

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

LAUDO ARBITRAL
(Resolución n.º 17)

En la ciudad de Lima, con fecha 16 de septiembre de 2019, en la sede del Tribunal Arbitral, sita en el Edificio El Regidor n.º 108, Residencial San Felipe, distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima; se reunió el Tribunal Arbitral conformado por los abogados Mario Castillo Freyre, en su calidad de Presidente, Fernán Romano Altuve-Febres Lores y José Miguel Urrelo Reaño, en el proceso arbitral iniciado por Consorcio Esperanza contra la Municipalidad Distrital de San Marcos (Expediente n.º 115-2015/SNA-OSCE).

I. ANTECEDENTES

- Con fecha 16 de agosto de 2013, Consorcio Esperanza (en adelante, el Contratista o el Consorcio) y la Municipalidad Distrital de San Marcos (en adelante, la Entidad o la Municipalidad) suscribieron el Contrato n.º 300-2013-MDSM/A «Elaboración del Expediente Técnico y Ejecución de Obra: Creación de Muro de Contención en el Barrio San Isidro, Distrito de San Marcos-Huari-Ancash» (en adelante, el Contrato).
- Con fecha 11 de junio de 2015, el Consorcio presentó su escrito de demanda, designando como árbitro al abogado José Miguel Urrelo Reaño.
- Con fecha 14 de agosto de 2015, la Entidad contestó la demanda y reconvino. Asimismo, designó como árbitro al abogado Fernán Romano Altuve-Febres Lores.
- Con fecha 12 de octubre de 2015, el Consorcio contestó la reconvención.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

- Con fecha 28 de diciembre de 2015, el árbitro Altuve-Febres aceptó su designación.
- Con fecha 4 de enero de 2016, el árbitro Urrelo aceptó su designación.
- Con fecha 25 de enero de 2016, los árbitros Urrelo y Altuve-Febres Lores informaron al OSCE sobre la designación del abogado Mario Castillo Freyre como Presidente del Tribunal Arbitral.
- Con fecha 4 de febrero de 2016, el árbitro Castillo aceptó su designación como Presidente del Tribunal Arbitral.
- Con fecha 21 de marzo de 2016, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral.
- Mediante Resolución n.º 01, de fecha 15 de abril de 2016, se otorgó a las partes un plazo adicional de diez (10) días hábiles, para que cumplan con el pago de los gastos arbitrales pendientes, bajo apercibimiento de archivo de la demanda y/o reconvención.
- Con fecha 5 de mayo de 2016, el Consorcio cumplió con acreditar el pago de los honorarios y gastos arbitrales.
- Mediante Resolución n.º 02, de fecha 20 de julio de 2016, se tuvo por efectuado el pago de los honorarios arbitrales a cargo del Consorcio. Asimismo, se ordenó archivar la reconvención presentada por la Entidad y se citó a las partes a la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Fernán Altuve-Febres Lores

José Miguel Urrelo Reaño

- Con fecha 17 de agosto de 2016, el Consorcio presentó su propuesta de puntos controvertidos.
- Con fecha 18 de agosto de 2016, se llevó a cabo la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios y se otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles, para la presentación de alegatos escritos. En el Acta de dicha Audiencia, se incorporó la Resolución n.º 03, a través de la cual se tuvo presente la propuesta de puntos controvertidos del contratista.
- Con fecha 18 de agosto de 2016, el Consorcio modificó su demanda y solicitó la acumulación de una nueva pretensión.
- Con fecha 25 de agosto de 2016, la Entidad presentó sus alegatos finales.
- Con fecha 29 de agosto de 2016, el Consorcio presentó sus alegatos finales.
- Mediante Resolución n.º 04, de fecha 1 de septiembre de 2016, se otorgó al Consorcio un plazo de tres (3) días hábiles, para que precise la cuantía de la nueva pretensión, bajo apercibimiento de tener por no presentada la solicitud de acumulación. Asimismo, se tuvo presente los escritos de alegatos de las partes.
- Con fecha 9 de septiembre de 2016, el Consorcio cuantificó su nueva pretensión.
- Con fecha 26 de septiembre de 2016, la Municipalidad deja constancia de que en los alegatos de su contraparte se incluye la modificación y ampliación de demanda, que todavía no ha sido admitida.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

- Con fecha 8 de noviembre de 2016, el Consorcio se desistió de la Pretensión n.º 05, la cual fue modificada con fecha 18 de agosto de 2016.
- Mediante Resolución n.º 05, de fecha 20 de diciembre de 2016, se otorgó a la Entidad un plazo de diez (10) días hábiles, para que exprese lo conveniente respecto a los escritos de la contraria de fechas 18 de agosto y 9 de septiembre de 2016. Asimismo, se tuvo por no presentadas las alegaciones referidas a la modificación y acumulación pendientes de pronunciamiento y, finalmente, se otorgó a la Entidad un plazo de cinco (5) días hábiles, para que se pronuncie respecto al desistimiento parcial.
- Mediante Resolución n.º 06, de fecha 15 de febrero de 2017, se otorgó a la Entidad un último plazo de cinco (5) días hábiles, para que exprese lo correspondiente a su derecho en torno a la acumulación y desistimiento formulados por la contraria.
- Con fecha 23 de febrero de 2018, el árbitro Castillo amplió su declaración en cumplimiento del deber de revelación.
- Mediante Resolución n.º 07, de fecha 21 de marzo de 2018, se admitió a trámite la acumulación y desistimiento formulados por el Consorcio y se le otorgó un plazo de diez (10) días hábiles, a efectos de que fundamente sus pretensiones acumuladas, bajo apercibimiento de continuar el proceso con los puntos controvertidos detallados en la Audiencia de fecha 18 de agosto de 2016.
- Con fecha 16 de abril de 2018, el Consorcio fundamentó las pretensiones acumuladas.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

- Mediante Resolución n.º 08, de fecha 16 de mayo de 2018, se otorgó a la Entidad un plazo de diez (10) días hábiles, para que manifieste lo conveniente a su derecho en torno al escrito de fundamentación de pretensión acumulada.
- Mediante Resolución n.º 09, de fecha 29 de agosto de 2018, se dejó constancia de los puntos definitivos de la controversia; asimismo, se otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles, a fin de que presenten sus alegatos escritos y se solicitó a la Secretaría del SNA-OSCE que elabore la Liquidación de los Gastos Arbitrales.
- Con fecha 15 de octubre de 2018, el Consorcio apersonó al señor Juan José Pérez Rosas Pons para la lectura del Expediente.
- Mediante Resolución n.º 10, de fecha 23 de noviembre de 2018, se tuvo presente la autorización al señor Pérez Rosas.
- Con fecha 18 de diciembre de 2018, el Consorcio presentó sus alegatos escritos.
- Con fechas 12 y 24 de abril de 2019, la Municipalidad autoriza a determinados abogados para que accedan al Expediente.
- Con fecha 9 de mayo de 2019, la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE elaboró una nueva liquidación de gastos arbitrales (reajuste).
- Mediante Resolución n.º 11, de fecha 9 de mayo de 2019, se citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales y se otorgó un plazo de cinco (5) días hábiles al Consorcio para que proporcione el detalle de su cuenta bancaria para devolución de honorarios.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

- Con fecha 29 de mayo de 2019, el Consorcio cumplió con el requerimiento efectuado mediante Resolución n.º 11.
- Con fecha 5 de junio de 2019, el Consorcio solicitó la reprogramación de la Audiencia de Informes Orales.
- Mediante Resolución n.º 12, de fecha 6 de junio de 2019, se reprogramó la Audiencia de Informes Orales.
- Con fecha 24 de junio de 2019, el Consorcio designó a un apoderado para que participe en la Audiencia de Informes Orales.
- Con fecha 24 de junio de 2019, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales y se otorgó a las partes un plazo de diez (10) días hábiles, a efectos de que presenten la documentación pertinente respecto de la investigación fiscal y judicial, relacionada con la celebración y ejecución del contrato y con los procesos civiles que la Entidad sostiene con terceros en relación a la ejecución del contrato.
- Con fecha 27 de junio de 2019, el árbitro Castillo amplió su declaración, en cumplimiento de su deber de revelación.
- Con fecha 24 de junio de 2019, se apersonó el nuevo procurador de la Municipalidad.
- Con fecha 5 de julio de 2019, la Municipalidad cumplió con el requerimiento efectuado en la Audiencia de Informes Orales.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

- Mediante Resolución n.º 13, de fecha 5 de julio de 2019, se fijó el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles. Dicho plazo venció el 22 de agosto de 2019.
- Mediante Resolución n.º 14, de fecha 18 de julio de 2019, se tuvo presente el escrito presentado por la Municipalidad con fecha 5 de julio de 2019.
- Con fecha 25 de julio de 2019, el Consorcio se opuso a los documentos presentados por la Municipalidad.
- Mediante Resolución n.º 15, de fecha 7 de agosto de 2019, se desestimó la oposición del Consorcio.
- Mediante Resolución n.º 16, de fecha 16 de agosto de 2019, se prorrogó el plazo para laudar en quince (15) días hábiles, contado desde el vencimiento del plazo original. Dicho plazo vencerá el lunes 16 de septiembre de 2019.

II. CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de analizar la materia controvertida, corresponde recordar lo siguiente: (i) que el Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo a lo establecido en el Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje (en adelante, el Reglamento SNA); (ii) que no se recusó a ningún Arbitro, ni se impugnó ni reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas; (iii) que el Consorcio presentó su demanda; (iv) que la Municipalidad fue debidamente emplazada con la demanda y tuvo oportunidad de ejercer plenamente su derecho de defensa; (v) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios en la etapa respectiva; (vi) que el Tribunal Arbitral ha procedido a emitir el Laudo dentro del plazo establecido en el Reglamento SNA.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

III. CONSIDERANDO

1. Que el Consorcio interpone demanda, a efectos de que se amparen las siguientes pretensiones:¹

PRIMERA PRETENSIÓN

Que se declare que la Municipalidad cumpla con honrar sus obligaciones derivadas del Contrato n.º 300-2013-MDSM/A, de fecha 16 de agosto de 2013: valorizaciones n.º 04, n.º 07 y n.º 08, ascendentes a S/ 2'563,674.24.

SEGUNDA PRETENSIÓN

Que se ordene a la Municipalidad que pague los intereses de cada una de las valorizaciones, hasta el 9 de junio de 2015, en que se plantea la liquidación ascendente a S/ 29,441.97, así como los intereses que sigan generándose con posterioridad hasta el momento del pago de dichas valorizaciones.

TERCERA PRETENSIÓN

Que se ordene a la Municipalidad cumpla con el pago de los mayores gastos generales de la ejecución de la obra respecto de la Ampliación de Plazo n.º 1, por 62 días calendario, aprobada por Resolución de Alcaldía n.º 553-2014-MDSM/A, de fecha 24 de noviembre de 2014, por el monto de S/ 290,369.73.

¹ Cabe precisar que las pretensiones inicialmente formuladas en el escrito n.º 01, presentado con fecha 11 de junio de 2015, fueron modificadas a través de los siguientes escritos:

- Escrito n.º 05, presentado con fecha 18 de agosto de 2016, con sumilla «Modificamos la demanda y solicitamos acumulación de nueva pretensión».
- Escrito n.º 05 (sic), presentado con fecha 8 de noviembre de 2016, con sumilla «Desistimiento parcial del proceso».

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

CUARTA PRETENSIÓN

Que se ordene a la Municipalidad que pague los mayores gastos generales de la ejecución de la obra respecto de la Ampliación de Plazo n.º 2, por 58 días calendario, desde el 3 de febrero hasta el 1 de abril de 2015, aprobada por el Supervisor y por silencio administrativo positivo del artículo 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, ascendente a S/271,636.20.

QUINTA PRETENSIÓN²

El Consorcio se desistió de esta pretensión mediante escrito n.º 05 (sic), presentado con fecha 8 de noviembre de 2016.

SEXTA PRETENSIÓN

Que se declare sin efecto la resolución del Contrato realizada por la Entidad y, por ende, se exige el cumplimiento del mismo.

SÉPTIMA PRETENSIÓN

Que se disponga la continuidad de la ejecución del Contrato, con las correspondientes ampliaciones de plazo y el pago por movilización y desmovilización de maquinarias y equipos, ascendente a S/ 42,480.00.

OCTAVA PRETENSIÓN

Que, en caso la Entidad haya dispuesto la iniciación de la obra por cualquiera de las alternativas dispuestas por el artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado y sea imposible la continuidad de la ejecución por parte del contratista, se ordene a la Municipalidad que pague la suma de S/ 777,851.91, por daños y perjuicios, lucro cesante, daño moral y desprecio empresarial, movilización y desmovilización de equipos.

² El Consorcio modificó esta pretensión a través del escrito n.º 05, presentado con fecha 18 de agosto de 2016.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

NOVENA PRETENSIÓN

Que se ordene a la Municipalidad que reconozca y pague los gastos administrativos, los gastos correspondientes a los honorarios del Tribunal Arbitral, los gastos generados por asesoramiento en que incurrió e incurrirá el Consorcio, el pago de las costas y costos.

DÉCIMA PRETENSIÓN³

Que se ordene a la Municipalidad que pague la Valorización n.º 10 por S/393,724.56, más los intereses legales hasta la emisión del laudo y los que sigan generándose hasta el pago de la valorización.

2. Que la emplazada, la Municipalidad, contestó la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos. Asimismo, la Municipalidad reconvino; sin embargo, mediante Resolución n.º 02, de fecha 20 de julio de 2016, se archivó la reconvención.
3. Que, en ese sentido, y de conformidad con los puntos controvertidos fijados mediante Resolución n.º 09, de fecha 29 de agosto de 2018, el Tribunal Arbitral deberá:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR QUE LA ENTIDAD CUMPLA CON LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONTRATO, LAS CUALES SE DETALLAN A CONTINUACIÓN:

³ El Consorcio acumuló esta pretensión mediante escrito n.º 05, presentado con fecha 18 de agosto de 2016.

*Arbitraje seguido por Consorcio Esperanza y la Municipalidad Distrital de San Marcos
Expediente n.º S115-2015/SNA-OSCE*

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

- a. *Determinar si corresponde o que la Entidad cumpla con el pago de las siguientes valorizaciones devengadas:*

Valorizaciones	Nº Factura	Meses	Monto Financiero Acumulado
Nº 4	002-257	Abri 2014	174,127.81
Nº 7	002-263	Julio 2014	213,568.67
Nº 8	002-269	Noviembre 2014	2'175,977.76
Monto Total			S/. 2'563,674.24

Posición del Consorcio

- 3.1. Que la Entidad siempre pagó a destiempo y aún se encuentran pendientes de pago, las valorizaciones correspondientes a los meses de abril, julio y noviembre del año 2014, por un total de S/ 2'563,674.21.
- 3.2. Que el artículo del 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, el Reglamento) establece que la Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas en la oportunidad prevista en las bases o en el contrato, siendo que el plazo para otorgar la conformidad no excederá los diez días calendario.
- 3.3. Que en la Décimo Octava Cláusula del Contrato se establece que el pago de la valorización será cancelado por la Entidad hasta el último día de dicha quincena y, en caso de retraso, el contratista tendrá derecho al pago de intereses, según lo establece el artículo 48 de la Ley de Contrataciones Estatales (en adelante, la Ley).
- 3.4. Que el Consorcio ha cumplido a cabalidad con el procedimiento establecido en el artículo 197 del Reglamento. Asimismo, el Supervisor ha remitido la correspondiente aprobación de las Valorizaciones n.º 4, n.º 7 y

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

n.º 8; sin embargo, la Entidad no ha cumplido con el pago respectivo.

Posición de la Municipalidad

- 3.5. Que la falta de pago es consecuencia de licitar obras sin contar con presupuesto y apresurado, para otorgarlas a los empresarios conocidos.
- 3.6. Que las valorizaciones son del año 2014 y los únicos que podrían contestar el hecho de no pagarlas son el ex alcalde y sus funcionarios de confianza, quienes están siendo denunciados por delito de Colusión y Omisión de Funciones.
- 3.7. Que la actual administración encuentra que la obra está mal ejecutada, sobrevalorada y que ha causado daños a terceros. Además, al realizar la verificación financiera, se encuentra que la anterior administración convocó a obras sin certificación presupuestal.
- 3.8. Que el Consorcio no explica por qué no cobró oportunamente ni por qué no resolvió el contrato ante tanto retraso.
- 3.9. Que la actual administración no podrá cumplir con los pagos, haciéndolos efectivos mediante su programación, con sujeción a la ley de presupuesto y demás legislación vigente, sino hasta cuando concluya el presente caso y el instaurado en la vía penal.

Posición del Tribunal Arbitral

- 3.10. Que, como se aprecia de la reseña de la posición de las partes, el Consorcio solicita el pago de valorizaciones, cuyos montos —en estricto—

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

no han sido contradichos (negados) por la Entidad. Tampoco, se ha cuestionado el contenido (metrados ejecutados) de cada valorización, ni que no se haya cumplido con presentar todos los documentos necesarios para el pago.

- 3.11. Que, en efecto, la Municipalidad se limita a hacer referencia a una supuesta sobrevaloración de las obras licitadas (sin contar supuestamente con presupuesto) y a cuestionar a la gestión municipal predecesora. Sin embargo, ello corresponde a materias ajenas a la competencia de este Tribunal Arbitral; sin perjuicio de las acciones legales que haya iniciado la Municipalidad o que estime conveniente iniciar.
- 3.12. Que, en este punto controvertido, el Colegiado deberá analizar únicamente si corresponde o no —según las normas de contratación estatal y de acuerdo a lo establecido en el Contrato— ordenar el pago de las valorizaciones n.ºs 04, 07 y 08.
- 3.13. Que, sobre el particular, la Cláusula Sexta del Contrato establece lo siguiente:

«CLÁUSULA SEXTA: VALORIZACIONES

Las valorizaciones tienen carácter de pagos a cuenta y serán elaboradas de conformidad con lo establecido en artículo 197 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado».

- 3.14. Que, por su parte, el artículo 197 del Reglamento establece lo siguiente:

«Artículo 197.- *Valorizaciones y Metrados*

Las valorizaciones tienen carácter de pagos a cuenta y serán elaboradas el último día de cada periodo previsto en las Bases, por el inspector o supervisor y el contratista.
(...)

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

El plazo máximo de aprobación por el inspector o el supervisor de las valorizaciones y su remisión a la Entidad para periodos mensuales es de cinco (5) días, contados a partir del primer día hábil del mes siguiente al de la valorización respectiva, y será cancelada por la Entidad en fecha no posterior al último día de tal mes (...».

- 3.15. Que, en torno al pago, la Cláusula Décimo Octava del Contrato establece lo siguiente:

«CLÁUSULA DÉCIMO OCTAVA: PAGO DE VALORIZACIONES

Las valorizaciones de avance de obra, (sic) tienen carácter de pagos a cuenta y serán elaboradas quincenalmente y presentadas el último día de cada periodo quincenal por el inspector o supervisor y el contratista, sobre la base de los metrados ejecutados en dicho periodo. El plazo máximo de aprobación por el inspector o supervisor de las valorizaciones quincenales y su remisión a la Municipalidad Distrital de San Marcos, será de TRES (3) días, contados a partir del primer día hábil de la quincena siguiente al de la valorización respectiva, y será cancelada por LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN MARCOS, hasta el último día de tal quincena, mediante el Sistema de Crédito Comercial, utilizado y adoptado por la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN MARCOS.

Conjuntamente con la valorización, el contratista presentará los siguientes documentos necesarios para el pago, la Factura por el monto valorizado y los Certificados de control de calidad de los materiales y trabajos ejecutados así como los documentos de sustentación gráfica y analítica de los metrados valorizados».

- 3.16. Que, en el presente caso, mediante Carta n.º 046-MDSM/CE, de fecha 5 de mayo de 2014, el Consorcio remite al Supervisor el Informe de Valorización n.º 04, correspondiente al mes de abril del 2014, ascendente a S/ 174,127.81, tal como se aprecia de la siguiente factura:

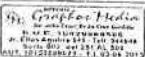
Arbitraje seguido por Consorcio Esperanza y la Municipalidad Distrital de San Marcos
Expediente n.º S115-2015/SNA-OSCE

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Fernán Altuve-Febres Lores

José Miguel Urrelo Reaño

 CONTINENTAL CONSTRUCTORA Y SERVICIOS GENERALES S.A.C. P.J. JOSE SEGUNDO ROCA N° 316 INT. 1 URB. EL RETAGLO LIMA - LIMA - COMAS		CHINCHILLA R.U.C. N° 20445349322 FACTURA 002- NO 000257		
Señor(es): <u>MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN MARCOS</u> Dirección: <u>TR. PROGRESO N°332 - PLAZA DE ARMAS</u> R.U.C. N°: <u>20166544000</u> Guia Rem. N°: _____ Fecha: _____ de _____ del 20_____				
CANT.	P.UNIT.	DE S C R I P C I Ó N	P.UNIT.	VALOR VENTA
		VALORIZACION N° 04 CORRESPONDIENTE AL PERÍODO DEL 01/04/2014 AL 30/04/2014 CON UN AVANCE EJECUTADO DEL 31.66 % DE LA OBRA S/ CREADO DEL MURO DE CONTENCIÓN EN CONCRETO EN EL BARRIO SAN KIBRO, DISTRICTO DE SAN MARCOS - HUANUCO CON CERTIFICADO DE CONFORMIDAD N° 10 JUN 2015 RECIBIDO A LA VISTA CHINCHILLA G. Arellano		5/174,127.81
SON:		 		SUB - TOTAL: 5/174,127.81 I.G.V. 18%: 5/26,567.87 TOTAL: 5/194,695.68
				
FECHA: DIA: _____ MES: _____ AÑO: _____ AUT. 101-211095-21 - 15.05.2014				

3.17. Que, mediante Carta n.º 25-2014-SO/RMLV, de fecha 6 de mayo de 2014,⁴ el Supervisor dio su conformidad a la Valorización n.º 04.

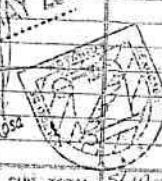
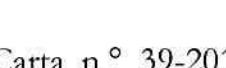
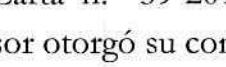
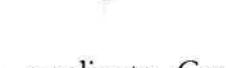
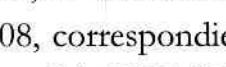
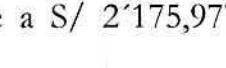
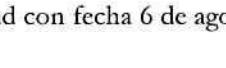
3.18. Que, por otro lado, mediante Carta n.º 060-MDSM/CE, de fecha 2 de agosto de 2014, el Consorcio remite al Supervisor el Informe de la Valorización n.º 07, correspondiente al mes de julio del 2014, ascendente a S/ 213,568.67, tal como se aprecia de la siguiente factura:

⁴ Recibido por la Municipalidad con fecha 8 de mayo de 2014.

*Arbitraje seguido por Consorcio Esperanza y la Municipalidad Distrital de San Marcos
Expediente n.º S115-2015/SNA-OSCE*

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

CONTINENTAL CONSTRUCTORA Y SERVICIOS GENERALES S.A.C. P.J. JOSE SEGUNDO ROCA N° 316 INT. 1 URB. EL RETABLO LIMA - LIMA - COMAS		R.U.C. N.º 20445349322 FACTURA 002- N.º 890263		
Señor(es): MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN MARCOS Dirección: JR. PROGRESO N.º 332 - PLAZA DE ANTIAS R.U.C. N.º: 20166544000		Guia Rem. N.º _____ Fecha, de _____ al 20 _____		
CANT.	P. UNIT.	DESCRIPCIÓN	P. UNIT.	VALOR VENTA
		VALORIZACIÓN N.º 07 CORRESPONDIENTE AL PERÍODO DEL 01/07/2014 AL 31/07/2014 CON UN AVANCE EJECUTADO ESPECÍFICO DEL 98.68 % DE LA OBRA ^{que anteceden la ejecución} * CREACIÓN DEL MUDO DE CALACATECA - 02 EN EL BARRIO SAN MARCOS - 02 DE SAN MARCOS que se ejecutó en el mes de AGOSTO 2014 LEVANTAR BOSQUE DEL DOCUMENTO QUE SE PONE A LOS QUE TENGAN LA VENTA Gilmar		S/ 213,568.64
		SUB - TOTAL: S/ 180,940.40 I.G.V. 18 %: S/ 32,578.24 TOTAL: S/ 213,568.64		
				
				
				
				
				
				
				
				
				
				
				
				
				
				
				
				
				
				

Arbitraje seguido por Consorcio Esperanza y la Municipalidad Distrital de San Marcos
Expediente n.º S115-2015/SNA-OSCE

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

 CONTINENTAL CONSTRUCTORA Y SERVICIOS GENERALES S.A.C. P.J. JOSE SEGUNDO ROCA N° 310 INT. 1 URB. EL RETABLO LIMA - LIMA - COMAS		R.U.C. N° 20445349322 FACTURA 002- N° 000269		
Señor(es): MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN MARCOS Dirección: SP. PROGRESO N° 332 - PLAZA DE ARMAS		R.U.C. N°: 20166544000 Guia Rem. N° _____ Fecha _____ del 20_____		
CANT.	P. UNIT.	DE S C R I P C I Ó N	P. UNIT.	VALOR VENTA
		<i>VALORIZACIÓN N° 08 CORRESPONDIENTE AL PERÍODO DEL 11/11/2014 AL 30/11/2014 CON UN AVANCE EJECUTADO DEL 80.69 % DE LA OBRA EN CREACIÓN DEL MURALLÓN EXISTENTE EN EL BARRIO SPAN EN CONSTRUCCIÓN DI SAN MARCOS EN DEL 05.11.2014 AL 05.12.2014</i>		<i>12'775,977.76</i>
		<i>SON: DOS MILLONES CIENTO SETENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS ESTADOS DE DIA: MES: AÑO: 14/10/14 CANCELADO</i>		<i>SUB- TOTAL: 11'844,048.46 IGV: 18 %: 2'331,928.81 TOTAL: 12'775,977.76</i>
USUARIA:				

- 3.21. Que, mediante Carta n.º 55-2014-SO/RMLV, de fecha 5 de diciembre de 2014,⁶ el Supervisor otorgó su conformidad a la valorización presentada.
- 3.22. Que, como se aprecia, incluso, el Supervisor designado por la propia Entidad ha dado su conformidad a las valorizaciones materia de la presente controversia.
- 3.23. Que, asimismo, corresponde reiterar que la Municipalidad no ha cuestionado el contenido (metrados ejecutados) de cada valorización, ni ha argumentado (ni menos aún acreditado) que no se hayan seguido los procedimientos establecidos tanto en el Reglamento como en el Contrato, para el pago de valorizaciones.
- 3.24. Que resulta relevante precisar que la obligación de pago de las

⁶ Recibido por la Municipalidad con fecha 8 de diciembre de 2014.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

valorizaciones (cuya conformidad ha sido dada por la Supervisión) no se extingue por cambio de administración municipal ni porque el Contrato hubiese sido resuelto luego.

- 3.25. Que, en efecto, se debe tener presente que las valorizaciones tienen carácter de pagos a cuenta por los trabajos realizados en obra.
- 3.26. Que, dentro de tal orden de ideas, de conformidad con los medios probatorios que obran en el Expediente, la Entidad no ha desvirtuado la validez de dichas valorizaciones; por lo que corresponde al Tribunal Arbitral declarar fundada la Primera Pretensión.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE LA ENTIDAD PAGUE LOS INTERESES DE CADA UNA DE LAS VALORIZACIONES ANTES DETALLADAS DEVENGADAS HASTA EL DÍA 9 DE JUNIO DE 2015 EN QUE SE PLANTEA QUE LA LIQUIDACIÓN ASCIENDE A S/ 29,441.97, ASÍ COMO LOS INTERESES QUE SIGAN GENERÁNDOSE CON POSTERIORIDAD HASTA EL MOMENTO DEL PAGO DE DICHAS VALORIZACIONES, SIENDO QUE DICHOS INTERESES DEBEN SER LIQUIDADOS UNA VEZ CANCELADAS LAS VALORIZACIONES PARA DETERMINAR LA FECHA DEL SALDO

Posición del Consorcio

- 3.27. Que el artículo 197 del Reglamento regula el tema de la fecha en que deben ser canceladas las valorizaciones. En ese sentido, el último día de pago de las valorizaciones por parte de la Entidad sería:

- Valorización n.º 04: hasta el 30 de abril de 2014.
- Valorización n.º 07: hasta el 31 de julio de 2014.
- Valorización n.º 04: hasta el 30 de noviembre de 2014.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

- 3.28. Que aplicando la tasa de interés legal señalada por la Superintendencia de Banca y Seguros y aplicando la fórmula indicada por la misma institución, al 9 de junio de 2015, la Entidad adeuda al Consorcio por concepto de intereses la suma de S/ 29,441.97.
- 3.29. Que, asimismo, la Entidad debe cancelar los intereses hasta la fecha efectiva de pago de las valorizaciones, pues por disposición legal el deudor está obligado a pagar los intereses legales por el retraso en el pago.

Posición de la Municipalidad

- 3.30. Que, en el escrito de contestación de demanda, en estricto, la Municipalidad no se pronuncia sobre este punto controvertido (relativo a la segunda pretensión de la demanda); sin embargo, en los fundamentos jurídicos de la contestación, la Entidad hace una breve referencia, indicando que, siendo un tema accesorio, los intereses solamente se pagarán de acuerdo con el artículo 48 de la Ley. De esta manera, este concepto sólo se pagará si alguna pretensión principal es declarada fundada.

Posición del Tribunal Arbitral

- 3.31. Que, como sabemos, los intereses moratorios son aquéllos que constituyen la manera de indemnizar al acreedor por el cumplimiento tardío de la obligación por parte del deudor, salvo que también se haya pactado daño ulterior.
- 3.32. Que al tratarse de una obligación de dar suma de dinero, en principio los intereses moratorios deberían computarse desde la fecha en que se intimó en mora al demandado para el pago —precisamente— de dicha obligación

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

de dar suma de dinero.

3.33. Que, sobre el particular, el artículo 48 de la Ley establece lo siguiente:

«Artículo 48.- Intereses y penalidades

En caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes. Igual derecho corresponde a la Entidad en caso sea la acreedora.

(...».

3.34. Que, por su parte, el artículo 181 del Reglamento establece lo siguiente:

«Artículo 181.- Plazos para los pagos

(...)

En caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48 de la Ley, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.

(...».

(El subrayado es nuestro).

3.35. Que, como se puede apreciar, estamos frente a un supuesto de mora automática, por lo que no se requiere intimación en mora.

3.36. Que, en la segunda parte del artículo 1333 del Código Civil se enumeran los supuestos que configuran la mora sin intimación. Así, el inciso primero prevé la situación de mora sin necesidad de interpelación cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.

3.37. Que, como bien señalan Osterling y Castillo,⁷ sin lugar a duda, el inciso 1 del artículo 1333 trata el supuesto más representativo de la mora

⁷ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra Editores S.A.C., 2008, p. 920.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

automática de pleno derecho, también denominada mora *ex re*.

3.38. Que, por su parte, el artículo 1246 del Código Civil establece lo siguiente:

«Artículo 1246.- Si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor sólo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal».

3.39. Que, en el presente caso, las partes no han pactado una tasa para el referido interés moratorio, por lo que corresponde aplicar lo establecido por el artículo 1245 del Código Civil, en tanto señala que «cuando deba pagarse interés, sin haberse fijado la tasa, el deudor debe abonar el interés legal».

3.40. Que, sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Arbitral advierte que el Consorcio —en la séptima página de su demanda— indica que la Municipalidad debió pagar las valorizaciones el último día de cada periodo; a saber: 30 de abril, 31 de julio y 30 de noviembre de 2014.

3.41. Que ello no es correcto, porque dicha afirmación desconoce el plazo que tiene la Supervisión para emitir su aprobación y el plazo que tiene la propia Entidad para efectuar el pago, de conformidad con lo establecido en la Cláusula Décimo Octava del Contrato.

3.42. Que, en ese sentido, este Tribunal Arbitral no puede ordenar el pago de los S/ 29,441.97 que el Consorcio reclama por concepto de intereses hasta el 9 de junio de 2015, porque dicho cálculo se habría efectuado de manera incorrecta.

3.43. Que, ante ello, el Tribunal Arbitral ampara parcialmente la segunda pretensión de la demanda, a efectos de que la Municipalidad pague los

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

intereses moratorios a una tasa legal, devengados desde el día en que incurrió en mora automática en cada una de las valorizaciones hasta la fecha efectiva de pago.

3.44. Que para dicho cálculo se deberá tener presente la fecha de vencimiento del plazo que tenía la Municipalidad para el pago de las valorizaciones n.ºs 04, 07 y 08.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE LA ENTIDAD CUMPLA CON EL PAGO DE MAYORES GASTOS GENERALES DE LA EJECUCIÓN DE LA OBRA RESPECTO A LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N.º 01 POR 62 DÍAS CALENDARIO, APROBADA POR RESOLUCIÓN DE ALCALDÍA N.º 553-2014-MDSM/A, DE FECHA 24 DE NOVIEMBRE DE 2014, POR EL MONTO ASCENDENTE A S/ 290,369.73

Posición del Consorcio

3.45. Que, mediante Resolución de Alcaldía n.º 553-2014-MDSM/A, la Municipalidad aprobó la Ampliación de Plazo n.º 01 por 62 días calendario, sin embargo, de manera unilateral dispuso que no reconocería los gastos generales.

3.46. Que la resolución que aprueba la ampliación de plazo reconoce que la misma obedece a causales ajenas al contratista y, por ello, corresponde el pago de mayores gastos generales, según lo establecido en el artículo 202 del Reglamento.

3.47. Que, sin embargo, en la Resolución de Alcaldía n.º 553-2014-MDSM/A no se reconoce el pago de los mayores gastos generales, los cuales ascienden a:

*Arbitraje seguido por Consorcio Esperanza y la Municipalidad Distrital de San Marcos
Expediente n.º S115-2015/SNA-OSCE*

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

Gastos Generales según expediente técnico	S/ 595,345.27
Plazo de Contrato (días)	150
Gastos Generales X días	S/ 3,968.97
1ra Ampliación de Plazo (días)	62
Gastos Generales X 62 días	S/ 246,076.04
Sub Total Gastos Generales	S/ 246,076.04
IGV	S/ 44,293.69
Total Gastos Generales	S/ 290,369.73

Posición de la Municipalidad

- 3.48. Que la Resolución de Alcaldía n.º 553-2014-MDSM/A ha quedado consentida y tiene calidad de cosa decidida, porque han transcurrido más de quince (15) días desde su notificación.
- 3.49. Que el artículo 204 del Reglamento establece una formalidad que jamás cumplió la parte demandante, razón por la cual no se hizo constar en la resolución ningún pago por tal concepto.
- 3.50. Que la parte demandante no menciona ese dispositivo que le obligaba a que, previamente, se debía presentar al Supervisor una Valorización de Mayores Gastos Generales, a efectos de que se ponga en conocimiento de la Entidad.

Posición del Tribunal Arbitral

- 3.51. Que el artículo 202 del Reglamento establece lo siguiente:

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

«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.

Solo 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.

(...»). (La negrita y el subrayado son nuestros).

- 3.52. Que, mediante Resolución n.º 553-2014-MDSM/A, de fecha 24 de noviembre de 2014, se aprobó la Ampliación de Plazo n.º 01, indicando lo siguiente:

«ARTÍCULO SEGUNDO: APROBAR, (sic) la Ampliación de Plazo n.º 01 de la Obra (...) por 62 días calendario, SIN RECONOCIMIENTO DE GASTOS GENERALES, por haberse generado como consecuencia de paralización de Obra, en consecuencia, trasládese el término del plazo de ejecución de Obra del 02 de Octubre al 11 de Enero de 2015». (El subrayado es nuestro).

- 3.53. Que, en el presente caso, el Consorcio —teniendo la carga de la prueba— no ha acreditado que, al momento de solicitar la ampliación, cumplió con acreditar los mayores gastos generales que invoca.
- 3.54. Que tampoco, en el presente caso, el Consorcio ha acreditado los S/290,369.73 que pretende por concepto de mayores gastos generales, a pesar de que se concedió la ampliación de plazo por paralización de obra.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

3.55. Que, en consecuencia, corresponde desestimar la Tercera Pretensión de la demanda.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE LA ENTIDAD PAGUE LOS MAYORES GASTOS GENERALES DE LA EJECUCIÓN DE LA OBRA RESPECTO A LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N.º 02 POR 58 DÍAS CALENDARIO, DESDE EL DÍA 3 DE FEBRERO DE 2015 HASTA EL DÍA 1 DE ABRIL DE 2015, APROBADO POR EL SUPERVISOR Y POR EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO, POR EL MONTO ASCENDENTE A S/271,636.20

Posición del Consorcio

3.56. Que, de conformidad con lo establecido por el artículo 201 del Reglamento, la Ampliación de Plazo n.º 02 se entiende concedida, porque la Entidad no emitió pronunciamiento sobre el particular.

3.57. Que, mediante Carta n.º 085-MDSM/CE, remitida el 17 de febrero de 2014, el Consorcio presentó al Supervisor la solicitud de Ampliación de Plazo n.º 02, por una causal abierta desde el 15 de noviembre de 2014 hasta el 11 de enero de 2015 (58 días calendario).

3.58. Que, mediante Carta n.º 057-2014-SO-RMLV, remitida el 17 de diciembre de 2014, la Supervisión corre traslado a la Entidad del pedido de ampliación, dentro del plazo establecido en el Reglamento.

3.59. Que la ampliación de plazo fue remitida a la Entidad con una opinión favorable por parte de la Supervisión, por una causal no atribuible al contratista.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

- 3.60. Que al no existir pronunciamiento por parte de la Entidad según lo establecido por el artículo 201 del Reglamento, ésta se otorgó por silencio administrativo positivo.
- 3.61. Que por dicha consideración corresponde el pago de los mayores gastos generales, los cuales se determinan de la siguiente manera:

Gastos Generales según expediente técnico	S/ 595,345.27
Plazo de Contrato (días)	150
Gastos Generales X días	S/ 3,968.97
1ra Ampliación de Plazo (días)	58
Gastos Generales X 58 días	S/ 230,200.17
Sub Total Gastos Generales	S/ 230,200.17
IGV	S/ 41,436.03
Total Gastos Generales	S/ 271,636.20

Posición de la Municipalidad

- 3.62. Que dicha pretensión debe ser declarada improcedente, ya que las valorizaciones no son tácitas, sino que son expresas, debiendo ser las mismas reconocidas a través de actos administrativos, los mismos que al no realizarse en su oportunidad prescribieron o, en aplicación del principio de preclusión, entonces precluyeron.
- 3.63. Que los mayores gastos generales pudieron ser cobrados dentro del plazo de Ley o, caso contrario, haberse iniciado el trámite de reclamación ante la Entidad; sin embargo, al no darse ninguna de

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

dichas situaciones fácticas, la invocación legal deviene en improcedente.

- 3.64. Que la invocación de la aplicación del artículo 201 del Reglamento no exime al contratista de cumplir los pasos previos descritos en el artículo 204 del Reglamento. Sin embargo, el contratista jamás inició el cobro por dicho concepto.

Posición del Tribunal Arbitral

- 3.65. Que el artículo 201 del Reglamento establece lo siguiente:

«Artículo 201.- Procedimiento de ampliación de Plazo

(...)

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 pronunciamiento alguno dentro del plazo señalado, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad.**

(...)». (La negrita y el subrayado son nuestros).

- 3.66. Que, en el presente caso, mediante Carta n.º 085-MDSM/CE, de fecha 17 de diciembre de 2014,⁸ el Consorcio remitió al Supervisor la sustentación de la Ampliación de Plazo n.º 02, invocando atraso por causas no atribuibles al contratista.

⁸ Recibida en la misma fecha.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

- 3.67. Que, por su parte, mediante Carta n.º 57-2014-SO/RMLV, de fecha 17 de diciembre de 2014,⁹ el Supervisor remitió a la Entidad su Informe en torno a la Ampliación de Plazo n.º 02, recomendando a la Municipalidad que «considere la procedencia de la Solicitud de Ampliación de Plazo n.º 02 – Causal Abierta para no afectar la Ruta Crítica y poder culminar los trabajos de la Ejecución de la Obra en un 100%».
- 3.68. Que, a partir de dicha fecha, la Municipalidad tenía un plazo máximo de catorce (14) días para emitir un pronunciamiento, ya sea concediendo o desestimando el pedido de ampliación de plazo.
- 3.69. Que, sin embargo, a la fecha, la Municipalidad no emitió pronunciamiento en torno a este pedido de ampliación, por lo que —de conformidad con lo establecido en el citado artículo 201 del Reglamento— se considera ampliado el plazo por los 58 días calendario solicitados por el Consorcio.
- 3.70. Que la ampliación se otorgó porque precisamente la Municipalidad no emitió pronunciamiento, aun conociendo que la norma es expresa al señalar que es bajo su responsabilidad.
- 3.71. Que, en ese escenario, este Colegiado debe analizar si la ampliación de plazo concedida, en virtud de lo dispuesto por el referido artículo 201, implica también el reconocimiento de los mayores gastos generales respectivos.
- 3.72. Que, sobre el particular, debemos recordar que el artículo 202 del Reglamento señala lo siguiente:

⁹ Recibida en la misma fecha.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

«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». (La negrita y el subrayado son nuestros).

- 3.73. Que, como se puede apreciar, en el presente caso, corresponde la aplicación del primer párrafo del artículo 202, dado que la Ampliación de Plazo n.º 02 se sustenta en un atraso y no en paralización (supuesto regulado en el segundo párrafo de dicha norma).
- 3.74. Que ello implica que los mayores gastos generales se calculan de conformidad con la fórmula establecida en el primer párrafo del artículo 202 y no se requiere acreditación alguna.
- 3.75. Que, finalmente, se deja constancia de que la Municipalidad no ha cuestionado, en ningún momento, el cálculo efectuado por el Consorcio, es decir, no ha cuestionado que los mayores gastos generales asciendan a la suma de S/271,636.20.
- 3.76. Que, en consecuencia, corresponde amparar la Cuarta Pretensión de la demanda.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR SIN EFECTO LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO REALIZADA POR LA ENTIDAD

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

Posición del Consorcio

- 3.77. Que, mediante Carta n.º 21-2015-MDSM/A, notificada el 12 de febrero de 2015, la Entidad señaló algunas observaciones respecto de un presunto incumplimiento contractual.
- 3.78. Que, mediante Carta n.º 089-MDSM-CE, el Consorcio absolvió todas las observaciones; sin embargo, la Entidad procedió a la resolución del contrato.
- 3.79. Que, mediante carta n.º 31 del 2015, de fecha 12 de marzo de 2015, la Municipalidad convocó al Consorcio (para el mismo día de la notificación) a la constatación física e inventario.
- 3.80. Que, sin embargo, la Municipalidad dejó sin efecto dicha carta y remitió una nueva Carta Notarial n.º 035-2015-MDSM/A, notificada el 20 de marzo de 2015, a través de la cual manifiesta su decisión de resolver el Contrato.
- 3.81. Que el Consorcio no está de acuerdo con la resolución, porque no se está frente a un incumplimiento de sus obligaciones, ya que el Consorcio se ha comprometido con los vecinos afectados con la construcción de la obra.
- 3.82. Que todas las observaciones fueron levantadas ante el Supervisor que representa a la Entidad; sin embargo, la Municipalidad no considera ello.
- 3.83. Que el Consorcio se pronuncia sobre cada una de las observaciones contenidas en la Carta n.º 21-2015-MDSM/A; a saber:

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

- Reparación del tapial del señor Alejandro Ramírez Aurelio.
- Reparación de la casa de la señora Tarela Sánchez Castro (o Tarcila Sánchez Castro).
- Reparación de la casa de los señores Marcelo Raymundo Espinoza, Andrés Trujillo Fernández y Jhon Trujillo Colcas.
- Reparación de los muros de mampostería que sirven de protección a los dos reservorios de agua de 40m³ y 84m³, ubicados en el sector San Isidro.
- Reparación de las tuberías de la línea de conducción de agua para el tanque elevado que se encuentra en el aire y que sólo son sostenidos por unos palos.
- Cumplir con las medidas de seguridad correspondientes en obra y colocación de cintas de seguridad en las casas afectadas.
- Pago de sueldos del trabajador Noé Chahua Huerta.
- Señalamiento del domicilio legal en la localidad de San Marcos.
- Permanencia en la obra del ingeniero Residente de Obra.

3.84. Que, con fecha 26 de marzo de 2015, la Municipalidad llevó a cabo la constatación física e inventario; sin embargo, el Acta nunca ha sido entregada al Consorcio. Ello acredita, una vez más, el abuso que está cometiendo la Municipalidad.

3.85. Que, finalmente, el Consorcio señala que la resolución del Contrato se le notificó mediante Carta n.º 035-2015-MDSM/A, notificada el 20 de marzo de 2015. Sin embargo, luego, el Consorcio fue notificado con la Resolución de Alcaldía n.º 176-2015-MDSM/Hri/A, a través de la cual se aprueba la resolución del Contrato, haciendo referencia a informes de Gerencias que nunca fueron notificados al demandante.

Posición de la Municipalidad

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

- 3.86. Que, respecto de las observaciones indicadas en la Carta n.º 21-2015-MDSM/A, éstas no han sido levantadas en su totalidad, siendo que hasta la fecha persisten. Ello se podría comprobar si el Tribunal Arbitral pudiera ver *in situ* el estado de la obra, así como la alarmante y peligrosa condición en la que se encuentran los taludes.
- 3.87. Que la Entidad considera que en ningún momento se ha vulnerado el debido proceso ni el derecho a la defensa, toda vez que cada una de las comunicaciones que se remitió al Consorcio fueron con un juego de copias anexadas.
- 3.88. Que la resolución de contrato debe ser declarada válida, toda vez que la Entidad cursó carta a la parte demandante, respecto de las observaciones y ante su contestación incompleta y extemporánea se procedió a la resolución del contrato.
- 3.89. Que el Consorcio miente respecto a la fecha de notificación de la Carta n.º 21-2015-MDSM/A, ya que la misma tiene como fecha real el día 5 de febrero de 2015, y no el 12 de febrero de 2015.
- 3.90. Que las observaciones fueron levantadas parcialmente mediante Carta n.º 089-2015-MDSM-CE e, incluso, fueron levantadas extemporáneamente.
- 3.91. Que, asimismo, los documentos presentados por el Consorcio no pasan de ser documentos unilaterales, ya que no cuentan con la conformidad de los afectados.
- 3.92. Que, en estos momentos, no existe poblador afectado que esté conforme con las supuestas medidas de seguridad en las viviendas afectadas.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

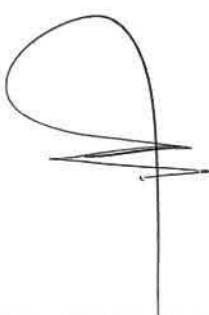
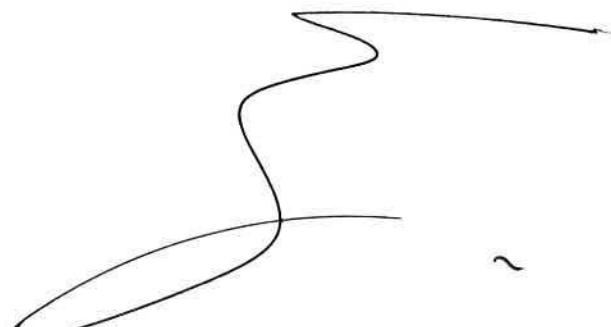
- 3.93. Que las medidas de seguridad debieron ser tomadas antes de iniciar la obra, con lo cual se hubiera evitado la situación actual y la urgente necesidad de que la Municipalidad ordene la ejecución de obras conducentes a impedir que existan mayores daños patrimoniales y personales.

Posición del Tribunal Arbitral

- 3.94. Que, como se aprecia de la reseña de la posición de las partes, este punto controvertido gira en torno a determinados incumplimientos por parte del Consorcio, por lo que corresponde que el Colegiado (i) analice cuáles son dichos incumplimientos invocados por la Entidad para la resolución del contrato, (ii) determinar si dichos incumplimientos fueron subsanados oportunamente.

¿Cuáles han sido los incumplimientos invocados por la Entidad?

- 3.95. Que, mediante Carta Notarial n.º 21-2015-MDSM/A, la Municipalidad solicita al Consorcio que subsane los siguientes incumplimientos:



Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

- Reparación de tapial del señor Alejandro RAMIREZ AURELIO (Garapatac).
- Reparación de la casa de Tarela SANCHEZ CASTRO (Garapatac).
- Reparación de la casa de Marcelo RAYMUNDO ESPINOZA (Garapatac).
- Reparación de la casa de Andrés TRUJILLO FERNANDEZ (Garapatac).
- Reparación de la casa de Jhon TRUJILLO COLCAS (Garapatac).
- Reparación de los muros de mampostería que sirven de protección a los dos reservorios de agua de 40 m3 y 84 m3 ubicados en el sector San Isidro.
- Reparación de las tuberías de la línea de conducción de agua para el tanque elevado, que se encuentra en el aire y que solo son sostenidos por unos palos.
- Cumplir con las medidas de seguridad correspondiente en obra y colocación de cintas de seguridad en las casas afectadas.
- Pago de sueldos del trabajador Noe CHAHUA HUERTA.
- Permanencia en la Obra del Ing. Residente de Obra.
- Señalamiento de domicilio legal en la localidad de San Marcos.

3.96. Que, asimismo, la Municipalidad otorgó al Consorcio un plazo de quince (15) días para dicha subsanación, con lo cual se cumple con los requerimientos de forma establecidos en la Cláusula Vigésimo Séptima del Contrato, la cual establece lo siguiente:

«CLÁUSULA VIGÉSIMO SÉPTIMA: RESOLUCIÓN DE CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO

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 de quince (15) días, bajo apercibimiento de que el contrato quede resuelto de pleno derecho. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada, mediante carta notarial, resolverá el contrato de forma total o parcial.

(...».

¿Los incumplimientos fueron subsanados oportunamente?

De la reparación del Tapial del Señor Alejandro Ramírez Aurelio

3.97. Que, en la Carta n.º 089-MDSM/CE, el Consorcio no hace mención alguna en torno a la subsanación de la observación relativa al señor Alejandro

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

Ramírez Aurelio; es decir, la parte demandante no acredita —de forma alguna— que el incumplimiento imputado por la Entidad haya sido debida y oportunamente corregido.

- 3.98. Que, en el escrito de demanda, el Consorcio indica que conforme consta de lo descrito por el Supervisor en los folios 33, 34 y 35 del Cuaderno de Obra n.º 4, el demandante cumplió con lo señalado en el Expediente Técnico. Sin embargo, el señor Alejandro Ramírez Aurelio solicitó una mampostería de concreto armado que el Consorcio habría cumplido. Sobre el particular, cabe precisar que el demandante no ha acreditado lo señalado con ningún medio probatorio.
- 3.99. Que, asimismo, el Consorcio menciona la existencia de un compromiso aceptado por la Supervisión y que constaría en el folio 21 del Cuaderno de Obra, a efectos de construir el tapial del señor Ramírez. Sin embargo, ello tampoco ha sido acreditado. Además, se debe tener presente que los compromisos no implican la subsanación real de las observaciones que se realizan.
- 3.100. Que, dentro de tal orden de ideas, el demandante, a pesar de tener la carga de la prueba, no ha acreditado haber subsanado la observación relativa al señor Ramírez.

De la reparación de la casa de la señora Tarela Sánchez Castro

- 3.101. Que, en la Carta n.º 089-MDSM/CE, el Consorcio no hace mención alguna en torno a la subsanación de la observación relativa a la señora Tarela Sánchez Castro, es decir, la parte demandante no acredita —de forma alguna— que el incumplimiento imputado por la Entidad haya sido debida y oportunamente corregido.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

- 3.102. Que, en el escrito de demanda, el Consorcio indica que la Entidad no precisó en qué consistía la afectación de la casa de la señora Sánchez. Por ello, el Consorcio conversó con la señora Sánchez y advirtió que se trataba del pedido de una obra adicional en la parte baja del inmueble de sus familiares, como se despendiera del folio 35 del Cuaderno de Obra n.º 4.
- 3.103. Que, sin embargo, ello tampoco ha sido acreditado con medio probatorio alguno.
- 3.104. Que, incluso, el Consorcio —a pesar de sostener que se trataba de una obra adicional y no de una reparación— acepta que ejecutó 10 metros lineales por 4 metros de altura de un muro pedido con posterioridad por la referida señora.
- 3.105. Que, finalmente, el Consorcio indica que existe un compromiso de su parte para reparar los supuestos daños al finalizar la obra (construir el muro solicitado de manera caprichosa por la señora Sánchez), como se apreciaría del folio 32 del Cuaderno de Obra n.º 4. Sin embargo, ello tampoco ha sido acreditado. Además, se debe tener presente que los compromisos no implican la subsanación real de las observaciones que se realizan.
- 3.106. Que, dentro de tal orden de ideas, el demandante, a pesar de tener la carga de la prueba, no ha acreditado haber subsanado la observación relativa a la señora Sánchez.

De la reparación de la casa del señor Marcelo Raymundo Espinoza

- 3.107. Que, mediante Carta n.º 089-MDSM/CE, el Consorcio —reconociendo la existencia de daños y perjuicios en la vivienda del señor Raymundo—

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

expone un plan de evacuación de la familia afectada. Asimismo, presenta un acta de compromiso por parte del Consorcio de pagar el alquiler de una casa para la evacuación, hasta que se restauren todos los daños.

3.108. Que, sin embargo, en la propia acta se deja constancia de que el señor Raymundo se negó a firmarla.

3.109. Que, además, el Tribunal Arbitral advierte que el Consorcio no ha acreditado que realmente la reparación de los daños no se podía hacer de forma inmediata, como señala en su escrito de demanda.

3.110. Que, dentro de tal orden de ideas, el demandante, a pesar de tener la carga de la prueba, no ha acreditado haber subsanado la observación relativa al señor Raymundo.

De la reparación de la casa del señor Andrés Trujillo Fernández

3.111. Que, mediante Carta n.º 089-MDSM/CE, el Consorcio —reconociendo la existencia de daños y perjuicios en la vivienda del señor Trujillo— expone un plan de evacuación. Asimismo, en dicha carta, se detalla fotográficamente dicho plan y las medidas de seguridad adoptadas (colocación de cinta de seguridad).¹⁰

3.112. Que, sin embargo, el Tribunal Arbitral advierte que el Consorcio no ha acreditado que realmente la reparación de los daños no se podía hacer de forma inmediata, como señala en su escrito de demanda, ni que se hayan realizado.

¹⁰ En estricto, la colocación de cintas de seguridad es otra de las observaciones efectuadas por la Municipalidad.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

3.113. Que, dentro de tal orden de ideas, el demandante, a pesar de tener la carga de la prueba, no ha acreditado haber subsanado la observación relativa al señor Trujillo Fernández.

De la reparación de la casa del señor Jhon Trujillo Colcas

3.114. Que, en la Carta n.º 089-MDSM/CE, el Consorcio no hace mención alguna en torno a la subsanación de la observación relativa al señor Trujillo Colcas, es decir, la parte demandante no acredita —de forma alguna— que el incumplimiento imputado por la Entidad haya sido debida y oportunamente corregido.

3.115. Que, en el escrito de demanda, el Consorcio indica que el señor Trujillo Colcas optó por quedarse en su vivienda, debido a que la misma no se encontraba muy afectada y no representaba un peligro (considerando que era de material noble). Sin embargo, nada de lo afirmado por el Consorcio ha sido acreditado, ni con material fotográfico ni con algún documento firmado por el referido señor.

3.116. Que, dentro de tal orden de ideas, el demandante, a pesar de tener la carga de la prueba, no ha acreditado haber subsanado la observación relativa al señor Trujillo Colcas.

De la reparación de los muros de mampostería que sirven de protección a dos reservorios de agua

3.117. Que, mediante Carta n.º 089-MDSM/CE, el Consorcio se compromete a la reparación de la mampostería, después de terminado el muro de contención correspondiente a la progresiva 0+110.00 m. Ello, a efectos de evitar problemas secundarios que se podrían presentar debido a la excavación del movimiento de tierra.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

- 3.118. Que, sobre el particular, el Tribunal Arbitral advierte el reconocimiento del incumplimiento y resalta que la probabilidad de «problemas secundarios» no puede ser considerada una justificación válida para no subsanar oportunamente la observación advertida por la Entidad.
- 3.119. Que, en estricto, los movimientos de tierra —correctamente ejecutados— no conllevan a ningún problema.
- 3.120. Que, dentro de tal orden de ideas, el demandante, a pesar de tener la carga de la prueba, no ha acreditado haber subsanado la observación relativa a los muros de mampostería de los reservorios.

De la reparación de las tuberías de la línea de conducción de agua para el tanque elevado

- 3.121. Que, mediante Carta n.º 089-MDSM/CE, el Consorcio acredita la reparación de las tuberías de la línea de conducción.
- 3.122. Que, en ese sentido, esta observación sí fue subsanada por el Consorcio.

Cumplir con las medidas de seguridad correspondiente en obra y colocación de cintas de seguridad en las casas afectadas

- 3.123. Que, mediante Carta n.º 089-MDSM/CE, el Consorcio presenta material fotográfico relativo a las medidas de seguridad en obras y a la cinta de seguridad en casas afectadas.
- 3.124. Que, si bien el Colegiado puede coincidir con la Municipalidad, en el sentido de que las medidas de seguridad debieron adoptarse de manera previa al inicio de las obras, precisamente ante el requerimiento de la Entidad, el

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

Consorcio procede a subsanar dichas observaciones.

3.125. Que, en ese sentido, el Colegiado estima que esta observación sí fue subsanada por el Consorcio.

Pago del sueldo del trabajador Noé Chahua Huerta

3.126. Que, si bien en el ítem «Contenido» del Informe adjunto a la Carta n.º 089-MDSM/CE, se indica que se desarrollará lo relativo al «pago de sueldo del trabajador el sr. (sic) Noé Chahua Huerta», ello no es así.

3.127. Que, incluso, en el escrito de demanda, se afirma que el Consorcio «siempre se la ha cumplido (sic) con cancelar sus haberes», pero no acredita dicha afirmación, a pesar de que se señala que «adjuntamos al presente documento la copia de la boleta de pago del Sr. Con lo que damos por cumplida la obligación que se nos emplazó (sic) (...».

3.128. Que, dentro de tal orden de ideas, el Consorcio no ha acreditado haber levantado oportunamente la observación relativa al señor Chahua.

Permanencia en la Obra del Residente

3.129. Que la Municipalidad no acredita un incumplimiento permanente en torno a la presencia del residente en obra.

3.130. Que la Municipalidad presenta el Acta de Monitoreo de Obra, de fecha 18 de agosto de 2014, lo cual no acredita fehacientemente la ausencia constante del residente.

3.131. Que no se puede dejar de lado que el residente se encuentra a cargo de toda

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

la obra y que ello puede implicar que tenga que movilizarse a diversos tramos de la misma.

- 3.132. Que, ante una ausencia continua del residente, el Supervisor (en representación de la Entidad) debió dejar constancia de ello en el cuaderno de obra. Sin embargo, la Municipalidad no ha presentado ninguna anotación en ese sentido.
- 3.133. Que, dentro de tal orden de ideas, no se ha acreditado el incumplimiento por parte del Consorcio en lo relativo a la permanencia del residente de obra.

Señalamiento de domicilio legal en la localidad de San Marcos

- 3.134. Que, mediante Carta n.º 089-MDSM/CE, el Consorcio señala domicilio legal en la localidad de San Marcos.
- 3.135. Que, en ese sentido, la observación sí ha sido subsanada por el Consorcio.

¿Correspondía resolver el Contrato?

- 3.136. Que, conforme se desprende del análisis efectuado en los Considerandos previos, el Consorcio no cumplió con subsanar todas las observaciones efectuadas por la Municipalidad, mediante Carta Notarial n.º 21-2015-MDSM/A.
- 3.137. Que el cumplimiento parcial en la subsanación de observaciones, no implica que la Municipalidad no pueda hacer efectivo el apercibimiento de resolución de Contrato.
- 3.138. Que, por ello, mediante Carta Notarial n.º 35-2015-MDSM/A, de fecha 16

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

de marzo de 2015, la Municipalidad comunica su decisión de resolver el Contrato.

3.139. Que, dentro de tal orden de ideas, la resolución ha sido correctamente efectuada por parte de la Municipalidad y, por ende, corresponde desestimar la Sexta Pretensión de la demanda.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DISPONER LA CONTINUIDAD DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO, CON LAS CORRESPONDIENTES AMPLIACIONES DE PLAZO Y EL PAGO POR MOVILIZACIÓN Y DESMOVILIZACIÓN DE MAQUINARIAS Y EQUIPOS POR EL MONTO ASCENDENTE A S/ 42,480.00

Posición del Consorcio

3.140. Que, habiéndose demostrado que la resolución de contrato carece de fundamentos formales y de fondo, se debe dejar sin efecto la misma y ordenarse la continuación del contrato.

3.141. Que tomando en consideración la duración del proceso arbitral y, por ende, la paralización de la obra, debe ampliarse el plazo por causas no imputables al contratista.

3.142. Que al resolverse de manera ilegal el Contrato, la Municipalidad ha obligado al Consorcio al retiro de los equipos y maquinarias, generándose un gasto por movilización y desmovilización ascendente a S/ 21,240.00.

3.143. Que, de considerarse la continuación del Contrato, se deberá ordenar el pago S/ 21,240.00 adicionales, para enviar nuevamente los equipos y maquinarias a la obra.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

Posición de la Municipalidad

- 3.144. Que existe un grave error técnico, pues la pretensión no guarda un orden jurídico, ya que cuando se trata de contradecir una resolución de contrato, la primera pretensión debe ser la que será la pretensión principal y después de eso acumular objetiva y subjetivamente las pretensiones, señalando y calificando cada una de ellas.
- 3.145. Que en toda la demanda no existe dicha calificación, lo cual debió originar que la demanda sea declarada inadmisible y de no subsanarse dicha deficiencia técnica, se debió rechazar la misma.

Posición del Tribunal Arbitral

- 3.146. Que, de conformidad con lo analizado en los Considerandos 3.94 al 3.139 del presente Laudo, la resolución efectuada por la Municipalidad se ajustó a derecho y, por ende, es válida.
- 3.147. Que, en ese sentido, no corresponde ordenar la continuación de la ejecución del Contrato a cargo del Consorcio, toda vez que dicha pretensión estaba condicionada a que se dejase sin efecto la resolución del Contrato efectuada por la Municipalidad.
- 3.148. Que, dentro de tal orden de ideas, corresponde desestimar la Séptima Pretensión de la demanda.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO EL PAGO DE S/ 777,851.91 POR DAÑOS Y PERJUICIOS, LUCRO CESANTE, MOVILIZACIÓN Y DESMOVILIZACIÓN DE EQUIPOS, DAÑO MORAL Y DESPRESTIGIO EMPRESARIAL, EN EL CASO QUE LA ENTIDAD HAYA DISPUESTO LA INICIACIÓN DE LA OBRA POR CUALQUIERA DE LAS

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

ALTERNATIVAS DISPUESTAS EN EL ARTÍCULO 44 DE LA LEY DE CONTRATACIONES
DEL ESTADO

Posición del Consorcio

- 3.149. Que, de determinarse la imposibilidad de continuar con la ejecución de la obra, el Consorcio solicita que se ordene a la Entidad se le indemnice por daños y perjuicios.
- 3.150. Que, respecto del lucro cesante, se señala que el avance acumulado de la obra asciende a S/ 8'430,089.00. En tal sentido, el 15.2% del saldo de obra representa S/ 1'283,059.55. Por ello, calculando como utilidad mínima el 20% de dicho importe, corresponde que se ordene el pago de S/256,611.91 por dicho concepto.
- 3.151. Que, respecto al daño moral y des prestigio empresarial, el Consorcio se ha ganado una reputación de incumplido, afectando al representante legal común emocionalmente, lo cual pone a la demandante en cierta desventaja con respecto a otras empresas. Por ello, el Consorcio cuantifica dicho daño en S/ 500,000.00.
- 3.152. Que, respecto de la movilización y desmovilización de maquinarias y equipos, el Consorcio considera que la suma por dichos conceptos asciende a S/ 21,240.00.

Posición de la Municipalidad

- 3.153. Que es imposible disponer la continuidad de la obra.
- 3.154. Que el Consorcio considera que, de ordenarse la continuidad de la obra,

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

habría que pagársele una indemnización por lucro cesante y daño moral, lo cual no es correcto, salvo que la resolución del Contrato haya sido arbitraria y sin amparo legal.

3.155. Que dicha obra jamás debió ejecutarse y menos en terreno privado. Asimismo, se trataba de una zona estable desde hace décadas y que sólo un acuerdo de colusión pudo originar su ejecución.

3.156. Que dicha zona tenía taludes estables y cuando se ejecutó la obra en forma técnicamente indebida se desestabilizó la zona (las viviendas que se encuentran en la parte alta sufrieron rajaduras y deslizamiento y ello ocasionó que sea una zona de alto riesgo).

3.157. Que la única forma de evitar daños mayores es precisamente ordenando la continuidad con estabilización de los taludes, para posteriormente reparar los daños causados por la parte demandante.

Posición del Tribunal Arbitral

3.158. Que, como sabemos, se puede solicitar una indemnización a efectos de resarcir un daño ocasionado. Sin embargo, para que ello pueda ser ordenado, deben concurrir tres elementos; a saber:¹¹

- (a) Inejecución de la obligación, que es el elemento objetivo.
- (b) La imputabilidad del deudor, o sea el vínculo de causalidad entre el dolo y la culpa y el daño, que es el elemento subjetivo; y

¹¹ OSTERLING PARODI, Felipe. «La indemnización de daños y perjuicios». p. 398. Ver: <http://www.sterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20indemnizacion%20de%20da%C3%B3s.pdf>

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

- (c) El daño, pues la responsabilidad del deudor no queda comprometida sino cuando la inejecución de la obligación ha causado un daño al acreedor.

3.159. Que, sobre el particular, Taboada¹² señala que los requisitos comunes a la responsabilidad civil son:

- (i) La antijuridicidad.
- (ii) El daño causado.
- (iii) La relación de causalidad.
- (iv) Los factores de atribución.

3.160. Que una conducta es antijurídica no sólo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico.¹³

3.161. Que, de conformidad con lo analizado en los Considerandos 3.94 al 3.139 del presente Laudo, la resolución efectuada por la Municipalidad se ajustó a derecho y, por ende, es válida.

3.162. Que, en ese sentido, en el presente caso, el Consorcio no ha acreditado la existencia del elemento de antijuricidad.

3.163. Que, en efecto, no corresponde ordenar el pago de una indemnización a favor del Consorcio, toda vez que dicha pretensión también está condicionada a que se deje sin efecto la resolución del Contrato efectuada

¹² TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2003, p. 32.

¹³ Ídem.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

por la Municipalidad.

3.164. Que, dentro de tal orden de ideas, corresponde desestimar la Octava Pretensión de la demanda.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE LA ENTIDAD CUMPLA CON EL PAGO DE LA VALORIZACIÓN N.º 10 POR S/ 393,724.56, MÁS LOS INTERESES LEGALES HASTA LA EMISIÓN DEL LAUDO Y LOS QUE SIGAN GENERÁNDOSE HASTA EL PAGO DE LA VALORIZACIÓN

Posición del Consorcio

3.165. Que, mediante Carta n.º 90-MDSM/CE, de fecha 1 de abril de 2015, el Consorcio presentó a la Supervisión la Valorización n.º 10 por la suma de S/ 393,724.56.

3.166. Que, mediante Carta n.º 72-2015-SO/RMCU, de fecha 5 de abril de 2015, presentó la conformidad a la referida valorización, a fin de que la Municipalidad proceda con el pago.

3.167. Que dicho pago, a la fecha, aún no se ha cumplido.

Posición de la Municipalidad

3.168. Que, a pesar de estar debidamente notificada, la Municipalidad no se pronunció en torno a la Valorización n.º 10.

Posición del Tribunal Arbitral

3.169. Que, como se puede apreciar de la reseña de la posición de las partes, la

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

Valorización se presentó el 1 de abril de 2015, es decir, cuando el Contrato ya se había resuelto válidamente.

3.170. Que, en ese sentido, una vez resuelto el Contrato, no corresponde los pagos a cuenta (las valorizaciones), sino la liquidación de la obra hasta la fecha de la resolución contractual.

3.171. Que, en ese sentido, el Tribunal Arbitral no puede ordenar el pago de una valorización presentada cuando el Contrato ya había sido resuelto. Ello implica que las partes —al momento de elaborar la liquidación respectiva— tomarán en cuenta tanto los metrados ejecutados y que fueron oportunamente valorizados, como aquellos metrados que no fueron valorizados, precisamente porque la Municipalidad comunicó su decisión de resolver el Contrato.

3.172. Que, dentro de tal orden de ideas, corresponde desestimar la pretensión acumulada del Consorcio.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE LA ENTIDAD PAGUE LOS GASTOS ARBITRALES, LOS GASTOS POR ASESORAMIENTO, LAS COSTAS Y COSTOS DEL PRESENTE PROCESO ARBITRAL

3.173. Que, en cuanto a los costos del arbitraje, el artículo 70 del Decreto Legislativo n.º 1071, dispone que el Tribunal Arbitral 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 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.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

3.174. Que los costos incluyen (i) los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral; (ii) los honorarios y gastos del secretario; (iii) los gastos administrativos de la Secretaría Arbitral; (iv) los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; (v) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; (vi) los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

3.175. Que la Cláusula Trigésimo Segunda del Contrato (solución de controversias) no regula el tema de los costos arbitrales.

3.176. Que, en ese sentido, atendiendo a la inexistencia de pacto entre las partes (en torno a la distribución de los costos arbitrales) y considerando el resultado o sentido de este laudo, y, en razón a que el Tribunal Arbitral estima el comportamiento procesal de las partes, a efectos de regular el pago de tales conceptos, es razonable:

- (i) Que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar.
- (ii) Que cada una asuma el 50% de los honorarios del Tribunal Arbitral y gastos administrativos.

3.177. Que, a efectos del pago de los honorarios de los árbitros y de los gastos administrativos, se deberá tener presente las liquidaciones efectuadas por la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE.

DE LA PRUEBA ACTUADA Y DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

El Tribunal Arbitral deja constancia de que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes. Asimismo, se deja constancia de que se ha examinado las pruebas presentadas, de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

principio de libre valoración de la prueba, recogido en el Decreto Legislativo n.º 1071, que regula el Arbitraje. Finalmente, el Colegiado deja constancia de que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia.

En consecuencia, y conforme al estado del proceso, el Tribunal Arbitral por unanimidad **LAUDA**:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión de la demanda interpuesta por Consorcio Esperanza y, en consecuencia, se ordena a la Municipalidad Distrital de San Marcos al pago de las Valorizaciones n.ºs 04, 07 y 08 por la suma de S/2'563,674.24.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** —en parte— la Segunda Pretensión de la demanda interpuesta por Consorcio Esperanza y, en consecuencia, se ordena a la Municipalidad Distrital de San Marcos al pago de los intereses devengados por las Valorizaciones n.ºs 04, 07 y 08, los cuales deberán ser calculados hasta la fecha de pago efectivo.

TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la Tercera Pretensión de la demanda interpuesta por Consorcio Esperanza.

CUARTO: Declarar **FUNDADA** la Cuarta Pretensión de la demanda interpuesta por Consorcio Esperanza y, en consecuencia, se ordena a la Municipalidad Distrital de San Marcos al pago de S/ 271,636.20 por concepto de mayores gastos generales de la Ampliación de Plazo n.º 02.

QUINTO: Declarar que **CARECE DE OBJETO** emitir pronunciamiento en torno a la Quinta Pretensión de la demanda interpuesta por Consorcio Esperanza, en virtud del desistimiento formulado mediante escrito n.º 05 (sic) presentado con fecha 8 de noviembre de 2016.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Fernán Altuve-Febres Lores
José Miguel Urrelo Reaño

SEXTO: Declarar **INFUNDADA** la Sexta Pretensión de la demanda interpuesta por Consorcio Esperanza.

SÉPTIMO: Declarar **INFUNDADA** la Séptima Pretensión de la demanda interpuesta por Consorcio Esperanza.

OCTAVO: Declarar **INFUNDADA** la Octava Pretensión de la demanda interpuesta por Consorcio Esperanza.

NOVENO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión acumulada formulada por Consorcio Esperanza.

DÉCIMO: En torno a los costos arbitrales, se ordena:

- (i) Que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar.
- (ii) Que cada una asuma el 50% de los honorarios del Tribunal Arbitral y gastos administrativos.


MARIO CASTILLO FREYRE
Presidente del Tribunal Arbitral


JOSÉ MIGUEL URRELO REAÑO
Árbitro

FERNÁN ALTUVE-FEBRES LORES
Árbitro

ROSSMERY PONCE NOVOA
Secretaria Arbitral
Dirección de Arbitraje del OSCE