

Alejandro Álvarez Pedroza

LAUDO ARBITRAL

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR EL
CONSORCIO IMPERIAL CONTRA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE KIMBIRI**

DEMANDANTE:

CONSORCIO IMPERIAL (En adelante, EL CONTRATISTA o EL DEMANDANTE)

DEMANDANDO:

**MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE KIMBIRI (En adelante, LA ENTIDAD o LA
DEMANDADA)**

ARBITRO ÚNICO:

ALEJANDRO ORLANDO ALVAREZ PEDROZA

SECRETARIA ARBITRAL:

Patricia Dueñas Liendo (OSCE)

IDIOMA DEL ARBITRAJE:

El idioma aplicable es el castellano

CLASE DE ARBITRAJE:

Arbitraje Institucional

RESOLUCIÓN N° 16

Lima, 04 de junio de 2018

I. INSTALACIÓN DE ÁRBITRO ÚNICO

Con fecha 15 de diciembre de 2014, se llevó a cabo el Acto de Instalación de Árbitro Único en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado- OSCE, con la concurrencia del Dr. Alejandro Orlando Álvarez Pedroza en calidad de Árbitro Único, el abogado Rider Ali Vera Moreno, en calidad de Secretario Arbitral de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, conjuntamente con el representante del Contratista. Dejándose constancia de la inasistencia del representante de la Entidad, pese a estar debidamente notificada.

II. NORMATIVIDAD APLICABLE AL PROCESO ARBITRAL

Según quedó establecido en el Acta de Instalación de Árbitro Único, el presente procedimiento se regirá por la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF. Asimismo, se regirá por el T.U.O. del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE, aprobado mediante Resolución N° 016-2004-CONSUCODE/PRE de fecha 15 de enero de 2004 (modificado mediante Resolución N° 172-2012-OSCE/PRE, de fecha 02 de julio de 2012) y la Directiva N° 007-2009-OSCE/CD sobre la Tabla de Gastos Arbitrales del SNA-OSCE (modificada mediante Resolución N° 160-2012-OSCE/PRE). En lo no regulado por el citado Reglamento, el presente procedimiento se regirá por el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que numera el Arbitraje.

III. POSTULACIÓN AL PROCESO ARBITRAL

DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR EL CONTRATISTA:

Mediante escrito presentado con fecha 04.06.2014, el Contratista presenta su escrito de Demanda Arbitral, conteniendo los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan sus pretensiones.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR LA ENTIDAD:

Mediante escrito presentado con fecha 24.09.2014, la Entidad presenta su escrito de Contestación de Demanda Arbitral, conteniendo los fundamentos de hecho y de hecho que sustentan su posición.

IV. AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS:

Que, en la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, llevada a cabo el 19.03.2015, el Árbitro Único, con la participación de las partes, determinó los siguientes puntos controvertidos:

FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

1. PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL (PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO)

Determinar si corresponde o no declarar fundada la Resolución del Contrato por culpa inexcusable de la Entidad.

2. SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL (SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO)

Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el pago de los gastos generales por paralizaciones durante el proceso de ejecución de obra, a causa de intensas lluvias en la zona.

3. TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL (TERCER PUNTO CONTROVERTIDO)

Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el pago de los gastos generales por paralizaciones durante el proceso de ejecución de obra, por falta de pago de valorizaciones.

4. CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL (CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO)

Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el pago de los gastos generales por paralizaciones durante el proceso de ejecución de obra, a causa de maniobras de los niveles administrativos al pretender resolver problemas de carácter societario.

5. QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL (QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO)

Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el pago de los gastos generales por ampliaciones de plazo durante el proceso de ejecución de obra.

6. SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL (SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO)

Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el pago de daños y perjuicios ocasionados.

7. SEPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL (SEPTIMA PUNTO CONTROVERTIDO)

Determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de las costas y costas del proceso.

ADMISIÓN DE PRUEBAS

De CONSORCIO IMPERIAL

Se admiten los medios probatorios ofrecidos, señalados en el acápite "VI. MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS", del numeral 1 al 19.

Exhibición: De acuerdo al medio probatorio 18) ofrecido, el Árbitro Único otorga a la Entidad plazo de diez (10) días hábiles para que presente copia del cuaderno de obra; mandato que la Entidad cumplió.

De MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE KIMBIRI

Que, se tendría por no presentado el escrito de contestación de demanda arbitral, por extemporáneo.

PRUEBAS DE OFICIO

En la indicada audiencia, el Árbitro Único de conformidad con lo establecido por el artículo 37º de la Ley de Arbitraje, actúa de oficio los medios probatorios documentales ofrecidos por la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE KIMBIRI, en su escrito de fecha 24 de setiembre de 2014, signados en el acápite 4. MEDIOS PROBATORIOS, literal a, del numeral 1 al 4, y el literal b, respecto peritaje.

PERICIA DE OFICIO

Atendiendo el peritaje de oficio ofrecido como probatorio ofrecido por la Entidad, el Árbitro Único otorga a las partes un plazo de diez (10) días hábiles, para que:

1. Precisen los alcances de esta pericia de oficio;
2. Para que cada una presente una terna de peritos.

V. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

Que, con fecha 24.04.2018, se lleva a cabo la Audiencia de Informes Orales, con la presencia del Árbitro Único, y la abogada Patricia C. Dueñas Liendo, en su

calidad de Secretaria Arbitral de la Dirección de Arbitraje del OSCE. Asimismo, se deja constancia de la inasistencia de la Entidad y del Contratista pese de haber intentado notificarle hasta en dos oportunidades.

Que, con Resolución Nº 14, el Árbitro Único prescinde de la realización de la Audiencia de Informes Orales, prosiguiendo con el proceso arbitral a pesar de la inactividad de las partes, dictándose el laudo sobre la base de lo actuado.

VI. CIERRE DE LA INSTRUCCIÓN Y PLAZO PARA LAUDAR

El Árbitro Único mediante el Acta de Informes Orales llevada a cabo el 24.04.2018, fijo el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles. Asimismo, mediante Resolución Nº 15 de fecha 15.05.2018, el Árbitro Único prorrogó el plazo para laudar en quince (15) días hábiles adicionales.

VII. VALORACIÓN, FUNDAMENTACIÓN Y DECISIÓN RESPECTO DE LAS PRETENSIONES

DECISIÓN RESPECTO DE CADA PUNTO CONTROVERTIDO

1. PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL (PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO)

Determinar si corresponde o no declarar fundada la Resolución del Contrato por culpa inexcusable de la Entidad.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA

1. Con fecha 08/05/2012, el Comité Especial adjudicó la Buena Pro al CONSORCIO que fue materia de la LICITACIÓN PÚBLICA Nº 003-2012-MDH/CE para la "ELABORACION DE EXPEDIENTE TECNICO Y EJECUCION DE LA OBRA: CONSTRUCCION DE TROCHA CARROZABLE MANKORIARI-IMPERIAL CORAZON DEL DISTRITO DE KIMBIRI- LA CONVENCION – CUSCO", cuyo monto contractual ascendió a S/. 2'463,387.88 (Dos millones cuatrocientos sesenta y tres mil trescientos ochenta y siete con 88/100 nuevos soles), incluido IGV., fijándose como plazo de ejecución 180 días calendarios, considerando treinta (30) días para la elaboración del Expediente y ciento cincuenta (150) días para la ejecución de la obra.
2. Con fecha 14/05/2012, se celebró el Contrato Nº 0792-2012-MDK-MG/LOGISTICA entre la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE KIMBIRI y el CONSORCIO IMPERIAL, que se hace referencia en el párrafo precedente, en virtud del cual la contratista inicia con la prestación de sus obligaciones contractuales.
3. Dentro del plazo, el CONSORCIO cumple con la elaboración del Expediente Técnico que fue aprobado por la entidad oportunamente.

4. Luego, que una vez aprobado el expediente técnico, procede con la ejecución de la obra en referencia, logrando un avance de aproximadamente del 80%, de lo que corresponde el pago efectuado, en base a las valorizaciones mensuales.

SOBRE PARALIZACIONES:

1. Desde el mes de noviembre de 2012, la ENTIDAD autoriza una paralización de la obra, debido a la presencia de intensas lluvias, siendo dicho periodo que se prolonga hasta el mes de mayo de 2013, tal como se acredita mediante Carta N° 135-2013-MDK-SGSELO/DAL-SG de fecha 14 de mayo del 2013 firmado por el Subgerente de Supervisión, Evaluación y Supervisión de la ENTIDAD.
2. La documentación, incluye registros en cuadernos de obra, donde se dan cuenta de las comunicaciones oficiales al respecto.
3. Asimismo, estas paralizaciones son considerados como parte de las ampliaciones de plazo que se autorizaron, tal como es corroborada mediante Carta Notarial que adjunta informes sobre ampliaciones y estado situacional de obra enviada por el Asesor legal de la ENTIDAD en la fecha 19 de agosto del 2013 y al respecto el CONSORCIO mediante Carta N° 024-2013-Consorcioimperial/LP2012-MDK2013 de fecha 26 de agosto del 2013, informa que no está incumpliendo con las obligaciones asumidas.

SOBRE AMPLIACIONES:

1. Considerando, que durante el proceso de ejecución de obra, se presentaron las causas que dio lugar a las paralizaciones y la necesidad de mayor plazo para cumplir con las metas establecidas según el cronograma de obra, por lo que EL CONSORCIO solicito cuatro ampliaciones de plazo, tal como se acredita con la Carta N° 010-2013-CONSORCIO IMPERIAL/LP-03-2012-MDK de las cuales tres no han sido resueltos y si una solicitud fue autorizada mediante Carta N° 088-2013-MDK/MPO. SO de fecha 24 de julio del 2013 la misma que fue materia de un recurso de apelación que al no haber sido resuelto dentro del plazo de Ley, y considérese aprobado la autorización de dicha ampliación de plazo que fue observada en su oportunidad.
2. Que habiendo dentro los trámites de las ampliaciones de plazo, EL CONSORCIO se formulado la Renuncia a los Gastos Generales, la misma que no fue acogido oportunamente por la ENTIDAD, al no haber emitido acto resolutivo al respecto, y, asimismo, tampoco ha sido admitidos esta mención de renuncia a los gastos generales, cuando fue dado la Resolución que autoriza la Ampliación N° 4, por lo que se consideran denegados.

Máxime, que la renuncia a los gastos generales formulados por el CONSORCIO no fueron expresamente autorizados por la ENTIDAD.

3. Que respecto a las cartas fianzas renovadas existe un informe que acredita su validez y asimismo que fueron admitidas por la ENTIDAD, por lo que proceden al pago de las valorizaciones respectivas.

SOBRE RESOLUCION DE CONTRATO:

1. Que, el consorcio mediante Carta Nº 001-2014-CONSORCIOIMPERIAL/LP-03-2012 de fecha 13 de enero del 2014, donde indica los incumplimientos que incurre la ENTIDAD, al devolvernos el expediente debidamente sustentado sobre solicitud de ampliación de plazo y continuación de la obra, asimismo, mediante acto administrativo unilateral proceden a reconocer a otro representante del CONSORCIO y no cumplen con autorizar las ampliaciones de plazo y admitir la renovación de la Garantía de fiel cumplimiento, lo que traduce en un hecho, que sustenta el procedimiento de resolución de contrato que se tramita oportunamente dentro del plazo de ley.

Que siendo de acuerdo ley, solicitamos se proceda con el levantamiento del acta de constatación física e inventario de la obra, acto que llevo a cabo el día 22 de enero del 2014, y que al respecto pido al tribunal que se ordene la exhibición de dicha acta de constatación, para acreditar el cumplimiento de mis obligaciones contractuales.

2. Ante lo cual, LA ENTIDAD a la vez, procede con resolverse el contrato mediante Carta Notarial de fecha 16 de enero del 2014, sin sustento debido, si a esa fecha EL CONSORCIO había cumplido con las obligaciones de ejecución de la obra en referencia, bajo el sustento de incumplimiento de los plazos, pero si aún está pendiente de resolución mediante acto administrativo válido sobre las ampliaciones de plazo y paralizaciones de obra solicitado por el CONSORCIO, siendo este el estado, ello no puede ser oportuno para que procedan con resolver el contrato que celebramos.

SOBRE EL PAGO DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS:

Se ordene el pago de la indemnización por daños y perjuicios por el monto de S/. 500,000.00 (QUINIENTOS MIL Y 00/100 NUEVOS SOLES) debido al manejo impropio de las relaciones contractuales con mi representada, que permanente y sistemáticamente han intentado perjudicar, pretendiendo usurpar funciones jurisdiccionales al irrogarse funciones propias del poder judicial en cuanto a los problemas de carácter societario con mis

ocasionales consorciados, la misma que será materia de una valorización pericial y que será presentada al tribunal.

MEDIOS PROBATORIOS y ANEXOS:

Ofrecemos lo siguiente:

1. Copia del contrato del consorcio "Imperial"
2. Copia de DNI del representante del CONSORCIO
3. Copia del Contrato de Elaboración del Expediente Técnico y Ejecución de Obra Nº 0792-2012-MDK-GM/LOGISTICA "CONSTRUCCION DE TROCHA CARROZABLE MANKORIARI- IMPERIAL CORAZON DEL DISTRITO DE KIMBIRI- LA CONVENCION- CUSCO"
4. Copia de Carta Nº 010-2013 CONSORCIOIMPERIAL/LP-03-2012-MDK sobre Solicitud de Ampliación de Plazo
5. Copia de Nº 135-2013-MDK-SGSELO/DAL-SG sobre reinicio de obra
6. Copia de Informe Nº 088-2013-MDK/MPO-SO sobre solicitud de Ampliación de Plazo Nº 04 y Ratificación sobre anteriores ampliaciones de plazo.
7. Copia de Carta Nº 024-2013-CONSORCIOIMPERIAL/LP-03-2012 sobre requerimiento para cumplimiento a las solicitudes de ampliación de plazo
8. Copia de escrito sobre Impugnación contra Resolución de gerencia municipal Nº 246-2013-MDK/GM
9. Copia de Carta Nº 026-2013-CONSORCIOIMPERIAL/LP-03.2012 sobre solicitud de paralización de obra y renovación de garantía
10. Copia de Carta Nº 0147-2013-MDK/GM sobre que desestima petitorio de paralización de obra y renovación de garantía
11. Copia de Carta 001-2014-CONSORCIOIMPERIAL/LP-03-2012 sobre precisiones a desestimación de pedido y resolución de contrato por incumplimiento imputable a la entidad, previo requerimiento realizado por el CONSORCIO
12. Copia de la Carta Notarial de fecha 16 de enero del 2014 que adjunta resolución Municipal Nº 020-2014-MDK/GM que resuelve contrato por presunta acumulación de penalidad máxima
13. Copia de Carta 002-2014-CONSORCIOIMPERIAL/LP-03-2012, sobre modificación de fecha de acta de constatación
14. Copia de Carta 03-2014-CONSORCIOIMPERIAL/LP-03-2012 sobre Requerimiento a Juez de Paz para levantar Acta de Constatación.
15. Copia de Carta 004-2014-CONSORCIOIMPERIAL/LP-03-2012 sobre asistencia a acta de constatación, convocada por la ENTIDAD
16. Copia de Solicitud de Conciliación
17. Copia de solicitud de Arbitraje

18. Solicito al Tribunal para que se oficie a la ENTIDAD, para que exhiba el cuaderno de obra, donde debe acreditarse los sustentos y anotaciones sobre paralizaciones y pedidos sobre ampliaciones de plazo
19. Copia de denegatoria de la Municipalidad Distrital de Kimbiri de proceso de arbitraje institucional

POSICION DE LA ENTIDAD

PRIMERO.- Como antecedente se tiene que la Municipalidad Distrital de Kimbiri y el CONSORCIO IMPERIAL, han celebrado el Contrato de Elaboración de Expediente Técnico y Ejecución de Obra (**contrato Nº 0792-2012-MDK-GM/LOGISTICA**), de fecha 29 de mayo del 2012, para elaboración del Expediente Técnico y Ejecución de Obra, bajo el sistema de suma alzada de la Obra **“Construcción de Trocha Carrozable Mankoriari- Imperial Corazón del Distrito de Kimbiri- La Convención- Cusco”**, el cual deriva de la licitación pública Nº 03-2012-MDK/CE, por un monto que asciende a la suma de S/. 2'463,387.88 (DOS MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SIETE CON 88/100 NUEVOS SOLES).

SEGUNDO.- Se tiene que el CONSORCIO IMPERIAL como primer peticionario de la demanda, solicita se declare fundado la resolución del Contrato por culpa inexcusable de la Municipalidad Distrital de Kimbiri, dicho peticionario lo fundamenta en el numeral 3.4) de los fundamentos de hecho de la demanda arbitral, en ello señala que ante la entidad ha presentado solicitud de ampliación de plazo y continuación de la obra el cual le ha sido devuelto lo que significa a decir e demandante, incumplimiento del contrato por parte de la entidad, además señala que no se le ha admitido el trámite de renovación de la garantía de fiel cumplimiento; hechos, por los que según refiere oportunamente ha solicitado la Resolución del Contrato.

Así mismo, señala que la entidad le da por resuelto el contrato (contrato Nº 0792-2012-MDK-GM/LOGISTICA) mediante Carta Notarial de fecha 16 de enero del 2014, bajo el sustento de incumplimiento de plazos, estando aún pendiente la emisión de acto administrativo referente a las solicitudes de ampliación de plazo y paralizaciones de obra. Solicitando además que se exhiba el Acta de Constatación física e inventario de la obra, del 22 de enero del 2014, con lo que el CONSORCIO IMPERIAL estaría acreditando el cumplimiento de sus obligaciones contractuales (en este punto cabe preguntarse si el consorcio imperial tenía por cumplido las obligaciones contractuales por qué y para qué ha solicitado ampliaciones de plazo, ya que el solo hecho de pedir ampliaciones de plazo significaría que existe un trabajo inconcluso).

Estando el primer peticionario de la demanda arbitral (Se declare la RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR CULPA INEXCUSABLE DE LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL

DE KIMBIRI: cabe señalar que a falta de definición en el Texto Único ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje (Resolución N° 016-2004-CONSUCODE-PRE) y la Ley de Contrataciones del Estado, acerca de lo que se deben entender por dolo, negligencia grave y culpa inexcusable, en aplicación extensiva corresponde remitirnos al Código Civil, que en los artículos 1318º y 1319º señala que procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación e incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación. Asimismo, el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual G. Cabanellas indica que la negligencia es la omisión de la diligencia o cuidado que debe ponerse en los negocios, en las relaciones con las personas, en el manejo o custodia de las cosas y el cumplimiento de los deberes y misiones, mientras que la culpa inexcusable la define como aquella gravedad excepcional que deriva de un acto o de una omisión voluntaria, de la conciencia del peligro que debía tener su autor, de la ausencia de toda causa justificativa, presupuesto que no han sido probados ni demostrados por el consorcio demandante, ya que no existe prueba alguna que demuestre que la entidad municipalidad haya actuado con negligencia deliberadamente e incurrido en culpa inexcusable.

Es de entenderse, que actúa con dolo quien con conciencia, voluntad e intención deja de cumplir las obligaciones contenidas en el contrato, mientras que actúa con negligencia grave quien omite el cumplimiento de las obligaciones debido a un comportamiento carente de toda diligencia sin que exista justificación alguna. La culpa exige en el obligado una falta de diligencia, de aquella diligencia a la cual se comprometió a cumplir y no la realizó. Esta falta de diligencia constituye modernamente una violación o contravención al derecho. El artículo 1319º Código Civil define como culpa inexcusable (que coincide con el concepto de culpa grave) a la negligencia grave. Tal es así que incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta una obligación; por lo tanto, es considerada una falta muy grave, como el hecho de producir un mal o daño a una persona.

De lo advertido y pruebas presentadas por el demandante se tiene una Carta Solicitud de ampliación (obsérvese el anexo 04 de la demanda), mediante Carta N° 010-2013-CONSORCIO IMPERIAL/LP-03-2012-MDK, de fecha 09 de abril del 2012, solicitando la ampliación de plazo N° 01 por 30 días calendario, e invoca las causales 1) y 3) del Art. 200 de la Ley de Contrataciones, empero no justifica ni acompaña pruebas idóneas sobre la misma, muy a pesar de ello se le otorga la ampliación de plazo, hasta en 03 oportunidades (a fin de probar lo dicho la Municipalidad ofrece en calidad de prueba el informe N° 1095-2013-MDK-SGSELO/DAL-SG, de fecha 16 de agosto del 2013, que se anexa en calidad de medio probatorio), pese a las 03 ampliaciones de plazo el CONSORCIO IMPERIAL ha solicitado una 04 ampliación de plazo, las mismas que no han sido adecuadamente sustentadas, verificadas, ni corroboradas con medios probatorios idóneos (dicha carta no contiene anexos ni pruebas que lo

sustenten, tal es así que se podría llamar como una solicitud simple en el cual no existe el registro de cuaderno de obras ni las fotos que hace mención), ello demuestra que el contratista no ha cumplido con la ejecución adecuada de la obra y para justificar su trabajo negligente no han encontrado mejor camino que presentar cuantas veces quiera las solicitudes de ampliaciones de plazo; de otra parte manifiesta que se le ha denegado la renovación de la garantía de fiel cumplimiento, frente a ello se debe precisar que las garantías de fiel cumplimiento presentadas con el tenor de renovación, ha sido emitido por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Soluciones LTDA, entidad no autorizada no autorizada ni supervisada por la SBS, por lo que habría sido objeto de desatención en salvaguarda de los intereses de la municipalidad, y no como señala el demandante que la municipalidad mediante culpa inexcusable haya incumplido con las obligaciones contraídas, en suma este petitorio que debe ser desestimado por no estar debidamente acreditado la causal invocada por el CONSORCIO IMPERIAL.

MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS

A.- DOCUMENTOS

1. Copia Fedatada del Informe Nro. 1095-2013-MDK-SGSELO/DAL-SG, de fecha 16 de agosto del 2013.
2. Copia Fedatada del Oficio Nro. 002-2013-T.G.C.I.M.-K, de fecha 12 de agosto del 2013
3. Copia Feedatada del Comprobante de Pago Nro. 8899, del 04-09-2013, de pago por valorización Nro. 06 de la obra; y, Copia Fedatada del Comprobante de Pago Nro. 600, del 01-02-2013, de pago por valorización Nro. 05 de la obra.
4. Copia Fedatada del INFORME Nro. 0864-2013-MDK/SESELO/DAL-SG, de fecha 12 de agosto del 2013.
5. Copia Fedatada del Informe Nro. 0105-2013-MDK/MPO-SO, de fecha 08 de agosto del 2013.
6. Copia Fedatada de la Resolución de Gerencia Municipal NRO. 020-2014-MDK/GM, de fecha 15 de enero del 2014, por Causal de la acumulación de máxima de penalidades, por parte de la empresa contratista CONSORCIO IMPERIAL, equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato.
7. Copia Fedatada de la Opinión Legal N° 002-2014-MDK/OAJ
8. Copia Fedatada de a Resolución de Gerencia Municipal N° 025-2014-MDK/GM
9. Copia Fedatada de la Carta Notarial de fecha 15 de enero del 2014.
10. Copia Fedatada de la Carta Notarial de fecha 16 de enero del 2014.
11. Copia de la CARTA Fianza Nro. 000-09-251112, por la suma de s/. 246,338.79 nuevos soles, sobre fiel cumplimiento otorgado por

- SOLUCIONES Cooperativa de Ahorro y Crédito LTDA, de fecha lima 25 de noviembre del 2012; y Copia Fedatada del Informe Nº 071-2014-MDK-DAF-UT/PHB-J, de fecha 13 de junio del 2014
12. Copia Fedatada del Informe Nro. 1679-2013-MDK-SGSELO/DAL-SG, de fecha 06 de diciembre del 2013
 13. Copia Fedatada del informe Nro. 128-2013-MDK/MPO-SO, de fecha 14 de octubre del 2013
 14. Copia Fedatada de la Opinión Legal Nro. 149-2013-MDK/OAJ, de fecha 10 de octubre del 2013
 15. Copia Fedatada del informe Nro. 016-2013-MDK/OAJ-JYR, de fecha 16 de agosto del 2013
 16. Copia Fedatada de la Carta Notarial s/n, de fecha 19 de agosto del 2013, remitida a Rubén Darío Estrada Pérez
 17. Copia Fedatada de la Opinión Legal Nro. 106-2013-MDK/OAJ, de fecha 15 de julio del 2013
 18. Copia Fedatada de la Opinión Legal Nº 120-2013-MDK/OAJ, de fecha 07 de agosto del 2013
 19. Copia Fedatada de la Opinión Nº 0116- 2013-MDK/OAJ, de fecha 05 de agosto del 2013
 20. Copia Fedatada de la Carta Nº 0147-2013-MDK/GM, de fecha 17 de diciembre del 2013
 21. Copia Fedatada de la Cedula de Notificación Nro. 343-2014, con fecha de emisión 15 de abril del 2014
 22. Copia de la Disposición de Apertura de Investigación preliminar Nº 01-2014-MP-FN-02DFPCEDCF-AYA, formulado en la Carpeta Fiscal Nro. 96-2014, de fecha 04 de abril del 2014, seguida ante el Segundo Despacho de la Fiscalía Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Fiscal de Ayacucho.
 23. Copia Fedateada del Contrato Nº 00792-2012-MDK-GM/LOGISTICA, sobre elaboración del Expediente Técnico y Ejecución de Obra, bajo el sistema a suma alzada de la Obra: "Construcción de Trocha Carrozable Mankoriari- Imperial Corazón del Distrito de Kimbiri- La Convención- Cusco", el cual deriva de la licitación pública Nº 03-2012-MDK/CE.

B.- EXHIBICIÓN.

Ofrezco como medio probatorio la exhibición que debe efectuar el demandante CONSORCIO IMPERIAL de los documentos siguientes:

1. EL LIBRO DE PLANILLA autorizada por la autoridad administrativa de trabajo competente para efectos del pago de la primera valorización del avance físico de la obra.
2. El libro planilla correspondiente a los pagos desde la segunda valorización del avance físico de la obra, según al número los

comprobantes de pago otorgados a favor del consorcio imperial, teniendo en cuenta que se tiene en la entidad hasta el 6 y 7 valorización de avance físico de la obra, según consta en los CP'S existentes.

3. Los comprobantes del cumplimiento de las obligaciones al seguro social (ESSALUD), y los comprobantes de pago de CONAFVICER y CENCICO.

POSICION DEL ÁRBITRO ÚNICO

A. Normativas aplicables a la solución de la controversia

a.1 Ley de Contrataciones del Estado

Artículo 40.- Cláusulas Obligatorias en los contratos

Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

(...)

c) Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento".

Artículo 44.- Resolución de los contratos

Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.

Cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

(...)"

a.2 Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

Artículo 167.- Resolución de Contrato

Cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a la Ley.

Por igual motivo, se puede resolver el contrato en forma parcial, dependiendo de los alcances del incumplimiento, de la naturaleza de las prestaciones, o de algún otro factor relevante, siempre y cuando sea posible sin afectar el contrato en su conjunto.

Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que el contratista:

1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.
2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o
3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169.

Artículo 169.- Procedimiento de resolución de Contrato

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento. De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Supremo N° 138-2012-EF, publicado el 07 agosto 2012, que entró en vigencia a partir del trigésimo día hábil siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 169.- Procedimiento de resolución de Contrato

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada podrá resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. En el caso de las contrataciones efectuadas a través de la modalidad de Convenio Marco, las comunicaciones antes indicadas se deberán realizar a través del SEACE. La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento. De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento."

Artículo 170.- Efectos de la resolución

Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados. Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (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 del contrato ha quedado consentida.

B. Alcances de la pretensión.

Determinar si corresponde o no declarar fundada la Resolución del Contrato por culpa inexcusable de la Entidad.

- El Contratista solicita que el Arbitro declare fundado la Resolución del Contrato por culpa inexcusable de la Municipalidad Distrital de Kimbiri.
- La Municipalidad Distrital de Kimbiri al contestar la demanda propone que el Arbitro desestime la pretensión debido a que no está acreditada la causal invocada por el CONSORCIO IMPERIAL

C. Apreciación, interpretación y decisión del Árbitro con sujeción a la posición de las partes, las pruebas actuadas y la normativa aplicable al caso.

- **De la Forma seguida por el Contratista para resolver el contrato:** De acuerdo con el literal c) del artículo 40 de la Ley de Contrataciones del Estado, ambas partes tienen igual derecho para resolver el contrato por

incumplimiento de obligaciones; es decir, la Entidad como el Contratista deben sujetar su decisión de resolver el contrato a la forma y al fondo establecido por la normativa:

Artículo 40.- Cláusulas obligatorias en los contratos

Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

(...)

c) Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento.

Se entiende que tanto la Entidad como el Contratista, en caso de incumplimiento de las obligaciones de la otra parte, debe previamente requerir a través de carta notarial el cumplimiento de las mismas bajo apercibimiento de resolver el contrato, quedando resuelto de pleno derecho el contrato a partir de la recepción de la comunicación de la segunda carta notarial en caso no se haya subsanado la observación.

El Artículo 169 del Reglamento de la Ley regula el procedimiento señalando que “si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a quince (15) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Asimismo, la misma normativa establece que, “el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad que parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento”. “De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento”.

Como puede advertirse la Ley y el Reglamento le otorgan calidad protocolar al procedimiento que las partes deben seguir para resolver un contrato por incumplimiento de obligaciones. En este sentido, veamos el procedimiento seguido por el contratista sobre el que sustenta la resolución del contrato por culpa inexcusable de la Entidad.

- El Contratista con su demanda señala que, mediante Carta N° 001-2014-CONSORCIOIMPERIAL/LP-03-2012 de fecha 13 de enero del 2014, puntualiza “los incumplimientos que incurre la ENTIDAD, al devolvernos el expediente debidamente sustentado sobre solicitud de ampliación de plazo y continuación de la obra, asimismo, mediante acto administrativo unilateral proceden a reconocer a otro representante del CONSORCIO y no cumplen

con autorizar las ampliaciones de plazo y admitir la renovación de la Garantía de fiel cumplimiento, lo que traduce en un hecho, que sustenta el procedimiento de resolución de contrato que se tramita oportunamente dentro del plazo de ley". En efecto al revisar los medios probatorios ofrecidos y actuados advertimos que su pretensión está sustentada en la "Copia de Carta 001-2014-CONSORCIOIMPERIAL/LP-03-2012 sobre precisiones a desestimación de pedido y resolución de contrato por incumplimiento imputable a la entidad, previo requerimiento realizado por el CONSORCIO".

- La indicada Carta señala textualmente, en parte, lo siguiente:

"Al devolverme el expediente presentado y comunicarme formalmente que han decidido DESESTIMAR PROCEDER CON LA ATENCION de mi pedido, prácticamente descartan continuar con la ejecución de la Obra; situación que me obliga a determinar y comunicarles con la formalidad del caso la RESOLUCION DEL CONTRATO DE EJECUCION DEOBRA POR CAUSA ATRIBUIBLE A LA ENTIDAD, de conformidad con lo establecido en el artículo 209 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado D.S. N° 184-2008-EF; por lo que, en cumplimiento delo prescrito por el citado artículo, estamos fijando para el próximo 13 de los corrientes a horas 08.30 am, en la progresiva 2-300 del tramo de la obra, paraje a efectos de practicar la CONSTATACION FISICA E INVENTARIO en presencia del JUEZ DE PAZ de la localidad".

El contratista invoca el artículo 209 del Reglamento, normativa que regula los efectos de la Resolución del Contrato y en parte la forma que debe contener la resolución del contrato de obra. Sin embargo, no se verifica los siguientes requisitos:

- Carta Notarial de Requerimiento o Intimación con el apercibimiento correspondiente.
- Carta Notarial con la decisión de resolver el contrato.
- Estando a lo señalado la pretensión de que el árbitro considere resuelto el contrato por culpa inexcusable de la Entidad no se encuentra sustentada con las actuaciones formales a que se contraen el literal c) del artículo 40 de la Ley y el artículo 169 de la Ley de Contrataciones del Estado, situación que releva al árbitro al análisis de fondo.
- En este sentido, de acuerdo con la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento la presente pretensión debe ser declarada improcedente.

2. SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL (SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO)

Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el pago de los gastos generales por paralizaciones durante el proceso de ejecución de obra, a causa de intensas lluvias en la zona.

POSICION DEL CONTRATISTA

Desde el mes de noviembre de 2012, la ENTIDAD autoriza una paralización de la obra, debido a la presencia de intensas lluvias, siendo dicho periodo que se prolonga hasta el mes de mayo de 2013, tal como se acredita mediante Carta N° 135-2013-MDK-SGSELO/DAL-SG de fecha 14 de mayo del 2013 firmado por el Subgerente de Supervisión, Evaluación y Supervisión de la ENTIDAD.

La documentación, incluye registros en cuadernos de obra, donde se dan cuenta de las comunicaciones oficiales al respecto.

Asimismo, estas paralizaciones son considerados como parte de las ampliaciones de plazo que se autorizaron, tal como es corroborada mediante Carta Notarial que adjunta informes sobre ampliaciones y estado situacional de obra enviada por el Asesor legal de la ENTIDAD en la fecha 19 de agosto del 2013 y al respecto el CONSORCIO mediante Carta N° 024-2013-Consorcioimperial/LP2012-MDK2013 de fecha 26 de agosto del 2013, informa que no está incumpliendo con las obligaciones asumidas.

Considerando, que durante el proceso de ejecución de obra, se presentaron las causas que dio lugar a las paralizaciones y la necesidad de mayor plazo para cumplir con las metas establecidas según el cronograma de obra, por lo que EL CONSORCIO solicitó cuatro ampliaciones de plazo, tal como se acredita con la Carta N° 010-2013-CONSORCIO IMPERIAL/LP-03-2012-MDK de las cuales tres no han sido resueltos y si una solicitud fue autorizada mediante Carta N° 088-2013-MDK/MPO. SO de fecha 24 de julio del 2013 la misma que fue materia de un recurso de apelación que al no haber sido resuelto dentro del plazo de Ley, y considérese aprobado la autorización de dicha ampliación de plazo que fue observada en su oportunidad.

Que habiendo dentro los trámites de las ampliaciones de plazo, EL CONSORCIO se formuló la Renuncia a los Gastos Generales, la misma que no fue acogido oportunamente por la ENTIDAD, al no haber emitido acto resolutivo al respecto, y, asimismo, tampoco ha sido admitidos esta mención de renuncia a los gastos generales, cuando fue dado la Resolución que autoriza la Ampliación N° 4, por lo que se consideran denegados. Máxime, que la renuncia a los gastos generales formulados por el CONSORCIO no fueron expresamente autorizados por la ENTIDAD.

Que respecto a las cartas fianzas renovadas existe un informe que acredita su validez y asimismo que fueron admitidas por la ENTIDAD, por lo que proceden al pago de las valorizaciones respectivas.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

TERCERO.- Sobre el petitorio de PAGO DE GASTOS GENERALES POR PARALIZACIONES DURANTE EL PROCESO DE EJECUCIÓN DE LA OBRA,

contenido en los numerales 2), 3) y 4) del petitorio de la demanda, referente a pago de gastos generales por: paralizaciones a causa de intensas lluvias de la zona por paralizaciones a falta de pago de valorizaciones y paralizaciones a causa de maniobras de los niveles administrativos al pretender resolver problemas de carácter societario. Obsérvese que las 03 pretensiones de pago de Gastos Generales, se sustentan en "PARALIZACIONES D ELA OBRA", así mismo se tiene que el núcleo central de la presente demanda arbitral viene a ser nada menos que el pago de gastos generales por paralizaciones de obra, ello significa que este concepto merezca un detenido estudio, conforme se tiene de las diversas opiniones de la Dirección Técnico Normativa del OSCE, entre ellos OPINIÓN Nº 012-2014/DTN, OPINION Nº 017-2014/DTN y otras

A modo de premisa, se tiene que Una "paralización" de obra se define como la detención de la ejecución de todas las actividades y/o partidas que forman parte de la misma, no siendo posible que el contratista valorice los mayores gastos generales incurridos en este período; en cambio, en un "atraso" el contratista continúa ejecutando actividades y/o partidas de la obra pero a un ritmo menor al establecido en el calendario de avance de obra pudiendo producirse, incluso, la paralización de alguna actividad y/o partida, por lo que se continúa valorizando los trabajos que correspondan, incluyéndose los gastos generales correspondiente al periodo de atraso.

3.a) En relación a la exigencia de pago de Gastos generales por paralizaciones a causa de intensas lluvias de la zona contenido el petitorio Nº 2) de la demanda, se tiene que de los anexos y documentales acompañados a la demanda en copia simple y ofrecidas por el demandante (CONSORCIO IMPERIAL) no se encuentran corroboradas ni debidamente acreditadas los hechos y circunstancias que sustentan las paralizaciones a causa de intensas lluvias de la zona, para lo cual por lo menos debió presentar documentos otorgados por autoridad competente sobre el estado del tiempo y la calamidad producida mediante paralización de trabajos e imposibilidad de cumplir servicios en el VRAEM, no existe informe del SENAMI o una entidad especializada sobre el particular, por lo que este extremo de la demanda debe ser desestimado y declarado infundada.

Para la pretensión de pago de gastos generales por paralizaciones, es importante señalar que el numeral 41.6 del artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado, reconoce el derecho del contratista a solicitar la ampliación del plazo pactado cuando se verifican situaciones ajenas a su voluntad que determinan atrasos y/o paralizaciones, debidamente comprobados y que modifiquen el cronograma contractual (presupuestos que no han sido invocados ni probados por el demandante). Asimismo, el *artículo 200 del Reglamento* precisa las causales específicas que, de verificarse, autorizan al contratista a solicitar la ampliación del plazo en los contratos de obra,

observándose que estas también se originan por atrasos y/o paralizaciones originados por causas ajenas a su voluntad, con la finalidad de equilibrar o mantener las condiciones inicialmente pactadas.

Queda claro, que sólo cuando la ampliación de plazo sea generada por la paralización total de la obra por causas ajenas a la voluntad del contratista, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según sea el caso" (El resaltado es nuestro)

Ahora bien, considerando que los artículo 41 de la Ley y 200 del Reglamento establecen como causales de ampliación del plazo de ejecución de un contrato de obra supuestos derivados, principalmente, del atraso o paralización de la obra por causas no imputables al contratista, se puede inferir que la diferencia entre el primer y segundo párrafo del artículo 202 del Reglamento radica en que el primero regula el pago de mayores gastos generales variables cuando la ampliación del plazo contractual es generada por atrasos en la ejecución de la obra; en cambio, el segundo regula el pago de mayores gastos generales variables cuando la ampliación del plazo se genera por la paralización de la obra.

Es necesario distinguir entre "paralización" y "atraso", pues dependiendo de la calificación que se le otorgue al hecho o circunstancia que origina la ampliación del plazo de ejecución de la obra, se definirá la forma de pago de los gastos generales que deriven de la ampliación de plazo aprobada.

En conclusión, la "paralización" de una obra implica la detención de la ejecución de todas las actividades y/o partidas que forman parte de la obra, por lo que no es posible que el contratista valorice los costos incurridos durante el periodo de paralización, entre estos, los mayores gastos generales incurridos en dicho periodo.

En esa medida, considerando que en un periodo de paralización de obra el contratista suele incurrir en mayores gastos generales originados, por lo general, por los mayores costos administrativos, de mantenimiento y de seguridad por el incremento del plazo de la obra, la normativa de contrataciones del Estado le reconoce el derecho a recuperar los mayores gastos generales incurridos durante dicho periodo, siempre que se encuentren debidamente acreditados.

Por su parte, un "atraso" en la ejecución de una obra implica un retraso o retardo en la ejecución de las actividades y/o partidas que forman parte de la misma, sin llegar a constituir una paralización de obra; ello, sin perjuicio de la posible paralización de alguna o algunas de las actividades y/o partidas que forman parte de la obra.

En efecto, en un periodo de atraso el contratista continúa ejecutando actividades y/o partidas de la obra pero a un ritmo menor al establecido en el calendario de avance de obra- pudiendo producirse, incluso, la paralización de alguna o algunas actividades y/o partidas-, por lo que continúa valorizando los trabajos que correspondan, incluidos los gastos generales del periodo correspondiente al periodo de atraso.

En consecuencia, una “paralización” de obra se define como la detención de la ejecución de todas las actividades y/o partidas que forman parte de la misma, no siendo posible que el contratista valorice los mayores gastos generales incurridos en este periodo. Por su parte, en un “atraso” el contratista continúa ejecutando actividades y/o partidas de la obra pero a un ritmo menor al establecido en el calendario de avance de obra- pudiendo producirse, incluso, la paralización de alguna actividad y/o partida- por lo que se continúa valorizando los trabajos que correspondan, incluyéndose los gastos generales correspondiente al periodo de atraso.

Asimismo, no se debe olvidar que Un hecho de “paralización total” debe contar con la aprobación de la Supervisión y la Entidad. En este punto, debe indicarse que, el artículo 201 del Reglamento establece el procedimiento a seguir para la solicitud de una ampliación del plazo en los contratos de obra; señalándose, entre otros, las funciones que le competen al supervisor y a la Entidad en dicho procedimiento.

Así, ante la solicitud de ampliación del plazo del contratista, el segundo párrafo del referido artículo establece que “El inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la Entidad, en un plazo no mayor de siete (7) días, contados desde el día siguiente de presentada la solicitud. La Entidad resolverá sobre dicha ampliación y notificará su decisión al contratista en un plazo máximo de catorce (14) días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe (...).” (El resaltado es nuestro); siendo importante señalar que el último párrafo del referido artículo señala que “Cualquier controversia relacionada con el pronunciamiento de la Entidad respecto a las solicitudes de ampliación de plazos podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje (...) por lo que, en estos casos, le correspondería definir a los árbitros la calificación de los hechos y circunstancias que sostienen la solicitud de ampliación del plazo del contratista.”

Como se aprecia, tanto el supervisor (al emitir opinión) como la Entidad (al pronunciarse) tienen la obligación de analizar la solicitud de ampliación del plazo de ejecución de obra del contratista, así como los hechos o circunstancias (atrasos y/o paralizaciones) que sustentan. Sin embargo, la Entidad es la única competente para aprobar una solicitud de ampliación del plazo de obra y, en esa medida, calificar definitivamente los hechos o circunstancias que la sustentan como “paralización” o “atraso”.

3.b) En relación a la exigencia de pago de gastos generales por paralizaciones a falta de pago de valorizaciones, contenido el petitorio Nº 3) de la demanda, el demandante CONSORCIO IMPERIAL no precisa cuantas valorizaciones mensuales no se le ha pagado (si es uno solo o son varios) y tampoco señala el monto de las valorizaciones impagadas ni el tiempo de paralización de la ejecución de la obra por falta de pago de valorización, extremo que no ha

probado con medio probatorio idóneo que demuestre que la obra estando en proceso de ejecución se haya paralizado por falta de pago de valorizaciones, ni la demanda arbitral ni las pruebas que anexa demuestran la paralización de la obra por el no pago de valorización, por lo que este extremo del petitorio debe desestimarse y declarársele infundada, contrariamente se traslucen una actuación malintencionada del demandante que se en relieve líneas abajo.

Sobre el particular, es de señalar que según el Anexo Único de Definiciones del Reglamento, se tiene que la **valorización de una obra, es la cuantificación económica del avance físico en la ejecución de la obra, realizada en un periodo determinado**. En nuestro caso conforme al **Contrato N° 0792-2012-MDK-GM/LOGISTICA, según el Numeral 17.01), de la CLAUSULA DECIMO SEPTIMA, se ha establecido que las valorizaciones sean mensuales y tienen el carácter de pagos a cuenta**, toda vez que en la liquidación final es donde se fine el monto total de la obra y el saldo a pagar. En consecuencia se finde a la valorización como el monto de la contraprestación que corresponde abonar al contratista, por el trabajo ejecutado en un periodo de tiempo, usualmente mensual.

Remitiéndonos a los documentos obrantes en la entidad, se tiene que el contratista CONSORCIO IMPERIAL para el pago de la primera valorización, segunda valorización y las demás valorizaciones no ha cumplido con lo establecido en los numerales 17.01), 17.06) y 17.07) del contrato N° 0792-2012-MDK-GM/LOGISTICA, en los cuales se establece que para el pago de la primera valorización el consorcio imperial debería presentar **COPIA LEGALIZADA DEL LIBRO DE PLANILLA autorizada por la autoridad administrativa de trabajo competente** y a partir de la segunda valorización el contratista **estaba obligado a presentar copia legalizada del libro planilla correspondiente a los pagos del mes anterior, la copia de los comprobantes del cumplimiento de las obligaciones al seguro social (ESSALUD), la copia de los comprobantes de pago de CONAFOVICER y CENCICO**; frente a la inexistencia de cuyos documentos en los Comprobantes de Pago de las Valorizaciones que le fueron hechas efectivas, en este acto se le solicita formalmente a fin de que en su oportunidad el Consorcio Demandante exhiba tales documentos, para lo cual **ofrezco como medio probatorio la exhibición de los documentos en referencia**. Anomalía anotada que demuestra que quien actuó temerariamente y de mala fe en el cumplimiento de las relaciones contractuales ha sido el CONSORCIO IMPERIAL, lo cual se ha producido desde la etapa de selección (adjudicación de la buena pro) y en la etapa de la ejecución de la obra, en el que han mediado la comisión de ilícitos penales, por lo que existe una denuncia penal en la Fiscalía Anticorrupción de Ayacucho, por delitos de COLUSIÓN, FALSIFICACIÓN DE CARTA FIANZA y otros delitos, que a la fecha se encuentran en Investigación preliminar en la Fiscalía Corporativa Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios

de Ayacucho, seguido con **CARPETA FISCAL N° 96-2014**, prueba de ello se le adjunta la Resolución de Apertura de Investigación Preliminar, el cual debe ser merituado en su real dimensión.

De otra parte, se debe tener presente lo señalado en la Ley en el sentido, que si surgieran discrepancias respecto a la formulación, aprobación o valorización de los metrados entre el contratista y el inspector o supervisor o la misma Entidad, según sea el caso, se resolverán en la liquidación final del contrato, sin perjuicio de que el contratista cobre la parte no controvertida; en este sentido, se debe tomar en cuenta lo señalado en el numeral 3.5 de la Opinión N° 089-2012/DTN “Ni la Ley ni su Reglamento contemplaban algún artículo que le permitiera a la Entidad dejar de cumplir con el pago de una valorización, una vez aprobada la misma por el inspector o supervisor; sin embargo, la Entidad podía evaluar la procedencia del pago de una determinada valorización, en su calidad de garante del interés público que subyace a la contratación”. Si bien este criterio se emitió con una normativa de contrataciones derogada, el mismo se mantiene vigente. Así, de comprobarse la existencia de un error en la valorización, que perjudique o afecte el interés público, la Entidad podría decidir no pagar la valorización aprobada por el supervisor; sin perjuicio, del pago de la parte no controvertida.

3.c) En relación al pago de gastos generales por paralizaciones a causa de maniobras de los niveles administrativos al pretender resolver problemas de carácter societario, contenido en el petitorio N° 4) de la demanda. Ello significa que el CONSORCIO IMPERIAL está acudiendo a la interpretación en sentido peyorativo en cuanto a los trámites y procedimientos administrativos que la entidad edil haya iniciado para salvaguardar el correcto uso de los dineros que le fueran asignados, atribuciones que le son inherentes por su autonomía municipal conforme señala la Ley Orgánica de Municipalidades, la Ley de Procedimiento Administrativo General entre otros, que permite efectuar acciones en salvaguarda de los intereses del Estado, ello significa que bajo los principios de transparencia Eficiencia y adecuado uso de los recursos del Estado la municipalidad se reserva los mecanismos y procedimientos para salvaguardar la misma, lo cual al parecer es mal interpretado por el demandante, ya que la entidad en ningún momento ha efectuado maniobras en agravio del CONSORCIO IMPERIAL ni utilizados procedimientos vedados o ilícitos, salvo prueba en contrario del cual en ningún momento el demandante ha demostrado con pruebas idóneas y fehacientes sobre la supuesta conducta obstructiva y maniobras de los niveles administrativos en agravio del demandante, por lo que ese petitorio debe ser desestimado y declarado infundada.

Además el CONSORCIO IMPERIAL hace referencia a que tiene en su interior problemas de carácter societario, lo cual habría generado que se propicie el cambio de representante legal del consorcio, frente a ello debemos manifestar que en los consorcios se designa el representante o apoderado común con poderes suficientes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que se deriven de su calidad de postores y del contrato hasta la liquidación del mismo, pudiendo ser también removido el representante legal si así lo decidieran las empresas integrantes del consorcio, en tanto que en asuntos internos del consorcio nunca la municipalidad se ha inmiscuido ni interferido, de lo contrario el consorcio demandante sea el que demuestre tales hechos. En consecuencia, las infracciones cometidas por un consorcio durante la ejecución contractual celebrado como consecuencia del proceso de selección, se imputarán a todos los integrantes del mismo, en vista que los consorcios son uniones transitorias de empresas dentro del campo de la contratación administrativa, con la finalidad de compartir recursos, capacidades y aptitudes, para participar en uno o más procesos de selección y contratar con el Estado, en tanto que la participación, beneficios y sanciones aplicables a los consorcios están regulados en el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, así como la Directiva Nº 001-2001-CONSUCODE/PRE, y en la Directiva Nº 003-2003/CONSUCODE/PRE expedida por el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado- CONSUCODE.

POSICION DEL ARBITRO UNICO

➤ Alcance de la Pretensión.

- Debe determinarse la procedencia del pago de gastos generales por paralizaciones durante la ejecución de la obra
- Que, se haya modificado previamente el plazo contractual.

➤ Normativa aplicable.

- Ley de Contrataciones del Estado

Artículo 41. Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones

(...)

41.6 El Contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el cronograma contractual

41.7 Las discrepancias respecto de la procedencia de la ampliación del plazo se resuelven de conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 40 de la presente Ley"

- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

"Artículo 200.- Causales de ampliación de plazo

De conformidad con el artículo 41 de la Ley, el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por cualquiera de las siguientes causales ajenas a la voluntad del contratista, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente al momento de la solicitud de ampliación:

1. Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.
2. Atrasos y/o paralizaciones en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad.
3. Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado.
4. Cuando se aprueba la prestación adicional de obra. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado."

"Artículo 201.- Procedimiento de ampliación de plazo

Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal, el contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra. En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo.

El inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la Entidad, en un plazo no mayor de siete (7) días, contados desde el día siguiente de presentada la solicitud. La Entidad resolverá sobre dicha ampliación y notificará su decisión al contratista en un plazo máximo de catorce (14) días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe. De no emitirse el pronunciamiento alguno dentro del plazo señalado, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad.

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.

Cuando las ampliaciones se sustenten en causales diferentes o de distintas fechas, cada solicitud de ampliación de plazo deberá tramitarse y ser resuelta independientemente, siempre que las causales diferentes no correspondan a un mismo periodo de tiempo sea este parcial o total.

En tanto se trate de causales que no tengan fecha prevista de conclusión, hecho que deberá ser debidamente acreditado y sustentado por el contratista de obra, la Entidad podrá otorgar ampliaciones de plazo parciales, a fin de permitir que los contratistas valoricen los gastos generales por dicha ampliación parcial, para cuyo efecto se seguirá el procedimiento antes señalado.

La ampliación de plazo obligará al contratista a presentar al inspector o supervisor un calendario de avance de obra valorizado actualizado y la programación PERTCPM correspondiente, considerando para ello sólo las partidas que se han visto afectadas y en armonía con la ampliación de plazo concedida, en un plazo que no excederá de diez (10) días contados a partir del día siguiente de la fecha de notificación al contratista de la Resolución que aprueba la ampliación de plazo. El inspector o supervisor deberá elevarlos a la Entidad, con los reajustes concordados con el residente, en un plazo máximo de siete (7) días, contados a partir de la recepción del nuevo calendario presentado por el contratista. En un plazo no mayor de siete (7) días, contados a partir del día siguiente de la recepción del informe del inspector o supervisor, la Entidad deberá pronunciarse sobre dicho calendario, el mismo que, una vez aprobado, reemplazará en todos sus efectos al anterior. De no pronunciarse la Entidad en el plazo señalado, se tendrá por aprobado el calendario elevado por el inspector o supervisor.

Cualquier controversia relacionada con el pronunciamiento de la Entidad respecto a las solicitudes de ampliación de plazos podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión."

"Artículo 202.- Efectos de la modificación del plazo contractual

Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de prestaciones adicionales de obra.

Sólo cuando la ampliación de plazo sea generada por la paralización total de la obra por causas ajenas a la voluntad del contratista, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso.

En el supuesto que las reducciones de prestaciones afecten el plazo contractual, los menores gastos generales variables se calcularán siguiendo el procedimiento establecido en el párrafo precedente.

En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad ampliará el plazo de los otros contratos celebrados por ésta y vinculados directamente al contrato principal."

- En primer lugar, es menester verificar si dentro del contexto de las pruebas actuadas por las partes consta la ampliación de plazo por paralización de la

obra por falta de pronunciamiento de la Entidad o en su defecto por aprobación expresa de ésta.

El Contratista ha ofrecido y actuado las siguientes pruebas: Copia del contrato del consorcio "Imperial"; Copia de DNI del representante del CONSORCIO; Copia del Contrato de Elaboración del Expediente Técnico y Ejecución de Obra N° 0792-2012-MDK-GM/LOGISTICA "CONSTRUCCION DE TROCHA CARROZABLE MANKORIARI- IMPERIAL CORAZON DEL DISTRITO DE KIMBIRI- LA CONVENCION- CUSCO"; Copia de Carta N° 010-2013 CONSORCIOIMPERIAL/LP-03-2012-MDK sobre Solicitud de Ampliación de Plazo; Copia de N° 135-2013-MDK-SGSELO/DAL-SG sobre reinicio de obra; Copia de Informe N° 088-2013-MDK/MPO-SO sobre solicitud de Ampliación de Plazo N° 04 y Ratificación sobre anteriores ampliaciones de plazo; Copia de Carta N° 024-2013-CONSORCIOIMPERIAL/LP-03-2012 sobre requerimiento para cumplimiento a las solicitudes de ampliación de plazo; Copia de escrito sobre Impugnación contra Resolución de gerencia municipal N° 246-2013-MDK/GM; Copia de Carta N° 026-2013-CONSORCIOIMPERIAL/LP-03.2012 sobre solicitud de paralización de obra y renovación de garantía; Copia de Carta N° 0147-2013-MDK/GM sobre que desestima petitorio de paralización de obra y renovación de garantía; Copia de Carta 001-2014-CONSORCIOIMPERIAL/LP-03-2012 sobre precisiones a desestimación de pedido y resolución de contrato por incumplimiento imputable a la entidad, previo requerimiento realizado por el CONSORCIO; **Copia de la Carta Notarial de fecha 16 de enero del 2014 que adjunta resolución Municipal N° 020-2014-MDK/GM que resuelve contrato por presunta acumulación de penalidad máxima;** Copia de Carta 002-2014-CONSORCIOIMPERIAL/LP-03-2012, sobre modificación de fecha de acta de constatación; Copia de Carta 03-2014-CONSORCIOIMPERIAL/LP-03-2012 sobre Requerimiento a Juez de Paz para levantar Acta de Constatación; Copia de Carta 004-2014-CONSORCIOIMPERIAL/LP-03-2012 sobre asistencia a acta de constatación, convocada por la ENTIDAD; Copia de Solicitud de Conciliación; Copia de solicitud de Arbitraje; **Solicito al Tribunal para que se oficie a la ENTIDAD, para que exhiba el cuaderno de obra, donde debe acreditarse los sustentos y anotaciones sobre paralizaciones y pedidos sobre ampliaciones de plazo;** Copia de denegatoria de la Municipalidad Distrital de Kimbiri de proceso de arbitraje institucional.

Por su parte la Entidad ha ofrecido y actuado las siguientes pruebas: Copia Fedatada del Informe Nro. 1095-2013-MDK-SGSELO/DAL-SG, de fecha 16 de agosto del 2013; Copia Fedatada del Oficio Nro. 002-2013-T.G.C.I.M.-K, de fecha 12 de agosto del 2013; Copia Feedatada del Comprobante de Pago Nro. 8899, del 04-09-2013, de pago por valorización Nro. 06 de la obra; y, Copia Fedatada del Comprobante de Pago Nro. 600, del 01-02-2013, de

pago por valorización Nro. 05 de la obra; Copia Fedatada del INFORME Nro. 0864-2013-MDK/SESELO/DAL-SG, de fecha 12 de agosto del 2013; Copia Fedatada del Informe Nro. 0105-2013-MDK/MPO-SO, de fecha 08 de agosto del 2013; Copia Fedatada de la Resolución de Gerencia Municipal NRO. 020-2014-MDK/GM, de fecha 15 de enero del 2014, por Causal de la acumulación de máxima de penalidades, por parte de la empresa contratista **CONSORCIO IMPERIAL, equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato**; Copia Fedatada de la Opinión Legal N° 002-2014-MDK/OAJ; Copia Fedatada de a Resolución de Gerencia Municipal N° 025-2014-MDK/GM; Copia Fedatada de la Carta Notarial de fecha 15 de enero del 2014; Copia Fedatada de la Carta Notarial de fecha 16 de enero del 2014; Copia de la CARTA Fianza Nro. 000-09-251112, por la suma de s/. 246,338.79 nuevos soles, sobre fiel cumplimiento otorgado por SOLUCIONES Cooperativa de Ahorro y Crédito LTDA, de fecha Lima 25 de noviembre del 2012; y Copia Fedatada del Informe N° 071-2014-MDK-DAF-UT/PHB-J, de fecha 13 de junio del 2014; Copia Fedatada del Informe Nro. 1679-2013-MDK-SGSELO/DAL-SG, de fecha 06 de diciembre del 2013; Copia Fedatada del informe Nro. 128-2013-MDK/MPO-SO, de fecha 14 de octubre del 2013; Copia Fedatada de la Opinión Legal Nro. 149-2013-MDK/OAJ, de fecha 10 de octubre del 2013; Copia Fedatada del informe Nro. 016-2013-MDK/OAJ-JYR, de fecha 16 de agosto del 2013; Copia Fedatada de la Carta Notarial s/n, de fecha 19 de agosto del 2013, remitida a Rubén Darío Estrada Pérez; Copia Fedatada de la Opinión Legal Nro. 106-2013-MDK/OAJ, de fecha 15 de julio del 2013; Copia Fedatada de la Opinión Legal N° 120-2013-MDK/OAJ, de fecha 07 de agosto del 2013

- **Análisis, apreciaciones y pronunciamiento del Árbitro.**- Con su Carta N° 010-2013 del 09 de abril del 2013 el Contratista solicita la Ampliación de Plazo N° 01 por la causal de paralización en la ejecución de la obra debido a las precipitaciones pluviales, señalando haberse anotado las circunstancias invocadas en el Cuaderno de Obra de fojas 38 a 50. No obstante, verificado el asiento N° 38 del Cuaderno de Obra de 11.10.2012 no se verifica anotación sobre la circunstancia invocada por el contrario se describen actividades ejecutadas; inclusive el asiento 58 igualmente describe actividades propias de la ejecución de la obra. En página 38 obran los asientos 069 de 28.11.2012 y 70 de 29.11.2012 dentro de cuyo contexto igualmente se describen actividades no compatibles con la paralización de la obra.
- Sin perjuicio de lo señalado cabe señalar que el segundo párrafo del artículo 202 del Reglamento establece que, "Sólo cuando la ampliación de plazo sea generada por la paralización total de la obra por causas ajenas a la voluntad del contratista, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables

debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso". En el presente caso el contratista no ha ofrecido ni actuado prueba alguna que demuestre la estructura de gastos generales variables de su oferta económica como tampoco ha detallado a que gastos generales puntuamente se refiere; por último, no ha acreditado taxativamente los costos indirectos afectados por la supuesta paralización de la ejecución de obra.

- En este sentido, de acuerdo con la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento y las pruebas ofrecidas y actuadas por las partes el Arbitro Único considera IMPROCEDENTE esta pretensión.

3. TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL (TERCER PUNTO CONTROVERTIDO)

Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el pago de los gastos generales por paralizaciones durante el proceso de ejecución de obra, por falta de pago de valorizaciones.

POSICIÓN DEL ARBITRO ÚNICO

Teniendo en consideración los extremos examinados dentro del contexto de la segunda pretensión y con sujeción a las normativas indicadas el Arbitro Único considera IMPROCEDENTE esta pretensión.

4. CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL (CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO)

Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el pago de los gastos generales por paralizaciones durante el proceso de ejecución de obra, a causa de maniobras de los niveles administrativos al pretender resolver problemas de carácter societario.

POSICIÓN DEL ARBITRO ÚNICO

Teniendo en consideración los extremos examinados dentro del contexto de la segunda pretensión y con sujeción a las normativas indicadas el Arbitro Único considera IMPROCEDENTE esta pretensión.

5. QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL (QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO)

Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el pago de los gastos generales por ampliaciones de plazo durante el proceso de ejecución de obra.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA

- 1) Considerando, que durante el proceso de ejecución de obra, se presentaron las causas que dio lugar a las paralizaciones y la necesidad de mayor plazo para cumplir con las metas establecidas según el cronograma de obra, por lo que EL CONSORCIO solicito cuatro ampliaciones de plazo, tal como se acredita con la Carta Nº 010-2013-CONSORCIO IMPERIAL/LP-03-2012-MDK de las cuales tres no han sido resueltos y si una solicitud fue autorizada mediante Carta Nº 088-2013-MDK/MPO.SO de fecha 24 de julio del 2013 la misma que fue materia de un recurso de apelación que al no haber sido resuelto dentro del plazo de Ley, y considérese aprobado la autorización de dicha ampliación de plazo que fue observada en su oportunidad.
- 2) Que habiendo dentro los trámite de las ampliaciones de plazo, EL CONSORCIO se formuló la Renuncia a los Gastos Generales, la misma que no fue acogido oportunamente por la ENTIDAD, al no haber emitido acto resolutivo al respecto, y, asimismo, tampoco ha sido admitidos esta mención de renuncia a los gastos generales, cuando fue dado la Resolución que autoriza la Ampliación Nº 4, por lo que se consideran denegados. Máxime, que la renuncia a los gastos generales formulados por el CONSORCIO no fueron expresamente autorizados por la ENTIDAD.
- 3) El Contratista en su demanda señala que el cálculo de los Gastos Generales que genera las Ampliaciones de plazo, éstas se formalizara mediante informe que el Consorcio formulara oportunamente al Tribunal.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

En relación al petitorio Nº 05 de la demanda, por el cual el consorcio imperial solicita se ordene a la entidad el pago de gastos generales por ampliaciones de plazo durante el proceso de la obra, dicho petitorio lo fundamenta en el numeral 3.3) de los fundamentos de hecho de la demanda, mediante el cual señala que ha solicitado 04 ampliaciones de plazo de los cuales solo 01 le fue aceptada.

Estando el tenor del petitorio es de precisar que el plazo de ejecución de obra es el periodo establecido por la Entidad en las Bases para la ejecución de la obra. En ese sentido, la ampliación de plazo, es la extensión del tiempo previsto para la ejecución de la obra, en función a las causales previstas en la normativa de contrataciones del Estado.

De acuerdo con el artículo 202 del Reglamento, sólo cuando la ampliación de plazo hubiese sido generada por la paralización total de la obra, por causas ajenas al contratista, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables

debidamente acreditados, de aquellos conceptos que formen parte de la estructura de costos de la oferta del contratista o del valor referencial, según sea el caso. Si la ampliación se produjo por un atraso, se le pagará al contratista el gasto general variable diario por el número de días de atraso; por lo que para la solicitud de ampliación de plazo es necesario: Primero: caracterizar la solicitud, a fin de determinar en cuál de las causales previstas por la Ley se enmarca. Segundo: la causal debe encontrarse debidamente comprobada, es decir debe existir pruebas de que ha sucedido y sus efectos (situación que el demandante no ha cumplido en acreditar ni demostrar, pues en base a una carta en copia simple no es posible demostrar ni acreditar la solicitud de ampliación de plazo, es más no ha cumplido con los procedimientos previos para la solicitud de la misma). Tercero: la causal con sus ocurrencias ha debido modificar la ruta crítica del calendario de obra vigente.

Para poder solicitar las ampliaciones de plazo, se debe cumplir previamente con ciertos procedimientos, tal es así que se debe anotar diariamente en el cuaderno de obra la totalidad del periodo donde se evidencie la circunstancia que amerite una ampliación de plazo, por lo consiguiente es obligación del contratista de anotar en el cuaderno de obra, por intermedio de su residente, los hechos o circunstancias que, a su criterio, ameriten la ampliación de plazo, para que proceda su solicitud, por lo que el pedido de ampliación implica que en el cuaderno de obra se anote, cuando menos, el inicio y el final del hecho o circunstancia que determina la configuración de la causal de ampliación, sin perjuicio de que, entre el inicio y el final de tal hecho o circunstancia, también pueda efectuarse otras anotaciones que sean relevantes para sustentar y/o cuantificar, de mejor manera, la solicitud de ampliación de plazo, en consecuencia, no solo se debe anotar cuando perdure la causal de ampliación de plazo, sino hasta cuando se extienden sus efectos, que indirectamente son los que afectarán la continuidad de la obra, en otras palabras Las circunstancias que ameritan ampliación de plazo deben ser definidas con precisión por el residente, a efectos de evitar complicaciones al momento de efectuar la solicitud o solicitudes que correspondan. Lo dicho ha sido materia de total inobservancia por parte del demandante CONSORCIO IMPERIAL, ya que como se observa la solicitud o solicitudes de ampliación de plazo han sido efectuadas de manera ligera tal si fuera solicitudes de mero trámite, cuando en realidad están deben ser sustentadas, corroboradas, verificadas y demostradas las causales para su otorgamiento y al no encontrarse prueba suficiente en la demanda de arbitraje sobre el particular esta debe ser rechazada y declarársela infundada. De otra parte se debe tener presente que cualquier controversia relacionada con el pronunciamiento de la Entidad sobre la solicitud de ampliación de plazo podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje, dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión.

De otra parte, se tiene que el demandante señala que la RENUNCIA DE LOS GASTOS GENERALES no le fue acogida por parte de la entidad municipalidad, frente a ello es de manifestar que el derecho a cobrar los mayores gastos generales originado por la aprobación de una ampliación de plazo es un derecho de crédito del contratista y, en consecuencia, de su libre disposición, este podría renunciar al mismo, una vez aprobada la ampliación del plazo; máxime si la normativa de contrataciones del Estado no ha prohibido tal renuncia, ni se vulnera alguna norma imperativa o de orden público. En todo caso el supuesto cobro de los gastos generales ya ha sido motivo de renuncia por el consorcio demandante, por lo que no tendría lógica que ponga como una pretensión el cobro de la misma.

En esa medida, el contratista, libre y voluntariamente, sin que exista coerción a algún vicio al manifestar su voluntad, puede renunciar al pago de los mayores gastos generales variables. Por lo cual no merece mayor pronunciamiento la renuncia hecha por el consorcio demandante ni quepa mayor pronunciamiento por parte de la entidad frente a tal decisión.

En tanto que sobre la supuesta carta fianza renovada, estas conforme recalco han sido otorgados por una entidad que no se encuentra bajo los alcances de la supervisión de SBS (Cooperativa de Ahorro y crédito Soluciones LTDA), por lo que ello demuestra la actitud temeraria de parte del contratista que a toda costa solo busca beneficiarse económicamente a costa del Estado, sin efectuar un real cumplimiento de los extremos del contrato suscrito con la Municipalidad Distrital de Kimbiri. Dicha actuación es corroborada con el proceder del demandante en vista que en el 3.5) de los fundamentos de hecho de la demanda hace referencia que los cálculos de los gastos generales que genera la ampliación de los plazos, los formalizara mediante informe y oportunamente ante el tribunal, cuando lo correcto es que dicho calculo los presente al momento de demandar tal cual lo señala el Código Procesal Civil que en este caso sería de aplicación extensiva, y no como pretende el demandante presentar en el momento que el crea conveniente lo cual generaría desconcierto caos en las etapas del presente proceso arbitral.

POSICION DEL ARBITRO UNICO

- **El Artículo 201 del Reglamento de la Ley establece que, “Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal, el contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de**

ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra. En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo". (lo subrayado es nuestro). Es decir, luego de la anotación de las circunstancias que da lugar a la ampliación de plazo, "dentro de los quince días siguientes de concluido el hecho invocado, se debe solicitar, **cuantificar, y sustentar la solicitud de ampliación de plazo...**". La ampliación de plazo obliga al contratista a presentar al inspector o supervisor un calendario de avance de obra valorizado actualizado y la programación PERT CPM correspondiente, considerando para ello solo las partidas que se ha visto afectadas y en armonía con la ampliación de plazo concedida.

Sin perjuicio de la posición de la Entidad que contradice la posición de la Entidad, cabe señalar que el contratista en el Proceso Arbitral no ha acreditado las presunciones legales a que se contrae el primer párrafo del artículo 201 del Reglamento; es decir, no ha acreditado la anotación respectiva en el Cuaderno de Obra, la Solicitud cuantificando y sustentando su solicitud de ampliación de plazo; por otro lado, afirma haber renunciado a los gastos generales que reclama pero que ante el silencio de la Entidad formula su pretensión y por otro lado, no ha sustentado la estructura de los gastos generales variables de su oferta ni que parte de la estructura de costos indirectos se afectaron por la paralización de la ejecución de la obra. Asimismo, en el proceso no ha practicado informe alguno para determinar su pretensión de gastos generales, tal como lo señaló al formalizar su demanda; "...el cálculo de los Gastos Generales que genera las Ampliaciones de plazo, éstas se formalizara mediante informe que el Consorcio formulara oportunamente al Tribunal".

- Estando a los fundamentos de las precedentes motivaciones recaídas en las anteriores pretensiones y lo expuesto en el párrafo que precede a esta decisión, el Arbitro Único considera que debe declarar IMPROCEDENTE esta pretensión.

6. SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL (SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO)

Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el pago de daños y perjuicios ocasionados.

POSICIÓN DEL ARBITRO UNICO

- Para que proceda la indemnización de daños y perjuicios se requiere, de acuerdo con la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, que el contrato se resuelva por causas imputables a alguna de las partes; inclusive el

artículo 170 regula este tema como efecto de la resolución del contrato regulando que, “si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios **irrogados**, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad; es decir, una primera presunción legal que debe cumplir que la parte que reclama el resarcimiento por daños y perjuicios debe acreditar haber resuelto el contrato, situación jurídica que en este proceso arbitral no está acreditado, de allí que el Arbitro ha decidido declarar improcedente la pretensión que afectaba la relación jurídica contractual por acción del contratista.

- Por otro lado, la normativa regula que la Entidad solo debe reconocer los daños y perjuicios **IRROGADOS (ACREDITADOS)**; es decir, los daños son por el valor de la perdida que hubiese sufrido y la utilidad que hubiese dejado de percibir el contratista por causas imputables a la Entidad (Daño emergente y utilidad). Estos elementos de los daños, la imputabilidad se circunscriben únicamente a los “irrogados” por lo tanto deben acreditarse objetivamente sin que para ello, en contrataciones del Estado se invoque la equidad.
- Estando a que ninguno de las presunciones legales establecidas por la Ley y su Reglamento han sido acreditados en el proceso arbitral, este arbitro único declara **IMPROCEDENTE** esta pretensión.

7. SEPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL (SEPTIMA PUNTO CONTROVERTIDO)

Determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de las costas y costas del proceso.

POSICION DEL ARBITRO UNICO

De acuerdo con el artículo 70 de la Ley de Arbitraje, el Árbitro debe fijar en el laudo los costos del arbitraje, comprendiente este, los honorarios y gastos del Árbitro Único; los honorarios y gastos de la Secretaría Arbitral los gastos administrativos de la sede arbitral; los honorarios y gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

Dentro de este contexto, el artículo 73º de la Ley de Arbitraje señala que el Árbitro Único tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán a cargo de la parte vencida. Sin embargo, el Árbitro Único 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 presente proceso arbitral, el Árbitro Único se ha pronunciado sobre el fondo de la controversia sometida a su conocimiento habiéndose decidido estrictamente sobre aquella conforme a derecho, de modo que dentro del contexto del arbitraje y del análisis de la decisión arbitral, el Árbitro Único resuelve que los gastos administrativos, gastos por concepto de honorarios de los árbitros generados en el proceso arbitral, sean asumidos en forma proporcional por cada una de las partes.

El Árbitro Único, dejando constancia que todas las actuaciones arbitrales fueron notificadas a las partes, tal como consta en los antecedentes, y, luego de haber valorado las pruebas y los fundamentos de la posición de cada una de las partes y con sujeción a la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y normativa conexa;

LAUDA:

PRIMERO: Declarar **IMPROCEDENTE** la Primera Pretensión Principal, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa del presente laudo arbitral.

SEGUNDO: Declarar **IMPROCEDENTE** la Segunda Pretensión Principal, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa del presente laudo arbitral.

TERCERO: Declarar **IMPROCEDENTE** la Tercera Pretensión Principal, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa del presente laudo arbitral.

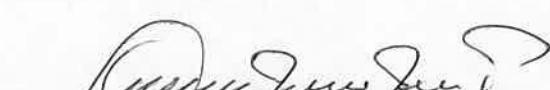
CUARTA: Declarar **IMPROCEDENTE** la Cuarta Pretensión Principal, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa del presente laudo arbitral.

QUINTA: Declarar **IMPROCEDENTE** la Quinta Pretensión Principal, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa del presente laudo arbitral.

SEXTA: Declarar **IMPROCEDENTE** la Sexta Pretensión Principal, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa del presente laudo arbitral.

SEPTIMA: Declarar que los gastos arbitrales deben distribuirse en forma proporcional entre ambas partes.

NOTIFIQUESE A LAS PARTES. -



Alejandro Álvarez Pedroza
Árbitro Único