

LAUDO DE DERECHO
EXPEDIENTE I220-2015



PARTES:

DEMANDANTE: CONSORCIO H&H
En adelante: CONTRATISTA

DEMANDADO: MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE HUALGAYOC - BAMBAMARCA
En adelante: ENTIDAD

Arbitro único: Ricardo Antonio León Pastor.
Secretaría arbitral: a cargo de OSCE.

Tipo de arbitraje: INSTITUCIONAL Y DE DERECHO

Resolución N° 14

Lima, 18 de mayo de 2016.

I. ANTECEDENTES

1. El objeto de la convocatoria fue el mejoramiento del servicio educativo en la I.E. N° 821048, C.P. El Alumbre, distrito de Bambamarca, Provincia de Hualgayoc-Cajamarca. En ese marco, el Comité adjudicó la Buena Pro del proceso de selección Adjudicación Directa Selectiva N° 021-2012-CEP/MPH-BCA, el 10 de setiembre de 2012.
2. El 2 de octubre de 2012, las partes suscribieron el contrato S/N "Contrato de Adjudicación Directa Selectiva N° 021-2012-CEP/MPH-BCA Ejecución de la Obra Mejoramiento del Servicio de Educativo en la I.E. N° 821048, C.P. El Alumbre, distrito de Bambamarca, Provincia de Hualgayoc-Cajamarca", siendo el monto del mismo la suma de S/. 595.030.60 (QUINIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL TREINTA CON 60/100 NUEVOS SOLES) incluidos impuestos de ley.
3. En la ejecución del contrato surgieron controversias entre las partes que son materia del presente arbitraje.

II. PROCESO ARBITRAL

EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

4. En la cláusula vigésima quinta del contrato, se pactó una cláusula de solución de controversias con el siguiente tenor:
"Cualquiera de las partes tiene el derecho de iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual, dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144º, 170º, 175º, 177º, 199º, 201º, 209º, 210º y 211º del Reglamento o en su defecto en el artículo 52 de la Ley"

INSTALACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

5. El contratista solicitó arbitraje a la Entidad mediante carta N° 005-2014-CONS.H&H/HAMD/CO.
6. La entidad, mediante carta N° 14-2014.PPM/MPH -BCA se negó a iniciar un procedimiento arbitral alegando que la solicitud fue presentada de forma extemporánea.
7. El Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado, mediante oficio N° 1269-2015-OSCE/DAA designó al árbitro único, quien aceptó mediante carta de fecha 24 de marzo de 2015.
8. El 16 de junio de 2015 se instaló el árbitro único con presencia de ambas partes. En este acto se señalaron las reglas del proceso y se fijaron los anticipos de honorarios del árbitro y gastos de la secretaría arbitral.

DEMANDA

9. EL CONTRATISTA el 8 de julio de 2015 presentó su demanda dentro del plazo señalado en la audiencia de instalación. Señaló las siguientes pretensiones:

Primera principal.- Aprobar la ampliación de plazo N° 03, por 80 días calendario, porque la Entidad no prestó las condiciones establecidas para la ejecución de la obra.

Segunda principal.- Aprobar el pago de mayores gastos generales generados por las ampliaciones de plazo monto que asciende a S/. 35,997.00. NUEVOS SOLES.

Tercera principal.- Aprobar el pago de resarcimiento de daños de acuerdo al Art. 184º RLCE, monto a resarcir: $75/10000 \times 341,502.42 = S/. 2,561.27$ nuevos soles.

Cuarta principal.- Declarar la nulidad e invalidez de la penalidad por mora interpuesta de manera arbitraria sin el debido procedimiento.

Pretensión subordinada a la cuarta principal.- Devolución de penalidad por mora de manera improcedente, ascendente a S/. 59,503.06.

Quinta Principal.- Devolución al Contratista del importe de S/. 9,076.74 por concepto de IGV que gravó por doble vez a la ilegal penalidad.

Sexta principal.- Aprobar la valorización N° 01 del adicional de obras N° 02.

Pretensión subordinada a la sexta principal.- Pago de la valorización N° 01 del adicional de obras N° 02, ascendiente a S/. 15,868.81 nuevos soles.

Séptima principal.- Nulidad de la Resolución del contrato del contrato de obra decidida de manera unilateral y arbitraria por parte de la Entidad.

Pretensión subordinada a la séptima principal.- Declarar resuelto el contrato por causa atribuible a la Entidad al haber incumplido con las condiciones para ejecutar la obra en el plazo contractual y sus ampliaciones.

Octava principal.- Devolución de garantía de fiel cumplimiento, ascendente a S/. 59,503.06.

Novena Principal.- Pago de indemnización por la no generación de utilidades de capital ascendente a S/. 90,000.00.

Décima principal.- Pago de interés legal de todas las pretensiones precedentes y de costos y costas arbitrales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA, RECONVENCIÓN Y EXCEPCIONES

10. El día 20 de agosto de 2015 la Entidad presentó su contestación de demanda, en la misma no señala pretensiones.

AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

11. El día 21 de diciembre de 2015, en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE se llevó a cabo esta audiencia, con presencia de ambas partes debidamente representadas. Se declaró saneado el proceso.

12. El árbitro único constató que las partes no arribaron a un acuerdo conciliatorio, y señaló que una conciliación podría celebrarse en cualquier estado del proceso.

13. Se fijaron seguidamente como puntos controvertidos los que se detallan a continuación:

- A. Determinar si corresponde o no aprobar la ampliación de plazo N° 03, por 80 días calendarios.
- B. Determinar si corresponde o no el pago de mayores gastos generados por la ampliación de plazo, monto que asciende a S/. 35,997.00 (treinta y cinco mil novecientos noventa y siete nuevos soles).
- C. Determinar si corresponde o no el pago de resarcimiento de daños de acuerdo al Art. 184º RLCE ascendente a la suma de S/. 2,561.27 (dos mil quinientos sesenta y uno con 27/100 nuevos soles).
- D. Determinar si corresponde o no declarar la nulidad e invalidez de la penalidad por mora ascendente a la suma de S/. 59,503.03 (cincuenta y nueve mil quinientos tres con 03/100 nuevos soles).
- E. Determinar si corresponde o no la devolución al contratista del importe ascendente a la suma de S/. 9,076.74 (nueve mil setenta y seis con 74/100 nuevos soles) por concepto del impuesto general a las ventas que gravó por doble vez a la ilegal penalidad.
- F. Determinar si corresponde o no aprobar la valorización N° 01 del adicional de obras n° 02 y el pago de la misma ascendente a la suma de S/. 15,868.81 (quince mil ochocientos sesenta y ocho con 81/100 nuevos soles).

- G. Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la resolución del contrato de obra y como consecuencia de ello declarar resuelto el contrato por causa atribuible a la Entidad al haber incumplido con las condiciones para ejecutar la obra en el plazo contractual y sus ampliaciones.
- H. Determinar si corresponde o no la devolución de garantía de fiel cumplimiento, ascendente a la suma de S/. 59,503.06 (cincuenta y nueve mil quinientos tres con 06/100 nuevos soles).
- I. Determinar si corresponde o no el pago de la indemnización por la no generación de utilidades de capital ascendente a la suma de S/. 90,000.00 (noventa mil y 00/100 nuevos soles).
- J. Determinar a quién le corresponde el pago de costas y costos del proceso arbitral.

14. Seguidamente el árbitro único procedió a calificar los medios probatorios ofrecidos.
15. De la demanda: Los documentos ofrecidos en el IV "MEDIOS PROBATORIOS" del numeral 4.1.1 al 4.1.38 del escrito Nº 02 de fecha 08 de julio de 2015.
16. Respecto a la exhibición ofrecida por el contratista en el numeral 4.2 de los medios probatorios ofrecidos se le otorgan 10 días hábiles de realizada la presente audiencia para que la Entidad cumpla con su exhibición en copia legalizada.
17. Respecto del pliego interrogatorio ofrecido por el CONTRATISTA en el numeral 4.3 de los medios probatorios, se otorgan 10 días para que se presente dicho pliego interrogatorio.
18. De la Contestación: Se admiten los documentos ofrecidos en el punto VII "MEDIOS PROBATORIOS" de su escrito de fecha 16 de setiembre de 2015.
19. Se tiene por actuados también, los medios probatorios ofrecidos por la Entidad en el punto "MEDIOS PROBATORIOS" del escrito 01 de 20 de agosto de 2015.

AUDIENCIA ESPECIAL

- 
- 20. El 25 de enero de 2016, se llevó a cabo la Audiencia Especial, en la sede Institucional de Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, con la presencia de ambas partes.
 - 21. Se dejó constancia que el CONTRATISTA no cumplió con presentar el pliego interrogatorio dentro del plazo señalado en el Acta de la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, por lo que corresponde prescindir de la actuación de dicho medio probatorio.
 - 22. Se dejó constancia, también, que los documentos ofrecidos por la Entidad para exhibición no fueron presentados. El árbitro único otorgó un plazo adicional de 5 días hábiles a la Entidad para que cumpla con lo requerido bajo apercibimiento de prescindir de las mismas.

23. Vencido este plazo sin la presentación de los documentos, corresponde prescindir de la actuación de dicho medio probatorio. Cerrada la etapa probatoria, se fijó plazo para laudar el 19/04/2016 por 20 días hábiles, plazo que se amplió por término equivalente el 16/05/2016. Ha llegado el momento de laudar.

ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

PRIMERO: Determinar si corresponde o no aprobar la ampliación de plazo Nº 03, por 80 días calendarios.

Posición del contratista:

24. El 15/01/13 pobladores del centro poblado El Alumbre ingresaron a la obra e impidieron la continuación de las labores alegando que la altura del techo de las aulas atentaba contra la salud de los estudiantes, por lo que solicitaron se reduzca a 2.60 m, esto causó que la obra quede paralizada.
25. El contratista presentó a la Entidad la carta Nº 017-CONS.H&H/CONT indicando lo mencionado en el párrafo anterior y consultando sobre el pedido de los pobladores para reducir la altura del techo.
26. La Entidad no dio respuesta, por lo que se reiteró la comunicación con diversas cartas.
27. La Entidad absolvio la consulta el 04/04/13 mediante carta, por lo que se reinició parcialmente la obra el 10/04/13.
28. Debido a lo mencionado se solicita ampliación de plazo el 22/03/13, ampliación Nº 02, la cual fue denegada por la Entidad alegando el incumplimiento de formalidades.
29. El 10/04/13 se presentó la ampliación de plazo Nº 03, al haber concluido la situación que dio origen a la paralización; la misma que fue denegada por la Entidad indicando que fue presentada fuera de plazo.
30. La ampliación es real, verdadera, objetiva y comprobada de pleno conocimiento de la Entidad, el inspector de obra y de la población del Alumbre.
31. Se cumple con la cláusula novena del contrato de ejecución de obras que ampara la ampliación.
32. La Entidad debió actuar diligentemente y de esta manera no hubiera habido necesidad de solicitar ampliación de plazo, pero la grave omisión la Entidad originó que la paralización se mantenga desde el 15/01/13 al 05/04/13, dando un total de 80 días calendario.

Posición de la Entidad

33. Si bien el Contratista anotó en asiento Nº 53 de cuaderno de obra el inicio de la paralización, la ampliación de plazo según el Art. 201 del RLCE, señala que durante la ocurrencia de la causal, se deberá anotar en el cuaderno de obra las

circunstancias que ameriten la ampliación de plazo, sin embargo, el contratista no cumplió con ello hasta el término de la causal.

34. El Contratista no cumplió con sustentar debidamente cuándo culminó la supuesta paralización realizada por los pobladores.

Posición del Árbitro Único

35. Tenemos de un lado, que, efectivamente nos encontramos frente a una causal de ampliación de plazo, esto según el Inc. 1 del artículo 200 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (RLCE) "...paralizaciones no imputables al contratista".

36. Los hechos producidos, registrados tanto en el cuaderno de obra como en las constantes comunicaciones dirigidas por el demandante a la entidad, fueron los siguientes:

37. En el asiento Nº 53 del cuaderno de obra, el 15/01/2013 el residente anotó:

El contratista de Obra menciona la carta por parte del director de la I.E Prof. Eirem Segura Lucano, en la cual solicita disminuir el nivel de la altura de entrepiso Nro. 02 de 2.50 m a 2.80 mts, esto con el fin de reducir el frío dentro del Ambiente.

Se solicita a la supervisión hacer consulta al proyectoista acerca de dicha modificación, además nos vemos obligados a detener los trabajos debido a estos impases.

38. En el asiento Nº 54 de 16/01/2013, el inspector de obra anotó:

A espera de respuesta del proyectoista.

Se constata que los trabajos han sido parados desde el día de ayer 15 de enero de 2013, debido a que los pobladores beneficiarios no permiten realizar trabajo hasta tener una respuesta por parte de la Entidad respecto de la altura de piso a techo, la que debe hacerse a 2.80 mts debido a las bajas temperaturas que se presentan en la zona, esto durante el año, así como la presencia de fuertes vientos.

39. En la carta Nro. 018-2012-CONS.H&H/CONT de 16/01/2013 del Ing. Henry Ariadne Mori Díaz a la Sub Gerencia de Ejecución de Obras, se lee:

Con fecha 19.12.12 se ingresó la solicitud de ampliación de plazo Nº 01, por 29 días calendarios, con Carta Nro. 011-2012-CONS.H&H/CONT, la cual no ha tenido respuesta por parte de la entidad.

De acuerdo al artículo 175 del reglamento de la ley de contrataciones (...) "La Entidad debe resolver sobre dicha solicitud y notificar su decisión al contratista en el plazo de diez (10) días hábiles (...)"

Por antes expuesto se procede a solicitar se emita la resolución de alcaldía correspondiente a la Ampliación de Plazo Nº 01 por 29 días calendarios (...)

40. En la carta Nro 017-2012-CONS.H&H/CONT dirigida el 16/01/2013 al inspector, Ing. Henry Ariadne Mori Díaz, se lee:

(...) 15 de enero de 2013, se recibió una carta por parte del director de la IE. 821048 Profesor Eiren Segura Lucano, beneficiario de la obra (...) solicita se reduzca la altura del segundo nivel de piso a techo de 3.50 mts conforme indica el expediente a 2.80 mts y la modificación del parapeto del último nivel.

(...) conforme a lo exigido por los beneficiarios; de mi representada no hacerlo menciona la toma de medidas, en conjunto con los demás beneficiarios; esto por razones climáticas, y de extremo frío, los cuales los afectan.

Modificación del parapeto, (...) para evitar que las aguas desciendan ensuciando la estructura, por lo cual se solicita HAGA LA CONSULTA RESPECTIVA PROYECTISTA, de manera inmediata (...) se ve afectado nuestro frente de trabajo, y esto afecta nuestra ruta crítica y tiempos mínimos para la ejecución de la obra. Por lo cual nos vemos obligados a detener los trabajos, hasta la respuesta de la municipalidad, se solicita dar respuesta inmediata ya que este retraso es no imputable al contratista, lo mismo que las modificaciones que se puedan realizar, atrasan nuestro trabajo y esto acarreara una ampliación de plazo.

41. En la carta Nº 019-2012-CONS.H&H/CONT de 23/01/2013 dirigida al inspector, se lee:

El día 20 de enero de 2013 se realizó una reunión extraordinaria conformada por los beneficiarios y autoridades de la comunidad de alumbré donde se nos indica de manera directa que se TENDRÁ QUE PARALIZAR LOS TRABAJOS HASTA LLEGAR A UN ACUERDO, lo cual no es imputable y detiene los trabajos realizados en obra.

Se reitera la presente carta INFORMANDO QUE NO HAY MANERA DE CONTINUAR CON LOS TRABAJOS (...) SE SOLICITA DAR SOLUCIÓN DE MANERA URGENTE (...)

42. En la carta Nº 020-2012-CONS.H&H/CONT de 30/01/2013 dirigida al inspector, se lee:

(...) el día 15 de enero de 2013, 20 de enero de 2013 y mediante reiterativas verbales se nos comunica por parte de la comunidad del centro poblado de Alumbre que se reduzca de manera obligatoria la altura del entrepiso Nro. 02 de 3.50m a 2.80m. y se modifique el parapeto superior de las aulas (...)

Se informa a su despacho que habiendo llegado a la partida de muros de segundo nivel, nos es imposible avanzar con a obra, debiendo a que no se nos permite ejecutar de acuerdo al expediente técnico para lo que fuimos contratados, esto por disyuntiva de la altura de los muros, ocasionando de esta manera una paralización de obras, NO IMPUTABLE AL CONTRATISTA.

Se solicita a la entidad hacer la consulta respectiva al proyectista para de esta manera dar solución a la controversia presentada en la obra de referencia, dando el visto bueno a la modificación y haciendo recálculo estructural de las aulas para garantizar de esta manera el correcto funcionamiento de la obra, se solicita también notificar a mi representada la respuesta y acciones a tomar respecto a la modificación, para poder de esta manera continuar con los trabajos que se encuentran paralizados (...)"

43. En la carta Nº 004-2013-CONS.H&H/CONT de 6/03/2013 dirigida al Alcalde de Municipalidad de Hualgayoc, se lee:

(...) hasta el momento a pesar de haber transcurrido 50 días la entidad no nos notifica acerca de la solución a la consulta teniendo como consecuencia de ello que la obra se encuentre paralizada. Por lo expuesto, acogiéndome al Art. 196 del RLCE, solicito a Ud. Que en el menor tiempo posible se absuelva la consulta, así mismo solicito que se me aplique el plazo contractual por el tiempo correspondiente a la demora y se emita la resolución de alcaldía correspondiente, puesto que se ha afectado la ruta crítica de la programación de ejecución de obra.

44. En la carta Nº 005-2013-CONS. H&H/CONT de 15/03/2013 dirigida al mismo Alcalde, se lee:

(...) hasta el momento a pesar de haber transcurrido 57 días la entidad no nos notifica acerca de la solución a la consulta teniendo como consecuencia de ello que la obra se encuentre paralizada.

(...) así mismo solicito que se me amplíe el plazo contractual por el tiempo correspondiente a la demora y se emita la resolución de alcaldía correspondiente, puesto que se ha afectado la ruta crítica de la programación de ejecución de obra.

45. En la carta Nº 0026-2013-CONS.H&H/CONT de 22/03/2013 dirigida al mismo Alcalde, se lee:

Es grato dirigirme a usted para expresarle mi cordial saludo y a la vez recordarle que hasta la fecha no recibimos respuesta de la carta que presentamos a su despacho sobre la consulta al proyectista de la altura de las aulas siendo esto un retraso para nosotros como empresa viéndonos perjudicados con la programación y los plazos establecidos por la Municipalidad. Estando paralizada la obra desde el 15 de enero hasta la fecha, habiendo pasado 67 días calendarios para cual solicitamos también emitir la resolución de alcaldía por ampliación e plazo correspondiente.

46. En la carta Nº 003-2013-CONS.H&H/CONT de 9/04/2013 dirigida al mismo Alcalde, se lee:

Se solicita AMPLIACION DE PLAZO N°03 por 80 días calendarios contados a partir de la fecha contractual (Paralización de obra desde 15.01.13, hasta la reanudación del mismo el 05 de abril del 2013).

47. En las conclusiones del informe Nº 028-2013/GIUR/MPH-ECAP/PJCC-CO del coordinador de obra al Sub Gerente de Ejecución de Obra, se lee:

(...) se considera procedente la modificación de la Altura entre el piso terminado y el cielo raso

(...) modificación del parapeto TP-2 en la azotea no es procedente por falta de sustento técnico (...)

48. En el informe Nº 037-2013/GIUR/MPH-BCA/PJGC-CO de 15/04/2013 del coordinador de obra dirigido al Sub Gerente de Ejecución de Obra, se lee lo siguiente:

ANTECEDENTES:

1. El plazo contractual para la ejecución de la presente obra terminó el 14 de Febrero del 2013.

2. Con Informe N° 023-2013/GIUR/MPH-BCA/PJGC-CO, del 27 de Marzo del 2013, se comunicó que la ampliación de Plazo que solicitaba el Consorcio H&H no procedía por estar fuera de plazo el pedido y falta de documentación sustentable.
3. Con Carta N° 003-2013-CONS.H&H/CONST, con fecha 10 de Abril del 2013, el Consorcio H&H solicita Ampliación Plazo N° 03.

ANALISIS

(...) el tiempo de paralización es de 80 días calendarios (...) el cual está asentado en cuaderno de obra. Por tanto, la paralización fue de 63 días calendarios.

OPINION TECNICA

(...) no procede pedidos de ampliaciones de plazo posteriores al término contractual, el cual está de acuerdo al art. 201 del RLCE, cito textualmente: "Toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución de obra, fuera del cual no se admitirá las solicitudes de ampliaciones de plazo.

49. En la carta N° 030-2013-CONS.H&H/CONT de 18/04/2013 dirigida al Alcalde, el demandante apeló esta decisión con diversos fundamentos.
50. Estudiadas las comunicaciones e informes antedichos, es claro que el contratista desde el 15/01/2013 hasta el 5/04/2013, durante 80 días, estuvo pidiendo a la entidad que consulte y eventualmente apruebe la modificación del expediente técnico en relación a la altura del techo y el parapeto de la obra.
51. La obra estaba paralizada tal como constó oportunamente en los asientos 53 y 54 del cuaderno de obra. Esto no ha sido controvertido.
52. Es claro también que la entidad demoró el mismo plazo en responder, haciendo imposible la continuación de la obra por su propia conducta. Mientras tanto, el contratista iba reiterando primero su consulta sobre la modificación del expediente técnico y luego sobre ampliaciones de plazo parciales, ya que cada vez que pedía una ampliación, no obtenía respuesta de la entidad, mientras los días transcurrían sin respuesta oportuna.
53. Los días siguieron pasando, hasta que la entidad concluyó mediante el informe 028-2013/GIUR/MPH-BCA/PJGC-CO que la consulta sobre variación de altura del techo era procedente y aquella sobre la eliminación del parapeto era improcedente.
54. Pero la entidad no aprobó la ampliación de plazo N° 3 por 80 días. Sostuvo en el informe 037-2013/GIUR/MPH-BCA/PJGC-CO que, como el plazo contractual había vencido el 14/02/2013, y el contratista había presentado el pedido de ampliación de plazo el 10/04/2013, el pedido estaba fuera del plazo de ejecución contractual, razón por la que no podía ser admitida. Justificó esta decisión en aplicación del artículo 201 del RLCE: "... Toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución de la obra, fuera del cual no se admitirá las solicitudes de ampliación de plazo".
55. Esta conducta de la entidad es de la mayor relevancia: el plazo de ejecución contractual venció sin que la entidad respondiera durante 80 días un pedido de revisión del expediente técnico, que por las circunstancias de hecho antes anotadas paralizó la ejecución de la obra.

56. El contratista fue diligente al ir advirtiendo esta situación. El contratista continuó haciéndolo progresivamente, no mediante una reiteración, sino en 6 comunicaciones distintas. Le pidió a la entidad pronunciarse sobre la modificación del expediente técnico, requisito esencial para continuar con la obra, pero la entidad guardó silencio por 80 días. Le pidió después aprobar plazos parciales en sus reiteradas comunicaciones, pero la entidad siguió guardando silencio.
57. El contratista, sin embargo, a pesar de tener una causa de paralización que no le era imputable, no activó el mecanismo legal para obtener ampliaciones de plazo parciales. Al no activar dicho mecanismo durante la vigencia del plazo contractual, a tenor de lo dispuesto en el artículo 201 del RLCE, perdió la posibilidad legal de obtener dicha ampliación y, con ello, también perdió la oportunidad legal de reclamar el pago de gastos generales como efecto de la modificación del plazo contractual, tal como lo dispone el artículo 202 del RLCE.

SEGUNDO: Determinar si corresponde o no el pago de mayores gastos generales generados por las ampliación de plazo. Monto que asciende a S/. 35,997.00 (treinta y cinco mil novecientos noventa y siete nuevos soles)

Posición del contratista

58. Por el tiempo paralizado el contratista incurre en gastos de personal, residente de obra, almacén, almacenero, guardián, oficina y otros gastos inevitables.
59. Los gastos se detallan en un cuadro presentado a fojas 8 de la demanda.
60. Según señala el Art. 202 de la RLCE, el principal efecto jurídico y económico de la ampliación de plazo es el otorgamiento del pago de mayores gastos generales, por lo que esto sería un derecho inherente al otorgamiento de la ampliación de plazo cuando la causal del mismo es atribuible a la Entidad.

Posición de la Entidad

61. Estos gastos deben estar debidamente invocados, el Contratista no ha cumplido a cabalidad toda vez que no ha presentado una valorización.

Posición del Árbitro Único

62. De acuerdo al razonamiento sobre el punto controvertido anterior, si el contratista no activó el procedimiento para pedir ampliaciones de plazo parciales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 201 del RLCE, perdió la oportunidad para reclamar el pago de mayores gastos generales, según lo dispuesto en el artículo 202 del RLCE.

TERCERO: Determinar si corresponde o no el pago de resarcimiento de daños de acuerdo al Art. 184º RLCE ascendente a la suma de S/. 2,561.27 (dos mil quinientos sesenta y uno con 27/100 nuevos soles)

Posición del contratista

63. Según la legislación de las contrataciones con el estado se establece el derecho al resarcimiento patrimonial en caso la entidad no cumpla con las condiciones para el inicio de la ejecución contractual dentro de los 15 días de la suscripción del contrato, esto señalado en el Art. 184 de la RLCE.
64. La Entidad al no cumplir con mantener a lo largo de la ejecución de la obra, la libre disponibilidad del terreno, incurría en la obligación de resarcimiento.
65. Lo expresado anteriormente se debe a que hubo una paralización provocada por los pobladores, además la no entrega del expediente técnico completo, demorando cerca de un año al aprobar el adicional de obra N° 01 y su deductivo vinculado el adicional deductivo vinculante 01 que contiene el Expediente Técnico corregido.

Posición de la Entidad

66. El contratista sugiere que por un hecho ajeno a la entidad se cumpla con un resarcimiento (el hecho es la paralización).
67. El contratista hace una interpretación errónea del Art. 184 del RLCE, en cuanto la entidad sí cumplió con entregar el terreno dentro del plazo señalado en el Art. Ello está acreditado en el acta de entrega del terreno de fecha 17 de octubre de 2012, 15 días después de la suscripción del contrato.

Posición del Árbitro Único

68. En el anexo 1-D de la demanda figura la copia del ACTA DE ENTREGA DE TERRENO, sobre la obra en cuestión, en el Centro Poblado El Alumbre, distrito de Bambamarca, provincia de Hualgayoc, Cajamarca. Su fecha es el 17/10/2012 e intervinieron y firmaron en señal de conformidad los señores Ing. Fernando Rafael Salazar Benel, coordinador de obra e inspector de obra e Ing. Warner Ochoa Zubiate, coordinador de obra, del lado de la Municipalidad de Hualgayoc, y los señores Henry Ariadne Mori Díaz, representante de consorcio H&H e Ing. Edgar James Vigo Cotos, residente de obra, del lado del contratista.

69. En el acta se lee lo siguiente:


Luego de realizar la constatación legal y estado actual del terreno, se puede distinguir que está a disponibilidad y de acuerdo con los planos del proyecto, en terreno donde actualmente se tiene un campo deportivo, debiendo indicarse que se deberá reubicar el tanque séptico y pozo percolador, no habiendo observación alguna, siendo las catorce dos de la tarde del mismo día se procede a la firma del acta de entrega de terreno, en señal de conformidad.

70. Así que la municipalidad entregó el terreno y el contratista lo recibió a conformidad, sin observaciones ni reparos. Habiendo cumplido la municipalidad con esta condición para el inicio de la ejecución contractual, no existe causa legal para que el contratista reclame el pago de daños y perjuicios bajo la estipulación del artículo 184 inciso 3 del RLCE.

71. Es importante además observar que la alegación del contratista respecto a que no dispuso del terreno en la medida en que la obra fue paralizada por acción de los pobladores de la localidad, no es responsabilidad de la entidad ni este hecho está descrito normativamente como riesgo atribuible a la entidad. Un hecho no imputable a la entidad ni al contratista como este es causa para la solicitud de una ampliación de plazo, como ya hemos analizado antes.
72. El demandante no ha probado que el expediente técnico no haya sido entregado completo al inicio de la ejecución contractual. Refiere en su demanda que el expediente devino incompleto por la demora de 80 días en la aprobación de las modificaciones sobre la altura del techo y el parapeto de la azotea. Pero como hemos analizado antes, la aprobación o no de la modificación del expediente técnico es un asunto reglamentariamente vinculado a la vía de la ampliación del plazo contractual, no del inicio del mismo.

CUARTO: Determinar si corresponde o no declarar la nulidad e invalidez de la penalidad por mora ascendente a la suma de S/. 59,503.03 (cincuenta y nueve mil quinientos tres con 03/100 nuevos soles) y como pretensión subordinada, ordenar la devolución de este monto.

Posición del contratista

73. En tres pagos de valorizaciones la Entidad aplicó al contratista deducciones denominándolas "otras cuentas por pagar", en la valorización Nº 04 pagada el 26/04/2013 dedujo S/. 20,000.00, en la valorización Nº 05 pagada el 20/05/2013 dedujo S/. 20,000.00 y en la valorización Nº 06 pagada en julio de 2013, dedujo S/. 19,503.06 sustentándolas en que han sido sancionados con la penalidad por atraso, llegando así al monto máximo de penalidad. Siendo el monto total de las deducciones S/. 59,503.03 (cincuenta y nueve mil quinientos tres con 03/100 nuevos soles).
74. Como el contratista encontró las deducciones sin explicación, solicitó que se reintegren los importes deducidos, obteniendo como respuesta verbal que eran descuentos por penalidad de atraso injustificado en la ejecución de la obra, argumento repetido en Resolución de Alcaldía Nº 1136-2014-A-MPH-BA de 14/10/14.
75. La entidad aplicó la penalidad sin comunicación previa alguna, vulnerando el derecho de defensa, vulnerando la garantía constitucional del debido proceso.
76. La entidad no siguió el procedimiento para aplicar la penalidad incurriendo en vicio de nulidad prevista en los numerales 1 y 2 del Art. 10º de la Ley 2744.
77. Siendo, además, que la penalidad es nula debido a que el atraso no fue injustificado.

Posición de la Entidad

78. La entidad ha cumplido con lo señalado en el Art. 165 del RLCE, aplicando la penalidad por la suma de S/. 59,503.03 (cincuenta y nueve mil quinientos tres con 03/100 nuevos soles) por el retraso injustificado.
79. El contratista no ha cumplido con el plazo contractual por causas ajenas a la entidad, la causal de la ampliación de plazo no es atribuible a la entidad, sino a los pobladores de la zona por lo que la penalidad impuesta es válida y eficaz.

Posición del Árbitro Único

80. El artículo 165 del RLCE señala:

En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente ... 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 ...

En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente ...

Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, la Entidad podrá resolver el contrato por incumplimiento... (subrayado nuestro).

81. Una forma sistemática de entender el retraso injustificado es la contenida en la opinión de OSCE Nº 005-2014/DTN: "... el retraso en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, será injustificado cuando no se haya solicitado la ampliación del plazo contractual o cuando habiéndose solicitado no haya sido aprobado..."
82. De acuerdo a la tercera disposición complementaria y final del RLCE los pronunciamientos de OSCE tienen validez y constituyen precedente administrativo de cumplimiento obligatorio. Así, vinculan a los tribunales administrativos sobre la materia, pero no son de aplicación vinculante en el mecanismo de solución de controversias mediante el arbitraje, previsto en la Ley de Contrataciones del Estado (LCE). Este mecanismo es desarrollado por árbitros independientes e imparciales, quienes no conforman tribunal administrativo alguno ni están sometidos, en consecuencia, al cumplimiento obligatorio de pronunciamientos como la opinión 005-2014 emitida por la dirección técnico normativa de OSCE.
83. Es relevante ahora recordar que fue la propia entidad la que no se pronunció oportunamente, pues no absolvió la consulta del contratista sobre la altura del techo de la obra en los 10 días previstos por el RLCE. Lo hizo a los 80 días, y esta conducta negligente fue la que impidió la continuación de la obra por causa no imputable al contratista.
84. El hecho reseñado antes rompió la equivalencia entre las prestaciones del contrato, esto es, pago del precio por la construcción de una obra en 90 días, por un lado, y por otro la imposibilidad que por 80 días sufrió el contratista por una paralización que generó una consulta irresuelta por la propia entidad. El retraso generado, no siendo imputable al contratista, hacía imposible que el contratista pudiera cumplir con sus obligaciones contractuales, pues la municipalidad no ose pronunció durante

- 80 días sobre si debía rebajarse la altura del techo del edificio o cómo debería adaptarse las condiciones del parapeto se la azotea. Y esta situación si dependió de la entera voluntad de la municipalidad, quien al no pronunciarse alentaba, en los hechos, la situación de paralización de la obra, hasta que venció el plazo contractual.
85. Cuando el plazo contractual venció, la municipalidad se animó a pronunciarse sobre la causa de la ampliación de plazo y determinó que era razonable y fundado modificar la altura del techo (no así las condiciones técnicas para la construcción del parapeto de la azotea).
86. Esta conducta de la municipalidad fue negligente y desproporcional. Negligente porque no cumplió con su obligación reglamentaria de resolver el pedido de ampliación en 10 días. Desproporcional porque se demoró no uno o dos días más, sino 70 días más, 7 veces más del plazo previsto reglamentariamente, lo que constituye una evidente desproporción.
87. También resulta desproporcionado que, a pesar que el contratista tenía fundamento para pedir la ampliación de plazo por la modificación de la altura del techo, hecho que reconoció la municipalidad, la entidad decide no aprobar la ampliación porque se presentó fuera del plazo de ejecución contractual, vencimiento al cual coadyuvó por su propia conducta negligente.
88. Encima, la municipalidad no sólo desaprueba la ampliación del plazo, sino que aplica penalidades, porque el contratista no cumplió con un plazo contractual que la municipalidad dejó correr negligentemente sin pronunciarse sobre el pedido reiterado del contratista.
89. Más allá de la lectura de la letra de las disposiciones reglamentarias, está una conducta de buena fe entre los sujetos de un contrato. Conducta equilibrada y proporcional para alcanzar el objeto contractual sin detrimento de ninguna de las partes. Estos principios no son sólo privativos del derecho civil sino que han sido recogidos por el derecho administrativo y en particular la LCE que aplica a esta controversia.
90. El artículo 4 de la LCE, recoge una serie de principios para que sirvan como "criterio interpretativo e integrador para la aplicación de la presente norma y su Reglamento y como parámetros para la actuación de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones". Entre ellos, en el inciso I señala el principio de equidad:
- Las prestaciones y los derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio a las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general.
91. La actuación de la municipalidad no fue equivalente ni proporcional para con el derecho del contratista de contar con una respuesta oportuna de la entidad.
92. Ante un ejercicio no equivalente ni proporcional de la entidad, el contratista no pidió oportunamente la ampliación del plazo a la que tenía derecho, perdiendo el derecho a reclamar el pago de mayores gastos generales como hemos argumentado antes.

93. Pero ya perdido este derecho y en situación de no equivalencia, no es jurídicamente tolerable que la entidad aplique una penalidad por retraso.
94. Gracias a la aplicación del principio de equivalencia, podemos interpretar que cuando el legislador sanciona al contratista que cae en retraso injustificado (artículo 165), lo hace para castigar al contratista que no pide una ampliación de plazo, o que pide una ampliación sin causa que es denegada. El propósito de la penalidad es sancionar un incumplimiento injustificado.
95. De acuerdo al principio de equivalencia, no puede sancionarse con penalidad ninguna al contratista que cumple con informar una paralización de obra por causa que no es atribuible, y que diligentemente hace la consulta para modificar el expediente técnico respecto a la altura del techo, una y varias veces después, sin obtener respuesta oportuna de la entidad.
96. El retraso generado, al ser la entidad quien lo provoca por su falta de respuesta, no puede ser causa para sancionar con penalidades al contratista. Eso no es racional, ni equivalente, ni proporcional. Por ello declararemos la invalidez de tales penalidades.

QUINTO: Determinar si corresponde o no la devolución al contratista del importe ascendente a la suma de s/. 9,076.74 (nueve mil setenta y seis con 74/100 nuevos soles) por concepto del impuesto general a las ventas que gravó por doble vez a la ilegal penalidad

Posición del contratista

97. La Entidad se cobró unilateralmente y arbitrariamente el máximo de la penalidad deduciendo importes parciales de las facturas emitidas por las valorizaciones 4, 5 y 6, generando que dicha penalidad se viera afectada con el IGV, a pesar de que la penalidad no está afecta al IGV.
98. El procedimiento para deducir la penalidad fue: Presentada la valorización para su pago, el Contratista adjuntó la factura correspondiente por el monto de las respectivas valorizaciones más el IGV dando como importe total la suma deducida; siendo esta forma la incorrecta de retener la penalidad ya que de esa manera la penalidad queda gravada por el IGV, a pesar de no considerarse como operación afecta a ese impuesto.
99. La Entidad no solo afectó aplicando una penalidad ilegal, sino, además de ello se dedujo sin previo aviso la penalidad de los importes facturados y no de los importes valorizados, ocasionando que el IGV afecte al Contratista en un exceso de S/. 9,076.74, que la Entidad debe devolver más los intereses generados.

Los cálculos efectuados por el contratista son los siguientes (citamos la página 14 de su demanda con las tablas anterior y posterior al párrafo 7.3 de la demanda):

VALORIZACIONES DE OBRA	PERIODO	VALORIZADO (A)	FACTURADO (B)	IGV FACTURADO C)	DETRACCIONES (D)=(B)*5%	RETENCION PENALID (E)	NETO CHEQUE (G)=B-C-D-E	FECHA DE PAGO
VALORIZACION 04	mar-13	S/. 56,247.96	S/. 56,247.96	S/. 8,580.20	S/. 2,812.40	S/. 20,000.00	S/. 33,435.56	abr-13
VALORIZACION 05	abr-13	S/. 65,566.42	S/. 65,566.42	S/. 10,001.66	S/. 3,278.32	S/. 20,000.00	S/. 42,288.10	may-13
VALORIZACION 06	may-13	S/. 42,670.63	S/. 42,670.63	S/. 6,509.08	S/. 2,133.53	S/. 19,503.06	S/. 21,034.04	jul-13
TOTALES		164,485.01	164,485.01	25,090.94	8,224.25	59,503.06	96,757.70	

Sin embargo esa forma de retener la penalidad es incorrecta porque de esa manera la penalidad también queda gravada por el IGV, a pesar de que la norma tributaria no la considera como operación afecta a ese impuesto.

- 7.3. Si LA ENTIDAD hubiera comunicado al CONTRATISTA que deduciría la penalidad del importe de la valorización, la factura hubiera sido emitida por restado la deducción del importe de la valorización (dejando a salvo el derecho de reclamar por la ilegalidad de la misma), y así el IGV hubiera gravado solo el valor de los metrados ejecutados, los gastos generales y la utilidad (que si son operaciones afectas); con lo cual el importe total del IGV hubiera sido S/. 16,014.20, como se aprecia en la siguiente Tabla:

VALORIZACIONES DE OBRA	PERIODO	VALORIZADO (A)	RETENCION PENALID (B)	FACTURA (C)=A-B	IGV (D)	DETRACCIONES (E)=C*5%
VALORIZACION 04	mar-13	S/. 56,247.96	S/. 20,000.00	S/. 36,247.96	S/. 5,529.35	S/. 1,812.40
VALORIZACION 05	abr-13	S/. 65,566.42	S/. 20,000.00	S/. 45,566.42	S/. 6,950.81	S/. 2,278.32
VALORIZACION 06	may-13	S/. 42,670.63	S/. 19,503.06	S/. 23,167.57	S/. 3,534.04	S/. 1,158.38
TOTALES		164,485.01	59,503.06	104,981.95	16,014.20	5,249.10

Posición de la Entidad

100. Al ser válida y eficaz la penalidad impuesta, la devolución que indica el Contratista carece de fundamento, debido a que las deducciones son válidamente aplicables por retraso injustificado.
101. Las deducciones fueron hechas conforme a ley.

Posición del Árbitro Único

102. El artículo 165 del RLCE señala que "...para efectos del cálculo de la penalidad se considerará el monto del contrato" por lo que la entidad debió calcular cada deducción de las valorizaciones sin incluir el IGV de las mismas.

103. Sin embargo, el contratista ha explicado (y la entidad no lo ha negado) que las penalidades incluyeron el pago de IGV, lo que no corresponde con lo ordenado en el artículo 156 reglamentario.

104. Por esta razón, ordenaremos la devolución del IGV indebidamente cobrado.

SEXTO: Determinar si corresponde o no aprobar la valorización Nº 01 del adicional de obras nº 02 y el pago de la misma ascendente a la suma de S/. 15,868.81 (quince mil ochocientos sesenta y ocho con 81/100 nuevos soles).

Posición del contratista

105. Mediante carta de 13/05/14 el Contratista presentó a la Entidad la valorización Nº 01 del adicional de Obra Nº 02, por un importe de S/. 15,868.81 nuevos soles.

106. La Entidad no cumplió con la obligación de pagar, pese a que el Inspector de Obra informó que la obra se encontraba completa al 100%.

107. La Entidad no formuló ninguna observación a la valorización Nº 01 del adicional de obra Nº 02, la misma que cuenta con requisitos de forma y fondo para su aprobación.

Posición de la Entidad

108. La RLCE señala que la valorización es la cuantificación económica de un avance físico en la ejecución de la obra, realizada en un periodo determinado.

109. En base a ello se entiende que la valorización será procedente en la medida que lo empleado corresponda a lo ejecutado, por lo que se requiere el contraste de la documentación de gasto con la obra física.

110. Las valorizaciones de obra tienen el carácter de pagos a cuenta y son elaboradas el último día de cada periodo previsto en el contrato o bases por el inspector o supervisor y el contratista.

111. El Art. 199º del RLCE señala que en caso de discrepancia sobre las valorizaciones se resolverán en la liquidación del contrato sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.

112. Señala que la ley establece que solo será posible iniciar un arbitraje si la valorización es igual o superior al 5% del contrato actualizado.

113. Al no superar el 5% el tribunal no puede pronunciarse sobre la aprobación de la valorización.

Posición del Árbitro Único

114. Según el segundo párrafo del artículo 199 del RLCE se puede iniciar un arbitraje si la valorización de la parte en discusión representa un monto igual o superior al 5%

del contrato actualizado. El monto original del contrato fue de S/. 595 030.60, por lo que, en principio, no podría iniciarse un arbitraje por valorización por un monto inferior a S/. 29 751.53.

115. Sin embargo, las pretensiones que sumadas ha presentado la demandante en este proceso exceden largamente los S/. 29 751.53. Por esta razón corresponde analizar el pedido de pago por la valorización 1 del adicional de obra 2.
116. Efectivamente, el contratista presentó dicha valorización con la carta Nº 0010-2014-CONS.H&H/CONT dirigida al inspector (citamos seguidamente imagen de la carta:

FECHA	: BAMBAMARCA 28 DE ABRIL DEL 2014.
<p>Es grato dirigirme a usted para expresarle mi cordial saludo, y al mismo tiempo hacerle de su conocimiento respecto al informe de la referencia, quien informa sobre los trabajos realizados por el contratista CONSORCIO H&H. al respecto debo manifestarle lo siguiente:</p> <p>Mediante la VALORIZACION DE OBRA ADICIONAL Nº 02, se informa que los trabajos realizados por el contratista durante el 01/04/2014 al 28/04/2014 que el avance físico en las diferentes partidas es del 100.00% S/. 15,868.81 (QUINCE MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y OCHO Y 81/100 NUEVOS SOLES). Con ello se tiene un avance físico acumulado de 100.00%</p> <p>Por lo que se solicita la cancelación del monto a pagar al contratista. Es todo cuanto informo a UD. Para elaborar la orden de servicio.</p> <p>ATENTAMENTE</p> <p> CONSORCIO H&H Henry A. Mori Diaz REPRESENTANTE COMUN</p>	

117. A esta carta que prueba la pretensión del demandante no ha formulado oposición, tacha ni argumento probatorio contrario la entidad.

118. La entidad no ha alegado ni presentado documento alguno conteniendo observación, reserva o discrepancia alguna sobre dicha valorización.
119. La cláusula décimo tercera del contrato sigue exactamente la redacción adoptada por el artículo 197 del RLCE en lo que al pago de valorizaciones y metrados se trata. En el párrafo seis se ordena que el plazo máximo para que la entidad cumpla con el pago es el último día del mes siguiente al de la valorización.
120. En el párrafo siguiente, el legislador ordena que una vencido ese plazo, "...el contratista tendrá derecho al reconocimiento de intereses legales..."
121. Por estas razones, ordenaremos el pago de la valorización Nº 1 del adicional de obra Nº 2 más el pago de intereses legales calculados desde el 1/06/2014 hasta la fecha efectiva de pago.

SÉTIMO: Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la resolución del contrato de obra y como consecuencia de ello declarar resuelto el contrato por causa atribuible a la Entidad al haber incumplido con las condiciones para ejecutar la obra en el plazo contractual y sus ampliaciones.

Posición del contratista

122. La Entidad resolvió el contrato mediante Resolución de Alcaldía Nº 1136-2014-A-MPH-BCA alegando que se ha llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora. En sus fundamentos señala que dicho monto máximo de penalidad fue alcanzado el 02/03/13, siendo para esta fecha, según el Contratista, imposible el atraso debido a la paralización.
123. Siendo la paralización comprobada desde el 15/01/13 al 04/04/13. La causal invocada es falsa, por lo que debería ser declarada nula.
124. Debido a todos los problemas ocasionados por la entidad y su negligencia, devienen en una resolución contractual por incumplimiento injustificado de las obligaciones de la entidad.

Posición de la Entidad

125. Respecto a la resolución efectuada por la entidad, la misma indica que el contratista ha incurrido en la causal de acumulación del monto máximo de la penalidad por mora, por lo que de acuerdo al Art. 169 del RLCE la entidad resolvió el Contrato.
126. Mediante informe Nº 141-2014-MUN.HUALG-BCA/SUBG.OBRAS-CORD-ING.HNB de 19/09/14, el Ing. Guillermo Carranza, se dirigió al sub gerente de ejecución de obra para que subsane las observaciones el 03/06/14, a la fecha no cumplió con subsanar por lo que se procedió a resolver el contrato.
127. Respecto al pedido del contratista de que el tribunal declare resuelto el contrato, la Entidad señala que los únicos capacitados para ello son las partes por lo que no puede el tribunal resolver el contrato.

Posición del Árbitro Único

128. El artículo primero de la Resolución de Alcaldía Nº 1136-2014-A-MPH-BCA que resuelve el contrato, lo hace estableciendo como único fundamento resolutivo "... la causal referida en el numeral 2 del Art. 168 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado... el mismo que refiere que la Entidad podrá resolver el contrato ... en los casos: 2) haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora..."
129. Recordando el razonamiento desarrollado sobre el cuarto punto controvertido, ya detallado páginas arriba, la entidad no tuvo razones válidas para imputar un retraso injustificado atribuible al contratista, ni para imponer penalidades por tal causa.
130. Habiendo ya argumentado las razones de nuestra posición, si declaramos que las penalidades aplicadas por la entidad son inválidas, y si ésta es la causa sobre la que se asienta la decisión de resolución contractual practicada por la entidad, declararemos la nulidad de esa decisión, al carecer de motivación.
131. Recuérdese que el acto administrativo es nulo, entre otras causales, cuando carece de motivación, de acuerdo a lo estipulado por el artículo 10 inciso 2 de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Tal artículo refiere que es nulo el acto que carece de una condición de validez, y de acuerdo al artículo 3 numeral 4 de la misma ley, una condición de validez es la motivación del acto, entendiendo que "El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico".
132. Dicho esto, el contratista pretende que la consecuencia de esta declaración de nulidad es que declaremos, a su vez, la resolución del contrato por incumplimientos atribuibles a la entidad. Esto no es jurídicamente posible, pues la potestad de resolver o no un contrato es de exclusiva competencia de las partes contractuales.
133. Así lo establece el artículo 167 del RLCE cuando se refiere a que tal potestad puede ser ejercida por "Cualquiera de las partes (que) puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre expresamente previsto en el contrato con sujeción a la Ley". La cláusula vigésima tercera del contrato sólo prevé la resolución contractual por causas atribuibles al contratista.
134. Sin embargo, el artículo 168 del RLCE habilita al contratista a solicitar y practicar la resolución del contrato en caso en que la entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, activando el procedimiento establecido en el artículo 169. El procedimiento especial para la resolución del contrato de obra está previsto en el artículo 209 del RLCE.
135. El contratista no activó dicho procedimiento oportunamente, sino que reclamó la resolución contractual practicada por la entidad, tal como hemos narrado en páginas precedentes.

OCTAVO: Determinar si corresponde o no la devolución de garantía de fiel cumplimiento, ascendente a la suma de S/. 59,503.06 (cincuenta y nueve mil quinientos tres con 06/100 nuevos soles).

Posición del contratista

136. En las valorizaciones Nº 01 y 02 la Entidad retuvo al contratista S/. 29,751.53 por concepto de garantía de fiel cumplimiento, haciendo un total de S/. 59,503.06 (cincuenta y nueve mil quinientos tres con 06/100 nuevos soles), al haberse ejecutado la obra en su 100% y siendo la finalidad específica de la garantía de fiel cumplimiento que el contratista cumpla con sus obligaciones contractuales, corresponde la devolución del monto citado.

Posición de la Entidad

137. Es obligación del contratista mantener las cartas hasta la conformidad de la recepción o hasta el consentimiento de la liquidación final, en caso de ejecución por lo que la carta debe mantenerse hasta la liquidación final.
138. Es necesario que se pruebe la existencia de una liquidación final consentida, figura que está siendo discutida en el presente arbitraje.

Posición del Árbitro

- 
139. Tal como indica el RLCE, la garantía de fiel cumplimiento debe mantenerse hasta la conformidad de la recepción de la prestación o hasta el consentimiento de la liquidación final de acuerdo al artículo 158.
 140. La liquidación final adquiere relevancia en el contexto de este caso, pues hemos declarado la nulidad de la resolución de alcaldía que resolvió el contrato de obra.
 141. En la Opinión Nº 104-2009/DTN se estableció que la liquidación final del contrato de obra "consiste en un proceso de cálculo técnico, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene por finalidad determinar, principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico que puede ser a favor o en contra del contratista o de la Entidad".
 142. La demandante ha planteado en este proceso las pretensiones vinculadas al saldo económico que entiende resultan a favor de ella. La entidad no ha propuesto pretensión reconvencional alguna. Por ello cada una de las pretensiones propuestas por la demandante equivalen a una liquidación de contrato, la misma que le fue imposible formular ante la municipalidad porque la entidad resolvió indebidamente el contrato, tal como ya lo hemos analizado arriba.
 143. El propósito del mantenimiento de la garantía, entregada como requisito indispensable para la suscripción contractual tal como lo dispone el artículo 158 del RLCE, es respaldar el fiel cumplimiento de las prestaciones contractuales.

144. En la medida en que la obra ya fue recibida por la municipalidad y ella no ha planteado pretensión reconvencional alguna, la garantía otorgada por el contratista ya ninguna obligación pendiente tiene que respaldar.

NOVENO: Determinar si corresponde o no el pago de la indemnización por la no generación de utilidades de capital ascendente a la suma de S/. 90,000.00 (noventa mil y 00/100 nuevos soles).

Posición del contratista

145. Durante la ejecución del contrato debe mantenerse la equivalencia entre las prestaciones de las partes, si tal equivalencia se rompe, la parte afectada tiene el derecho de exigir las medidas necesarias para restablecer el balance, es en tal caso que ante el incumplimiento de la entidad se originó una pérdida de S/. 90,000.00 (noventa mil y 00/100 nuevos soles) para el contratista.

Posición de la Entidad

146. El daño debe ser probado, y en los documentos presentados por el contratista no se evidencia ello.
147. El contratista señala que por supuestos negados e incumplimientos de la entidad se han generado daños, pero no acredita de qué manera se producen esos daños, siendo necesario tener en cuenta el Art. 1331 del Código Civil.

Posición del Árbitro

148. Como señala Felipe Osterling Parodi en "La indemnización de Daños y Perjuicios", para que proceda una indemnización de daños y perjuicios se requiere que concurren tres requisitos, a saber, i) la inejecución de la obligación, ii) el vínculo de causalidad entre el dolo o la culpa del deudor y el daño, y iii) el daño propiamente dicho.
- a) El deudor incumple la obligación o la cumple en forma parcial, tardía o defectuosa. Para ello debe demostrarse la existencia de la obligación y el incumplimiento.
 - b) Para que el daño sea imputable al deudor, se requiere un nexo causal entre la acción u omisión del deudor y la inejecución de la obligación y el consecuentemente daño.
 - c) El daño es todo detimento o perjuicio que sufre una persona por la inejecución de la obligación y debe ser cierto.
149. Para que exista un daño contractual indemnizable no es suficiente que se incumpla la obligación, es necesario además que tal incumplimiento produzca un daño al acreedor. La indemnización debe comprender todo lo necesario para poner al acreedor en la misma situación que se encontraría si la obligación hubiera sido cumplida, por lo que debe comprender tanto las pérdidas sufridas (daño emergente) como las ganancias frustradas (lucro cesante), ambas en el ámbito del daño patrimonial.

150. Sin embargo el daño debe estar debidamente argumentado y probado, situación que no se ha dado en el presente caso. el demandante se ha limitado a alegar, de acuerdo al párrafo 13.3 de su demanda, que los incumplimientos de la entidad le originaron una pérdida de más de S/. 90,000.00 rompiéndose el equilibrio del contrato, lo que le habilita a pedir indemnización.

151. No hay una sola mención a qué elementos, argumentos y medios probatorios respaldan la afirmación del perjuicio estimado en S/. 90,000.00. En la medida en que el demandante en este punto no ha acreditado lo que pide, declararemos infundada esta pretensión.

DÉCIMO: Determinar a quién le corresponde el pago de costas y costos del proceso arbitral y el pago de los intereses legales de todas las pretensiones anteriores.

Posición del contratista

152. Siendo evidente que la entidad incumplió reiteradamente con sus obligaciones es quien debe asumir el pago de las costas y costos del proceso. Teniéndose en cuenta que en el contrato no se pactó algo referente a ello.

Posición de la Entidad

153. De acuerdo a los argumentos expuestos no existe sustento lógico ni jurídico que ampare la demanda, por lo que se solicita que los pagos de los costos y costas del proceso sean pagados íntegramente por el contratista.

Posición del Árbitro

154. La secretaría de este proceso nos ha informado que:

- a. el 26/06/2015 el contratista cumplió con pagar los honorarios de la árbitro único en la suma de S/. 4,112.00.
- b. el 19/11/2015 el contratista cumplió con pagar los gastos administrativos de la Secretaría Arbitral en la suma de S/ 2,509.00.
- c. el 29/09/2015, el contratista canceló los honorarios del árbitro único y los gastos administrativos de la Secretaría Arbitral en subrogación de la Municipalidad en los montos de S/. 4,112.00 y S/ 2,509.00.
- d. El monto total pagado por el contratista fue: S/.13,242.00

155. Sobre este particular el artículo 73º de la Ley de Arbitraje establece que los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes si estima que el prorrateo es razonable teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

156. Atendiendo a que no existe pacto de las partes sobre las costas y costos y considerando el resultado de este arbitraje en el que en puridad no puede afirmarse que existe una "parte perdedora" ya que ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar habida cuenta que debían defender sus pretensiones en vía arbitral y que además el árbitro único considera, a efectos de regular el pago de tales

conceptos, el buen comportamiento procesal de las partes y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los gastos o costos que sufrió; esto es, que cada parte asume los gastos costos y costas que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente proceso como son los honorarios de los árbitros, de la secretaría arbitral, sus expertos, entre otros.

157. De acuerdo a lo establecido en el artículo 1324 del Código Civil, "Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija en Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora..."

Por todas las consideraciones anteriores, laudamos de la siguiente manera:

PRIMERO: Declaramos infundada la primera pretensión principal, en consecuencia no corresponde aprobar la ampliación de plazo Nº 03, por 80 días calendarios.

SEGUNDO: Declaramos infundada la segunda pretensión principal, en consecuencia no corresponde ordenar el pago de mayores gastos generales generados por la ampliación de plazo, monto que asciende a S/. 35,997.00 (treinta y cinco mil novecientos noventa y siete nuevos soles).

TERCERO: Declaramos infundada la tercera pretensión principal, en consecuencia no corresponde ordenar resarcimiento de daños de acuerdo al artículo 184º del RLCE ascendente a la suma de S/. 2,561.27 (dos mil quinientos sesenta y uno con 27/100 nuevos soles).

CUARTO: Declaramos fundada en parte la cuarta pretensión principal, en consecuencia declaramos la invalidez de la penalidad por mora ascendente a la suma de S/. 59,503.03 (cincuenta y nueve mil quinientos tres con 03/100 nuevos soles) impuesta por la Municipalidad Provincial de Hualgayoc. Ordenamos que esta Municipalidad devuelva dicho monto al Consorcio H&H. Debe además pagar intereses legales de la siguiente forma:

- En la penalidad aplicada sobre la valorización Nº 04, efectuada el 26/04/2013, pagará intereses legales sobre el monto de S/. 20,000.00, calculados desde ese momento hasta la fecha efectiva de pago,
- En la penalidad aplicada sobre la valorización Nº 05, efectuada el 20/05/2013, pagará intereses legales sobre el monto de S/. 20,000.00, calculados desde ese momento hasta la fecha efectiva de pago,
- En la penalidad aplicada sobre la valorización Nº 06 efectuada en julio de 2013, pagará intereses legales sobre el monto de S/. 19,503.06, calculados desde el último día del mes de julio de 2013 hasta la fecha efectiva de pago.

QUINTO: Declaramos fundada la quinta pretensión principal, en consecuencia ordenamos que la Municipalidad Provincial de Hualgayoc devuelva a Consorcio H&H la suma de S/. 9,076.74 (nueve mil setenta y seis con 74/100 nuevos soles) por concepto del impuesto general a las ventas que gravó por doble vez a la penalidad. Pagará intereses legales por tercios de la siguiente forma:

- En el IGV aplicado sobre la valorización Nº 04, efectuada el 26/04/2013, pagará intereses legales sobre el monto de S/. 3,025.58, calculados desde ese momento hasta la fecha efectiva de pago,

- En el IGV aplicado sobre la valorización Nº 05, efectuada el 20/05/2013, pagará intereses legales sobre el monto de S/. 3,025.58, calculados desde ese momento hasta la fecha efectiva de pago,
- En el IGV aplicado sobre la valorización Nº 06 efectuada en julio de 2013, pagará intereses legales sobre el monto de S/. 3,025.58, calculados desde el último día del mes de julio de 2013 hasta la fecha efectiva de pago.

SEXTO: Declaramos fundada la sexta pretensión principal, en consecuencia aprobamos la valorización Nº 01 del adicional de obras Nº 02 y ordenamos que la Municipalidad Provincial de Hualgayoc pague a Consorcio H&H la suma de S/. 15,868.81 (quince mil ochocientos sesenta y ocho con 81/100 nuevos soles). Pagará intereses legales sobre dicho monto desde el día 1/06/2014 hasta la fecha efectiva de pago.

SÉTIMO: Declaramos fundada la séptima pretensión principal, en consecuencia declaramos la nulidad de la resolución del contrato de obra practicada por la Municipalidad Provincial de Hualgayoc. Declaramos infundada la pretensión subordinada, en consecuencia no resolvemos el contrato por causa atribuible a la entidad.

OCTAVO: Declaramos fundada la octava pretensión principal, en consecuencia ordenamos que la Municipalidad Provincial de Hualgayoc devuelva a Consorcio H&H la garantía de fiel cumplimiento, ascendente a la suma de S/. 59,503.06 (cincuenta y nueve mil quinientos tres con 06/100 nuevos soles). La devolución debe ejecutarse de manera inmediatamente posterior a la notificación del laudo, fecha que se tomará en cuenta para el inicio de cálculo de intereses legales sobre el monto a devolver.

NOVENO: Declaramos infundada la novena pretensión principal, en consecuencia no corresponde pago de indemnización por la no generación de utilidades de capital ascendente a la suma de S/. 90,000.00 (noventa mil y 00/100 nuevos soles).

DÉCIMO: Declaramos fundada en parte la décima pretensión principal, cada parte asumirá en partes igual las costas y costos de este proceso arbitral. En consecuencia, la Municipalidad Provincial de Hualgayoc debe devolver al Consorcio H&H la suma de S/. 6,621.00 más intereses legales desde el día 29/09/2015 hasta la fecha de pago efectivo.



Ricardo Antonio León Pastor
Árbitro Único