

C-552

ORGANO ARBITRAL

CONSORCIO SAN ISIDRO vs MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN ISIDRO

JUAN CARLOS PINTO ESCOBEDO
Arbitro Único

Estimados Sres.

MUNICIPALIDAD DE SAN ISIDRO

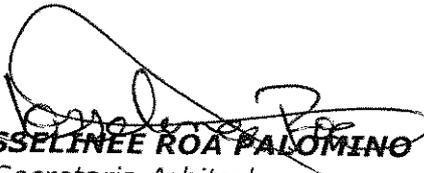
Casilla Nro. 6277 del Colegio de Abogados de Lima - Sede Miraflores
Distrito de Miraflores.-

Ref.: Notificación de Laudo Arbitral

Tengo el agrado de dirigirme a ustedes con la finalidad de notificarles, dentro del plazo establecido en el numeral 46 del Acta de Instalación, un ejemplar del laudo arbitral emitido por el Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo, en el proceso seguido entre Consorcio San Isidro y la Municipalidad Distrital de San Isidro.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

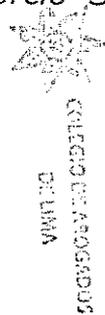
Atentamente,


JOSSELINEE ROA PALOMINO
Secretaria Arbitral

REGISTRACIONES JUDICIALES
SEDE MIRAFLORES

2019 FEB 11 PM 2:52

01799



D. Bocanegra

CONSORCIO SAN ISIDRO VS MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN ISIDRO

LAUDO DE DERECHO

DEMANDANTE: Consorcio San Isidro (en adelante, 'el CONSORCIO')

DEMANDADO: MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN ISIDRO (en adelante, la Entidad)

TIPO DE ARBITRAJE: Institucional y de Derecho.

ÁRBITRO ÚNICO: Juan Carlos Pinto Escobedo

SECRETARIA ARBITRAL: Josselinee Roa Palomino

Resolución N° 32

En Lima, a los 04 días del mes de febrero del año dos mil diecinueve, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

I. Existencia del Convenio Arbitral e Instalación del Árbitro Único

1.1 El Convenio Arbitral

Está contenido en la Cláusula Décimo Octava del Contrato N° 077-2015-MSI (en adelante, el Contrato) suscrito ente la Municipalidad Distrital de San Isidro (en adelante, la Entidad) y el Consorcio San Isidro, integrado por la Constructora Soldevilla S.R.L. y Grupo H Y S S.R.L. (en adelante, el Contratista).

1.2 Instalación del Tribunal Arbitral

Con fecha **11 de noviembre del 2016**, se reunieron en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones - OSCE el abogado **Juan Carlos Pinto Escobedo** en calidad de árbitro único, el abogado Héctor Martín Inga Aliaga como profesional de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales del Organismo Supervisor de las Contrataciones); con la asistencia, del Consorcio San Isidro (en adelante, el Consorcio) representado por la señora Sorayda Villavicencio Ampuero identificada con DNI N° 43293894 y el la Municipalidad de San Isidro representado por el abogado Elmer Martín reyes Velásquez, identificado con CAL N° 41434 y con D.N.I. 07288650, según delegación de facultades conferidas por el Procurador Público Municipal, abogado Pedro Hernández Navarrete.

II. Normatividad aplicable al arbitraje

Conforme a lo establecido en el Acta de Instalación, son de aplicación las siguientes normas: i) La Constitución Política del Perú, ii) La Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por la Ley N° 29873 (en adelante la LEY), iii) el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF(en adelante el REGLAMENTO); las modificaciones contenidas

en el Decreto Supremo Nro. 138-2012-EF publicado con fecha 07.08.2012, iv) las normas de derecho público y v) las de derecho privado.

Asimismo, la aplicación del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, se realizará de manera supletoria y siempre que no se oponga a lo establecido en la Ley y su Reglamento.

III. De la Demanda Arbitral presentada por el CONSORCIO

Con fecha 25 de noviembre de 2016 el CONSORCIO presentó su demanda arbitral refiriendo las siguientes pretensiones:

1. Como **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL**, el CONSORCIO solicita que se declare inválida y se deje sin efecto legal la Resolución de Contrato de Obra N° 77-2015-MSI de fecha 16 de noviembre del año 2015 suscrito ente la Municipalidad de San Isidro y el Consorcio San Isidro, integrado por la Constructora Soldevilla S.R.L. y Grupo H Y S S.R.L.
 - 1.1 Como **PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA DE LA PRETENSIÓN PRINCIPAL**, se declare la plena validez y vigencia del citado contrato.
 - 1.2 Como **SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA DE LA PRETENSIÓN PRINCIPAL**, se disponga dejar sin efecto la ejecución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 11-0137-9800025845-73 emitida por el Consorcio emitida por el BBVA Banco Continental, por la suma de TREINTA Y SIETE MIL CIENTO TRES CON 51/100 NUEVOS SOLES (S/. 37 103.51).
 - 1.3 Como **TERCERA PRETENSIÓN ACCESORIA DE LA PRETENSIÓN PRINCIPAL**, que el Consorcio ha cumplido con levantar las observaciones planteadas en la CARTA N° 22-2016-SLSG-0830-GAF/MSI de fecha 26 de enero del 2016, cursada al Consorcio por conducto notarial el 28 de enero del 2016.

- 1.4 Como **CUARTA PRETENSIÓN ACCESORIA DE LA PRETENSIÓN PRINCIPAL**, no procede la aplicación y/o imposición de penalidad alguna al Consorcio por la presunta demora y/o incumplimiento en el levantamiento de las observaciones planteadas en la CARTA N° 22-2016-SLSG-0830-GAF/MSI de fecha 26 de enero del 2016, cursada al Consorcio por conducto notarial el 28 de enero del 2016.
- 1.5 Como **QUINTA PRETENSIÓN ACCESORIA DE LA PRETENSIÓN PRINCIPAL**, se deje sin efecto la penalidad impuesta mediante CARTA N° 33-2016-13.20-SO –GDD-MSI de fecha 20 de enero del 2016, en contra del Consorcio por supuestamente no tener al día el cuaderno de obra y por supuestamente no tenerlo físicamente en la obra.
- 1.6 Como **SEXTA PRETENSIÓN ACCESORIA DE LA PRETENSIÓN PRINCIPAL**, se declare culminada la ejecución de la obra “Mejoramiento de los espacios destinados para el desarrollo de actividades físicas en San Isidro, Distrito de San Isidro –Lima –Lima”
2. Como **SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL**, que se apruebe la valorización N° 1 correspondiente al mes de diciembre del 2015, por el monto de valorización ascendente a la suma de DOSCIENTOS SESETA Y DOS MIL CUATROCIENTOS CUARETA Y SEIS CON 01/100 SOLES (S/. 262 446.01) con un avance físico de obra del 70.73%.
- 2.1 Como **ÚNICA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL**, la Entidad cumpla con pagar al Consorcio los CIENTO NOVENTA Y UN MIL CIENTO CINCUENTA Y SEIS CON 22/100 SOLES (S/. 191 156 .22) por el saldo de la valorización N° 01 correspondiente al mes de diciembre del año 2015.

3. Como **TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL**, se apruebe la valorización N° 2 correspondiente al mes de enero del 2016, por el monto de valorización ascendente a la suma de OCHENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS SESENTA Y OCHO CON 88/100 SOLES (S/. 87 768.88) con un avance físico de obra del 23.66%.
 - 3.1 Como **ÚNICA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL**, la Entidad cumpla con pagar al Consorcio los OCHENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS SESENTA Y OCHO CON 88/100 SOLES (S/. 87 768.88) por el saldo de la valorización N° 02 correspondiente al mes de enero del año 2016.
4. Como **CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL**, la Entidad cumpla con designar el Comité de recepción de la obra.
5. Como **QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL**, se otorgue las ampliaciones de plazo N° 3 y N° 4 para la ejecución de la obra "Mejoramiento de los espacios destinados para el desarrollo de actividades físicas en San Isidro, Distrito de San Isidro -Lima -Lima".
 - 5.1 Como **ÚNICA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL**, se ordene pagar a la Entidad a favor del Consorcio la valorización de costos directos y gastos generales incurridos por ampliación de plazo.
6. Como **SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL**, que la Entidad cumpla con pagar al Consorcio una indemnización por concepto de daños y perjuicios, derivado de su incumplimiento, ascendente a la suma de DOSCIENTOS MIL CON 00/100 SOLES (S/. 200 000.00).

RESPECTO DE LA CONTROVERSIA

1. El Consorcio refiere que el 15 de noviembre del 2015, suscribió con la Entidad el Contrato denominado “Mejoramiento de los espacios destinados para el desarrollo de actividades físicas en San Isidro, Distrito de San Isidro –Lima –Lima” por un monto de S/. 371,035.05 (trescientos setenta y un mil treinta y cinco con 05/100 nuevos soles) cuya ejecución demandaría el plazo de treinta (30) días calendario.
 - a. El Consorcio precisa que el objeto de dicho contrato recaía en la construcción de módulos, luego de lo cual se procedería a la instalación de mini gimnasios, por lo que ello requería que dicha prestación se desarrolle en ese orden, dado que lo contrario podría afectar a la integridad física de los usuarios, conllevando a las respectivas responsabilidades.
 - b. El Consorcio señala además que el plazo de la obra inicio el 02 de diciembre del 2015 debiendo culminar el 30 de diciembre del 2015.

RESPECTO DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

- c. Se declare inválida y se deje sin efecto legal la Resolución de Contrato de Obra N° 77-2015-MSI.
2. El Consorcio indica que al 31 de diciembre del 2015, el estado del avance la obra era la siguiente:

Obra	Avance	Observaciones
Malecón Bernales	Culminada	-
Parque Ghandy	Culminada	-
Av. Salaverry	Culminada	-
Módulos 1 y 2		
Coronel Portillo	Avanzada	Módulo 1: habilitado y encofrado. Se colocó

		fierros en los sardineles y retirado desmonte. Módulo 2: Culminado
Parque Alfonso Ugarte	Avanzada	Dos módulos con las losas y sardineles culminadas.
Av. General Pezet	Avanzada	Vaceado de concreto en los sardineles de los módulos

3. El Consorcio afirma además que al 31 de diciembre, según consta en el cuaderno de obra, y en cumplimiento del artículo 166° del Reglamento, presentó la Valorización N.° 1, la cual contenía el avance indicado en el cuadro señalado, y que, según afirma, fue revisada y aprobada por el inspector de obra.
4. El Consorcio señala además que la precitada Valorización fue recibida por la Entidad el 04 de enero del 2016.
5. El Consorcio menciona que, conforme se aprecia del cuaderno de obras, con la conformidad del inspector, se encontraban culminados los siguientes módulos: Parque Malecón Bernales, Parque Ghandy, A. Salaverry – Módulos 1 y 2, Av. Pedro Portillo – Módulos 1 y 2, Parque Alfonso Ugarte módulos 1 y 2 y Av. General Pezet. Siendo que en el caso de la **Av. Del Parque Norte** se encontraban los trazados y replanteados de los módulos y encofrados de los sardineles, habiéndose procedido a solicitar autorización al inspector de obra para proceder al vaceado. Y, en el caso de la **Av. Del Parque Sur** se encontraban trazados y replanteados los módulos.
6. El Consorcio señala además que la Entidad le remitió las siguientes comunicaciones indicando lo siguiente:

Comunicación	Fecha	Módulos observados	Detalle
Carta N° 12-2016-13.20-SO-	12 de enero del 2016	<ul style="list-style-type: none"> • Coronel Portillo • Parque Alfonso 	<u>Observaciones</u> generales;

GDD/MSI		Ugarte • Av. General Pezet • Av. Salaverry	Antes de vaciar losas de concreto y sardineles deben de contar con aprobación del inspector. Se ha evidenciado que se ha vaciado concreto para las losas de los mini gimnasios sin contar con autorización previa. <u>Observaciones a los módulos señalados:</u> Durante los trabajos de movimiento de tierra se evidenció falta de colocación de afirmado y presencia de cangrejas
Carta N° 4-2016-13.00-GDD/MSI	14 de enero del 2016	• Coronel Portillo • Parque Alfonso Ugarte • Av. General Pezet	<u>Observaciones</u> <u>Módulos de Alfonso Ugarte y Coronel Portillo</u> Faltan de refuerzo

		<ul style="list-style-type: none"> • Av. Salaverry • Av. Carriquiry 	<p>de acero se ha procedido al vaceado sin autorización</p> <p><u>Carriquiry</u>: Se han realizado trabajos sin autorización ni verificación de la inspección de las obras no pudiéndose anotar en el cuaderno de obras al negarse el administrador de la obra.</p> <p>Pezet: falta de sardinel en el perímetro de las losas de concreto</p>
--	--	---	--

7. El Consorcio, sobre las referidas comunicaciones de la Entidad, procedió a contestarlas el 22 de enero del 2016 a través de la Carta N° 014-2016-CSI, señalando: i) Que viene cumpliendo con los procedimientos solicitados, contando con la aprobación del inspector de obra en cada proceso de obra realizado, ii) En las obras, Coronel Portillo, Parque Alfonso Ugarte, Av. General Pezet y Av. Salaverry a la fecha se encuentran culminados contándose con verificación, autorización y aprobación del inspector de obra, iii) En relación a las cangrejeras estas fueron tratadas y corregidas siguiendo los procedimientos técnicos, iv) En cuanto a la

colocación de material afirmado, estas han sido colocadas en función de espesores y controles de calidad, establecidos en el respectivo expediente técnico.

8. El Consorcio agrega que realizó el respectivo control de calidad por medio de pruebas de diamantina, las cuales dieron resultados que superaban a la norma técnica establecida, cumpliendo con lo solicitado por el inspector y por la Entidad. Señala además que dichas pruebas se hicieron en presencia del inspector de la obra y del Ing. Carlos Ostoloza.
9. El Consorcio agrega además que mediante Carta N° 22-2016-SLSG-0830-GAF/GSI de fecha 26 de enero del 2016, la Entidad le remite por conducto notarial las observaciones señaladas en la Carta N° 12-2016-13.20-SO-GDD/MSI y Carta N° 4-2016-13.00-GDD/MSI. En dicha comunicación se señala además que tales observaciones no pudieron ser anotadas en el cuaderno de obra toda vez que no se tuvo acceso por parte del inspector de obra desde el 8 de enero del 2016. Asimismo, se otorga un plazo de quince (15) días para su levantamiento, bajo apercibiendo de resolver el contrato.
10. El Consorcio, sobre la precitada comunicación, procedió a contestarla el 28 de enero del 2016 a través de la Carta N° 015-2016-CSI, reiterando lo señalado en la Carta N° 014-2016-CSI.
11. El Consorcio indica que el 01.03.2016, se le notifica con la Resolución de Gerencia de Administración y Finanzas N° 031-2016-0800-GAF/MSI dando por resuelto el Contrato N° 077-2015/MSI, sustentándose dicha decisión en no haber absuelto las observaciones planteadas en la Carta N° 22-2016-SLSG-0830-GAF/GSI
 - a. **Sobre la presunta negativa al acceso al cuaderno de obra al inspector.**
El Consorcio señala que a partir del 07 de enero del 2016, el inspector de obra sin motivo alguno y sin habersele negado el acceso al cuaderno de obra dejó de anotar las ocurrencias de la obra, procediendo incluso, según anotación que

éste mismo realizó en el referido cuaderno, a cerrar su participación en la ejecución de la obra, conducta que contraviene lo señalado en el artículo 193 del Reglamento.

El Consorcio afirma que sin ser de su responsabilidad, la Entidad, en un acto abusivo e irregular, sin motivo ni prueba alguna, con el sólo dicho del inspector de obra, impuso una penalidad que no le correspondía, por lo que debe ser dejada sin efecto.

b. Aprobación de la valorización N° 1

El Consorcio señala que el 31 de diciembre del 2015, según consta en el cuaderno de obra, y en cumplimiento del artículo 166 del Reglamento, presentó a la inspección de obra los metrados correspondientes a la valorización N° 1 para su revisión y trámite ante la Entidad.

El Consorcio afirma que dicha valorización fue revisada y aprobada por el inspector de la obra. A pesar de ello, según señala, la Entidad solo ha reconocido de manera arbitraria y abusiva el pago de SETENTA Y UN MIL DOSCIENDOS OHETA Y NUEVE CON DIECINUEVE CON 79/100 SOLES (S/. 71 289.79), por un avance físico de obra de solamente 19.03%.

El Consorcio indica que mediante Carta N° 024-2016-CSI del 17 de febrero del 2016 solicitó el pago de la Valorización N° 01; sin embargo, hasta la fecha la Entidad no ha respondido a lo peticionado.

c. Aprobación de la valorización N° 2

El Consorcio señala que a fines del mes de enero del 2016, formuló y valorizó los metrados de la obra ejecutada en el mes de enero del 2016 correspondiente a la valorización 02, la misma que al no haber sido revisada por el inspector de obra durante el periodo de aprobación de la valorización fue remitida por el Consorcio a la Entidad. Dicha valorización ascendía a

OCHETA Y SIETE MIL SETECIENTOS SESENTA Y OCHO CON 88/100 SOLES (S/. 87 768. 88) lo que representa el 23.66% de avance de la obra y hacen un avance físico de obra de 94.39%.

12. El Consorcio indica que el 10 de febrero, mediante Carta N° 077-2016-13.20-SO-GDD/MSI la Entidad le devuelve la valorización 02, señalando que no se ha cumplido con adjuntar las copias del cuaderno de obra referente a la aprobación de los metrados indicados. Reiterando la Entidad la supuesta retención del cuaderno de obra y las supuestas observaciones a los trabajos ejecutados.
13. El consorcio agrega que el 17 de febrero a través de la Carta N° 023-2016-CSI respondió a la comunicación señalada en el párrafo precedente indicando que esta no se ajusta a la verdad de los hechos adjuntando nuevamente la Valorización N° 2 para su trámite correspondiente.
 - a. **Se otorgue la ampliación de plazo N° 3**

El Consorcio indica que mediante Carta N° 018-2016-CSI del 29 de enero del 2016 solicitó a la ampliación de plazo 3 toda vez que, como se detalla en el cuaderno de obra, en circunstancias que realizaba los trabajos de los módulos de mini gimnasios en la calle Manuel Polar se ha producido el impedimento físico de ingreso al terreno toda vez que los vecinos de la zona señalaron que no se les había consultado durante la etapa de elaboración y aprobación del proyecto motivo por el cual manifestaban su desacuerdo.
14. El Consorcio indica que respecto a los trabajos del módulo que se ubicaría en la Calle Manuel Polar recibió la Carta N° 080-2016-13.20-SO-GDD/MSI de la Entidad, señalando que no se ejecutaría el módulo ubicado en la mencionada calle.
15. El consorcio señala que a través de la Carta N° 082-2016-13.20-SO-GDD/MSI recibida por conducto notarial el 17 de febrero del 2016, la Entidad le notificó con la Resolución Sub Gerencial N° 109-2016-13.20-SO-GDD/MSI, por medio de la

cual se deniega la ampliación de plazo N° 3, al considerar que “ (...) solicitud (...) se sustenta en la no disponibilidad del terreno del módulo de mini gimnasio de la calle Manuel Polar, el cual no afecta la ruta crítica del programa de obra vigente (...)”, sustento que se contradice flagrantemente con los argumentos en virtud de los cuales se otorgó la ampliación de plazo parcial N° 2.

16. El consorcio agrega a lo señalado en el párrafo anterior, que la respuesta brindada por la Entidad deviene en extemporánea y, siendo ello así, de conformidad con lo señalado en el artículo 170° del Reglamento, debió considerarse ampliado el plazo solicitado. Por lo tanto en aplicación de los artículos 171 y 172 del Reglamento corresponde el pago de costos directos y los gastos generales.

a. Se otorgue la ampliación de plazo N° 4

El consorcio señala que mediante Carta N° 022-2016-CSI del 16 de febrero del 2016 se solicitó la ampliación de plazo N° 4, sustentándose dicha petición en que el 10 de febrero se determinó que el módulo de la Calle Manuel Polar no se iba a ejecutar, situación que se inició el 12 de diciembre del 2015, habiendo transcurrido sesenta (60) días calendarios, de los cuales solo se había peticionado 48 días de Ampliación de plazo incluido los días solicitados en la ampliación N° 3, quedando por peticionar 12 días más, por causal atribuible a la Entidad.

El Consorcio indica que al no haberse emitido respuesta por parte de la Entidad, el plazo debe considerarse ampliado según lo dispuesto en el artículo 170 del Reglamento. Por lo tanto en aplicación de los artículos 171 y 172 del Reglamento corresponde el pago de costos directos y los gastos generales.

b. Daños y perjuicios

El Consorcio señala que la falta de recepción de obra y la falta de liquidación así como la resolución del contrato han generado los siguientes daños:

- La falta de pago de las valorizaciones ha traído como consecuencia que la obra sea ejecutada con el dinero del Consorcio por un monto aproximado de S/. 299 745.26
- El retraso en dicho cobro y los perjuicios que ello les ha ocasionado
- La imposición de inexistentes penalidades y la resolución del contrato.
- La exposición a la ejecución de la respectiva Carta Fianza
- El cobro de comisiones por la renovación y vigencia de la carta fianza hasta el momento que la Entidad pueda devolver la carta fianza hasta antes de la emisión del laudo arbitral.
- La exposición a la imposición de sanciones ante el OSCE por la presunta infracción y/o incumplimiento de las obligaciones contractuales.
- El Consorcio señala que lo expuesto configura lucro cesante y daños emergentes.

IV. De la Contestación a la Demanda Arbitral presentada por la Entidad:

1. Mediante escrito de fecha 24 de enero de 2017, la Entidad contesta la demanda y plantea reconvención la demanda considerando que todas las pretensiones demandadas deben ser declaradas infundadas pues carecen de sustento fáctico y jurídico.

4.1. Se declare inválida y se deje sin efecto legal la Resolución de Contrato de Obra N° 77-2015-MSI.

2. La Entidad señala que conforme lo informado por la Gerencia de Desarrollo Distrital y la Subgerencia de Obras, área usuaria que supervisa la obra del Contrato N° 077-2015-MSI, se refiere que el contratista no ha cumplido con levantar las observaciones sobre sus obligaciones contractuales, por lo que se procedió conforme a lo previsto en el artículo 169° del Reglamento y a la cláusula Décimo Quinta del precitado contrato.

Por lo que corresponde desestimar esta pretensión y, en razón de ello, corresponde:

- Declarar infundado el dejar sin efecto la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento, dado que dicha actuación se ajusta al artículo 170 del Reglamento.
- Declarar infundado que el Consorcio ha levantado las observaciones contenidas en la Carta N° 22-2016-SLGS-0830-GAF/MSI, dado que el este no ha demostrado que las ha superado, manteniéndolos a la fecha.
- Declarar infundado la solicitud de no aplicar penalidades dado que en virtud a nuestra respuesta a la primera pretensión principal, el contratista no ha demostrado que ha levantado las observaciones, manteniéndolos a la fecha.
- Declarar infundada la no aplicación de penalidades respecto a la ausencia del cuaderno de obra, dado que es una penalidad acordado contractualmente.
- Declarar infundado la declaración de culminación de la ejecución de la obra, toda vez que el Consorcio no ha demostrado que ha levantado las observaciones, manteniéndolos a la fecha.

a. Aprobación de la valorización N° 1

El Consorcio presentó una valorización por el 70.73% de avance físico; sin embargo esta no fue aprobada por el inspector (tal como lo establece el artículo 197 del Reglamento) por no reflejar el avance real de la obra, además que el segundo párrafo de dicho artículo indica que cuando surge una controversia con la valorización que supere el 5% el Contratista tienen quince (15) días hábiles para someterla a conciliación y/o arbitraje, situación que no ha sucedido por lo que debe ser desestimada.

En ese sentido afirma que el pago requerido por esta valorización como pretensión accesoria debe ser desestimado dado que no fue aprobada por el inspector y además se encuentra fuera de plazo.

b. Aprobación de la valorización N° 2

El Consorcio presentó una valorización por el 20.66% de avance físico; sin embargo esta no fue aprobada por el inspector (tal como lo establece el artículo 197 del Reglamento) por no reflejar el avance real de la obra, además que el segundo párrafo de dicho artículo indica que cuando surge una controversia con la valorización que supere el 5% el Contratista tienen quince (15) días hábiles para someterla a conciliación y/o arbitraje, situación que no ha sucedido por lo que debe ser desestimada.

En ese sentido afirma que el pago requerido por esta valorización como pretensión accesoria debe ser desestimado dado que no fue aprobada por el inspector y además se encuentra fuera de plazo

c. Se cumpla con designar al Comité de Recepción

Al respecto, la Entidad señala que el Consorcio al no cumplir con sus obligaciones esenciales o contractuales, al no ejecutar la obra de acuerdo a lo establecido en el expediente técnico, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 209 del Reglamento, el 04 de marzo del 2006 se llevó a cabo la constatación física notarial, cuya acta estuvo a cargo del notario Fermín Rosales con presencia del Consorcio y la Entidad, luego de dicho acto la obra ha quedado bajo responsabilidad de la Entidad. Además de lo establecido en el artículo 210 del Reglamento, el Comité de recepción de obra solo se procederá a designar cuando el supervisor haya verificado previamente su culminación hecho que no ha sucedido.

d. Ampliaciones de plazo N° 3 y N° 4

La Entidad señala que la ampliación N° 3 se declaró denegada por carecer de sustento la causal invocada por el contratista y la ampliación N° 4 inadmisibles por solicitarse fuera de plazo de la ejecución contractual. Además, de acuerdo al último párrafo del artículo 201 del Reglamento, las controversias de las solicitudes de ampliación de plazo deben ser realizadas por el contratista dentro de los quince (15) días hábiles, término que no se ha cumplido en el presente caso.

En relación con el pago de los costos directos y gastos generales por las ampliaciones de plazo, la Entidad señala que no se ha tramitado ninguna valorización al respecto, por lo que corresponde desestimar esta pretensión.

e. Daños y perjuicios

La Entidad indica, respecto de la pretensión de pago de S/200 000.00 por concepto de daños y perjuicios, que no corresponde ninguna indemnización toda vez que el contratista no ha cumplido con levantar las observaciones sobre sus obligaciones contractuales, por lo que se procedió con la resolución del contrato en cuestión, conforme a lo previsto en el artículo 169° del Reglamento.

V. Fijación de Puntos Controvertidos y admisión de Medios Probatorios

En la ciudad de Lima, siendo las 10:30 horas del día viernes 05 de mayo del año dos mil diecisiete, en la sede del presente arbitraje ubicada en la calle Los Cisnes N° 107, del distrito de San Isidro, provincia y departamento de Lima; se reunió se reunió Arbitro Único doctor Juan Carlos Pinto Escobedo; conjuntamente con la abogada Josselinee Roa Palomino en su condición de Secretaria Arbitral, conjuntamente con las partes del presente proceso: en representación del CONSORCIO SAN ISIDRO, la Sra. Sorayda Villavicencio Ampuero, identificada con DNI Nro. 43293894, en su calidad de Representante Legal, acompañada del Abog. Hugo Garay Matos, identificado con Registro C.A.L Nro. 35155; en representación de la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN ISIDRO a las Abogadas Katy Roxana Neyra Rosales, identificada con Registro C.A.L Nro. 34336 y Abogada Maritza

Bexza de la Cruz Romero, identificada con C.A.I. Nro. 34086; dándose inicio a la audiencia programada.

A. CONCILIACIÓN

El Arbitro Único exhorta a las partes a fin de que arriben a un acuerdo conciliatorio. En este Acto, las partes señalaron que por el momento no es posible llegar a un acuerdo conciliatorio entre ellas.

En ese sentido, y al no haberse podido arribar a una conciliación entre las partes, se procedió a continuar con esta audiencia, de acuerdo a lo establecido en las Reglas del Proceso, contenidas en el Acta de Instalación de fecha 11.11.2016, dejándose abierta la posibilidad para que las partes puedan llegar a una conciliación en cualquier etapa posterior del proceso.

B. SANEAMIENTO PROCESAL

De conformidad con los documentos presentados por las partes, y de acuerdo a lo resuelto por el Arbitro Único, a través de las resoluciones que obran en el expediente, se ha resuelto declarar saneado el proceso, constituyéndose así una relación jurídica arbitral válida.

C. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

El Arbitro Único recordó que en la etapa postulatoria las partes formularon diversas pretensiones, las cuales fueron admitidas a trámite; y asimismo, dejó establecido que se reservaba el derecho de analizar los puntos controvertidos no necesariamente en el orden en el que se encuentran señalados en la presente acta; y que si al pronunciarse sobre algún punto controvertido determina que carece de objeto pronunciarse sobre otros puntos controvertidos con los que guarde vinculación,

podrá omitir pronunciarse respecto de ellos expresando las razones de dicha omisión.

Seguidamente, el Árbitro Único procedió a fijar los puntos controvertidos de la demanda interpuesta por el consorcio San Isidro y la Contestación de demanda efectuada por la Municipalidad Distrital de San Isidro, los cuales quedaron determinados de la siguiente manera:

1. Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare la invalidez y se deje sin efecto legal la Resolución del Contrato de Obra Nro. 77-2015-MSI de fecha 16 de Noviembre del 2015; y en ese sentido:
 - a) Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare la validez del Contrato Nro. 77-2015-MSI.
 - b) Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único deje sin efecto la Ejecución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 0011-0137-9800025845-73, emitida por Consorcio San Isidro, por la suma de S/ 37,103.51 (Treinta y Siete Mil Ciento Tres con 51/100 Soles).
 - c) Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare que Consorcio San Isidro ha cumplido con levantar las observaciones planteadas en la CARTA N° 022-2016-SLSG-0830-GAF/MSI de fecha 26 de enero del 2016.
 - d) Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare la no procedencia de la aplicación y/o imposición de penalidades en contra de Consorcio San Isidro por la presunta demora y/o incumplimiento en el levantamiento de las observaciones planteadas en la CARTA N° 022-2016-SLSG-0830-GAF/MSI de fecha 26 de enero del 2016.
 - e) Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene dejar sin efecto la penalidad impuesta mediante CARTA N° 033-2016-13.20-SO-GDD/MSI de fecha 20 de enero del 2016, en contra del Consorcio San Isidro, por supuestamente no tener al día el Cuaderno de Obra y por supuestamente no tenerlo físicamente en la obra.

f) Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare culminada la Ejecución de la Obra: "MEJORAMIENTO DE LOS ESPACIOS DESTINADOS PARA EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES FÍSICAS EN SAN ISIDRO, DISTRITO DE SAN ISIDRO-LIMA-LIMA".

2. Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene la aprobación de la Valorización N° 01 correspondiente al mes de diciembre del año 2015, ascendente a S/ 262,446.01 (Doscientos Sesenta y Dos Mil Cuatrocientos Cuarenta y Seis con 01/100 Soles), con un Avance Físico de Obra del setenta punto setenta y tres por ciento (70.73%); y en ese sentido:

a) Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Municipalidad Distrital de San Isidro que cumpla con pagar a favor del Consorcio San Isidro la suma de S/ 191,156.22 (Ciento Noventa y Un Mil Ciento Cincuenta y Seis con 22/100 Soles), por el saldo del monto de la Valorización N° 01 correspondiente al mes de diciembre del año 2015.

3. Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene la aprobación de la Valorización N° 02 correspondiente al mes de enero del 2016, ascendente a S/ 87,768.88 (Ochenta y Siete Mil Setecientos Sesenta y Ocho con 88/100 Soles), con un Avance Físico de la Obra del veintitrés punto sesenta y seis por ciento (23.66%); y en ese sentido:

a) Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Municipalidad Distrital De San Isidro cumpla con pagar a favor del Consorcio San Isidro la suma de S/ 87,768.88 (Ochenta y Siete Mil Setecientos Sesenta y Ocho con 88/100 Soles), por el monto de la Valorización N° 02 correspondiente al mes de enero del 2016.

4. Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Municipalidad Distrital de San Isidro cumpla con designar el comité de Recepción de Obra.

5. Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene que se otorguen las ampliaciones del plazo N° 03 y 04 para la Ejecución de la Obra: "MEJORAMIENTO DE LOS ESPACIOS DESTINADOS PARA EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES FÍSICAS EN SAN ISIDRO, DISTRITO DE SAN ISIDRO-LIMA-LIMA"; y en ese sentido:

a) Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Municipalidad de Distrital de San Isidro el pago a favor del Consorcio San Isidro de la valorización de costos directos y gastos generales incurridos por las Ampliaciones de Plazo.

6. Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Municipalidad Distrital de San Isidro cumpla con pagar a favor del Consorcio San Isidro una Indemnización por concepto de Daños y Perjuicios, derivado de su incumplimiento, ascendente a la suma de S/ 200,000.00 (Doscientos Mil con 00/100 Soles).

Asimismo, se procedió a fijar los puntos controvertidos de la Reconvención interpuesta por la Municipalidad Distrital de San Isidro y la contestación de la reconvención efectuada por el Consorcio San Isidro, los cuales quedan determinados de la siguiente manera:

7. Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene al Consorcio San Isidro cumpla con pagar a favor de la Municipalidad Distrital de San Isidro por concepto de indemnización por Daños y Perjuicios, más los intereses legales correspondientes.

VI. ADMISION Y ACTUACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 31 de las Reglas del Proceso Arbitral señaladas en el Acta de Instalación del Árbitro Único de fecha 11.11.2016, se procede a admitir los siguientes medios probatorios:

Del CONSORCIO

Se admiten los documentos ofrecidos como medios probatorios en su Escrito de Demanda Arbitral, ingresado con fecha 29.11.2016, en el Acápito V "Medios Probatorios", descritos en los numerales del 1-A al 1-Z, subsanados mediante escrito 06.12.2016.

De LA ENTIDAD

Se admiten los documentos ofrecidos como medios probatorios en su Escrito de "Contesta Demanda y Reconvención", ingresado con fecha 24.01.2017, especificados en el acápite "Medios Probatorios", descrito en los numerales 1 al 5 (escrito de Contestación) y del 1 al 3 (Reconvención contenida en el primer otrosí

VII. Con respecto a los Alegatos escritos

Mediante escrito de fecha 17 de julio del 2017, el Consorcio cumple con presentar sus alegatos escritos. Asimismo, mediante escrito de fecha 18 de julio del 2017 la Entidad, cumple con presentar su escrito de alegatos.

VIII. Audiencia de Informe Oral

Con fecha 09 de febrero se reunió el árbitro único Juan Carlos Pinto Escobedo la abogada Josselinee Roa Palomino en su condición de secretaria arbitral, el Consorcio representado por la Sra. Soraya Villavicencio identificada con DNI 43293894 acompañada de su abogado el señor Hugo Garay Matos identificado con C.A.L. 35155 y, en representación de la Entidad, la Abogada Sysel Ruíz Peña, identificada con C.A.L. 31131, iniciándose la audiencia programada.

El Presidente del Tribunal Arbitral dio inicio a la Audiencia señalando que el objeto de la misma consiste en que las partes y/o sus abogados informen oralmente sus alegatos escritos.

En ese sentido, se otorgó el uso de la palabra a los representantes del Consorcio, quienes realizaron una exposición sobre la posición de dicha parte. Luego, se otorgó el uso de la palabra al representante a la Entidad, quien realizó una exposición sobre la posición de dicha parte.

Habiendo culminado sus respectivos informes orales, el Árbitro Único realizó las preguntas pertinentes las mismas que fueron objeto de respuesta por las mismas, con que se concluyó la audiencia

IX. Fijación del plazo para laudar

Mediante Resolución N° 30 emitida el 06 de noviembre del 2018 se resolvió fijar el plazo para laudar en treinta días hábiles; y de igual modo, mediante Resolución N° 31 emitida el 19 de diciembre del 2018 se resolvió ampliar dicho plazo por treinta días adicionales, computados desde el vencimiento del plazo fijado en la Resolución N° 30.

X. Cuestiones preliminares

En relación con el proceso

En forma previa al análisis de la materia controvertida y valoración de los medios probatorios admitidos y actuados por el Tribunal en el presente arbitraje, corresponde señalar que:

- (i) De acuerdo al Convenio Arbitral y el Acta de Instalación, las partes establecieron que el arbitraje sería uno AD HOC, nacional y de derecho, administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado de acuerdo a las reglas establecidas en su Reglamento y las indicadas en la referida

Acta.

- (ii) La instalación del Árbitro Único se dio de conformidad con lo establecido en el Convenio Arbitral suscrito entre las partes y las disposiciones contenidas para tales efectos por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado al cual se sometieron. De igual modo, dicha constitución guarda de respetar la regulación contemplada en la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante la Ley); y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante el Reglamento de la Ley)
- (iii) La Contratista presentó su demanda y la Entidad fue debidamente emplazada con dicha demanda, contestando la misma dentro del plazo otorgado, ejerciendo plenamente su derecho de defensa.
- (iv) Ambas partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraron pertinentes, sin limitación alguna, así como para expresar sus posiciones de hecho y de derecho, habiendo tenido amplia oportunidad de presentar sus alegatos escritos y de informar oralmente, con la participación de sus abogados, respetando en todo momento el Árbitro Único el irrestricto ejercicio del derecho de defensa de las partes.
- (v) Que la decisión del Árbitro Único contenida en el presente Laudo ha sido emitida dentro del plazo establecido para tales efectos.

Asimismo, el Árbitro Único considera necesario resaltar que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, así como producir certeza respecto a las pretensiones planteadas, de acuerdo a lo consagrado por los principios generales en materia probatoria.

De otro lado, este colegiado deja establecido que podrá analizar los puntos controvertidos en el orden que considere apropiado, agrupándolos o analizándolos individualmente, no necesariamente conforme a lo establecido en el Acta de Fijación

de Puntos Controvertidos. De ser el caso, si decide pronunciarse sobre alguno de ellos, y de ello resulta que carece de objeto emitir pronunciamiento sobre uno o varios de los otros con los que guarde vinculación por la secuencia lógica de razonamiento, omitirá pronunciarse sobre estos últimos, expresando las razones de dicha omisión, sin que ello genere algún tipo de nulidad.

Finalmente, se deja constancia que en el estudio, análisis y consideración del presente arbitraje se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta para su decisión.

En relación con la materia probatoria

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de ella, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el tribunal arbitral respecto de tales hechos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del Principio de "Comunidad o Adquisición de la Prueba", las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

“... la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó”¹.

XI. ANALISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

Sobre este particular, tomando en consideración las pretensiones planteadas en la demanda, las cuales han generado los puntos controvertidos señalados en la Audiencia de fecha 05.05.2015, el Árbitro Único considera conveniente analizar la materia controvertida.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare la invalidez y se deje sin efecto legal la Resolución del Contrato de Obra Nro. 77-2015-MSI de fecha 16 de Noviembre del 2015.

1. Sobre el particular, el Reglamento de Contrataciones señala que:

*“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*

¹ TARAMONA HERNÁNDEZ, José Rubén. “Medios Probatorios en el Proceso Civil”. Ed.: Rodhas, Lima, 1994, p. 35.

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."

2. Al respecto, de los actuados se aprecia que mediante Carta N° 22-2016-SLSG-0830-GAF/GSI de fecha 26 de enero del 2016, la Entidad remite al Consorcio por conducto notarial las observaciones contenidas en la Carta N° 12-2016-13.20-SO-GDD/MSI y Carta N° 4-2016-13.00-GDD/MSI, otorgándole al Consorcio un plazo de quince (15) días para su levantamiento, bajo apercibiendo de resolver el contrato.
3. Asimismo, se aprecia que posteriormente al vencimiento del plazo otorgado, procedió a resolver el contrato, al argumentar de que las observaciones persistían a pesar del plazo otorgado y habiéndose vencido este.
4. En razón de lo expuesto, se aprecia que la Entidad siguió el procedimiento dispuesto en la normativa de contratación pública a efectos de realizar el procedimiento de apercibimiento y posterior resolución del Contrato.
5. Sin perjuicio de lo señalado, debemos ser enfáticos en partir por el hecho de que, el cumplimiento de la formalidad, establecida en el Reglamento para la resolución contractual, no nos elimina de la responsabilidad que posee este Arbitro Unico de analizar si los motivos de fondo (el sustento de la resolución) son válidos o poseen sustento real y legal; por lo que será necesario advertir cuales fueron las observaciones planteadas por la Entidad y si correspondía resolver el contrato por dichos motivos.

Al respecto, estos motivos redundan en aspectos de orden técnico, entre los que se señalan los siguientes:

- Módulos de Portillo, Parque Alfonso Ugarte, Av Pezet, Parque Bernales y Parque Ghandy: Ausencia de solados de concreto de acuerdo a los planos de arquitectura, presencia de cangrejeras en las losas de concreto.
- Módulos de la Calle Pezet: **Falta de sardinel en el perímetro de las losas de concreto que recibirán los aparatos de mini gimnasio.**
- Durante los trabajos de movimiento de tierra se ha evidenciado la falta de colocación de afirmado debajo de las losas de concreto de un espesor de 041 m de afirmado de acuerdo a los cortes indicados en todos los planos de arquitectura y **la falta de solado de concreto de 5 cm debajo de la losa de concreto donde se instalarán los aparatos de gimnasio.**

6. Como puede apreciarse, las observaciones recaen en aspectos técnicos vinculados a la instalación de los mini gimnasios, prestación que debió darse de manera posterior a la instalación de los módulos, siempre y cuando estos cumplieran con todos los aspectos de orden técnico para su uso adecuado y resguardo de la integridad de los usuarios de los mismos.

7. Ahora bien, el caso tenemos que la Entidad ha resuelto mediante la Resolución de Gerencia de Administración y Finanzas Nro. 031-2016-0800-GAF/MSI, sustentándose en el Informe Nro. 047/2016/AET-SO-GDD/MSI, sin haber aportado dicha prueba. La prueba más contundente presentada por la Entidad es la contenida en la Carta N° 22-2016-SLSG-0830-GAF/GSI de fecha 26 de enero del 2016; sin embargo, no existe mayor desarrollo en el cuaderno de obra ni mucho menos en algún desarrollo técnico que explique a DETALLE cómo se ha incumplido con el levantamiento de las observaciones.

8. Simplemente se tiene que el requerimiento de levantamiento, habría tenido diversas respuestas (de contradicción y de sustento de posición) que a criterio de este árbitro, poseen mayor peso probatorio, como las siguientes :

- Carta Nro. 015-2016-CSI
- Carta Nro. 017-2016-CSI
- Carta Nro. 023-2016-CSI
- Carta Nro. 025-2016-CSI
- Tomas Fotográficas que obran en el expediente.

9. Sin perjuicio de tener en consideración que no solo se otorgaron ampliaciones de plazo, renovación de fianzas, comunicación que autorizaba la no ejecución de un módulo, etc., las mismas que en la coherencia de la defensa y exposición de las posiciones conllevan a que este Arbitro Único haya sido persuadido por la posición del Consorcio San Isidro, respecto del levantamiento de observaciones.

10. En efecto, resulta un elemento importante que este árbitro ha tomado en cuenta, que la Entidad no ha desvirtuado **el hecho** de encontrarse haciendo uso de los módulos, **ni ha demostrado cómo habría superado las observaciones de orden técnico esgrimidas** a fin del uso de los módulos para la instalación de los mini gimnasios.

Resulta pertinente señalar que frente a una obra carente de culminación por encontrarse en pendencia la subsanación de aspectos técnicos, debió haber existido alguna explicación (defensa, exposición y desarrollo por parte de la Entidad en este arbitraje) de cómo es que culminó la obra (aún con estas observaciones pendientes). Una alternativa por ejemplo, no probada en este caso, es que la Entidad podría haber contratado el saldo de obra a un tercero por una adjudicación directa (o menor cuantía) y agregar a este proceso arbitral una pretensión reconvenzional.

Esto habría demostrado una coherencia respecto de lo dicho por ambas partes:

Entidad: La obra posee observaciones y te resuelvo

Consortio: La obra ya ha sido culminada. Recepción la

Sin desarrollo o abundamiento respecto de los motivos técnicos, nos quedan meras afirmaciones y contradicciones, que deben ser resueltas (a pesar de las carencias) por este juzgador.

11. En ese sentido, debeos recordar que el presente caso nos muestra una resolución por apercibimiento y no una por acumulación de máxima penalidad (siendo esta última una resolución de puro derecho la cual posee una carga de prueba muy distinta pues en este caso se han debido demostrar NO SOLO el cumplimiento de la formalidad reglamentaria, sino también, cada parte debe demostrar COMO ES QUE se incumplió o se encuentran cumplidas las observaciones advertidas).
12. En este punto tenemos que el Consorcio ha presentado como medio probatorio, fotografías donde se aprecia la instalación de los referidos mini gimnasios en los módulos objeto de laudo, los mismos que vendrían operando de manera satisfactoria. Es decir, que estos vendrían cumpliendo satisfactoriamente con la finalidad para la que fueron diseñados y ejecutados.

Esto ha sido presentado como **UN HECHO**, no como un argumento. No siendo contradicho por la Municipalidad. Y frente a ello, se tiene que la discusión de qué posición sobre el fondo es la que debe preponderar, este Arbitro Único no puede sino reconocer la realidad existente. Sobre todo si NO ha existido una explicación de cómo es que se culminaron los módulos y cómo se están usando.

13. Este hecho aunado a las comunicaciones del Consorcio, y el pedido de recepción de obra, suman y adquieren coherencia y peso, frente a las pruebas donde se requiere un levantamiento de observaciones que, por el HECHO demostrado, ya habría sido efectuado.

14. Siendo ello así, considerando que la labor probatoria corresponde a las partes y, dado que la Entidad no ha desvirtuado el empleo de los trabajos mostrados por el Consorcio, lo cual supondría que estos habrían cumplido con lo requerido por la Entidad, corresponde dejar sin efecto la resolución total del Contrato N° 077-2015-MSI, por haber advertido que las observaciones requeridas sí habrían logrado ser levantadas.

En relación con las Pretensiones Accesorias de la Primera Principal

15. Dicho lo anterior, tenemos que, como consecuencia del razonamiento realizado, corresponde declarar lo siguiente:

- a. **Primera Accesoría:** Corresponde declarar la validez y vigencia del Contrato.
- b. **Segunda Accesoría:** Como consecuencia de dejar sin efecto la resolución total del contrato, corresponde que se deje sin efecto la Ejecución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 0011-0137-9800025845-73, emitida por Consorcio San Isidro, por la suma de S/ 37,103.51 (Treinta y Siete Mil Ciento Tres con 51/100 Soles).

Al respecto, debe indicarse, además, que dicha garantía NUNCA debió ejecutarse, en la medida que la resolución contractual no había quedado firme, por interponerse un arbitraje contra dicha resolución. La normativa de contrataciones públicas, y diversas opiniones, son bastante claras respecto de la Garantía de Fiel Cumplimiento.

- c. **Tercera Accesoría:** Como consecuencia de dejar sin efecto la resolución total del contrato, y dada la actuación probatoria realizada durante el proceso (tal como se encuentra en el expediente arbitral), corresponde declarar que el

Consortio San Isidro ha cumplido con levantar las observaciones planteadas en la CARTA N° 022-2016-SLSG-0830-GAF/MSI de fecha 26 de enero del 2016.

- d. **Cuarta Accesorio.** Como tiene relación con la quinta pretensión principal, será objeto de análisis posterior, junto con el quinto punto controvertido.
- e. **Quinta Accesorio:** En relación con la pretensión de dejar sin efecto la penalidad impuesta mediante CARTA N° 033-2016-13.20-SO-GDD/MSI de fecha 20 de enero del 2016, en contra del Consorcio San Isidro, por supuestamente no tener al día el Cuaderno de Obra y por supuestamente no tenerlo físicamente en la obra, es necesario precisar que dicha imputación se encuentra en las Cartas N° 04-2016-13.00-GDD/MDI y Carta N° 22-2016-SLSG-0830-GAF/MSI emitidas por la Entidad, en razón de las observaciones planteadas a la ejecución de la obra.

Sobre el particular, es preciso destacar que, de la revisión del cuaderno de obras, se advierte las anotaciones del inspector de la obra hasta el Asiento N° 33, de fecha 07.01.2016. Asimismo, en dicho cuaderno se aprecia los respectivos Asientos del Residente indicando la ausencia de anotaciones del inspector.

Estando a lo expuesto, si bien se aprecia que no hay anotaciones del inspector de obra a partir del 07.01.2016, estos hechos no fueron materia de constatación por un tercero (policía, notario etc) que, de parte de la Entidad, pueda corroborar que existió impedimento para que el inspector pueda acceder al cuaderno de obra o si existió algún mecanismo de presión o conducta de parte de los representantes del Consorcio a efectos de negar el acceso al respectivo cuaderno.

De los actuados del expediente objeto de análisis solo se aprecia que la supuesta falta de acceso al cuaderno de obra se señala en las Cartas emitidas

por la Entidad conjuntamente con las observaciones a la ejecución del Contrato no existiendo elemento probatorio que acredite dicho hecho.

En razón de ello, debemos advertir nuevamente que la carga de la prueba la ostenta la parte que afirma el hecho. En este caso tenemos que la Municipalidad NO habría demostrado la imposibilidad de acceso al cuaderno, convirtiéndose en una confrontación de dichos, que se resuelve con la ausencia de la prueba por parte de quien lo afirma.

Distinto hubiera sido el sentido de la decisión sobre este punto controvertido, si es que la Entidad hubiese presentado una constatación policial donde se deje constancia la NO disponibilidad de acceso al Cuaderno de Obra, o la SUSTRACCION del mismo, del lugar de obra.

Por lo expuesto, no corresponde la aplicación de la penalidad basada en la ausencia del cuaderno.

- f. **Sexta Accesorio:** En base al razonamiento expuesto, y dadas las pruebas presentadas, así como el HECHO, ya demostrado por el Consorcio, corresponde se declare culminada la Ejecución de la Obra: "MEJORAMIENTO DE LOS ESPACIOS DESTINADOS PARA EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES FÍSICAS EN SAN ISIDRO, DISTRITO DE SAN ISIDRO-LIMA-LIMA".

Segundo Punto Controvertido

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene la aprobación de la Valorización N° 01 correspondiente al mes de diciembre del año 2015, ascendiente a S/ 262,446.01 (Doscientos Sesenta y Dos Mil Cuatrocientos Cuarenta y Seis con 01/100 Soles), con un Avance Físico de Obra del setenta punto setenta y tres por ciento (70.73%). En razón de ello, determinar si

corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Municipalidad Distrital de San Isidro que cumpla con pagar a favor del Consorcio San Isidro la suma de S/ 191,156.22 (Ciento Noventa y Un Mil Ciento Cincuenta y Seis con 22/100 Soles), por el saldo del monto de la Valorización N° 01 correspondiente al mes de diciembre del año 2015.

Tercer Punto Controvertido

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene la aprobación de la Valorización N° 02 correspondiente al mes de enero del 2016, ascendente a S/ 87,768.88 (Ochenta y Siete Mil Setecientos Sesenta y Ocho con 88/100 Soles), con un Avance Físico de la Obra del veintitrés punto sesenta y seis por ciento (23.66%); y en ese sentido, si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Municipalidad Distrital De San Isidro cumpla con pagar a favor del Consorcio San Isidro la suma de S/ 87,768.88 (Ochenta y Siete Mil Setecientos Sesenta y Ocho con 88/100 Soles), por el monto de la Valorización N° 02 correspondiente al mes de enero del 2016.

16. Al respecto, el Reglamento señala que:

“Artículo 197.- Valorizaciones y Metrados

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

En el caso de las obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios, las valorizaciones se formularán en función de los metrados ejecutados con los precios unitarios ofertados, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad ofertados por el contratista; a este monto se agregará, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas.

(...)

En las obras contratadas bajo el sistema a precios unitarios se valorizará hasta el total de los metrados realmente ejecutados, mientras que en el caso de las obras bajo el sistema de suma alzada se valorizará hasta el total de los metrados del presupuesto de obra.

Los metrados de obra ejecutados serán formulados y valorizados conjuntamente por el contratista y el inspector o supervisor, y presentados a la Entidad dentro de los plazos que establezca el contrato. Si el inspector o supervisor no se presenta para la valorización conjunta con el contratista, éste la efectuará.

El inspector o supervisor deberá revisar los metrados durante el periodo de aprobación de la valorización.

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. Cuando las valorizaciones se refieran a periodos distintos a los previstos en este párrafo, las Bases establecerán el tratamiento correspondiente de acuerdo con lo dispuesto en el presente artículo.

A partir del vencimiento del plazo establecido para el pago de estas valorizaciones, por razones imputables a la Entidad, el contratista tendrá derecho al reconocimiento de los intereses legales, de conformidad con los artículos 1244°, 1245° y 1246° del Código Civil. Para el pago de los intereses se formulará una Valorización de Intereses y se efectuará en las valorizaciones siguientes.”

17. En el caso materia de análisis, se aprecia que el Consorcio el 31 de diciembre del 2015, procedió a anotar en el asiento N° 28 del Cuaderno de Obra la presentación a la inspección de los metrados correspondientes a la valorización de obra N° 01 a fin de su revisión y trámite correspondiente ante la Entidad. Posterior a dicha

fecha se advierten anotaciones del inspector de obra, es decir tuvo conocimiento del referido asiento.

18. Asimismo, se aprecia que el Consorcio presentó mediante Carta, la Valorización N° 1 a la Entidad, el 04.01.2016, siendo este objeto de respuesta mediante Carta N° 077-2016-13.20-SO-GDD/MSI, de fecha 05.02.2016, en la cual se reconoce una valorización ascendente al 19.03% de avance.

19. Ahora bien, considerando lo resuelto en la Primera pretensión principal del presente Laudo y habiéndose dado por superada las observaciones a la obra materia de cuestionamiento corresponde que la Entidad, debe tenerse en cuenta que, tanto el porcentaje de avance registrado por la Entidad, correspondía a la ausencia de las autorizaciones del Inspector, y anotaciones respectivas del Cuaderno de Obra, aspecto ya abordado en los puntos controvertidos anteriores.

20. En ese sentido, el porcentaje de avance de obra, es reconocido en tan solo 19.03% debido a que la Entidad no poseía mayor información al respecto, la misma que tampoco tuvo disposición de conocer. Ello, en tanto tenemos que el análisis desarrollado para la quinta pretensión accesoria, sirve para demostrar que la realidad en obra (solicitada como pago por el Consorcio) podría ser una distinta a la reconocida por la Entidad.

21. De igual modo, en relación con la Valorización N° 2 esta fue presentada por el Consorcio ante la Entidad el 01.01.2016, siendo que por medio de la Carta N° 077-2016-13.20-SO-GDD/MSI, la Entidad procedió a devolverla *"por no adjuntar las copias del cuaderno de obra referente a la aprobación de metrados indicados en el documento simple N 0001792 de fecha 01.02.2016"*.

22. En razón de la respuesta de la Entidad, por medio de la Carta N° 023-2016-CSI, el Consorcio señala que *"(...) la Ley de contrataciones no indica que es obligación del contratista presentar copias del cuaderno de obra, de igual forma*

el contrato no indica nada al respecto". Sobre el particular se aprecia que las acciones adoptadas por la Entidad se sustentarían en que el inspector de obra no habría tenido acceso al cuaderno de obra desde el 07.01.2016. En relación a ello, debemos referir lo expuesto al abordar el literal d) de la Primera Pretensión Accesorio, en la cual se concluye que la Entidad no ha acreditado la falta de acceso o ausencia del referido cuaderno en obra.

23. Sin perjuicio de ello, debe tenerse en cuenta que el artículo 197 del Reglamento señala que en caso el inspector no participe de la determinación de los metrados, el contratista lo realizará. En ese sentido, no correspondía que la Entidad devuelva la valorización N° 2, sino que debió ser materia de su evaluación.

24. Al respecto, tenemos las siguientes Cartas que demostrarían no solo el cumplimiento de porcentajes de avance de obra, sino también la solicitud de pago respectiva:

- Carta S/N de fecha 31.12.2015, recepcionada por la Municipalidad el 04.01.2016
- **Carta Nro. 024-2016-CSI**
- Carta Nro. 023-2016-CSI
- Carta S/N de fecha 29.01.2016, recepcionada por la Municipalidad el 01.02.2016
- **Carta Nro. 025-2016-CSI**
- Tomas Fotográficas que obran en el expediente.

25. Considerando lo expuesto, corresponde que la Entidad pague al Consorcio San Isidro el monto de la Valorización N° 1 y Valorización 2 al Consorcio.

Cuarto Punto Controvertido

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Municipalidad Distrital de San Isidro cumpla con designar el comité de Recepción de Obra.

En razón de lo resuelto en la primera pretensión principal del presente Laudo, y sus pretensiones accesorias; habida cuenta que nunca se ha procedido a recepcionar la misma, no obstante ya se encuentran en uso; por los motivos ya desarrollados y teniéndose por concluida la obra, corresponde que la Entidad designe el respectivo Comité de Recepción de Obra y se recepcione la misma.

Quinto Punto Controvertido

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene que se otorguen las ampliaciones del plazo N° 03 y 04 para la Ejecución de la Obra:” MEJORAMIENTO DE LOS ESPACIOS DESTINADOS PARA EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES FÍSICAS EN SAN ISIDRO, DISTRITO DE SAN ISIDRO-LIMA-LIMA”; y en ese sentido, determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Municipalidad de Distrital de San Isidro el pago a favor del Consorcio San Isidro de la valorización de costos directos y gastos generales incurridos por las Ampliaciones de Plazo.

Relacionado con la Cuarta Pretensión Accesorio de la Primera Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no la aplicación y/o imposición de penalidades en contra de Consorcio San Isidro por la presunta demora y/o incumplimiento en el levantamiento de las observaciones planteadas en la CARTA N° 022-2016-SLSG-0830-GAF/MSI de fecha 26 de enero del 2016.

26. Sobre la procedencia de las ampliaciones de plazo N° 3 y N°4, y en consecuencia el pago de a favor del Consorcio de las valorizaciones de costo directo y gastos generales.

27. En relación a este punto cabe anotar que el Reglamento dispone en su artículo 170 lo siguiente:

“Artículo 170.- Procedimiento de ampliación de plazo

Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, el contratista, por intermedio de su residente debe anotar en el cuaderno de obra, el inicio y el final de las circunstancias que a su criterio determinen ampliación de plazo.

Dentro de los quince (15) días siguientes de concluida la circunstancia invocada, el contratista o su representante legal solicita, cuantifica y sustenta 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.

El inspector o supervisor emite un informe que sustenta técnicamente su opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remite a la Entidad y al contratista en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, contados desde el día siguiente de presentada la solicitud. La Entidad resuelve sobre dicha ampliación y notifica su decisión al contratista en un plazo máximo de diez (10) días hábiles, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe o del vencimiento del plazo, bajo responsabilidad. De no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo señalado, se tiene por aprobado lo indicado por el inspector o supervisor en su informe.

Si dentro del plazo de quince (15) días hábiles de presentada la solicitud, la entidad no se pronuncia y no existe opinión del supervisor o inspector, se considera ampliado el plazo solicitado por el contratista.

(...)

En tanto se trate de circunstancias que no tengan fecha prevista de conclusión, hecho que debe ser debidamente acreditado y sustentado por el contratista de obra, y no se haya suspendido el plazo de ejecución

contractual, el contratista puede solicitar y la Entidad otorgar ampliaciones de plazo parciales, a fin de permitir que el contratista valore los gastos generales por dicha ampliación parcial, para cuyo efecto se sigue el procedimiento antes señalado.”

28. En relación con lo previsto en la normativa de contratación pública se tiene que la ampliación N° 3 fue solicitada por el Consorcio el 29.01.2016, fecha en la cual el contrato en cuestión se encontraba dentro del plazo de ejecución considerando lo dispuesto en la Resolución Sub Gerencial N° 086-2016-13.20-SO-GDD/MSI, la cual aprobó la ampliación de plazo N° 2, por medio de la cual el plazo contractual se extendió hasta el 30 de enero del 2016.
29. Ahora bien, cabe destacar que la solicitud de ampliación de plazo n° 3 se presentó dentro del término establecido en el Reglamento, más aún si a la fecha de presentación de dicha solicitud aún se encontraba pendiente, por parte de la Entidad, la ampliación de plazo N° 2, la cual reconoció que el contrato debió extenderse hasta el 30.01.2016.
30. Por otro lado, se aprecia que la respuesta de la Entidad a la ampliación de plazo N° 3 fue notificada al contratista el 18.02.2016, contando para ello con el respectivo informe del inspector de fecha 05.02.2016. Es decir, que esta respuesta fue brindada dentro de los 15 días hábiles de presentada la solicitud del Consorcio (29.01.2016). En razón de ello, en el presente caso no se advierte que la respuesta de la Entidad haya transgredido los plazos establecidos en el referido artículo 170 del Reglamento.
31. En razón ello, es menester evaluar las razones que expuso la Entidad a efectos de negar la referida ampliación de plazo. Sobre el particular, se aprecia que a tales efectos el inspector indicó que “la no disponibilidad del módulo de mini gimnasio de la calle Manuel Polar (...) no afecta la ruta crítica del programa de obra

vigente por lo tanto no se requiere de un plazo adicional para la culminación de la obra, al tener todos los frentes de trabajo que aún viene ejecutando (...)".

32. Estando a lo argumentado por el inspector, es necesario destacar que las razones que motivan la solicitud de la ampliación N° 3 no difieren de las dos anteriores (N° 1 y N° 2) las mismas que fueron concedidas por la Entidad.
33. Ahora bien, al margen de la incongruencia advertida en el actuar de la Entidad, es de destacar que el contrato materia de análisis posee un único plazo para la atención de la totalidad de los módulos, es decir, no se advierte de los términos de referencia plazos diferenciados para la entrega de cada módulo, por lo que se desprende que la dificultad en la atención de uno de ellos impacta, por el diseño del contrato, en el total del plazo de ejecución.
34. Cabe destacar que esta situación de la Calle Manuel Polar era de conocimiento de la supervisión, así como de la Entidad, como puede apreciarse del Cuaderno de Obra (Asientos 10, 29, y 33, por ejemplo).
35. Es relevante anotar que el hecho de que la Entidad haya comunicado el 10 de febrero al Contratista que ya no ejecutará el módulo ubicado en la Calle Manuel Polar, no la exime de seguir las formalidades estipuladas en la normativa de contrataciones del Estado, a fin de dar respuesta a la solicitud de ampliación de plazo N°3. En ese sentido, la ampliación materia de análisis debe ser otorgada hasta el momento en que el proveedor tomó conocimiento formal de la respuesta de la Entidad respecto a la decisión de la ampliación, considerando que si bien el hecho generador habría cesado, este tuvo que ser parte de la evaluación del pedido de ampliación, y no de una comunicación anterior.
36. Por lo expuesto se considera procedente la ampliación de plazo N° 3, debiendo considerarse otorgada hasta el 17 de febrero del 2016. Por lo que debe considerarse Fundada la ampliación de plazo 03.

37. En relación a la ampliación N° 4, se advierte que esta fue solicitada por el Consorcio el 17.02.2016, cuando aún no se contaba con la respuesta de la Entidad respecto de la ampliación N° 3. En ese contexto el Consorcio considera que “el hecho de comunicar el cese de la causal implica determinar el tiempo que ha durado la demora para tomar la decisión y esto reflejarlo en documentos administrativos y legales, que permiten el cierre del expediente de contratación en concordancia de lo expresado por la Ley y el RCLE, cualquier situación en contrario es de plena responsabilidad de la entidad, ya que mi representada cumple con solicitarlo y sustentarlo oportunamente”
38. Sobre el particular, es de considerar que las ampliaciones de plazo N° 1 y N° 2 otorgadas al Consorcio fueron de manera parcial con causal abierta, considerando que el hecho generador no había cesado; sin embargo, dado que este ya habría concluido el 10.02.2016, siendo además objeto de la evaluación referida precedentemente (ampliación N° 3) no posee sustento legal el adicionar 12 días más al plazo de ejecución.
39. Por lo que la ampliación 04 debe ser declarada Infundada.
40. Ahora bien, en relación con lo expuesto, en aplicación de la normativa de contratación pública, tenemos que esta establece que los efectos de la modificación del plazo contractual, (Art. 202 del Reglamento), conllevan a que se reconozcan “*el pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario (...)*”
41. Y asimismo, se indica que cuando dicha ampliación es generada 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.

42. En ese sentido, corresponde que la Entidad reconozca y pague a favor del Consorcio la valorización de costos directos y gastos generales incurridos únicamente por la ampliación de plazo N° 3; los cuales deberán ser acreditados y requeridos a la entidad en la liquidación que dichas partes deberán practicar incluyendo los conceptos que son objeto del presente laudo arbitral. Para ello, deberán cuidar de cumplir en estricto lo que se indica en la normativa de contratación pública aplicable.

43. Por otro lado, en relación con la **Cuarta pretensión Accesorio de la Primera Pretensión Principal**, sobre la penalidades por demora en el levantamiento de observaciones; siendo este análisis previo de las ampliaciones de plazo, la procedencia de la ampliación de plazo N° 3, conlleva a que el plazo del Contrato culminó el 17 de febrero del 2016; y por tanto, NO correspondería una penalidad por demora en el levantamiento de observaciones sino únicamente respecto de la fecha en que debió culminar la obra, hasta la fecha real de culminación de la misma.

44. En relación con ello, cabe destacar que el Consorcio comunicó que los trabajos de las obras culminaron el 24 de febrero del 2016, corresponde que la Entidad determine la penalidad por mora desde el 18 de febrero hasta el 24 de febrero del 2016.

Sexto punto controvertido

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Municipalidad Distrital de San Isidro cumpla con pagar a favor del Consorcio San Isidro una Indemnización por concepto de Daños y Perjuicios, derivado de su incumplimiento, ascendente a la suma de S/ 200,000.00 (Doscientos Mil con 00/100 Soles).

Sobre el particular, si bien el consorcio señala una serie de supuestos que le habrían generado daño, debe tenerse en cuenta que la cuantificación y sustento de los mismos no han sido demostrados a través de los medios probatorios ofrecidos por el Consorcio, más aún cuando estos solo son mencionados de manera general, como por ejemplo: “retraso en dichos cobros y perjuicios que ello ha ocasionado”, “exposición a la ejecución de la Carta Fianza”, “exposición de sanciones ante el Tribunal de Contrataciones del Estado”.

Ahora bien, dado que el Consorcio argumenta haber incurrido en gastos de carácter financiero y administrativos para el pago de comisiones para la renovación de cartas finanzas, y este Arbitro conoce que este es un gasto que resulta habitual en este tipo de transacciones, por lo que habría correspondido que la Entidad proceda al pago de los mismos.

Sin embargo, no obstante debe integrarse el análisis de este punto controvertido con el realizado a continuación para la Reconvención, referente a la materia de responsabilidad civil por daños, estos daños por gastos financieros aducidos, NO han sido probados.

Por lo que debe ser declarada Infundada.

Reconvención

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene al Consorcio San Isidro cumpla con pagar a favor de la Municipalidad Distrital de San Isidro por concepto de indemnización por Daños y Perjuicios, más los intereses legales correspondientes.

1. A fin de poder establecer si corresponde o no reconocer a favor de la ENTIDAD una indemnización por daños y perjuicios, se debe analizar los elementos de la Responsabilidad Civil relativos a la Antijuridicidad, Daño, Relación de Causalidad

y Factor de Atribución que contemplan en el Código Civil y que resulta aplicable a todo caso de solicitud de reparación de daños y perjuicios de naturaleza contractual.

2. Asimismo, se debe determinar previamente si la solicitud de indemnización de daños y perjuicios corresponde a una Responsabilidad Contractual o Extracontractual, a efectos de resolver si se cumplieron con los requisitos de la Responsabilidad Civil respectivos.
3. En primer orden, sostenemos que la Responsabilidad Contractual es la obligación de reparar cuando no se ha cumplido la obligación convencional. También puede ser definida como los daños que se producen al acreedor en el incumplimiento o cumplimiento defectuoso por parte del deudor de la obligación que entre ellos existía. Así, el artículo 1321° del Código Civil señala lo siguiente:

“Artículo 1321.- Indemnización por dolo, culpa leve e inexcusable Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve”.

4. Por su parte, De Trazegnies Granda menciona que en el caso de la Responsabilidad Contractual es cuando dos partes involucradas en el daño han tenido un trato previo, es decir, se han vinculado voluntariamente²:

“En la responsabilidad contractual, las dos partes involucradas en el daño - el causante y la víctima - han tenido un trato previo. Esto significa que se han vinculado voluntariamente y que han buscado en común ciertos propósitos: su reunión no es casual o accidental; y esta reunión se ha producido en torno a obtener un cierto resultado (las respectivas prestaciones recíprocas).

² TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “La Responsabilidad Extracontractual”. 7ta Edición. Volumen IV, Tomo II – Segunda Parte. Pontificia Universidad Católica del Perú: Lima. 200. Ver especialmente la pág. 463.

Por consiguiente, tenemos una situación en la que el elemento de intencionalidad o de voluntad predomina. Pero, además, esta voluntad se encuentra de alguna manera documentada, es decir, presenta un antecedente textual.

Por "documento" no queremos significar aquí necesariamente la existencia de un texto escrito: basta que exista un "texto" (es decir, el contenido de un acuerdo), cualquiera que sea la forma -verbal o escrita- como se encuentre expresado (el problema de probanza -que puede ser muy grave si no hay documento escrito- no altera el carácter textual del acuerdo)." (resaltado propio)

5. Ahora, la Responsabilidad Extracontractual se produce cuando una persona causa daño a otra, sin que entre ellas exista una relación obligacional previa o cuando, aun existiendo ésta, el daño se cause fuera de ella. El artículo 1969° del Código Civil señala:

"Artículo 1969.- Indemnización por daño moroso y culposo aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor." (resaltado propio)

6. Al respecto, nuevamente De Trazegnies Granda expresa que en la Relación Extracontractual no hay ninguna delimitación previa entre las partes, ni mucho menos una intencionalidad, es decir, no existe una relación anterior al daño³:

"En cambio, en la responsabilidad extracontractual no existe delimitación previa de causante y víctima: uno y otro pueden

³ TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Idem*. Ver especialmente la pág. 463-464.

ser cualquiera, sin que los una necesariamente ninguna relación anterior al daño.

Tampoco hay ninguna intencionalidad subyacente a la relación entre ambos ni, consiguientemente, hay un "texto" o acuerdo que pueda servir de pauta para establecer la razón por la que ahora están en contacto.

En el campo de la responsabilidad extracontractual es la voluntad exclusivamente unilateral de una de las partes (acto ilícito) o el azar combinado con una suerte de intencionalidad social (accidente) que conforman la situación dañina. No hay documento de ninguna clase (oral o escrito) en la misma medida de que no hay texto que constituya una pauta de intencionalidad común." (resaltado propio)

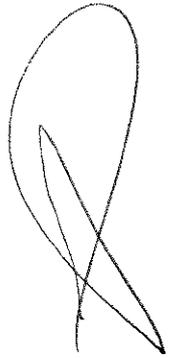
7. Por lo tanto, se advierte que la pretensión de indemnización solicitada se configura en una Responsabilidad Civil Contractual, toda vez que el supuesto perjuicio ha surgido como consecuencia de la ejecución del contrato.
8. Por otro lado, el ordenamiento jurídico peruano determina que los elementos esenciales para determinar la responsabilidad ante un daño son: Antijuridicidad, Daño, Relación de Causalidad y Factor de Atribución.

a. CONDUCTA ANTIJURÍDICA

El primer elemento para determinar la responsabilidad es la conducta antijurídica, que no es otra cosa que todo aquello que es contrario al Derecho. Respecto a este punto, Espinoza Espinosa, nos dice que la doctrina distingue dos tipos de antijuridicidad; lo formal y lo material. La antijuridicidad formal se identifica con la ilegalidad, mientras que la

antijuridicidad material se relaciona con la contrariedad a las prohibiciones que surgen de los principios del orden público⁴:

“La Doctrina argentina distingue la antijuridicidad formal de lo material. La primera se idéntica con la ilegalidad y la segunda con la contrariedad a las prohibiciones que surgen de “los principios que sostiene el orden público: político, social y económico, las buenas costumbres, etcétera.” Para un sector de la doctrina italiana, la ilicitud y antijuridicidad expresan la misma noción de contrariedad de la norma”. Nótese que le concepto de ilicitud (o antijuridicidad) se aplica tanto en la responsabilidad por inejecución de las obligaciones, como en la responsabilidad extra contractual.” (resaltado propio)



Sin embargo, no todo hecho antijurídico acarrea la obligación de resarcir los daños causados, ya que existen diversos hechos que tienen distinto tipo de sanción, o en su defecto no lo tienen.

Al respecto, las causas de justificación que no son otra cosa que determinadas circunstancias que tienen la virtualidad de borrar la antijuridicidad de un acto dañoso, y, por ende eximen de responsabilidad.

b. DAÑO INDEMINZABLE

El segundo elemento a analizar para efectos de determinar si estamos ante un supuesto de Responsabilidad Civil es el "daño", que proviene del latín "*demere*" que significa "*menguar*", que es entendido como "el detrimento" o menoscabo a un interés jurídicamente tutelado por el ordenamiento jurídico (que en un primer momento corresponde al Interés Jurídico General de "no verse dañado por la conducta de otro sujeto", tornándose luego en un interés

⁴ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Derecho de la Responsabilidad Civil". 6ta Edición. Editorial Rodhas: Lima. 2001. Ver especialmente las págs. 94-95.

específico de la víctima). Al ser el daño un menoscabo a un interés jurídicamente tutelado la indemnización debe perseguir "no una sanción" sino una "satisfacción" de dicho interés conculcado.

Espinoza Espinoza sostiene que el daño no solo puede ser entendido como lesión de un interés protegido, sino que son los efectos negativos que se derivan de la lesión del interés⁵:

“El daño no puede ser entendido solo como una lesión de un interés protegido, por cuanto ello resulta equivoco y sustancialmente impreciso: el daño incide más bien en las consecuencias, aquellos efectos (negativos) que se derivan de la lesión del interés protegido. En sustancia, interés lesionado y consecuencias negativas de la lesión son momentos vinculados entre sí, pero “autónomos conceptualmente, cuanto al contenido y a la naturaleza”. Es por ello que de una lesión patrimonial pueden resultar consecuencias (al lado de aquellas patrimoniales) no patrimoniales y viceversa. Así tenemos que se habla de daño-evento (lesión del interés tutelado) y de un daño consecuencia (daño emergente, lucro cesante y daño moral)”.
(resaltado propio)

El daño es un elemento imprescindible para que surja la Responsabilidad Extracontractual en todos los ordenamientos analizados, siendo exigible expresamente su presencia en las cláusulas generales existentes en la materia.

c. NEXO CAUSAL

La relación de causalidad es la relación entre el acto antijurídico y la conducta desplegada. Es decir, un nexo entre la conducta ilícita y el daño.

⁵ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Idem*. Ver especialmente la pág. 246.

En el ámbito jurídico el nexo de la relación causal está considerada como el elemento esencial de la responsabilidad civil; de ahí, la importancia de que la acción antijurídica no es punible si no media entre el hecho imputable y el daño, el nexo de causalidad para que el autor de ese comportamiento deba indemnizar el perjuicio. Se precisa que el nexo causal es propio de la esencia de la responsabilidad, ya sea contractual o extracontractual.

d. FACTOR ATRIBUCIÓN

Espinoza Espinoza, cuando se ocupa de éste elemento, plantea la siguiente pregunta: ¿A título de qué se es responsable? La respuesta a la pregunta deviene en el fundamento del “deber indemnizar”⁶:

“Este elemento contesta al a pregunta ¿a título de que es responsable?, vale decir, constituye “el fundamento del deber de indemnizar”. Existen factores de atribución, subjetivas (culpa y dolo), objetivos (realizar actividades o ser titular de determinadas situaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico considera – si se quiere ser redundante – objetivamente o – si se quiere optar por una definición residual – prescindiendo del criterio de culpa). También forma parte de los factores de atribución el abuso de derecho y la equidad. La doctrina trata a estos dos últimos como sub- tipos de factores de atribución objetivos (porque no se basan en culpa); pero prefiero considerarlos de manera independiente, dados sus particulares características.” (resaltado propio).

9. Sin embargo, en el análisis de los hechos no basta el daño, para que la víctima o el acreedor puedan pedir reparación civil. Este supuesto daño se debe conjugar el factor de responsabilidad subjetiva (culpa y dolo) y objetiva (realización de

⁶ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ídem. Ver especialmente la pág. 150.

actividades) que la ley reputa como idóneo para atribuirlo a una determinada persona.

10. La cuestión es importante en la materia que se viene analizando, porque la imputabilidad o la atribución legal a determinar quién es el sujeto que debe responder por el daño causado.
11. Es por ello, quien tiene la carga de la prueba es quien afirma que ha sido perjudicado por la no terminación de la obra. Así, y estando lo indicado, queda claro, que quien tiene que la carga de probar si se le provoco algún daño es la Entidad.
12. Sin embargo, al analizar los elementos que conforman la Responsabilidad Contractual se evidencia que el supuesto incumplimiento de obligaciones por el no levantamiento de observaciones no se configuraría como una conducta antijurídica, toda vez que la Entidad, no ha acreditado cual sería el supuesto daño causado, más aun si el Consorcio a acreditado el uso de todos los módulos instalados sin que exista ninguna objeción por parte de la Entidad.
13. Adicionalmente a ello, verificada la reconvención interpuesta y de los documentos presentados por la Entidad demandada, éste, no logra acreditar que en efecto asista a dicha parte el derecho indemnizatorio que reclama, dado que no existen elementos de juicio palpables suficientes que permitan a este Arbitro inferir que se haya producido la afectación dañosa que se pretende atribuir al demandante, de tal modo que merezca el amparo de la pretensión reclamada.
14. En razón de ello, a juicio de este Arbitro, **no corresponde amparar el extremo correspondiente a la indemnización de daños y perjuicios solicitado por el Demandado.**

Costas y Costos

15. Respecto del reconocimiento de costas y costos, los artículos 56° 69°, 70° y 73° de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, disponen que los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre los costos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio, y que si el convenio no contiene pacto alguno, el árbitro se pronunciarán en el Laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo.
16. En este sentido, el Arbitro Único ha apreciado durante la prosecución del proceso que ambas partes han actuado, finalmente, basadas en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultan atendibles, y que por ello, han litigado honestamente y convencidas de sus posiciones ante la controversia. Por consiguiente, considera que no corresponde condenar a ninguna de ellas al pago exclusivo de los gastos del proceso arbitral, y en consecuencia, resulta conforme que cada parte asuma el 50% de todas las costas y costos del presente proceso.
17. Sin embargo, de la revisión efectuada, cabe indicar que de acuerdo a los actuados del proceso, se tiene inicialmente ambas partes cumplieron con el pago del primer anticipo de honorarios arbitrales ordenados mediante Acta de Instalación; no obstante ello, mediante Resolución N° 25 de fecha 04.06.2018, el Arbitro Único realizó una reliquidación de honorarios arbitrales debido a la reconvención planteada por la Entidad ascendente a S/ 4,787.27 (Cuatro Mil Setecientos Ochenta y Siete y 27/100 Soles), el cual debía ser pagado por ambas partes en proporciones iguales; es decir, cada parte debía abonar por este concepto al árbitro único la suma de S/ 2,393.64 (Dos Mil Trecientos Noventa y Tres y 64/100 Soles) netos; asimismo, se fijó como anticipo de honorario neto de la Secretaria Ad Hoc la suma de S/ 2,800.75 (Dos Mil Ochocientos y 75/100 Soles), el cual debió ser pagado por ambas partes en proporciones iguales; es decir, cada parte debía abonar por este concepto, la suma de S/ 1,400.37 (Mil Cuatrocientos y 36/100 Soles) netos.

18. Sin perjuicio de lo antes mencionado, se tiene que el consorcio no cumplió con dicho pago, debiendo subrogar a la Entidad para que acredite el pago a cargo del Consorcio; en ese sentido, la Municipalidad realizó el pago total de los gastos arbitrales ordenados mediante Resolución N° 05, cuando el pago del 50% de éstos se encontraba a cargo del Consorcio, por lo que en concordancia con la decisión arribada por este Órgano Arbitral, deberá ordenarse que el Consorcio pague – *en vía de devolución* – a la Municipalidad el monto de los gastos arbitrales cuyo pago correspondía al Consorcio, esto es S/ 2,393.64 (Dos Mil Trecientos Noventa y Tres y 64/100 Soles) netos del árbitro único y S/ 1,400.37 (Mil Cuatrocientos y 36/100 Soles) netos de la secretaría arbitral.

Por las razones expuestas, estando a los considerandos glosados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49 y 50 de la Ley de Arbitraje, y estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, en DERECHO,

LAUDA:

Primero: Declarar **Fundada** la Primera Pretensión de la demanda, ORDENÁNDOSE se deje sin efecto la resolución del Contrato N° 07-2015-MSI por las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo.

En relación con las pretensiones accesorias:

- 1.1. Determinar a validez del Contrato Nro. 77-2015-MSI. **Fundada**
- 1.2. Dejar sin efecto la Ejecución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 0011-0137-9800025845-73, emitida por Consorcio San Isidro, por la suma de S/ 37,103.51 (Treinta y Siete Mil Ciento Tres con 51/100 Soles). **Fundada**
- 1.3. Determinar que se ha cumplido con levantar las observaciones planteadas en la CARTA N° 022-2016-SLSG-0830-GAF/MSI de fecha 26 de enero del 2016. **Fundada**
- 1.4. Determinar la no procedencia de la aplicación de penalidades por demora en el levantamiento de las observaciones. **Infundada.**

1.4.1. Determinar que el plazo contractual termino el 17 de febrero por lo que corresponde que la Entidad determine la penalidad por mora desde el 18 de febrero hasta el 24 de febrero del 2016.

1.5. **Infundada** la penalidad respecto la ausencia y/o falta de acceso al cuaderno de obra.

1.6. Declarar culminada la Ejecución de la Obra:” MEJORAMIENTO DE LOS ESPACIOS DESTINADOS PARA EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES FÍSICAS EN SAN ISIDRO, DISTRITO DE SAN ISIDRO-LIMA-LIMA”.

Fundada

Segundo: Declarar **fundada** la Segunda Pretensión de la demanda, en todo lo que contiene.

Tercero: Declarar **fundada** la Tercera Pretensión de la demanda, en todo lo que contiene.

Cuarto: Declarar **fundada** la Cuarta Pretensión, por lo que corresponde que la Entidad designe el respectivo Comité de Recepción de Obra.

Quinto: Declarar **fundada en parte** la Quinta Pretensión de la demanda, correspondiendo:

i) Otorgar la ampliación de plazo N° 3 y el reconocimiento de costos directos y gastos generales incurridos; y,

ii) Declarar **infundada** la solicitud de ampliación N° 4.

Sexto: Declarar **Infundada** la sexta pretensión de la demanda.

Sétimo: Declarar **Infundada** la reconvenición de la Municipalidad

Octavo. ORDENAR que cada parte asuma los costos, costas y gastos que, hasta la fecha del presente laudo, hayan asumido o les corresponda, en forma individual.

Notifíquese a las partes.-



Juan Carlos Pinto Escobedo
Árbitro