero del 2010, el residente obra indica que por las continuas lluvias que está sufriendo la zona de trabajo, según se ha informado en los asientos precedentes se solicita a la supervisora la paralización, se deja asentado que la paralización demandará dentro de breve una ampliación de plazo debido a la modificación de calendario. Por otro lado la supervisora opina que los trabajos por seguridad del personal involucrado y la imposibilidad del trabajo conectante, bien aprueba dicha paralización solicitada por fuerza mayor y causa no imputable al contratista, es por ello que mediante Carta N° 010-2012-CG, se solicitó la ampliación de plazo de 60 días, aprobándose mediante Resolución de alcaldía N° 443-2010-MPO, no otorgando al CONSORCIO la segunda ampliación de plazo solicitada mediante Carta N° 015-2010-SG-MPO, indicando que adecue la solicitud de ampliación a la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato, no obstante esta seguía este procedimiento, con lo que se demuestra las razones de la paralización claramente justificada.
4. Que si bien es cierto LA MUNICIPALIDAD mediante oficio N° 072-2010-MPO/GM, pone en conocimiento Observaciones a las Valorizaciones N° 01 y 02, amparado en el Informe N° 409-2010-DIDUR/UE-MPO, EL CONSORCIO levantó esas observaciones y fueron entregadas por la supervisora a la demandada mediante Carta CSF-007-2010 y Carta CSF-008-2010, de fecha 04 de junio del 2010, corroborando el levantamiento de las observaciones el Informe N° 522-2010- DIDUR/UE-MPO y el Informe N° 525-2010- DIDUR/UE-MPO, de fecha 08 de junio del 2010, y que indica textualmente para el caso del Informe N° 522-2010- DIDUR/UE-MPO (Valorización N° 01) "Debo indicar que con fecha 04 de junio del 2010, el CONSORCIO SAN FRANCISCO ha presentado el Expediente Administrativo Registro N° 2798-2010, levantó las observaciones realizadas con anterioridad, (...), y para el caso del Informe N° 525-2010- DIDUR/UE-MPO (Valorización N° 02) "Debo indicar que con fecha 04 de junio del 2010, el CONSORCIO SAN FRANCISCO ha presentado el Expediente Administrativo Registro N° 2799-2010, levantó las observaciones realizadas con anterioridad, (...) y en la que ambos documentos concluyen textualmente "brindando la conformidad del caso para que se proceda a realizar la cancelación", con lo que LA MUNICIPALIDAD se estaría contradiciendo y demostrando que su versión de los hechos es totalmente falsa, y aceptando prácticamente que LA MUNICIPALIDAD debe a mi representada la suma de S/. 471,337.70.



5. Que con respecto a la Penalidad Aplicada, en ninguno de los documentos presentado como prueba en la demanda, se aprecia liquidación alguna que demuestre fehacientemente que se haya llegado al 10% de penalidad. LA MUNICIPALIDAD está totalmente equivocada dado que las penalidades en caso que la Resolución de contrato de obra por incumplimiento del contratista, de conformidad con el Artículo 267 del Reglamento del D.S. N° 083-2004-PCM, establece que esta penalidad se hará efectiva conforme a los artículos 222 y 226 del acotado cuerpo legal, y de la verificación del mencionado artículo 222, se puede interpretar que para hacer efectiva esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento, es decir, en el primer caso del pago a cuenta, cuando se está ejecutando, en segundo caso del pago final, es decir, cuando se ha concluido totalmente la obra en el tercer caso, cuando resuelto el contrato haya saldo a favor del contratista en la liquidación final, y en caso no hubiere se aplica el cuarto caso de cobrarse del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento, como es el presente caso, puesto que el máximo de penalidad es de 10%, la municipalidad ha perdido su derecho a cobrar penalidad alguna al no hacer efectiva a tiempo esta mencionada carta fianza por fiel cumplimiento.
6. Que con respecto al Pago de Indemnización por Daños y Perjuicios, en cuanto al daño emergente Elaboración del estudio de Impacto Ambiental, no resulta congruente elaborar un estudio de impacto ambiental en una obra de electrificación, máxime si quien consigna LA MUNICIPALIDAD efectúa este estudio es un Ing. Mecánico Electricista, que no tiene relación alguna con temas medioambientales. En cuanto al Expediente de Liquidación de Obra, las liquidaciones de obra son a cargo del personal de la entidad contratante, notándose sospechoso que este sea elaborado por el mismo Ing. Mecánico Electricista, que supuestamente elaboró el estudio de Impacto Ambiental. En cuanto al apoyo técnico con relación a los proyectos de electrificación de la entidad, no es congruente con el proyecto, ni demuestra LA MUNICIPALIDAD cual fue o ha sido su función luego de la resolución de contrato. En cuanto al Inventario Tomado en el lugar de la obra y en otros lugares, no reconoce ese monto por cuanto no se considera responsable de la Resolución de contrato.
7. En cuanto al Lucro cesante LA MUNICIPALIDAD no ha adjuntado prueba alguna de la existencia de las familias afectadas o empadronamiento con domicilios reales de los posibles beneficiados, y peor aún consigna como supuesto promedio ingreso mensual, de S/. 133.00, cuando de conformidad con el Plan Tarifario de OSINERG para la zona de Otúzco – TARIFA BT7: tarifa con simple medición de energía 1E-Residencial a) Para usuarios con consumos menores o iguales a 100 kW.h por mes, Cargo por Energía Activa S/. 20.66 y b) Para usuarios con consumos mayores a 100 kW.h por mes, Cargo por Energía Activa S/. 42.31.
8. En cuanto al daño moral LA MUNICIPALIDAD no demuestra el daño moral causado, ya que mínimamente hubiera sido demostrado con recortes periodísticos de protestas y reclamos o encuestas que demuestren la baja de popularidad derivado de este proyecto.

V. RECONVENCION

En el mismo escrito de contestación de demanda, EL CONSORCIO reconviene las siguientes pretensiones:



Pretensión Principal:

LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA RESOLUCIÓN DE CONTRATO realizada mediante Resolución de Contrato de Alcaldía N° 199-2011-MPO que resuelve el contrato de fecha 04 de agosto del 2009 "Instalación PSE en media y baja tensión de los caseríos de las Microcuencas Garbancillo y Chillin, Distritos de Otuzco y Agallpampa, Provincia de Otuzco – La Libertad"

Pretensión Accesorio: El pago de S/. 471,337.70 (Cuatrocientos Setentun Mil Tres Cientos Treintisiete con 70/100 nuevos soles), por concepto de dos valorizaciones de obra.

Fundamenta, en resumen, sus pretensiones en lo siguiente:

1. Que mediante Carta Notarial del 07 de marzo del 2011, LA MUNICIPALIDAD invoca el Reinicio de ejecución de obra y presentación de Carta Fianza, bajo apercibimiento en caso de incumplimiento de Resolución Total de Contrato.
2. Que mediante Carta Notarial del 25 de marzo del 2011, LA MUNICIPALIDAD, notifica al CONSORCIO la Resolución de Alcaldía N° 199-2011-MPO, con la que se resuelve el contrato antes mencionado. De la Resolución de Alcaldía N° 199-2011-MPO, se aprecia que en vista que se ha alcanzado el máximo de penalidad del 10% del monto contractual, de conformidad con la cláusula décimo quinta del contrato, se Resuelve el Contrato.
3. Que el contrato se ha resuelto erróneamente, acarreado un vicio de nulidad de la Resolución de Contrato realizada mediante Resolución de Alcaldía N° 199-2011-MPO, pues se ha apercibido con carta de fecha 07 de marzo del 2011, invocando el Reinicio de ejecución de obra y presentación de Carta Fianza, bajo apercibimiento en caso de incumplimiento de Resolución Total de Contrato, y la Resolución de Contrato realizada mediante Resolución de Alcaldía N° 199-2011-MPO, se fundamenta en el exceso de penalidad del 10% del monto contractual, no existiendo congruencia entre estos dos fundamentos, como lo exige el Artículo IV numeral 1.2. de la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, referido al Principio del Debido Proceso, concordado con el artículo 3 del acotado cuerpo legal referido a los requisitos de validez de los actos administrativos, en vista que esta Resolución impugnada siendo un acto administrativo debería estar debidamente motivada en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico, y siendo que este contrato se está resolviendo por causal diferente al apercibido, no es valido, adoleciendo este acto administrativo de requisito de validez y por consiguiente es un acto nulo de pleno derecho de conformidad con el artículo 10 inc. 2 del acotado cuerpo legal.
4. Que al resolver el contrato amparado en el exceso de penalidad del 10% del monto contractual, este debería estar amparado y fundamentado en una Liquidación de Penalidad, la cual como se ha fundamentado líneas arriba, esta no existe vulnerando el debido proceso y demostrando una falta de motivación del acto administrativo que Resuelve el contrato.
5. Que en relación al pago de las valorización de obra, LA MUNICIPALIDAD mediante Oficio N° 072-2010-MPO/GM, pone en conocimiento Observaciones a las Valorizaciones N° 01 y 02, amparado en el Informe N°

409-2010-DIDUR/UE-MPO; que EL CONSORCIO levanta esas observaciones y son entregadas por la supervisora a la demandada (sic!) mediante Carta CSF-007-2010 y Carta CSF-008-2010, ambas del 04 de junio del 2010, corroborando el levantamiento de las observaciones el Informe N° 522-2010- DIDUR/UE-MPO y el Informe N° 525-2010- DIDUR/UE-MPO, ambas del 08 de junio del 2010, que indica: "Debo indicar que con fecha 04 de junio del 2010, el CONSORCIO SAN FRANCISCO ha presentado el Expediente Administrativo Registro N° 2798-2010, levantó las observaciones realizadas con anterioridad, (...)"; y "Debo indicar que con fecha 04 de junio del 2010, el CONSORCIO SAN FRANCISCO ha presentado el Expediente Administrativo Registro N° 2799-2010, levantó las observaciones realizadas con anterioridad, (...)"; y ambos documentos concluyen textualmente "brindando la conformidad del caso para que se proceda a realizar la cancelación", corroborándose con esta documentación un saldo a favor del CONSORCIO por la suma de S/. 471,337.70.

VI. ABSOLUCION DE LA CONTESTACION DE DEMANDA Y DE LA RECONVENCION

Mediante Resolución N° 04 del 16 de julio del 2012, se admitió la contestación de la demanda, y la reconvencción, dándose traslado a LA MUNICIPALIDAD para que las absuelva.

Mediante escrito presentado el 30 de julio del 2012, LA MUNICIPALIDAD absolvió el traslado de la contestación de la demanda, y de la reconvencción, solicitando desestimar esta última por ilegal. Se resume a continuación sus fundamentos.

1. Que la contratista demandada recibió por adelanto la suma de S/. 613,210.50 y por adelanto de materiales la suma de S/. 1'226,422.00; es decir en total el monto de S/. 1'839,631.26.
2. Que la contratista demandada con su Carta N° 046-2010, del 12.11.12, dirigida al Ministerio de Energía y Minas, no hace más que corroborar el hecho de que la solicitud de renovación de las 03 Cartas Fianza que en ella se indican fue totalmente extemporánea.
3. Que en cuanto a la Ingeniería de Detalle originariamente fue aprobada, y a raíz de ello la contratista demandada recibió el adelanto directo y el adelanto por materiales; sin embargo, sobre la reformulación de la ingeniería de detalle (replanteo de obra) que aquella alega, recién fue presentada por la empresa supervisora CONSORCIO SAN FRANCISCO a la entidad el 04 de junio del 2010, es decir cuando la empresa contratista demandada había paralizado y abandonado la ejecución de la obra en Abril del mismo año conforme se demuestra con el Informe N° 290-2010-MEM/DGER-DPR-JPN de Inspección y Estado Situacional de la Obra efectuado por el Ministerio de Energía y Minas – Dirección General de Electrificación rural que en sus numerales 3.2. y 4 determina que la obra fue abandonada desde Abril del 2010 tanto por la empresa contratista como por la empresa supervisora; y lo que es peor, fue abandonada tan luego se vencieron y no fueron ejecutadas las cartas fianza de dicha contratista, lo que nos conlleva a presumir su actitud maliciosa al carecer ya de garantía alguna para su ejecución.

4. Que en cuanto al levantamiento de las observaciones de las Valorizaciones 1 y 2 a que se refiere la contratista demandada, realmente nunca fueron levantadas conforme se ha demostrado con el Informe N° 409-2010-DIDUR/UE-MPO, el Oficio N° 072-2010-MPO/GM y el Oficio N° 861-2010-MEM/DGER/DPR-JPN; precisándose en este último que tales valorizaciones se encuentran observadas por encontrarse vencidas a dicha fecha; siendo así, el argumento de la reconviniendo resulta falso e inexacto, más si reclama un pago (S/. 471,337.70) inexistente.
5. Que en cuanto a la penalidad aplicada a que hace referencia la contratista demandada, su argumento lo sustenta en normas legales derogadas. Sin embargo es del caso precisar que la penalidad que se le aplicó a través de la Resolución de Alcaldía N° 151-2012-MPO, se ajusta a derecho y observa el debido procedimiento administrativo; es decir que se le aplicó en virtud del retraso injustificado (incumplimiento) desde la fecha de término de la ejecución del proyecto que debió concluirse el 03 de marzo del 2010 conforme ha quedado plenamente acreditado; significando por consiguiente que desde esa fecha debió aplicársele el porcentaje máximo que es el 10% del monto contractual conforme al Art. 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, y la Cláusula Décimo quinta del contrato de Ejecución de la Obra; de modo que, contrariamente a lo manifestado por la representante legal de la empresa contratista demandada, a la entidad edil otuzcana sí le corresponde el derecho de aplicar y cobrar dicha penalidad.
6. Que en cuanto al pago de indemnización por daños y perjuicios, esto es, por el daño emergente, por el lucro cesante y por el daño moral, los mismos han sido debidamente acreditados con los medios probatorios anexados a la demanda, de modo que la empresa contratista demandada no ha desvirtuado con medio probatorio alguno tales daños.

En el mismo escrito, LA MUNICIPALIDAD absolvió el traslado de la reconvención, solicitando desestimarla por ilegal. Se resume a continuación sus fundamentos.

1. En relación a la pretensión de nulidad y/o ineficacia de la resolución de contrato dispuesta mediante RESOLUCIÓN DE ALCALDÍA N° 199-2011-MPO, LA MUNICIPALIDAD deduce la excepción de caducidad de plazo de sometimiento a vía arbitral. En resumen fundamenta la excepción de la siguiente manera:
2. Que la Resolución de Alcaldía N° 199-2011-MPO fue emitida el día 23 de marzo del 2011, y notificada a la contratista demandada mediante Carta Notarial de fecha 25 de marzo del 2011, notificada en la misma fecha.
3. Que el Art. 170° último párrafo, del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado – D.S. N° 184-2008-EF, determina que, cualquier controversia relacionada con dicha resolución podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los 15 días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la Resolución de Contrato ha quedado consentida. Esta norma acotada concuerda por cierto con el Art. 215 del mismo texto legal, así como con la Cláusula Décimo Novena, numeral 19.4, del CONTRATO.



4. Que al no haberse sometido dicha controversia a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo previsto, ha dado lugar para que opere la caducidad del plazo. Siendo así, la excepción de caducidad de plazo debe ser amparada.
5. Que no es cierto ni exacto que dicha Resolución de Alcaldía solo se sustente en el exceso de penalidad conforme alega la parte contraria; pues como el Tribunal Arbitral podrá apreciar de la indicada Resolución, ésta se sustenta básicamente en el incumplimiento del contrato de ejecución de la obra por parte de la empresa contratista demandada, ocurrido precisamente por el abandono de dicho proyecto, que ha determinado el retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato (Art. 168, inc. 1, del D.S. N° 184-2008-EF). Que asimismo, dicha Resolución está debidamente motivada, como emitida también de modo idóneo, con arreglo a la garantía del debido procedimiento administrativo.
6. Respecto a la pretensión accesoria – pago de S/. 471,337.70, señala que no es cierto ni exacto que la contratista demandada haya levantado las observaciones de sus valorizaciones 1 y 2; que si EL CONSORCIO trató de efectuar algún levantamiento de las mismas a través de las Cartas que menciona, el levantamiento jamás fue aprobado; lo que significa entonces que dicha demandada jamás efectuó un levantamiento idóneo de tales observaciones. Que existiendo observaciones a las valorizaciones 1 y 2 presentadas por la empresa contratista, así como desaprobación del pretendido levantamiento de las mismas, no existe entonces obligación alguna por parte de la entidad edil otuzcana para asumir el pago de S/. 471,337.70 como “un saldo a su favor”; por el contrario, mas bien existe un saldo de obra a favor de la Municipalidad Provincial de Otuzco.

VII. ABSOLUCION DE LA EXCEPCION DE CADUCIDAD

Mediante Resolución N° 06 del 03 de agosto del 2012, se admitió a trámite la excepción y la absolución de la reconvencción; dándose traslado al CONSORCIO para que absuelva la excepción.

Con escrito presentado el 03 de agosto del 2012, EL CONSORCIO absolvió la excepción, solicitando su rechazo, por las razones que se resumen:

1. Que LA MUNICIPALIDAD se encuentra totalmente equivocada y errada, pues siendo la Caducidad una institución restrictiva de derechos, no se debe aplicar en forma amplia, y ante ello de conformidad con el Art. 2004 del Código Civil, que textualmente dice : los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto en contrario, indicaría que mi representada tiene todo el derecho de Reconvenir, pues este plazo mencionado en la fundamentación del demandante, lo fija el Reglamento de La Ley, a través del Decreto Supremo No. 184-208-EF, el cual no tiene rango de Ley, tal como lo establece el acotado Art. 2004.
2. Que asimismo, el Art. 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, menciona que las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, no estableciendo un plazo para ello, Indicando únicamente que este plazo es de caducidad, bajo esta premisa y ante el vacío existente en la Ley, y como



se ha indicado que la Caducidad una institución restrictiva de derechos, no se debe aplicar en forma amplia, por lo que no podría decirse que mi representada ha perdido el derecho a actuar por caducidad.

Con fecha 08 de agosto del 2012 se expidió la Resolución N° 07, que dispuso tener por absuelto el traslado de la excepción.

VIII.- AUDIENCIA DE SANEAMIENTO, CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE PRUEBAS:

El 14 de setiembre del 2012 se llevó a cabo la Audiencia de Saneamiento, Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos. En dicho acto las partes no llegaron a un acuerdo conciliatorio, procediendo el Tribunal Arbitral a declarar saneado el proceso, declarando a su vez, la existencia de una relación procesal válida. El Tribunal Arbitral fijó los siguientes puntos controvertidos, con la aceptación y conformidad de las partes:

Acto seguido se fijó como puntos controvertidos los siguientes:

DE LA DEMANDANTE: MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE OTUZCO:

PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL

QUE CONSORCIO GARBANCILLO PAGUE A FAVOR DE LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE OTUZCO:

- POR SALDO DE OBRA: EL IMPORTE DE S/. 284,524.30 (DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS VEINTE Y CUATRO CON 30/100 NUEVOS SOLES), MAS INTERESES LEGALES.
- POR PENALIDAD APLICADA: EL IMPORTE DE S/. 306,605.21 (TRESCIENTOS SEIS MIL SEISCIENTOS CINCO CON 21/100 NUEVOS SOLES), MAS INTERESES LEGALES.
- POR INDEMNIZACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS: EL IMPORTE DE S/. 1 326 642,00 (UN MILLON TRESCIENTOS VEINTE Y SEIS MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y DOS CON 00/100 NUEVOS SOLES), MAS INTERESES LEGALES.

DE LA DEMANDADA: CONSORCIO GARBANCILLO

PRETENSION PRINCIPAL

SE DECLARE LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA RESOLUCION DE CONTRATO REALIZADA MEDIANTE RESOLUCION DE ALCALDIA N° 199-2011-MPO.

PRETENSIONES ACCESORIAS



PRIMERA.- SE DECLARE LA INEXISTENCIA DE PENALIDADES POR DECLARACION DE NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA RESOLUCION DEL CONTRATO DE OBRA CON RESOLUCION DE ALCALDIA N° 199-2011-MPO.

SEGUNDA.- SE ORDENE A LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE OTUZCO, EL PAGO DE S/. 471,337.70 (CUATROCIENTOS SETENTA Y UN MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SIETE CON 70/100 NUEVOS SOLES), A FAVOR DE CONSORCIO GARBANCILLO, POR CONCEPTO DE DOS VALORIZACIONES DE OBRA QUE NUNCA FUERON CANCELADAS.

Acto seguido, el Tribunal Arbitral procedió a admitir los medios probatorios ofrecidos por las partes.

De LA MUNICIPALIDAD

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos en el acápite *VIII. Medios Probatorios* del escrito de Demanda.

Del CONSORCIO

Se admitió los documentos ofrecidos en el acápite IV. Medios Probatorios de su escrito de contestación de demanda.

El Tribunal Arbitral decidió además resolver la excepción de caducidad en el laudo arbitral.

IX.- ACTUACION DE MEDIOS PROBATORIOS.

Los medios probatorios ofrecidos por las partes fueron actuados en la audiencia del 03 de octubre del 2012, según acta que corre en el expediente. Con lo cual el Tribunal Arbitral dio por cerrada la etapa probatoria.

X.- INFORMES ORALES Y PLAZO PARA LAUDAR.

En audiencia del 15 de octubre del 2012, las partes hicieron sus respectivos informes orales. El tribunal Arbitral, al término de los informes orales, fijó en 20 días días hábiles el plazo para laudar, contados a partir del día siguiente de la audiencia de informes orales.

XI.- VALORACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS:

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Que, tratándose el presente proceso de un arbitraje de derecho, corresponde a los árbitros resolver las divergencias con arreglo al derecho aplicable, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3° de la Ley de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071, Artículo 53, inciso 53.2 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, y artículo 273° del D.S. N° 184-2008-EF, que aprueba el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, normas aplicables a estos actuados.

SEGUNDO.- Que, de acuerdo con lo estipulado en la Cláusula Vigésimo Primera del Contrato de Obra a PRECIOS UNITARIOS suscrito entre ambas partes con fecha 04 de agosto del año dos mil nuevo, en adelante EL CONTRATO, mediante el cual EL DEMANDADO se obliga a ejecutar la Obra: "INSTALACIÓN PSE EN MEDIA Y BAJA TENSIÓN DE LOS CASERÍOS DE LAS MICROCUENCAS GARBANCILLO-CHILLIN, DISTRITOS DE OTUZCO Y AGALLPAMPA, PROVINCIA DE OTUZCO – LA LIBERTAD", (EL CONTRATO), por el monto contractual ascendente a S/. 3'066,052.08 (Tres millones sesenta y seis mil cincuenta y dos con 08/100 nuevos soles) derivado de la Licitación Publica N° 01-2009-MPO, las partes acordaron que en caso de existir controversia que surja respecto de la interpretación o ejecución del contrato, serán resueltas de manera definitiva mediante arbitraje de derecho, conforme a las disposiciones de la Ley General de Contrataciones del Estado y su reglamento.

TERCERO.- Que, la designación e instalación del Tribunal Arbitral se ha realizado conforme al marco legal vigente, por lo que asume competencia para resolver esta controversia como ARBITRAJE DE DERECHO.

CUARTO.- Que, en cuanto al debido proceso, se ha notificado todas las actuaciones arbitrales, habiendo tenido las partes todas la facultades legales para el pleno ejercicio de su derecho a la defensa,

QUINTO.- Que, antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que el Tribunal Arbitral fue designado de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes; (ii) que en momento alguno se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; (iii) que LA MUNICIPALIDAD presentó su escrito de demanda dentro del plazo dispuesto; (iv) que EL CONSORCIO fue debidamente emplazado con la demanda, contestó ésta dentro del plazo conferido y ejerció plenamente su derecho de defensa; (v) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos; y, (vi) que, el Tribunal Arbitral está procediendo a laudar dentro del plazo que corresponde a las reglas de este proceso.

SEXTO.- Que, habiéndose cumplido con las etapas del proceso arbitral, y valorándose los medios probatorios admitidos, y estando dentro del plazo para laudar, se emite éste en concordancia con lo establecido en el convenio arbitral contenido en la Cláusula Vigésimo Primera del Contrato de Obra a PRECIOS UNITARIOS suscrito entre ambas partes con fecha 04 de agosto del 2009, mediante el cual CONSORCIO GARBANCILLO se obliga a ejecutar la Obra: "INSTALACIÓN PSE EN MEDIA Y BAJA TENSIÓN DE LOS CASERÍOS DE LAS MICROCUENCAS GARBANCILLO-CHILLIN, DISTRITOS DE OTUZCO Y AGALLPAMPA, PROVINCIA DE OTUZCO – LA LIBERTAD", que establece que el laudo arbitral es vinculante para las partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva, siendo el mismo inapelable ante el Poder Judicial o cualquier instancia administrativa.

SEPTIMO.- Que, es obligación del Tribunal Arbitral pronunciarse respecto únicamente de los puntos controvertidos señalados en el acto de la Audiencia, de lo contrario se estaría incurrido en la causal de anulación de laudo arbitral prevista en el artículo 63°, inciso d) de la Ley de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071

OCTAVO.- El Tribunal Arbitral considera necesario emitir en primer lugar pronunciamiento sobre la excepción de caducidad interpuesta por la Municipalidad Provincial de Otuzco contra la pretensión de nulidad de resolución de contrato ejecutada mediante Resolución de Contrato de Alcaldía N° 199-2011-MPO; para luego analizar los puntos controvertidos en orden más adecuado para la dilucidación de las pretensiones de la demanda y la reconvencción, teniendo en cuenta que antes de pronunciarse sobre las pretensiones de pago de la demanda, resulta inevitable



pronunciarse previamente sobre la pretensión de nulidad de la resolución del contrato de obra y su consecuente excepción,

XII. EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

- 12.1. Como se ha visto en el resumen de los fundamentos de la excepción, LA MUNICIPALIDAD señala que la Resolución de Alcaldía N° 199-2011-MPO fue notificada al CONSORCIO el 25 de marzo del 2011; lo cual se verifica con la copia de la cata notarial que ha presentado EL CONSORCIO como Anexo 1-H de su contestación de demanda y reconvención.
- 12.2. De conformidad con lo pactado por las partes en la Cláusula Décimo Novena, numeral 19.4 del Contrato de la Ejecución de Obra, en coincidencia con el Artículo 170° del RLCE, EL CONTRATISTA tenía quince (15) días hábiles para manifestar su disconformidad con tal acto y someter la controversia a conciliación y/o arbitraje, caso contrario, se entiende que la resolución del contrato ha quedado consentida.
- 12.3. En el presente arbitraje las partes no han presentado medio probatorio que acredite que en el plazo antes mencionado EL CONTRATISTA hizo conocer a LA MUNICIPALIDAD su desacuerdo con la decisión de LA MUNICIPALIDAD de resolver EL CONTRATO, así como su petición para someter tal desacuerdo a conciliación o arbitraje. De ello puede inferirse que EL CONTRATISTA consintió la resolución del CONTRATO ejecutada mediante la Resolución de Alcaldía N° 199-2011-MPO, comunicada al CONSORCIO mediante carta notarial el 25 de marzo del 2011.
- 12.4. Ahora bien, la caducidad opera una vez transcurrido el plazo legal para promover la acción; el cual a su vez está previsto en el Artículo 52° de la LCE que lo fija en términos de: "*en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente*". Y como según lo establecido en el Artículo 42° de la LCE, EL CONTRATO culmina "*con la liquidación y pago correspondiente*", es necesario verificar en el presente caso si se ha liquidado y pagado el saldo resultante.
- 12.5. De la revisión de la demanda y sus recaudos fluye que LA MUNICIPALIDAD elaboró la Liquidación Final de la Obra, y la presentó al CONTRATISTA, estableciendo un saldo a favor de LA MUNICIPALIDAD, el mismo que no ha sido pagado por EL CONTRATISTA. Este a su vez ha reconvenido el pago de las Valorizaciones N° 01 y 02, que estima como créditos a su favor. De todo ello se infiere que si bien la liquidación final de la obra ha sido elaborada, presentada y no observada por EL CONTRATISTA, el saldo de dicha liquidación, ya sea a favor de LA MUNICIPALIDAD o a favor de EL CONTRATISTA, no ha sido pagado, por lo que el plazo legal de caducidad no ha vencido, siendo por ello del caso declarar infundada la excepción de caducidad, sin perjuicio de tenerse en cuenta al pronunciarse sobre el fondo de este aspecto controvertido los actos propios que implican el consentimiento de la resolución del contrato.

CONSIDERANDOS:

XIII.- DESARROLLO DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

13.1.- Primer Punto Controvertido de la Reconvención: *Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia de la resolución de contrato realizada mediante Resolución de Alcaldía N° 199-2011-MPO que resuelve el contrato de fecha 04 de agosto del 2009 "Instalación PSE en media y baja tensión de los caseríos de las Microcuencas Garbancillo y Chillin, Distritos de Otuzco y Agallpampa, Provincia de Otuzco – La Libertad".*

- A) Fluye de la Resolución de Alcaldía N° 199-2011-MPO, que LA MUNICIPALIDAD sustenta la decisión de resolver EL CONTRATO, en el hecho de que EL CONSORCIO ha hecho abandono de ejecución de la obra, y que al estar acreditado el retraso injustificado de las prestaciones objeto del CONTRATO ha superado el monto máximo equivalente al diez (10%) del monto contractual, previsto en la cláusula décimo quinta del CONTRATO.
- B) La mencionada cláusula décimo quinta del CONTRATO, establece en efecto el régimen de aplicación de penalidades que rige para las partes del CONTRATO, previéndose que *"En caso de retraso injustificado en la fecha de término de la ejecución de la obra, LA MUNICIPALIDAD le aplicará a EL CONTRATISTA una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto contractual. La penalidad se aplicará automáticamente..."*. Como se aprecia, esta cláusula es coincidente con lo previsto en el Artículo 165° del RLCE.
- C) En cuanto a la aplicación de la penalidad por retraso injustificado en la fecha de término de la ejecución de la obra, ambas partes están de acuerdo en que la fecha prevista contractualmente para la finalización de la obra fue el 03 de marzo del 2010. A esa fecha se agrega sin embargo sesenta días de ampliación otorgada por LA MUNICIPALIDAD mediante Resolución de Alcaldía N° 443-2010-MPO, de fecha 01 de junio del 2010, presentado como medio probatorio de EL CONSORCIO como Anexo 1-L de su contestación y reconvención. Por tanto el plazo contractual ampliado se cuenta hasta el 02 de mayo del 2010.
- D) Al no existir otra ampliación de plazo otorgado por LA MUNICIPALIDAD, y al no haberse demandado en el presente arbitraje nuevas ampliaciones de plazo, EL CONSORCIO habría tenido la obligación contractual de entregar terminada la obra el 02 de mayo del 2010. Por lo tanto, partir del día siguiente el retraso en la finalización de la obra sería injustificado, y en consecuencia empezaría a aplicarse penalidad por cada día, es decir desde el 03 de mayo del 2010, de acuerdo con la fórmula prevista en el Artículo 165° del RLCE:

$$\text{Penalidad diaria} = (0.10 \times 3'066,052.08) / (0.15 \times 180) = 11,355.7484$$

- E) Siendo entonces la penalidad diaria de S/. 11,355.7484, el monto máximo de penalidad del 10% se habría alcanzado en treinta días de retraso injustificado, es decir el 01 de junio del 2010; como se establece en el siguiente cálculo simple:

$$306,605.20 / 11,355.7484 = 29.9999994$$

- F) Siendo así, a partir del 02 de junio del 2010, LA MUNICIPALIDAD habría tenido expedito su derecho para resolver el contrato por haberse alcanzado supuestamente el día anterior el monto máximo de la penalidad por retraso injustificado en la finalización de la obra, no requiriendo pronunciamiento ni comunicación previa al respecto al estar claramente establecido en la cláusula décimo quinta EL CONTRATO y en el Artículo 165° del RLCE.
- G) A la fecha de emisión de la Resolución de Alcaldía N° 199-2011-MPO, esto es el 23 de marzo del 2011, supuestamente ya se habría alcanzado largamente el monto máximo de penalidad por retraso en la finalización de la obra, por lo que la resolución de contrato por esa causal se encontraría arreglada a Derecho, verificándose su validez y plena eficacia, teniendo en cuenta además que la eficacia se alcanza con la notificación cierta y formal de la decisión, lo que habría ocurrido en el presente caso.
- H) Adicionalmente, el Tribunal Arbitral tiene en cuenta que luego de comunicarse al CONSORCIO la Resolución de Alcaldía N° 199-2011-MPO, mediante carta notarial del 25 de marzo del 2011, EL CONSORCIO no presentó objeción alguna a dicha Resolución ni al acto resolutorio que contiene, consintiendo supuestamente con sus propios actos omisivos, lo que no puede desconocer posteriormente sus efectos jurídicos.
- I) Siendo así, es del caso referir que EL DEMANDADO alega que es falso que haya abandonado la obra, conforme imputa LA DEMANDANTE, en razón que esta NUNCA APROBO LA INGENIERIA DE DETALLE derivado del replanteo de obra alcanzado a la supervisión el 16 de enero del 2010, tal como consta en el asiento 27 y 28 del cuaderno de obra, anunciado su realización en el asiento 05 del mismo cuaderno de obra de fecha 03 de noviembre del 2009, INGENIERIA DE DETALLE QUE FUE ALCANZADO A LA ENTIDAD POR PARTE DE LA SUPERVISION, RECIEN CON FECHA 04 DE JUNIO DEL 2010 CON CARTA CSF-010-2010, razón por la cual EL CONTRATISTA NO CONTO OPORTUNAMENTE CON EL EXPEDIENTE TECNICO COMPLETO, ESTO ES; CON LA DEBIDA APROBACION DEL REPLANTEO DE OBRA O INGENIERIA DE DETALLE, INFRINGIENDOSE POR ENDE LO PREVISTO EN EL ARTICULO 184, NUMERAL 2) DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO, EL CUAL ESTABLECE QUE EL INICIO DE PLAZO DE OBRA RIGE A PARTIR DEL DIA SIGUIENTE QUE SE CUMPLAN 05 CONDICIONES, ENTRE ELLAS: **QUE LA ENTIDAD HAYA HECHO ENTREGA DEL EXPEDIENTE TECNICO COMPLETO.**
- J) En consecuencia todos los actos que le son propios a la fase de ejecución contractual han sido ejecutados por ambas partes, tales como: inicio de plazo contractual, entrega de adelantos, concesión de ampliación de plazo, presentación de garantías, ejecución de proceso constructivo según cronograma de ejecución de obra, e incluso presentación de valorizaciones; no hacen mas que reafirmar que ambas partes han actuado de buena fe en la ejecución de estos actos diligentes animados por la satisfacción de la necesidad pública, e inclusive de continuar ambas partes con esta tendencia la obra se habría ejecutado en su integridad. Sin embargo es por un acto imputable a LA ENTIDAD que toda esta ejecución diligente y de buena fe se frustra, toda vez que sin motivo ni

Justificación alguna LA ENTIDAD no formaliza la ENTREGA DEL EXPEDIENTE TECNICO COMPLETO, con la aprobación de la correspondiente ingeniería d detalle (replanteo de obra), lo que hubiese permitido completar el expediente técnico

Sucedidos estos hechos, se advierte que la ejecución de este contrato de obra seria realizado sin respetar las formalidades imperativas previstas en el artículo 184 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, antes citado.

- K) En ese orden de ideas, el plazo contractual de 120 días calendarios, ampliado por 60 días calendarios con Resolución de Alcaldía N° 443-2010-MPO, no opera desde el 03 de noviembre del 2009, esto es; a partir del día siguiente de la entrega de adelanto directo equivalente al 20% del monto contractual, pues no basta haber entregado este adelanto, conforme lo prescribe el artículo antes mencionado, pues debe verificarse copulativamente el cumplimiento de los otros supuestos, por lo que, ESTARIAMOS ANTE UN ATÍPICO PLAZO CONTRACTUAL ABIERTO, SIN DETERMINACION DE INICIO PLAZO CONTRACTUAL LEGAL Y FORMAL, POR LA OMISION DE LA ENTIDAD, INCLUSO A LA FECHA DE INICIO DEL PROCESO ARBITRAL; DEL CUMPLIMIENTO DEL INTEGRO DE LAS CONDICIONES PARA EL COMPUTO DEL INICIO DEL PLAZO CONTRACTUAL, ESTO ES LA ENTREGA POR PARTE DE LA ENTIDAD DEL EXPEDIENTE TECNICO COMPLETO, razón por la cual CONSORCIO GARBANCILLO habría realizado un avance físico real de obra tan solo del 43.17%, por causas imputables a la Entidad, antes descritas.
- L) En consecuencia la RESOLUCION DEL CONTRATO DE OBRA en cuestión practicada por la Entidad con RESOLUCION DE ALCALDIA N° 199-2011-MPO del 23 de marzo del 2011, por la supuesta causal de: "...estar acreditado el retraso injustificado de las prestaciones objeto del contrato, superando el monto máximo equivalente al 10% del monto contractual ..." (causal que por la forma descrita deviene en inexistente en la normatividad vigente), RESULTA IRRITA E INSUBSISTENTE y POR ENDE NULA Y SIN EFECTO JURIDICO ALGUNO

13.2.- Primer Punto Controvertido de la Pretensión Accesorio de la Reconvención:

Se declare la inexistencia de penalidades por declaración de nulidad y/o ineficacia de la Resolución de Contrato de obra con Resolución de Alcaldía N° 199-2011-MPO.

Habiéndose establecido en el numeral 13.1 que antecede, que la resolución de contrato efectuada mediante Resolución de Alcaldía N° 199-2011-MPO, adolece de nulidad, resulta procedente la pretensión de inexistencia de penalidades que solicita EL CONSORCIO en su escrito de precisión de pretensiones.

13.3. Primer punto controvertido de la demanda: *Determinar si corresponde ordenar que EL CONSORCIO pague a LA MUNICIPALIDAD por saldo de obra el importe de S/. 284,524.30 (DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS VEINTICUATRO Y 30/100 NUEVOS SOLES), mas intereses legales.*

- a. Al respecto, ambas partes están de acuerdo en el hecho de que LA MUNICIPALIDAD pagó al CONTRATISTA el importe de S/. 613,210.50 por concepto de adelanto directo; así como el importe de S/. 1'226,422 por concepto de adelanto para materiales; lo que hace un total de S/. 1'839,631.50.



Estos pagos se corroboran además como las copias de los comprobantes de caja y de facturas que han sido presentadas como medios probatorios por LA MUNICIPALIDAD.

- b. Pero es el caso que se esta decretando la nulidad de la *Resolución de Alcaldía N° 199-2011-MPO, mediante la cual se determino la resolución del contrato de obra, en consecuencia;* la Liquidación Final de Obra elaborada por el ingeniero Mario Ramirez Espejo, contratado por LA MUNICIPALIDAD, la misma que no fuera observada ni impugnada por EL CONSORCIO, en la cual se estableció que el avance físico de la obra a la fecha de resolución del contrato alcanzó solamente el 43.17% de la meta, que equivale a S/. 1'323,735.05, resulta a su vez insubsistente, al haberse determinado la vigencia del contrato de obra, cuyo saldo de ejecución deberá ser materia de tratamiento directo entre ambas partes.
- c. Como consecuencia de lo antes analizado, y siendo que las partes están obligadas a cumplir lo pactado en el CONTRATO en sus propios términos por corresponder a la buena fe y común intención de las partes, se infiere que EL CONTRATISTA no está obligado a pagar a LA MUNICIPALIDAD el importe de S/. 284,524.30 (DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS VEINTICUATRO Y 30/100 NUEVOS SOLES), por concepto de saldo de obra, propiamente saldo de la liquidación financiera de la obra.
- d. En cuanto a la pretensión accesoria de pago de intereses por este concepto, en nuestro sistema jurídico la demora en el pago de la contraprestación se resarce con el pago de intereses, conforme lo establece el primer párrafo del Art. 48° de la LCE, que tampoco es materia de reconocimiento y pago por los argumentos antes descritos.
- e. Estando al análisis que antecede, se concluye que no existe la obligación del CONSORCIO de pagar a LA MUNICIPALIDAD los intereses legales.

13.4. Segundo punto controvertido de la demanda: *Determinar si corresponde ordenar que EL CONSORCIO pague a LA MUNICIPALIDAD por penalidad aplicada el importe de S/. 306,605.21 (TRESCIENTOS SEIS MIL SEISCIENTOS CINCO Y 21/100 NUEVOS SOLES), mas intereses legales.*

- 1. Al pronunciarse sobre el primer punto controvertido de la reconvención, el Tribunal Arbitral ya ha analizado lo referente a la nulidad de la de la *Resolución de Alcaldía N° 199-2011-MPO, mediante la cual se determino la resolución del contrato de obra* por la supuesta causal aplicación de la penalidad por retraso en la finalización de la obra hasta el monto máximo equivalente al 10% del monto contractual; fundamentos que son válidos para resolver este punto controvertido.
- 2. A lo ya fundamentado por el Tribunal, solo queda agregar en este punto que la aplicación de la penalidad por supuesto retraso en la finalización de la obra contratada, no resulta aplicable; al haberse determinado la nulidad del acto administrativo de resolución de contrato, coligiéndose por ende que; el plazo contractual no esta legal y formalmente determinado por incumplimiento de la ENTIDAD en la entrega del expediente técnico completo, evidenciándose por ende la existencia de



actos diligentes de ambas partes con el objeto de arribar hasta el 43.17% del avance físico real del proceso constructivo de obra.

3. En consecuencia, estando demostrado con los abundantes documento aportados por ambas partes en este arbitraje, corresponde desestimar y no amparar la pretensión de pago de la penalidad hasta el monto máximo del 10% del monto contractual, equivalente a S/. 306,605.21 (TRESCIENTOS SÉIS MIL SEISCIENTOS CINCO Y 21/100 NUEVOS SOLES).
4. En cuanto a la pretensión accesoria de pago de intereses por este concepto, corre la misma suerte de la denegatoria del reconocimiento y pago de la penalidad hasta el monto máximo del 10% del monto contractual, equivalente a S/. 306,605.21 (TRESCIENTOS SÉIS MIL SEISCIENTOS CINCO Y 21/100 NUEVOS SOLES)
5. Estando al análisis que antecede, se concluye que no existe la obligación del CONSORCIO de pagar a LA MUNICIPALIDAD los interese legales en estricta aplicación de las fundamentos antes referidos.

13.5. Tercer punto controvertido de la demanda: *Determinar si corresponde ordenar que EL CONSORCIO pague a LA MUNICIPALIDAD por indemnización por daños y perjuicios el importe de S/. 1 '326,642.00 (UN MILLÓN TRESCIENTOS VEINTISÉIS MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y DOS NUEVOS SOLES), mas intereses legales.*

- a. En su fundamentación de esta pretensión, LA MUNICIPALIDAD precisa que la indemnización que pretende es por daño emergente, por lucro cesante y por daño moral.
- b. En cuanto al daño emergente señala que para continuar el proyecto de electrificación tuvo que afrontar gastos para elaborar un Estudio de Impacto Ambiental, un Expediente de Liquidación de Obra, un Expediente de Saldo de Obra, contar con los Servicios Profesionales de Apoyo Técnico con relación a los proyectos de electrificación de la entidad edil, tomar un inventario de los bienes en el lugar de la obra y en otros lugares donde se encuentren, y sufragar los gastos del depósito ó almacenamiento de los bienes; costos que asumió LA MUNICIPALIDAD.
- c. El Tribunal Arbitral considera que los gastos por conceptos de elaboración de Expediente de Liquidación de Obra, Inventario de bienes de la obra, y depósito ó almacenamiento de bienes, son propios de todo proyecto de obra, sea para ejecutar, o ya sea ejecutado parcial o totalmente. De tal manera que esos gastos no pueden atribuirse a título de daño a la parte demandada en el presente caso, aún cuando no hay duda alguna en que no se ejecutó completamente la obligación contractual por parte del CONSORCIO. En efecto, tales gastos se encuentran incluidos dentro del presupuesto de obra, y son igualmente asignados al monto contractual, pagaderos mediante valorizaciones y en la Liquidación Final de la Obra en caso haya saldo. Cuando la obra no es ejecutada totalmente, como en el presente caso, tales gastos también son propios de la obra.
- d. En cuanto a la liquidación de saldo de obra, LA DEMANDANTE no ha aportado prueba alguna de haber incurrido en dicho gastos, como tampoco la ha cuantificado ni fundamentado.

- e. En cuanto al gasto por elaboración del Estudio de Impacto Ambiental, tampoco proviene directamente de la acción atribuible al CONSORCIO al no cumplir totalmente la obligación contractual de ejecutar la obra contratada, en razón de que para culminar la obra o para ejecutar un nuevo proyecto alternativo al no ser ejecutado totalmente, LA MUNICIPALIDAD tiene la posibilidad de utilizar el mismo Estudio de Impacto Ambiental; de tal manera que si LA MUNICIPALIDAD decidió contratar la elaboración de otro Estudio de ese tipo, no lo hizo por obligación derivada del incumplimiento contractual del CONSORCIO sino en ejercicio de su facultad de mejora, por el contrario; corroborándose con esta contratación la existencia de un expediente técnico incompleto, y que nunca fue entregado íntegramente a CONSORCIO.
- f. En relación al gasto por Servicios Profesionales de Apoyo Técnico con relación a los proyectos de electrificación de la entidad edil, tampoco reviste las características de un daño proveniente directamente de la acción dañosa, puesto que para la administración de un proyecto no se requiere necesariamente de la contratación de servicios profesionales de apoyo técnico, siendo ello una facultad de la Entidad para mejorar o no sus propias capacidades de gestión de proyectos.
- g. En cuanto al lucro cesante, no procede este reconocimiento en razón que la obra no continuo en ejecución por directa responsabilidad de LA ENTIDAD al incumplir obligación esencial de entrega del expediente técnico completo a CONSORCIO, lo cual ha quedado establecido al analizarse los puntos controvertidos que anteceden, que EL CONSORCIO no es responsable de incumplimiento de su obligación de ejecutar totalmente la obra, habiendo ejecutado solamente una parte de ella, equivalente al 43.17% de la meta, resultando cuestionable la decisión de LA ENTIDAD por la no entrega del expediente técnico completo.
- h. Estando a las consideraciones precedentes, el Tribunal Arbitral estima que no procede *ordenar que EL CONSORCIO pague a LA MUNICIPALIDAD por indemnización por daños y perjuicios el importe de S/. 1'326,642.00 (UN MILLÓN TRESCIENTOS VEINTISÉIS MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y DOS NUEVOS SOLES), mas intereses legales*

13.6. Segundo punto controvertido de la reconvención: SE ORDENE A LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE OTUZCO, EL PAGO DE S/. 471,337.70 (CUATROCIENTOS SETENTA Y UN MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SIETE CON 70/100 NUEVOS SOLES), A FAVOR DE CONSORCIO GARBANCILLO, POR CONCEPTO DE DOS VALORIZACIONES DE OBRA QUE NUNCA FUERON CANCELADAS.

- A) Al respecto, al haberse determinado la nulidad del acto administrativo de resolución del contrato de obra, la relación contractual deviene en activa y por ende convirtiéndose en un tema contractual a ser dilucidado directamente entre ambas partes, siendo los actos del proceso constructivo de obra trabajos diligentes de ambas partes, al no haberse formalizado el inicio legal del plazo contractual, y por ende debiendo los actos de ejecución de obra ser reconocidos entre las partes, en este caso el pago de las dos valorizaciones pendientes de pago, el cual resulta procedente.
- B) No puede perderse de vista al respecto que las dos valorizaciones cuyo pago pretende EL CONSORCIO

23




suman un importe inferior a la sumatoria de los adelantos percibidos por el mismo; en consecuencia, el monto total de tales valorizaciones deberán afectarse con el correspondiente porcentaje de amortización de adelantos.

- C) Siendo así, corresponde amparar la pretensión de pago de las dos valorizaciones, por haber sido ejecutado y no pagado, como obra diligente; mas aun que LA ENTIDAD reconoce expresamente que el avance físico real de obra llego al 43.17%, equivalente a S/. 1 323 735,50, del total del monto contractual ascendente a S/. 3 066 052,08

13.7. Gastos arbitrales.

- a) El Decreto Legislativo N° 1071, vigente desde el 01 de setiembre del 2008, considera bajo la denominación "Costos Arbitrales", los honorarios y gastos del tribunal arbitral, los honorarios y gastos del secretario, los gastos administrativos de la institución arbitral, los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral, los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje y los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales. Y en el primer numeral del Art. 73° establece específicamente que el tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes, y que a falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida, sin embargo, se podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En el marco de las normas antes citadas, el Tribunal Arbitral deja constancia que en EL CONTRATO no se aprecia que las partes hayan pactado respecto de los costos del arbitraje, como tampoco en otros documentos actuados en autos.

- b) Como en el presente caso, resultan fundadas las pretensiones de CONSORCIO GARBANCILLO, en tanto que son infundadas las pretensiones de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE OTUZCO, el Tribunal Arbitral considera razonable que los costos arbitrales sean asumidos por la parte vencida.
- c) En consecuencia, corresponde ordenar que la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE OTUZCO reembolse a CONSORCIO GARBANCILLO los gastos que ésta asumió; lo que se liquidará en ejecución del presente laudo arbitral.

Por lo que el Tribunal Arbitral, por mayoría emite el siguiente laudo:

LAUDO:

PRIMERO: DECLARANDO INFUNDADA la excepción de caducidad propuesta por LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE OTUZCO, sin perjuicio del pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

SEGUNDO: DECLARANDO FUNDADA la primera pretensión principal de la reconvencción sobre nulidad y/o invalidez de la Resolución de Alcaldía N° 199-2011MPO que resolvió EL CONTRATO; en CONSECUENCIA: se declara nulidad del acto administrativo de Resolución del CONTRATO.

TERCERO: DECLARANDO FUNDADA la primera pretensión accesoria de la reconvención referida a que se declare la inexistencia de penalidades por declaración de nulidad y/o ineficacia de la Resolución de Contrato de obra con Resolución de Alcaldía N° 199-2011-MPO.

CUARTO: DECLARANDO INFUNDADA la primera pretensión de la demanda sobre pago de S/. 284,524.30 (DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS VEINTICUATRO Y 30/100 NUEVOS SOLES) por concepto de saldo de obra, propiamente saldo de liquidación de obra; importe que deberá pagar el CONSORCIO GARBANCILLO a favor de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE OTUZCO; más los intereses legales.

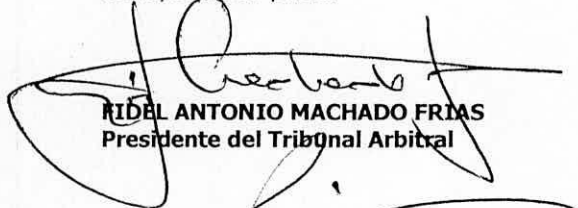
QUINTO: DECLARANDO INFUNDADA la segunda pretensión de la demanda sobre pago de S/. 306,605.21 (TRESCIENTOS SÉIS MIL SEISCIENTOS CINCO Y 21/100 NUEVOS SOLES) por concepto de penalidad por retraso injustificado en la finalización de la obra; importe que deberá pagar el CONSORCIO GARBANCILLO a favor de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE OTUZCO; más los intereses legales.

SEXTO: DECLARANDO INFUNDADA la tercera pretensión de la demanda sobre pago de indemnización por daños y perjuicios; en consecuencia DISPONER que el CONSORCIO GARBANCILLO pague a LA MUNICIPALIDAD por indemnización por daños y perjuicios el importe de S/. 1'326,642.00 (UN MILLÓN TRESCIENTOS VEINTISÉIS MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y DOS NUEVOS SOLES), mas intereses legales.

SETIMO: DECLARANDO FUNDADA la segunda pretensión accesoria de la reconvención sobre pago de valorizaciones de obra.

OCTAVO: DISPONIENDO que LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE OTUZCO asuma el total de los gastos arbitrales; en consecuencia **REEMBOLSE** a CONSORCIO GARBANCILLO los pagos que ésta asumió, los que serán liquidados en ejecución del presente laudo arbitral.

Notifíquese a las partes.



FIDEL ANTONIO MACHADO FRÍAS
Presidente del Tribunal Arbitral



VICENTE FERNANDO TINCOPA TORRES
Arbitro



LENIN FERNANDO ARAUJO ARAUJO
Secretario Arbitral

VOTO SINGULAR DEL ARBITRO JUAN MANUEL FIESTAS CHUNGA

**EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE OTUZCO CONTRA
CONSORCIO GARBANCILLO.**

CONSIDERANDO:

Para resolver las controversias, es necesario emitir en primer lugar pronunciamiento sobre la excepción de caducidad interpuesta por la Municipalidad Provincial de Otuzco contra la pretensión de nulidad de resolución de contrato ejecutada mediante Resolución de Contrato de Alcaldía N° 199-2011-MPO; para luego analizar los puntos controvertidos en orden más adecuado para la dilucidación de las pretensiones de la demanda y la reconvención, teniendo en cuenta que antes de pronunciarse sobre las pretensiones de pago de la demanda, resulta inevitable pronunciarse previamente sobre la pretensión de nulidad de la resolución del contrato de obra y su consecuente excepción.

XII. EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

- 12.1. LA MUNICIPALIDAD señala que la Resolución de Alcaldía N° 199-2011-MPO fue notificada al CONSORCIO el 25 de marzo del 2011; lo cual se verifica con la copia de la cata notarial que ha presentado EL CONSORCIO como Anexo 1-H de su contestación de demanda.
- 12.2. De conformidad con lo pactado por las partes en la Cláusula Décimo Novena, numeral 19.4 del Contrato de la Ejecución de Obra, EL CONTRATISTA tenía quince (15) días hábiles para manifestar su disconformidad con tal acto y someter la controversia a conciliación y/o arbitraje, caso contrario, se entiende que la resolución del contrato ha quedado consentida.
- 12.3. Las partes no han presentado medio probatorio que acredite que en el plazo antes mencionado EL CONTRATISTA hizo conocer a LA MUNICIPALIDAD su desacuerdo con la decisión de LA MUNICIPALIDAD de resolver EL CONTRATO, así como su petición para someter tal desacuerdo a conciliación o arbitraje. De ello puede inferirse que EL CONTRATISTA consintió la resolución del CONTRATO ejecutada mediante Resolución de Alcaldía N° 199-2011-MPO,

comunicada al CONSORCIO mediante carta notarial el 25 de marzo del 2011.

12.4. Ahora bien, la caducidad opera una vez transcurrido el plazo legal para promover la acción; el cual a su vez está previsto en el Artículo 52° de la LCE que lo fija en términos de: *"en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente"*. Y como según lo establecido en el Artículo 42° de la LCE, EL CONTRATO culmina *"con la liquidación y pago correspondiente"*, es necesario verificar en el presente caso si se ha liquidado y pagado el saldo resultante.

12.5. De la revisión de la demanda y sus recaudos fluye que LA MUNICIPALIDAD elaboró la Liquidación Final de la Obra, y la presentó al CONTRATISTA, estableciendo un saldo a favor de LA MUNICIPALIDAD, el mismo que no ha sido pagado por EL CONTRATISTA. Este a su vez ha reconvenido el pago de las Valorizaciones N° 01 y 02, que estima como créditos a su favor. De todo ello se infiere que si bien la liquidación final de la obra ha sido elaborada, presentada y no observada por EL CONTRATISTA, el saldo de dicha liquidación, ya sea a favor de LA MUNICIPALIDAD o a favor de EL CONTRATISTA, no ha sido pagado, por lo que el plazo legal de caducidad no ha vencido, siendo por ello del caso declarar infundada la excepción de caducidad, sin perjuicio de tenerse en cuenta al pronunciarse sobre el fondo de este aspecto controvertido los actos propios que implican el consentimiento de la resolución del contrato.

XIII. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES

13.1. **Primer Punto Controvertido de la Reconvención:** *Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia de la resolución de contrato realizada mediante Resolución de Contrato de Alcaldía N° 199-2011-MPO que resuelve el contrato de fecha 04 de agosto del 2009 "Instalación PSE en media y baja tensión de los caseríos de las Microcuencas Garbancillo y Chillin, Distritos de Otuzco y Agallpampa, Provincia de Otuzco - La Libertad".*

- A) Fluye de la Resolución de Alcaldía N° 199-2011-MPO, que LA MUNICIPALIDAD sustenta la decisión de resolver EL CONTRATO, en el hecho de que EL CONSORCIO ha hecho abandono de ejecución de la obra, y que al estar acreditado el retraso injustificado de las prestaciones objeto del CONTRATO ha superado el monto máximo equivalente al diez (10%) del monto contractual, previsto en la cláusula décimo quinta del CONTRATO.
- B) La mencionada cláusula décimo quinta del CONTRATO, establece en efecto el régimen de aplicación de penalidades que rige para las partes del CONTRATO, previéndose que *"En caso de retraso injustificado en la fecha de término de la ejecución de la obra, LA MUNICIPALIDAD le aplicará a EL CONTRATISTA una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto contractual. La penalidad se aplicará automáticamente..."*. Como se aprecia, esta cláusula es coincidente con lo previsto en el Artículo 165° del RLCE.
- C) En cuanto a la aplicación de la penalidad por retraso injustificado en la fecha de término de la ejecución de la obra, ambas partes están de acuerdo en que la fecha prevista contractualmente para la finalización de la obra fue el 03 de marzo del 2010. Ello es así porque ambas partes verificaron el cumplimiento de los requisitos reglamentarios para dar inicio al plazo contractual, de allí que en ningún escrito o documento presentado por EL CONSORCIO en este arbitraje ha cuestionado o impugnado la fecha de inicio del plazo contractual, ni ha planteado que el plazo contractual no se inició formalmente y que EL CONSORCIO habría realizado actos diligentes.
- D) En consecuencia, habiendo iniciado el plazo contractual formal y materialmente EL CONSORCIO inició la ejecución de la obra, haciendo las anotaciones correspondientes desde el asiento N° 05 del Cuaderno de Obra, lo que refleja sin lugar a dudas que EL CONSORCIO contaba con el Expediente Técnico completo; siendo de resaltar que para iniciar el plazo contractual el Art. 184° del RLCE no exige el replanteo de la

obra, ni la ingeniería de detalle, los cuales son más bien actos de ejecución contractual cuando la ejecución y el plazo contractual ya se iniciaron. Siendo así, es incuestionable que ambas partes conocían perfectamente la fecha de inicio del plazo contractual, por lo que ambos señalaron posteriormente en repetidos actos que la fecha de culminación de dicho plazo contractual era el 03 de marzo del 2010, y por ese motivo EL CONSORCIO solicitó hasta en dos oportunidades ampliación de plazo, lo cual no se explica si no se hubiera iniciado el plazo contractual, tal así que EL CONSORCIO no ha cuestionado ni puesto en tela de juicio el inicio del plazo contractual, sino únicamente que no pudo avanzar la obra por no haber contado supuestamente con la ingeniería de detalle, el cual sin embargo no es parte del expediente técnico de inicio de obra.

E) Siendo así, se establece que al plazo contractual inicial que ya había empezado a correr, se agregan los sesenta días de ampliación solicitada por EL CONSORCIO y otorgada por LA MUNICIPALIDAD mediante Resolución de Alcaldía N° 443-2010-MPO, de fecha 01 de junio del 2010, presentado como medio probatorio de EL CONSORCIO como Anexo 1-L de su contestación y reconvención. Por tanto el plazo contractual ampliado se cuenta hasta el 02 de mayo del 2010.

F) Al no existir otra ampliación de plazo otorgado por LA MUNICIPALIDAD, y al no haberse demandado en el presente arbitraje nuevas ampliaciones de plazo, EL CONSORCIO tenía la obligación contractual de entregar terminada la obra el 02 de mayo del 2010. Por lo tanto, partir del día siguiente el retraso en la finalización de la obra es injustificado, y en consecuencia empieza a aplicarse penalidad por cada día, es decir desde el 03 de mayo del 2010, de acuerdo con la fórmula prevista en el Artículo 165° del RLCE:

$$\text{Penalidad diaria} = (0.10 \times 3'066,052.08) / (0.15 \times 180) = 11,355.7484$$

G) Siendo entonces la penalidad diaria de S/. 11,355.7484, el monto máximo de penalidad del 10% se alcanzó en treinta días



de retraso injustificado, es decir el 01 de junio del 2010;
como se establece en el siguiente cálculo simple:

$$306,605.20 / 11,355.7484 = 29.9999994$$

- H) Siendo así, a partir del 02 de junio del 2010, LA MUNICIPALIDAD tenía expedito su derecho para resolver el contrato por haberse alcanzado al día anterior el monto máximo de la penalidad por retraso injustificado en la finalización de la obra, la cual se ha visto es de aplicación automática, no requiriendo pronunciamiento ni comunicación previa al respecto al estar claramente establecido en la cláusula décimo quinta EL CONTRATO y en el Artículo 165° del RLCE.
- I) En consecuencia, a la fecha de emisión de la Resolución de Alcaldía N° 199-2011-MPO, esto es el 23 de marzo del 2011, ya se había alcanzado largamente el monto máximo de penalidad por retraso en la finalización de la obra, por lo que la resolución de contrato por esa causal se encuentra arreglada a Derecho, verificándose su validez y plena eficacia, teniendo en cuenta además que la eficacia se alcanza con la notificación cierta y formal de la decisión, lo que ha ocurrido en el presente caso.
- J) Adicionalmente, el Tribunal Arbitral tiene en cuenta que luego de comunicarse al CONSORCIO la Resolución de Alcaldía N° 199-2011-MPO, mediante carta notarial del 25 de marzo del 2011, EL CONSORCIO no presentó objeción alguna a dicha Resolución ni al acto resolutivo que contiene, consintiéndola con sus propios actos omisivos, por lo que no puede desconocer posteriormente sus efectos jurídicos.
- K) Siendo así, corresponde declarar infundada la primera pretensión de la reconvención, que corresponde al primer punto controvertido de la reconvención.

13.2. Primer Punto Controvertido de la Pretensión Accesorio de la Reconvención: *Se declare la inexistencia de penalidades por*



declaración de nulidad y/o ineficacia de la Resolución de Contrato de obra con Resolución de Alcaldía N° 199-2011-MPO.

Habiéndose establecido en el numeral 13.1 que antecede, que la resolución de contrato efectuada mediante Resolución de Alcaldía N° 199-2011-MPO, no adolece de nulidad y/o ineficacia, y que del mismo modo es válida la penalidad aplicada por retraso en la finalización de la obra tiene validez, no es posible amparar la pretensión de inexistencia de penalidades que solicita EL CONSORCIO en su escrito de precisión de pretensiones.

13.3. Primer punto controvertido de la demanda: Determinar si corresponde ordenar que EL CONSORCIO pague a LA MUNICIPALIDAD por saldo de obra el importe de S/. 284,524.30; mas intereses legales.

- a. Al respecto, ambas partes están de acuerdo en el hecho de que LA MUNICIPALIDAD pagó al CONTRATISTA el importe de S/. 613,210.50 por concepto de adelanto directo; así como el importe de S/. 1'226,422 por concepto de adelanto para materiales; lo que hace un total de S/. 1'839,631.50. Estos pagos se corroboran además como las copias de los comprobantes de caja y de facturas que han sido presentadas como medios probatorios por LA MUNICIPALIDAD.
- b. Del mismo modo, con la Liquidación Final de Obra elaborada por el ingeniero Mario Ramirez Espejo, contratado por LA MUNICIPALIDAD, la misma que no ha sido observada ni impugnada por EL CONSORCIO, se establece que el avance físico de la obra a la fecha de resolución del contrato alcanzó solamente el 43.17% de la meta, que equivale a S/. 1'323,735.05.
- c. Asimismo, con la copia del Informe N° 011-2012-MPO/OC, del 6 de febrero del 2012, que contiene la Liquidación Financiera de la Obra, tampoco observada ni objetada por EL CONSORCIO, se establece que el monto ejecutado por EL CONSORCIO asciende al monto de S/. 1'323,735.05, y que el valor de los materiales no instalados en la obra pero existentes en los depósitos y almacenes a disposición de LA MUNICIPALIDAD,

asciende a S/. 231,371.90, todo lo cual hace un importe total de S/. 1'555,106.95; el cual se deduce íntegramente el monto que EL CONSORCIO se recibió por concepto de adelanto directo y adelanto para materiales, arrojando un saldo de S/. 284,524.30 a favor de LA MUNICIPALIDAD.

- d. Fluye también de autos que mediante Resolución de Alcaldía N° 151-2012-MPO, del 17 de febrero del 2012, LA MUNICIPALIDAD aprobó la Liquidación Final del Contrato de Ejecución de la Obra, la Liquidación Técnica y Financiera de la misma, y la penalidad correspondiente; resolución de alcaldía que fue notificada al CONSORCIO mediante carta notarial del 20 de febrero del 2012, complementada con la Carta Notarial del 22 de febrero del 2012. Todos esos documentos han sido aportados como medios probatorios por LA MUNICIPALIDAD en su demanda, y sobre las cuales EL CONSORCIO no ha formulado impugnación ni observación.
- e. Se verifica también en este expediente que EL CONSORCIO no formuló observación alguna a la Liquidación financiera de la obra, ni a la Resolución de Alcaldía que la aprueba, a pesar de tener expedito su derecho a hacerlo en el plazo establecido en el plazo de quince días previsto en la cláusula décimo sétima del CONTRATO. Por tanto, dicha liquidación de obra quedó consentida de pleno derecho por imperio de lo previsto en el tercer párrafo de la mencionada Cláusula Décimo Setima del CONTRATO.
- f. Siendo que las partes están obligadas a cumplir lo pactado en el CONTRATO en sus propios términos por corresponder a la buena fe y común intención de las partes, se infiere que EL CONTRATISTA está obligado a pagar a LA MUNICIPALIDAD el importe de S/. 284,524.30 , por concepto de saldo de obra, propiamente saldo de la liquidación financiera de la obra.
- g. En cuanto a la pretensión accesorio de pago de intereses por este concepto, en nuestro sistema jurídico la demora en el pago de la contraprestación se resarce con el pago de

intereses, conforme lo establece el primer párrafo del Art. 48° de la LCE.

- h. Asimismo, de conformidad con lo previsto en el Artículo 1100° del Código Civil vigente, incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa, desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación, coadyuvándose esta situación con el respectivo reconocimiento de intereses legales, al no haberse pactado los intereses moratorios; respecto de la cuestión dineraria materia de cumplimiento, previsto así esta última parte en los artículos 1243° a 1246° del mismo cuerpo normativo antes referido.
- i. Estando al análisis que antecede, se concluye que existe la obligación del CONSORCIO de pagar a LA MUNICIPALIDAD los intereses legales en estricta aplicación de las normas civiles antes referidas, lo cual deberá aplicarse oportunamente al momento del pago, como consecuencia del no pago del saldo por liquidación final de obra.

13.4. Segundo punto controvertido de la demanda: *Determinar si corresponde ordenar que EL CONSORCIO pague a LA MUNICIPALIDAD por penalidad aplicada el importe de S/. 306,605.21, mas intereses legales.*

- A) Al pronunciarse sobre el primer punto controvertido de la reconvencción, el Tribunal Arbitral ya ha analizado lo referente a la aplicación de la penalidad por retraso en la finalización de la obra hasta el monto máximo equivalente al 10% del monto contractual; fundamentos que son válidos para resolver este punto controvertido.
- B) A lo ya fundamentado por el Tribunal, solo queda agregar en este punto que la aplicación de la penalidad por retraso en la finalización de la obra contratada fue comunicada al CONTRATISTA en diversos documentos de los cuales existe fe notarial de entrega al CONTRATISTA, tales como la Resolución de Alcaldía N° 199-2011-MPO, Resolución de Alcaldía N° 151-

2012-MPO, las cartas notariales del 20 de febrero del 2012, y del 22 de febrero del 2012; sin que EL CONSORCIO ha expresado su disconformidad con la aplicación de tal penalidad.

- C) El Tribunal Arbitral no comparte la posición del CONSORCIO cuando sostiene que LA MUNICIPALIDAD perdió su derecho a aplicar y cobrar la penalidad al no ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y por adelantos. Al respecto la normativa sobre Contrataciones del Estado no establece la pérdida del derecho a aplicar y cobrar la penalidad por retraso en la ejecución de la obra; ni condiciona tal derecho a algún procedimiento de cobranza. Es más, el RLCE establece que incluso puede ser cobrado en la Liquidación Final de la Obra, que es precisamente lo que está haciendo LA MUNICIPALIDAD en el presente arbitraje.
- D) En consecuencia, estando demostrado con los abundantes documento aportados por ambas partes en este arbitraje que EL CONSORCIO incurrió en retraso injustificado en la finalización de la obra, corresponde amparar la pretensión de pago de la penalidad hasta el monto máximo del 10% del monto contractual, equivalente a S/. S/. 306,605.21 (TRESCIENTOS SEIS MIL SEISCIENTOS CINCO Y 21/100 NUEVOS SOLES).
- E) En cuanto a la pretensión accesorio de pago de intereses por este concepto, en nuestro sistema jurídico la demora en el pago de la contraprestación se resarce con el pago de intereses, conforme lo establece el primer párrafo del Art. 48° de la LCE.
- F) Asimismo, de conformidad con lo previsto en el Artículo 1100° del Código Civil vigente, incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa, desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación, coadyuvándose esta situación con el respectivo reconocimiento de intereses legales, al no haberse pactado los intereses moratorios; respecto de la cuestión dineraria materia de cumplimiento, previsto así esta ultima parte en

A

EF

los artículos 1243° a 1246° del mismo cuerpo normativo antes referido.

- G) Estando al análisis que antecede, se concluye que existe la obligación del CONSORCIO de pagar a LA MUNICIPALIDAD los intereses legales en estricta aplicación de las normas civiles antes referidas, lo cual deberá aplicarse oportunamente al momento del pago, como consecuencia del no pago de la penalidad por retraso en la finalización de la obra.

13.5. Tercer punto controvertido de la demanda: *Determinar si corresponde ordenar que EL CONSORCIO pague a LA MUNICIPALIDAD por indemnización por daños y perjuicios el importe de S/. 1'326,642.00, mas intereses legales.*

- a. En su fundamentación de esta pretensión, LA MUNICIPALIDAD precisa que la indemnización que pretende es por daño emergente, por lucro cesante y por daño moral.
- b. En cuanto al daño emergente señala que para continuar el proyecto de electrificación tuvo que afrontar gastos para elaborar un Estudio de Impacto Ambiental, un Expediente de Liquidación de Obra, un Expediente de Saldo de Obra, contar con los Servicios Profesionales de Apoyo Técnico con relación a los proyectos de electrificación de la entidad edil, tomar un inventario de los bienes en el lugar de la obra y en otros lugares donde se encuentren, y sufragar los gastos del depósito ó almacenamiento de los bienes; costos que asumió LA MUNICIPALIDAD.
- c. El Tribunal Arbitral considera que los gastos por conceptos de elaboración de Expediente de Liquidación de Obra, Inventario de bienes de la obra, y depósito ó almacenamiento de bienes, son propios de todo proyecto de obra, sea para ejecutar, o ya sea ejecutado parcial o totalmente. De tal manera que esos gastos no pueden atribuirse a título de daño a la parte demandada en el presente caso, aún cuando no hay duda alguna en que no se ejecutó completamente la obligación contractual por parte del CONSORCIO. En efecto, tales gastos se encuentran incluidos dentro del presupuesto de obra, y son



igualmente asignados al monto contractual, pagaderos mediante valorizaciones y en la Liquidación Final de la Obra en caso haya saldo. Cuando la obra no es ejecutada totalmente, como en el presente caso, tales gastos también son propios de la obra.

- d. En cuanto a la liquidación de saldo de obra, la demandante no ha aportado prueba alguna de haber incurrido en dicho gastos, como tampoco la ha cuantificado ni fundamentado.
- e. En cuanto al gasto por elaboración del Estudio de Impacto Ambiental, tampoco proviene directamente de la acción atribuible al CONSORCIO al no cumplir totalmente la obligación contractual de ejecutar la obra contratada, en razón de que para culminar la obra o para ejecutar un nuevo proyecto alternativo al no ejecutado totalmente, LA MUNICIPALIDAD tiene la posibilidad de utilizar el mismo Estudio de Impacto Ambiental; de tal manera que si LA MUNICIPALIDAD decidió contratar la elaboración de otro Estudio de ese tipo, no lo hizo por obligación derivada del incumplimiento contractual del CONSORCIO sino en ejercicio de su facultad de mejora, y no como consecuencia de un daño directo.
- f. En relación al gasto por Servicios Profesionales de Apoyo Técnico con relación a los proyectos de electrificación de la entidad edil, tampoco reviste las características de un daño proveniente directamente de la acción dañosa, puesto que para la administración de un proyecto no se requiere necesariamente de la contratación de servicios profesionales de apoyo técnico, siendo ello una facultad de la Entidad para mejorar o no sus propias capacidades de gestión de proyectos.
- g. En cuanto al lucro cesante, es definido por el profesor Juan Espinoza Espinoza como "el no incremento en el patrimonio del dañado (sea por incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito)". En el presente caso, el daño irrogado consiste en que las familias que serían beneficiarias con el proyecto, se han visto perjudicadas al no contar con energía eléctrica impidiéndoles iniciar y mejorar negocios, pequeñas artesanías, utilizar sistemas y/o equipos de



telecomunicaciones; impidiendo el crecimiento del patrimonio de las familias que esperaban un ingreso promedio mensual de S/. 133, que al año sería de S/. 1,596, y siendo 752 familias, arroja un total de S/. 1'200,192 en un año, siendo que la obra lleva paralizada más tiempo.

- h. Como se aprecia se trata de un planteamiento de daño por pérdida de oportunidad, pérdida de chance o pérdida de ocasión favorable, que se define como la pérdida actual de un mejoramiento patrimonial futuro y posible, configurándose bajo la forma de lucre cesante como un daño resarcible que busca reparar el agravio cuando el acto dañoso ha frustrado la posibilidad de obtener cierta ventaja patrimonial. Ello determina que se haya privado al sujeto agraviado de ejercer las posibilidades que tenía de conseguir un beneficio patrimonial que aunque sea futuro no por ello deja de ser indemnizable.
- i. En el caso del presente arbitraje, ha quedado establecido al analizarse los puntos controvertidos que anteceden, que EL CONSORCIO incumplió su obligación de ejecutar totalmente la obra, habiendo ejecutado solamente una parte de ella, equivalente al 43.17% de la meta, resultando incuestionable la presencia del daño a las personas beneficiarias del proyecto de electrificación a través del cual recibirían energía eléctrica para su desarrollo económico, personal y social. En los hechos analizados en los numerales precedentes también se identifica la presencia de todos los elementos de la responsabilidad civil, por lo que la consecuencia no puede ser otra que un laudo que declare fundada la pretensión indemnizatoria que contenga un quantum indemnizatorio, fijado teniendo en cuenta que debe conjugar un conjunto de elementos, tales como la certidumbre del daño causado, la indeterminación del chance perdido, y la necesidad de reparar el daño ocasionado.
- j. Estando a las consideraciones precedentes, el Tribunal Arbitral estima que el monto indemnizatorio debe ser fijado prudencialmente en el 10% del monto contractual no ejecutado



de la obra (S/. 1'742,317.06), lo que equivale a S/. 174,231.70.

k. Ahora bien, en cuanto a la legitimidad de LA MUNICIPALIDAD para demandar la indemnización por lucro cesante por el daño sufrido por las familias que se vieron afectadas al no poder recibir el servicio público de energía eléctrica por haberse incumplido con la obligación de ejecutar totalmente la obra, la Entidad demandante en este caso invoca la calidad de representante de los intereses difusos de la población de su jurisdicción, así como su calidad de organismo público responsable de promover el desarrollo de la infraestructura de los servicios públicos que benefician a la población de su jurisdicción.

l. Al respecto, el primer párrafo del Artículo 82 del Código Procesal Civil, modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 27752, establece: "

"Artículo 82.- Patrocinio de intereses difusos

Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor.

Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la Ley y criterio del Juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello.

Las Rondas Campesinas que acrediten personería jurídica, tienen el mismo derecho que las Comunidades Campesinas o las Comunidades Nativas en los lugares donde éstas no existan o no se hayan apersonado a juicio.

Si se promueven procesos relacionados con la defensa del medio ambiente o de bienes o valores culturales, sin la intervención de los Gobiernos Locales indicados en el párrafo anterior, el Juez deberá incorporarlos en calidad de litisconsortes





necesarios, aplicándose lo dispuesto en los Artículos 93 a 95.

En estos casos, una síntesis de la demanda será publicada en el Diario Oficial El Peruano o en otro que publique los avisos judiciales del correspondiente distrito judicial. Son aplicables a los procesos sobre intereses difusos, las normas sobre acumulación subjetiva de pretensiones en lo que sea pertinente.

En caso que la sentencia no ampare la demanda, será elevada en consulta a la Corte Superior. La sentencia definitiva que declare fundada la demanda, será obligatoria además para quienes no hayan participado del proceso.

La indemnización que se establezca en la sentencia, deberá ser entregada a las Municipalidades Distrital o Provincial que hubieran intervenido en el proceso, a fin de que la emplee en la reparación del daño ocasionado o la conservación del medio ambiente de su circunscripción."

- m. Como se aprecia, nuestro sistema jurídico considera interés difuso también el interés del consumidor, el cual precisamente ha sido afectado con el daño que le ha ocasionado EL CONSORCIO al no terminar la ejecución de la obra de electrificación que beneficiaría precisamente a los consumidores de energía de la zona de influencia del proyecto, esto es las personas beneficiarias que en número de 3,458 menciona la Ficha de Registro - Banco de proyectos, ofrecido como medio probatorio por LA MUNICIPALIDAD, para los cuales se define el objetivo del proyecto de inversión pública del siguiente modo: "acceso al servicio de electricidad en forma integral y confiable".
- n. La norma también resulta clara e irrefutable al otorgar legitimidad a los Gobiernos Locales (Municipalidades) para promover o participar en el proceso, habilitándolas inclusive para recibir el monto indemnizatorio y destinarla a reparar el daño sufrido.
- o. Que en cuanto al daño moral, por los hechos analizados en este laudo, se establece que en efecto LA MUNICIPALIDAD ha perdido credibilidad ante los pobladores de su jurisdicción como consecuencia del incumplimiento de ejecución total de la



obra. Siendo el daño moral un elemento de valoración subjetiva exige fijar su quantum de forma prudencial, por lo que el Tribunal Arbitral la establece en el importe de S/. 10,000 (Diez Mil Nuevos Soles).

p. En consecuencia, corresponde declarar fundada en parte la pretensión de pago de indemnización por daños y perjuicios, en un total de S/. 184,231.70 (Ciento ochenta y cuatro mil doscientos treinta y uno y 70/100 Nuevos Soles).

q. De acuerdo a ley, la indemnización por daños y perjuicios genera intereses legales. En el presente caso, al no haber demostrado LA MUNICIPALIDAD que reclamó a EL CONTRATISTA el pago de la indemnización antes de la interposición de la demanda, el Tribunal Arbitral considera que debe calcularse intereses legales desde la fecha de notificación con la demanda.

13.6. Segundo punto controvertido de la reconvención: *Accesoriamente, el pago de s/. 471,337.70, por concepto de dos valorizaciones de obra que nunca fueron canceladas.*

A) Al respecto en la Liquidación Final de Obra, así como en la Liquidación Financiera, ambos presentados por LA MUNICIPALIDAD como medios probatorios, se ha considerado el monto de la parte parcialmente ejecutada de la obra por EL CONSORCIO ascendente a S/. 1'323,735.05, así como el valor de los materiales no instalados en la obra pero existentes en los depósitos y almacenes a disposición de LA MUNICIPALIDAD, ascendente a S/. 231,371.90, todo lo cual hace un importe total de S/. 1'555,106.95. Ello implica que dentro de dicho valor total se encuentran las dos valorizaciones que presentó EL CONSORCIO y que no fueron pagadas por LA MUNICIPALIDAD.

B) No puede perderse de vista al respecto que las dos valorizaciones cuyo pago pretende EL CONSORCIO suman un importe inferior a la sumatoria de los adelantos percibidos por el mismo; en consecuencia, el monto total de tales valorizaciones forman parte de la amortización de dichos adelantos, por lo que no puede ordenarse su pago



independientemente del conjunto de las obligaciones y derechos que tiene cada una de las partes en el presente caso.

- C) Siendo así, no corresponde amparar la pretensión de pago de las dos valorizaciones, por haber sido incluidas dentro de la Liquidación Final de la Obra y en la Liquidación Financiera.

13.7. Gastos arbitrales.

- a) El Decreto Legislativo N° 1071, vigente desde el 01 de setiembre del 2008, considera bajo la denominación "Costos Arbitrales", los honorarios y gastos del tribunal arbitral, los honorarios y gastos del secretario, los gastos administrativos de la institución arbitral, los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral, los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje y los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales. Y en el primer numeral del Art. 73° establece específicamente que el tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes, y que a falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida, sin embargo, se podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En el marco de las normas antes citadas, el Tribunal Arbitral deja constancia que en EL CONTRATO no se aprecia que las partes hayan pactado respecto de los costos del arbitraje, como tampoco en otros documentos actuados en autos.

- b) Como en el presente caso, resultan fundadas las pretensiones de LA MUNICIPALIDAD, en tanto que son infundadas las pretensiones del CONSORCIO, el Tribunal Arbitral considera razonable que los costos arbitrales sean asumidos por la parte vencida.
- c) En consecuencia, corresponde ordenar que EL CONSORCIO reembolse a LA MUNICIPALIDAD los gastos que ésta asumió; lo que se liquidará en ejecución del presente laudo arbitral.



Por tanto, mi voto es por que se declare:

PRIMERO: INFUNDADA la excepción de caducidad propuesta por LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE OTUZCO, sin perjuicio del consentimiento de la resolución de contrato por parte del CONSORCIO GARBANCILLO.

SEGUNDO: INFUNDADA la primera pretensión principal de la reconvención sobre nulidad y/o invalidez de la Resolución de Alcaldía n° 199-2011MPO que resolvió EL CONTRATO; en CONSECUENCIA: se declara la validez y eficacia de la Resolución del CONTRATO.

TERCERO: INFUNDADA la primera pretensión accesoria de la reconvención referida a que se declare la inexistencia de penalidades por declaración de nulidad y/o ineficacia de la Resolución de Contrato de obra con Resolución de Alcaldía N° 199-2011-MPO.

CUARTO: FUNDADA la primera pretensión de la demanda sobre pago de S/. 284,524.30 por concepto de saldo de obra, propiamente saldo de liquidación de obra; importe que deberá pagar el CONSORCIO GARBANCILLO a favor de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE OTUZCO; más los intereses legales que se liquidarán en ejecución de laudo conforme a las reglas establecidas en la parte considerativa del presente laudo.

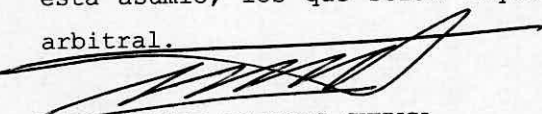
QUINTO: FUNDADA la segunda pretensión de la demanda sobre pago de S/. 306,605.21 por concepto de penalidad por retraso injustificado en la finalización de la obra; importe que deberá pagar el CONSORCIO GARBANCILLO a favor de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE OTUZCO; más los intereses legales que se liquidarán en ejecución de laudo conforme a las reglas establecidas en la parte considerativa del presente laudo.

SEXTO: FUNDADA EN PARTE la tercera pretensión de la demanda sobre pago de indemnización por daños y perjuicios; en consecuencia DISPONER que el CONSORCIO GARBANCILLO pague a favor de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE OTUZCO el importe de S/. 184,231.70; más intereses legales que se liquidarán en ejecución de laudo.


SETIMO: INFUNDADA la segunda pretensión accesoria de la reconvención sobre pago de valorizaciones de obra.



OCTAVO: DISPONIENDO que EL CONSORCIO asuma el total de los gastos arbitrales; en consecuencia **REEMBOLSE** a LA MUNICIPALIDAD los pagos que ésta asumió, los que serán liquidados en ejecución del presente laudo arbitral.



JUAN MANUEL FIESTAS CHUNGA
Arbitro



LENIN FERNANDO ARAUJO ARAUJO
Secretario Arbitral

