

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Resolución N° 18

VISTOS:

I. **Lugar y Fecha:** Lima, 15 de noviembre de 2016

II. **Nombre de las Partes:**

Demandante : Delmon Contratistas Generales S.A.C.

Demandado : Municipalidad de San Isidro

III. **Existencia de Convenio Arbitral**

Delmon Contratistas Generales S.A.C y la Municipalidad de San Isidro, conforme se ha podido observar de la documentación anexada, han suscrito el Contrato N° 0137-2013-MSI – Adjudicación Directa Pública N° 0018-2013-CE/MSI – Primera Convocatoria – “Contratación del Servicio de Mantenimiento de Veredas, Bermas y Sardineles del Sector 2 y 4, del distrito de San Isidro”.

En la Cláusula Décimo Quinta se estipuló que cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en la Ley y el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

IV. **Designación de Árbitro Único**

El Árbitro Único ha sido designado de acuerdo a la normativa vigente, así como de conformidad con el Convenio Arbitral celebrado entre las partes, no existiendo incompatibilidad para asumir el cargo, ni compromiso alguno con ninguna de las partes. Conforme a la normativa vigente, el Árbitro Único es abogado de profesión, con especialización debidamente acreditada en Derecho Administrativo, en Arbitraje, y en Contrataciones con el Estado, así como con una integridad intachable, y sin procesos sancionadores que pesen sobre él. De esta manera, se designó como Árbitro Único para conocer el presente proceso arbitral a:

Dr. Jorge Antonio Morán Acuña
Árbitro Único

Con fecha 23 de Julio de 2015, se instaló el Árbitro Único. En dicha oportunidad, conforme se ha manifestado, el mencionado profesional declaró no tener ningún tipo de

Arbitraje Ad Hoc

Caso Arbitral: Delmon Contratistas Generales SAC y la Municipalidad de san Isidro

incompatibilidad con las partes y que se desenvolvería con imparcialidad, independencia y probidad. Asimismo, se nombró como Secretario Arbitral al Dr. Hugo Leno Chauca.

V. Normatividad Aplicable al Arbitraje

En el numeral 6 del Acta de Instalación del Árbitro Único, se estableció que el Arbitraje se regirá de acuerdo a lo dispuesto por: 1) la Constitución Política del Perú, 2) la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por Ley N° 29873, 3) el Reglamento de la Ley, el mismo que fue aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y posteriormente modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF, 4) las normas de derecho público y 5) las normas de derecho privado.

Del mismo modo, resulta de aplicación lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje de manera supletoria y siempre que esto no contravenga lo establecido en la Ley y Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, así como por las normas que se han establecido en la propia Acta de Instalación del Árbitro Único Ad Hoc.

VI. Cuestión Sometida al Arbitraje:

Las cuestiones sometidas a Arbitraje vienen a ser los puntos controvertidos establecidos en la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos de fecha 04 de Febrero de 2016, por lo que se procede a la transcripción de los mismos; precisando que sobre estos, el Arbitro Único emite el Laudo Arbitral:

1. Determinar si corresponde o no, que el Árbitro Único Ad Hoc declare la ineficacia de la Carta Notarial signada con el N° 21591 remitida a través de la Notaría Benvenuto a la Contratista, que declara resuelto de forma parcial el Contrato N° 0137-2013-MSI, notificada con fecha 30 de Mayo de 2014.
2. Determinar si corresponde o no la Resolución del Contrato N° 0137-2013-MSI por causas no imputables a la Contratista, por la inexistencia de incumplimiento de obligaciones esenciales.
3. Determinar si corresponde o no aplicar penalidades y moras a la Contratista por la inejecución de obligaciones imputables a ésta.
4. Determinar si procede la determinación de la fecha en la que se deberá hacer el Pago Periódico N°03, correspondiente a un monto por el saldo de la liquidación de la obra, y que ascendería a la suma de S/. 48,378.14 (Cuarenta y Ocho Mil Trescientos Setenta y Ocho con 14/100 Soles).
5. Determinar si corresponde o no el pago de una indemnización por daños y perjuicios a favor de la Contratista por parte de la Entidad.

Caso Arbitral: Delmon Contratistas Generales SAC y la Municipalidad de san Isidro

6. Determinar si se deberá o no mantener vigente la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato para todos los efectos legales, por el monto de S/. 29,684.88 (Veintinueve Mil Seiscientos Ochenta y Cuatro con 88/100 Soles)
7. Determinar si corresponde ordenar a la Entidad que no comunique al Tribunal de Contrataciones del OSCE los hechos producidos con la finalidad de evitar el inicio de un Procedimiento Sancionador por parte del OSCE.
8. Determinar si corresponde al Árbitro Único ordenar el pago a la Entidad de las costas y costos originados en el presente proceso arbitral.

VII. Desarrollo del Proceso Arbitral

1. Mediante Resolución N° 01, de fecha 03 de Agosto de 2015, se remitieron los Recibos por Honorarios del Árbitro Único, y del Secretario Arbitral, con la finalidad que las partes procedan a cumplir con el pago de los honorarios arbitrales y de la secretaría arbitral a cargo de cada una de las partes.
2. Con fecha 11 de Agosto de 2015, Delmon Contratistas Generales S.A.C presentó su escrito de demanda; del mismo modo, cumplió con anexar todos los documentos a los que hacía referencia en la mencionada demanda arbitral, conjuntamente con copias en cantidad suficiente.
3. Mediante Resolución N° 02 de fecha 17 de Agosto de 2015, se admitió a trámite la demanda, por ofrecidos los medios probatorios, y se procedió a correr traslado de los actuados a la Municipalidad de San Isidro por un plazo de diez (10) días hábiles; así mismo se ordenó a la Municipalidad de San Isidro cumpla con el pago de los Honorarios Arbitrales, así como los de la Secretaría Arbitral a su cargo dentro del plazo legal estipulado por el Acta de Instalación de Arbitro Único Ad Hoc.
4. Pese a encontrarse válidamente notificada la Entidad, ésta no cumplió con el pago de los honorarios arbitrales a su cargo, motivo por el cual, mediante Resolución N° 03 de fecha 21 de Agosto de 2015, se le concedió el plazo adicional de diez (10) días hábiles a fin de que cumpla con pagar los Gastos Arbitrales.
5. Con fecha 31 de Agosto de 2015, la Entidad contestó con la Demanda Arbitral, solicitando que se declaren infundadas todas las pretensiones presentadas en la demanda.
6. Sin embargo, mediante Resolución N° 04 de fecha 09 de Septiembre de 2015, se tuvo por presentada la Contestación, pero no por admitida, toda vez que la Entidad no habría cumplido con cancelar los honorarios a su cargo. En ese sentido, se facultó a la Contratista a subrogarse en el pago, otorgándoseles un plazo de diez (10) días hábiles, con cargo a que se le reconozca dicho pago al contratista al momento de Laudar.

Arbitraje Ad Hoc

Caso Arbitral: Delmon Contratistas Generales SAC y la Municipalidad de san Isidro

7. Con fecha 16 de Septiembre de 2015, la Municipalidad de San Isidro interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 04, solicitando se brinde mayor plazo para cumplir con el pago de los honorarios a su cargo.
8. A través de la Resolución N° 05 se declaró infundado el Recurso planteado por la Entidad, considerando que se ha respetado los plazos y normas del Acta de Instalación; sin perjuicio de ello, se brindó un plazo adicional perentorio de diez (10) días hábiles a la Municipalidad de San Isidro, para que efectúe el pago de los Honorarios Arbitrales.
9. Mediante escrito de fecha 06 de Octubre del 2015, la Municipalidad de San Isidro solicitó una ampliación de plazo prudencial a fin de cumplir con el mandato.
10. Con la finalidad de dar flexibilidad al proceso arbitral, mediante Resolución N° 06 de fecha 07 de Octubre de 2015, se otorgó un plazo adicional de cinco (05) días hábiles, bajo apercibimiento de declararse la suspensión del proceso arbitral.
11. Transcurrido el plazo conferido a la Municipalidad de San Isidro, mediante Resolución N° 07 de fecha 04 de Noviembre de 2015 se facultó a Delmon Contratistas Generales S.A.C. ~~a subrogarse en el pago de los Gastos Arbitrales a cargo de la demandada Entidad,~~ otorgándose un plazo de diez (10) días hábiles para que cumpla con abonar los mencionados gastos.
12. Con fecha 19 de Noviembre de 2015 la Contratista solicitó la emisión de los Recibos por Honorarios del Árbitro Único y del Secretario Arbitral a su nombre, con la finalidad de realizar el abono correspondiente, con cargo a ser reconocido y devuelto a la empresa demandante al momento de Laudar.
13. Mediante Resolución N° 08 de fecha 20 de Noviembre de 2015, se dispone la reversión de los Recibos por Honorarios girados a nombre de la Municipalidad de San Isidro, y del mismo modo, remitir los Recibos correspondientes a nombre de la Contratista para que pueda subrogarse en el pago de los honorarios a cargo de la Entidad.
14. A través de un escrito de fecha 26 de Noviembre de 2015, la Contratista cumplió con realizar el pago de los Honorarios Arbitrales, adjuntando las correspondientes constancias.
15. Mediante Resolución N° 09 de fecha 27 de Noviembre de 2015, se tienen por cancelados los Honorarios del Árbitro Único y de la Secretaria Arbitral por subrogación del demandante, y del mismo modo, se admite a trámite la Contestación de la Demanda presentada por la Municipalidad de San Isidro, por ofrecidos los medios probatorios y se dispone correr traslado al demandante para que en el plazo de diez (10) días exprese lo conveniente a su derecho.

Caso Arbitral: Delmon Contratistas Generales SAC y la Municipalidad de San Isidro

16. Con fecha 15 de Diciembre de 2015, Delmon Contratistas Generales S.A.C. contradice los argumentos expuestos por la Entidad, impugnando los medios probatorios presentados por la Municipalidad de San Isidro.
17. Mediante Resolución N° 10 de fecha 17 de Diciembre del 2015, se resuelve correr traslado del escrito presentado por la Contratista a la Entidad, a fin de que exprese lo que considere conveniente en un plazo no mayor de cinco (05) días hábiles.
18. Con fecha 04 de Enero de 2016, la Entidad absuelve traslado del escrito presentado por la Contratista, dándose cuenta del mismo mediante Resolución N° 11 de fecha 11 de Enero de 2016, corriendo traslado del escrito a la Contratista, declarando la improcedencia de la impugnación de los medios probatorios, y concediendo un plazo de cinco (05) días para que las partes propongan los puntos controvertidos.
19. Mediante escrito de fecha 20 de Enero de 2016, la Contratista expresa sus conclusiones finales; asimismo, mediante escrito de fecha 21 de Enero de 2016, la Entidad remitió su escrito proponiendo los puntos controvertidos que a su juicio debían ser considerados al momento de Laudar. De esta manera, mediante Resolución N° 12 de fecha 26 de Enero de 2016, se dio cuenta de ambos escritos, corriendo traslado de los mismos, y fijando fecha para la Audiencia de Saneamiento, Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, a llevarse a cabo el 04 de Febrero de 2016 a las 16:00 horas, en la Sede Arbitral.
20. Con fecha 04 de Febrero de 2016 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos. En dicha Audiencia, el Árbitro Único declaró saneado el proceso y, fijó los puntos controvertidos sobre los que se pronunciará el presente Laudo Arbitral.
21. Mediante Resolución N° 13 de fecha 03 de Mayo de 2016, se dio por concluida la etapa de actuación de medios probatorios, otorgándose un plazo de cinco (05) días hábiles para que las partes presenten sus alegatos escritos, y soliciten de forma expresa la realización de una Audiencia de Informe Oral.
22. Con fecha 13 de Mayo de 2016, Delmon Contratistas Generales S.A.C, formuló sus Alegatos; asimismo, con fecha 16 de Mayo de 2016, la Municipalidad Distrital de San Isidro formuló sus Alegatos y conclusiones finales. De esta manera, mediante Resolución N° 14 de fecha 26 de Mayo de 2016, se corrió traslado de los mencionados escritos a las partes, y del mismo modo, se citó a ambas partes a la Audiencia de Informe Oral, para el día 01 de Julio de 2016, a las 16:00 horas en la Sede Arbitral. En dicha Resolución se solicitó a la Entidad acreditar la habilitación de la información relativa al proceso arbitral en el SEACE con la finalidad de poder registrar el Laudo Arbitral oportunamente.

Arbitraje Ad Hoc

Caso Arbitral: Delmon Contratistas Generales SAC y la Municipalidad de san Isidro

23. El 09 de Junio de 2016 la Municipalidad de San Isidro cumplió con acreditar la habilitación de la información relativa al presente proceso arbitral en el SEACE, dándose cuenta del mismo mediante Resolución N° 15 de fecha 20 de Junio de 2016.
24. Con fecha 01 de Julio de 2016 se llevó a cabo la Audiencia de Informe Oral en la Sede Arbitral; en dicha audiencia el Árbitro Único brindó un plazo de cinco (05) días hábiles para presentar por escrito los Alegatos, de considerarlo necesario.
25. Mediante Resolución N° 16 de fecha 25 de agosto de 2016, el Árbitro Único fijó en treinta (30) días hábiles el plazo para Laudar.
26. Mediante Resolución N° 17 de fecha 10 de octubre de 2016, se prorrogó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales.

VIII. Excepciones Procesales Formuladas:

Ninguna de las Partes formuló cuestiones probatorias, motivo por el cual se deja constancia de ello en el presente Laudo Arbitral. Asimismo, no han planteado excepciones, motivo por el cual se deja expresa constancia en el presente Laudo Arbitral.

IX. Posición de las Partes:

A. Posiciones del Demandante

PETITORIO DE LA DEMANDA:

Mediante escrito de fecha 11 de Agosto de 2015, Delmon Contratistas Generales S.A.C interpuso Demanda Arbitral contra la Municipalidad de San Isidro, siendo su petitorio el siguiente:

- Que se declare la Ineficacia de la Carta Notarial N° 21591 que presenta la Carta N° 056-2014-0830-SLSG-GAF/MSI que declara resuelto parcialmente el Contrato Nro.0137-2013-MSI de la Adjudicación Directa Pública N° 0018-2013-CE/MSI primera convocatoria, notificada el día 30 de Mayo de 2014, debido a que la obra se encuentra concluida, que consideren una solución justa para ambas partes.
- Que, de desestimarse la primera pretensión, el Árbitro Único disponga la Resolución del Contrato N° 0137-2013-MSI, por causas no imputables a la empresa Delmon Contratistas Generales S.A.C. por no haberse configurado ninguna situación de incumplimiento de obligaciones esenciales contempladas en el Contrato y que pudiese configurar causal de resolución parcial de contrato.
- Que el Árbitro Único determine que no corresponde aplicar penalidades a la empresa Delmon Contratistas Generales S.A.C. y deje sin efecto el cobro de cualquier tipo de penalidades así como las moras que pudieran resultar de ello.

- Que, el Árbitro Único determine la fecha para hacer efectivo el Pago Periódico N° 03, correspondiente al monto por el saldo de la liquidación de la obra y que asciende a la suma de S/. 48,378.14 (Cuarenta y Ocho Mil Trescientos Setenta y Ocho con 14/100 Soles).
- El pago de la indemnización por daños y perjuicios ocasionados por la Municipalidad de San Isidro.
- Que se mantenga vigente para todos los efectos legales la Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato, por un monto ascendente a S/. 29,684.88 (Veintinueve Mil Seiscientos Ochenta y Cuatro con 88/100 Soles).
- Que se deje sin efecto la posible comunicación al Tribunal de Contrataciones del Estado los hechos producidos para que se inicie un procedimiento sancionador en contra de la Contratista.
- Que se condene a la Municipalidad de San Isidro al pago de las costas y costos del proceso arbitral, incluyendo los honorarios del árbitro, gastos administrativos de la Secretaria General y otros gastos que han surgido durante el proceso arbitral.

HECHOS RELEVANTES SEÑALADOS POR LA DEMANDANTE:

1. Con fecha 20 de Diciembre de 2013, el Comité Especial de la Municipalidad de San Isidro, adjudicó la Buena Pro del Proceso de Adjudicación Directa Público N° 0018-2013-CE/MSI - Primera Convocatoria, para la Contratación del Servicio de Mantenimiento de Veredas, Bermas y Sardineles del Sector 2 y 4 del distrito de San Isidro a Delmon Contratistas Generales S.A.C., por el valor de S/. 296,848.76 (Doscientos Noventa y Seis Mil Ochocientos Cuarenta y Ocho con 76/100 Soles).
2. Las partes suscribieron el Contrato N° 0137-2013-MSI, habiendo la Contratista cumplido con el termino de las obras indicadas en el referido Contrato.
3. Que, la Entidad, con la finalidad de justificar el incumplimiento de las obligaciones a su cargo, remite la Carta Notarial N° 21591, que presenta la Carta N° 056-2014-0830-SLSG-GAF/MSI, por la que se resuelve parcialmente el Contrato, contraviniendo normativa vigente que acarrearía la nulidad de su procedimiento.
4. La Contratista ha cumplido con la ejecución del Contrato, bajo las condiciones establecidas en los términos de referencia, en el plazo estimado, realizando la construcción de 704.18 metros cuadrados de veredas, 511.25 metros cuadrados de bermas, y 389.85 metros lineales de sardineles, con un porcentaje final de 100.10%, conforme consta en la planilla de metrados realmente ejecutados en la modalidad "A Precio Unitario", conciliados, sellados y firmados por el Ing. Juan

Caso Arbitral: Delmon Contratistas Generales SAC y la Municipalidad de San Isidro

Carlos Salazar Romero, Coordinador del Servicio del Departamento de Obras Municipales.

5. Sin embargo, pese a encontrarse concluida la obra, y entregada la misma, existe un saldo pendiente de pago por el monto de S/. 48,378.14 (Cuarenta y Ocho Mil Trescientos Setenta y Ocho con 14/100 Soles) del servicio realmente ejecutado, además de la devolución del Fiel Cumplimiento por la suma de S/. 29,684.88 (Veintinueve Mil Seiscientos Ocho y Cuatro con 88/100 Soles).
6. Asimismo, la Contratista afirma que no corresponde la aplicación de penalidades toda vez que no existe retraso injustificado al haber cumplido a cabalidad con las obligaciones contractuales, y haber concluido las obras en los plazos señalados en el Contrato.
7. La Contratista considera que ha existido un daño provocado por la indebida resolución del Contrato, el daño moral a la persona jurídica, así como por el daño emergente y lucro cesante, señalando que estos últimos se configuran bajo una serie de supuestos como la morosidad en pago a terceros, el perjuicio a la imagen crediticia de la empresa, así como deterioro de la imagen del representante legal de la Contratista.

MEDIOS PROBATORIOS QUE SUSTENTAN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA:

1. El mérito de la Carta Notarial N° 21591 que presenta la Carta N° 056-2014-0830-SLSG-GAF/MSI, la cual resuelve parcialmente el Contrato N° 0137-2013-MSI.
2. El mérito del Contrato N° 0137-2013-MSI de fecha 27 de Diciembre de 2013.
3. El mérito de la Resolución de Gerencia de Administración y Finanzas N° 169-2014-0800-GAF/MSI de fecha 20 de Mayo de 2014.
4. El mérito de la Carta N° 056-2014-0830-SLSG-GAF/MSI, la cual acredita la Resolución Parcial del Contrato por parte de la Municipalidad de San Isidro.
5. El mérito de la Carta N° 045-2014-DELMONCG/OBRAS, de fecha 02 de Junio de 2014.
6. El mérito de la Carta N° 062-2014-DELMONCG/OBRAS de fecha 25 de Agosto de 2014.

B. Posiciones del Demandado

Mediante escrito de fecha 31 de Agosto de 2015, La Municipalidad de San Isidro se apersonó al proceso arbitral, y contestó la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, a la vez solicitando que se declaren infundadas todas las pretensiones presentadas en la demanda.

Caso Arbitral: Delmon Contratistas Generales SAC y la Municipalidad de san Isidro

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La Municipalidad de San Isidro contesta la demanda planteada por Delmon Contratistas Generales S.A.C siendo los argumentos empleados los siguientes:

1. Que, mediante la Carta Notarial N° 20676, diligenciada por la Notaría Benvenuto, se comunicó el incumplimiento de los requerimiento técnicos mínimos en el Servicio ofrecido por la Contratista, existiendo un atraso repetido en la ejecución de los trabajos ocasionando incomodidad en los vecinos, instando de esta manera a que se cumpla con las obligaciones contractuales bajo apercibimiento de resolver el Contrato.
2. Indica la Entidad que, mediante Memorando N° 334-2014-01400-GOSM/MASI de fecha 06 de Mayo de 2014, emitido por la Gerencia de Obras y Servicios Municipales, existirían faltantes en la ejecución de la obra (16.17 metros cuadrados en relación a veredas de concreto armado, 6.40 metros cuadrados en relación a sardineles, y 850 metros cuadrados en relación a reposición de áreas verdes).
3. Que, al no haberse cumplido con lo establecido en el Contrato, esto es, con finalizar las metas del servicio materia del Contrato, la Contratista se encontraría incurso en incumplimiento, y consecuentemente, se aplicó lo señalado en el Contrato y la normativa vigente, resolviéndose de esta manera el mencionado Contrato.
4. Con el incumplimiento por parte de la Contratista, no resulta amparable ninguna de las pretensiones formuladas en el escrito de demanda, motivo por el cual solicita se declaren infundadas la primera, segunda, tercera, y quinta pretensión principal, así como declarar la improcedencia de la cuarta, sexta, y séptima pretensión principal.

MEDIOS PROBATORIOS QUE SUSTENTAN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La Municipalidad de San Isidro ha ofrecido los siguientes medios probatorios:

1. El Contrato N° 0137-2013 de fecha 27 de Diciembre de 2013, suscrito en la Municipalidad y Delmon Contratistas Generales S.A.C., para el "Servicio de Mantenimiento de Veredas, Bermas y Sardineles del Sector 2 y 4 del distrito de San Isidro".
2. Carta N° 040-2014-0830-SLSG-GAF/MSI de fecha 08 de Abril de 2014, emitida por la Subgerencia de Logística y Servicios Generales, notificada a través de la Carta Notarial N° 20676 de la Notaría Benvenuto de fecha 08 de Abril de 2014, diligencia y recepcionada el 09 de Abril de 2014.
3. Carta N° 036-2014-DELMONCG/OBRAS, ingresa con Documento Simple N° 0006026-14 de fecha 16 Abril de 2014.
4. Carta N° 056-2014-0830-SLSG-GAF/MSI, de fecha 28 de Mayo de 2014, emitida por la Subgerencia de Logística y Servicios Generales, notificada a través de la

Caso Arbitral: Delmon Contratistas Generales SAC y la Municipalidad de san Isidro

Carta Notarial N° 21591 de la Notaria Benvenuto de fecha 29 de Mayo de 2014, diligencia y recepcionada el 30 de Mayo de 2014.

5. Resolución de Gerencia de Administración y Finanzas N° 169-2014-0800-GAF-MSI de fecha 20 de Mayo de 2014, que resuelve parcialmente el contrato N° 0137-2013, por incumplimiento por parte del contratista.
6. Memorando N°790-2014-0800-GAF/MSI de fecha 25 de Julio de 2014 emitido por la Gerencia de Administración y Finanzas.
7. Informe N°047-2015-1320-SO-GDD/MSI de fecha 23 de Julio de 2014, elaborado por la Subgerencia de Logística y Servicios Generales.

X. Audiencia de Conciliación, Saneamiento, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios

Con fecha 04 de Febrero de 2016, se realizó la Audiencia de Conciliación, Saneamiento y Determinación de Puntos Controvertidos, en la que estuvieron presentes el Contratista y el representante legal de la Municipalidad de San Isidro.

En este acto se dio por saneado el proceso, no pudiéndose arribar a conciliación posible, debido a que las partes manifestaron que no es factible llegar a una posible conciliación por el momento; no obstante, se dejó abierta la posibilidad de que las mismas logren promoverlo en cualquier etapa del proceso, admitiéndose a trámite los medios probatorios, y señalándose los puntos controvertidos sobre los que versaría el presente Laudo Arbitral..

Luego de revisar lo expuesto por las partes en sus escritos de demanda arbitral y contestación a la demanda, el Árbitro Único conjuntamente con las partes intervinientes procedieron a establecer los siguientes puntos controvertidos:

1. Determinar si corresponde o no, que el Árbitro Único Ad Hoc declare la ineficacia de la Carta Notarial signada con el N° 21591 remitida a través de la Notaría Benvenuto a la Contratista, que declara resuelto de forma parcial el Contrato N° 0137-2013-MSI, notificada con fecha 30 de Mayo de 2014.
2. Determinar si corresponde o no la Resolución del Contrato N° 0137-2013-MSI por causas no imputables a la Contratista, por la inexistencia de incumplimiento de obligaciones esenciales.
3. Determinar si corresponde o no aplicar penalidades y moras a la Contratista por la inexecución de obligaciones imputables a ésta.
4. Determinar si procede la determinación de la fecha en la que se deberá hacer el Pago Periódico N°03, correspondiente a un monto por el saldo de la liquidación de la obra, y que ascendería a la suma de S/. 48,378.14 (Cuarenta y Ocho Mil Trescientos Setenta y Ocho con 14/100 Soles).

5. Determinar si corresponde o no el pago de una indemnización por daños y perjuicios a favor de la Contratista por parte de la Entidad.
6. Determinar si se deberá o no mantener vigente la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato para todos los efectos legales, por el monto de S/. 29,684.88 (Veintinueve Mil Seiscientos Ochenta y Cuatro con 88/100 Soles)
7. Determinar si corresponde ordenar a la Entidad que no comunique al Tribunal de Contrataciones del OSCE los hechos producidos con la finalidad de evitar el inicio de un Procedimiento Sancionador por parte del OSCE.
8. Determinar si corresponde al Árbitro Único ordenar el pago a la Entidad de las costas y costos originados en el presente proceso arbitral.

XI. Presentación de Alegatos Escritos

Con fecha 11 de Mayo del 2016, Delmon Contratistas Generales S.A.C, dentro del plazo señalado por ley, formuló sus Alegatos, esbozando los argumentos por los que considera que el Árbitro Único deberá declarar fundada su demanda en todos sus extremos, alegatos y conclusiones que se tendrán en cuenta al momento de Laudar.

Mediante escrito N°06, su fecha 16 de Mayo de 2016, la Municipalidad Distrital de San Isidro encontrándose dentro del plazo señalado por ley, formuló sus Alegatos y conclusiones finales, esbozando los argumentos por los que considera que el Árbitro Único deberá declarar fundada su demanda en todos sus extremos, las que se tendrán en cuenta al momento de Laudar.

XII. Audiencia de Informes Orales

Con fecha 01 de Julio de 2016, se realizó la Audiencia de Informe Oral conforme a lo dispuesto por el Árbitro Único; en dicha Audiencia se contó con la asistencia del Ing. Manuel Antonio Delgado Moncada en representación de la Contratista, y su abogada Dra. Pamela Isabel Zelaya Velarde, y del Sr. Elmer Martín Reyes Velásquez y del Ing. Juan Carlos Salazar Romero en representación de la Entidad.

XIII. Marco Legal Aplicable

Respecto a las normas que rigen el presente proceso es necesario que el Árbitro Único precise claramente la normativa aplicable a los contratos suscritos entre las partes y las controversias que de él se derivan.

De acuerdo a la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato N° 0137-2013-MSI, la ley aplicable a la validez, efectos y cualquier otro asunto vinculado al arbitraje y la materia, sería lo establecido en el Contrato, la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, las Directivas emitidas por el OSCE, y demás normativa especial que resulte aplicable. Adicionalmente, se considera pertinente, además de la aplicación de la Constitución

Caso Arbitral: Delmon Contratistas Generales SAC y la Municipalidad de san Isidro

Política del Perú, la aplicación de lo establecido en el Código Civil y el Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, así como de aplicación supletoria el Código Procesal Civil, en lo que fuese necesario.

Para los fines de la emisión del presente laudo el Árbitro Único tendrá en cuenta los medios probatorios ofrecidos por las partes y admitidos por el Árbitro Único así como los actuados en el presente arbitraje y aquellos elementos probatorios presentados por las partes que oportunamente se han tenido presente con ese propósito.

XIV. Considerando:

CUESTIONES PRELIMINARES

Previo a analizar la materia controvertida, corresponde señalar lo siguiente: (i) Que, el Árbitro Único se constituyó de conformidad con las Reglas establecidas en el TUO del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE, aprobado mediante Resolución N° 16-2004-CONSUCODE/PRE de fecha 15 de enero de 2004 y sus modificatorias, el Acta de Instalación, a lo dispuesto en el el Decreto Legislativo No. 1017, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y por el Decreto Legislativo No. 1071, que norma el arbitraje (ii) Que, DELMON Contratistas Generales SAC, presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de defensa (iii) Que, la Municipalidad de San Isidro, fue debidamente emplazado con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa (iv) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos y (v) Que, el Árbitro Único procede a laudar dentro del plazo establecido.

Por lo antes manifestado, el Árbitro Único procede a evaluar los puntos controvertidos establecidos en la audiencia de fecha 04 de febrero de 2016, cuyo pronunciamiento será a su criterio evaluado de manera indistinta, en orden y agrupación que permita la emisión del pronunciamiento acorde al desarrollo de las pretensiones incoadas.

En tal sentido, apreciando los argumentos desarrollados por las partes en su demanda, contestación y alegatos escritos, así como las pruebas ofrecidas, actuadas y valoradas con arreglo a la probática arbitral, corresponde que se analice y examine cada uno de los puntos controvertidos.

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, corresponde resolver la presente controversia en base a los puntos controvertidos fijados en dicha diligencia.

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde a este Árbitro Único pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos del proceso, teniendo en cuenta el mérito de las pruebas aportadas al mismo, para determinar, en base a la

Arbitraje Ad Hoc

Caso Arbitral: Delmon Contratistas Generales SAC y la Municipalidad de san Isidro

valoración conjunta de ellas, 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.

Entendida la carga de la prueba como el imperativo que pesa sobre las partes de justificar los hechos materia del litigio a los efectos de obtener un pronunciamiento favorable, o como el imperativo o el peso que tienen las partes de recolectar las fuentes de prueba y activarlas adecuadamente para que demuestren hechos que les corresponda probar a través de los medios probatorios, que sirva al juez en los procesos dispositivos como elemento que forma su convicción ante la prueba insuficiente, incierta o falsa.

En ese sentido, 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 juzgador 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".

Sobre la valoración probatoria, debe tenerse en cuenta que en aplicación del principio de unidad de la prueba, el juzgador está en la obligación de hacer un análisis unitario, es decir, estimar cada una de las pruebas obrantes en el proceso, para darle el mérito que corresponda frente a la controversia, y, luego de ello, en aplicación del principio de comunidad probatoria, manifestar su criterio frente al conjunto de pruebas, teniendo en cuenta que éstas pertenecen al proceso y no a la parte que la pidió.

Que, los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el Árbitro Único respecto a los puntos controvertidos, de acuerdo a los principios generales de necesidad de la Prueba, Originalidad de la Prueba, Pertinencia y Utilidad de la Prueba, entre otros.

De otro lado, el Árbitro Único deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación 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.

Que, prosiguiendo con la evaluación del proceso se procede a analizar las controversias establecidas de común acuerdo por las partes de conformidad al Acta de Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 04 de febrero de 2016, siendo las siguientes:

A. ANALISIS DEL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, que el Árbitro Único Ad Hoc declare la ineficacia de la Carta Notarial signada con el N° 21591 remitida a través de la Notaría Benvenuto a la Contratista, que declara resuelto de forma parcial el Contrato N° 0137-2013-MSI, notificada con fecha 30 de Mayo de 2014.

POSICION DEL ÁRBITRO UNICO

De acuerdo con lo indicado por ambas partes, se debe evaluar el procedimiento de la resolución contractual parcial efectuada por la Municipalidad de San Isidro, mediante la Carta N° 056-2014-0830-SLG-GAF/MSI que adjunta la Resolución de la Gerencia de Administración y Finanzas N° 169-2014-0800-GAF/MSI de fecha 28 de mayo de 2014 y notificada por la Notaría Benvenuto el 30 de mayo de 2014 (según Carta Notarial N° 21591), a fin de determinar si cumple las formalidades establecidas en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, el cual establece:

"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 (05) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada podrá resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato."

Respecto a dicha facultad de resolución contractual, CONSUCODE (hoy OSCE), en su MANUAL DE ADQUISICIÓN PÚBLICA DE BIENES Y SUMINISTRO (elaborado por CONSUCODE en el año 2005, pág. 212), establece lo siguiente:

(...)

Cabe señalar que la resolución de contrato obedece a una decisión de gestión de la Entidad, en la que deberá evaluar y sopesar los pro y contra de dicha medida. Se trata en definitiva de una atribución en la que deberá considerarse, para ser ejercida, la magnitud del incumplimiento, la naturaleza de las prestaciones, la facilidad y el tiempo que requerirá sustituir al contratista, qué medidas deberán

adoptarse para que la Entidad no se vea desabastecida. (...) (el subrayado y resaltado es nuestro).

Es por ello, que se procede con efectuar el análisis de los medios probatorios aportados por las partes a fin de determinar si la resolución parcial del Contrato N° 0137-2013-MSI, efectuada por la Municipalidad de San Isidro, se encuentra acorde con lo dispuesto en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, antes citado.

Como antecedente encontramos, que con fecha 20 de diciembre de 2013 el Comité Especial de la Entidad, adjudicó la Buena Pro del proceso de Adjudicación Directa Pública N° 0018-2013-CE-MSI-Primera Convocatoria, para la "Contratación del Servicio de Mantenimiento de Veredas, Bermas y Sardineles, del Sector 2 y 4, del distrito de San Isidro", al contratista DELMON CONTRATISTAS GENERALES SAC, por la suma de S/. 296,848.76 (DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y OCHO CON 76/100 Soles) y un plazo de ejecución de 60 días calendarios.

 La Municipalidad de San Isidro, mediante la Carta Notarial N° 040-2014-0830-SLSG-GAF/MSI de fecha 08 de abril de 2014, notificada por la Notaria Benvenuto el 09 de abril de 2014 (según Carta Notarial N° 20676), otorgó a la contratista el plazo de diez (10) días calendario con la finalidad de cumplir con las obligaciones contractuales, derivados del Contrato N° 0137-2016-MSI, debido al retraso directo en la ejecución de los trabajos de mantenimiento de veredas, bermas y sardineles del Sector 2 y 4, con la consiguiente incomodidad de los vecinos, de conformidad con la causal establecida en el artículo 168° del Reglamento, respecto al incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo.

Por su parte, la empresa DELMON CONTRATISTAS GENERALES SAC, mediante Carta N° 036-2014-DELMING/OBRAS, recepcionada por la Municipalidad de San Isidro el 16 de abril de 2014 (Doc. Simple N° 000602614), efectúa su descargo respecto con lo indicado en la Carta Notarial N° 040-2014-0830-SLSG-GAF/MSI, manifestando que hubo algunas dificultades con el concreto premezclado, el cual la empresa contratada no cumplió con el cronograma de vaciados, perjudicándolos con mayores gastos con el personal obrero, en el plazo de ejecución refiere que tuvieron inconvenientes con el cronograma de eliminación de material excedente y limpieza general en el sector 2 y 4, así como inconvenientes con propietarios e inquilinos del sector 2 y 4, que se oponen al mantenimiento de veredas, bermas y sardineles, entre otros problemas relacionados al avance de obras.

 Apreciamos, de la evaluación a la respuesta brindada por la demandante en la Carta N° 036-2014-DELMING/OBRAS, respecto a la intimación del incumplimiento de sus obligaciones requerida por parte de la Municipalidad de San Isidro, que en dicho documento refiere que el incumplimiento imputado se ha generado por problemas en el vaciado del concreto premezclado, así como otros inconvenientes, que afectaron el

Caso Arbitral: Delmon Contratistas Generales SAC y la Municipalidad de san Isidro

cronograma de avance, siendo totalmente contradictorio con lo indicado en la Carta N° 045-2014-DELMONG/OBRAS, recepcionada por la demandada el 02 de junio de 2014, a través de la cual procede con remitir la solicitud correspondiente al pago periódico N° 03, respecto a la ejecución de la obra en el período comprendido entre el 24 de marzo al 07 de abril de 2014, indicando que ha cumplido al 100% con el contrato materia de controversia, (hecho que se encuentra desarrollado en el SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO).

Es decir, al 16 de abril de 2014, la demandante efectúa su descargo respecto a la intimación efectuada por la demandada respecto del incumplimiento de sus obligaciones, indicando que efectivamente ha tenido problemas en la ejecución de las mismas, para posteriormente a la resolución parcial del contrato, solicitar el pago correspondiente al periodo comprendido entre el 24 de marzo al 07 de abril de 2014 (según lo indicado en la Carta N° 045-2014-DELMONG/OBRAS), manifestando que ha ejecutado al 100% sus obligaciones contenidas en el Contrato N° 0137-2013-MSI, situación contradictoria que no se ajusta a lo indicado por la demandante, debido a que en su oportunidad no lo demostró.

Que, debido a lo indicado inicialmente por la demandante y al no haber acreditado el cumplimiento de sus obligaciones de manera oportuna, la Municipalidad de San Isidro, mediante la Resolución de Gerencia de Administración y Finanzas N° 169-2014-0800-GAF/MSI, adjunta a la Carta Notarial N° 056-2014-0830-SLSG-GAF/MSI, notificada por la Notaria Benvenuto el 30 de mayo de 2014 (Carta Notarial 21591), procedió con resolver parcialmente el Contrato N° 0137-2013-MSI.

La demandante mediante la Carta N° 050-2014-DELMONG/OBRAS, recepcionada el 02 de junio de 2014, por la Municipalidad de San Isidro (Doc. Simple 000843914), indica que ha cumplido con la ejecución del contrato materia de controversia con porcentaje final al 100.87%, no existiendo saldo por ejecutar del servicio, hecho que no fue informado en su oportunidad, al momento de ser requerido con la Carta Notarial N° 040-2014-0830-SLSG-GAF/MSI.

La demandada en mérito con lo establecido en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, antes mencionado, procede con resolver parcialmente el contrato materia de controversia.

Que, el plazo otorgado por la Municipalidad de diez (10) días calendario, a fin de que la demandante proceda con el cumplimiento de las ejecuciones contractuales, se encuentra acorde al plazo establecido en el artículo 169°, antes mencionado.

En tal sentido, al haberse evaluado la documentación ofrecida por ambas partes, la Municipalidad de San Isidro, previamente a la emisión de la Resolución de Gerencia de Administración y Finanzas N° 169-2014-0800-GAF/MSI, mediante la cual se dispone la resolución parcial del Contrato N° 0137-2013-MSI, procedió con requerir el cumplimiento

Caso Arbitral: Delmon Contratistas Generales SAC y la Municipalidad de San Isidro

de las obligaciones asumidas por la demandante, mediante la Carta Notarial N° 040-2014-0830-SLSG-GAF/MSI de fecha 08 de abril de 2014, notificada el 09 de abril de 2014.

En tal sentido, al haber efectuado la Entidad la resolución parcial del contrato de acuerdo con lo establecido en el artículo 169° antes mencionado, con el otorgamiento de un plazo a la demandante para el cumplimiento de sus obligaciones, sin que haya desvirtuado dentro del plazo establecido, lo indicado por la demandada en la Carta Notarial N° 040-2014-0830-SLSG-GAF/MSI, de manera contundente y oportuna, la resolución parcial del contrato materia de controversia surte efecto, por haber cumplido el debido procedimiento establecido en la citada norma.

Posición concordante con el **PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN CONTRACTUAL POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA COMO CONDICIÓN NECESARIA PARA LA IMPOSICIÓN DE SANCIÓN** según el ACUERDO No. 006 /2012 (20.09.2012), emitido por OSCE, el cual dispone:

*"En los casos de resolución de contratos, las Entidades están obligadas a cumplir con el procedimiento de resolución contractual previsto en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF. **La inobservancia del mencionado procedimiento por parte de la Entidad, implica la exención de responsabilidad del Contratista, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa de los funcionarios y/o servidores responsables.**" (...)*

En tal sentido, al haber realizado la Entidad el procedimiento de resolución parcial del contrato contenido en el artículo 169° antes mencionado, es procedente la misma, procediendo en mi calidad de Árbitro Único con declarar INFUNDADO el PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO, debido a que la resolución parcial efectuada por la Municipalidad de San Isidro es eficaz, por haberse cumplido el procedimiento establecido en la norma antes mencionada, esto es el de haber requerido previamente al contratista la subsanación de observaciones, previo a la emisión del referido acto resolutorio.

B. ANALISIS DEL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no la Resolución del Contrato N° 0137-2013-MSI por causas no imputables a la Contratista, por la inexistencia de incumplimiento de obligaciones esenciales.

POSICION DEL ÁRBITRO UNICO

De acuerdo a lo indicado por ambas partes, cabe mencionar que el Contrato N° 0137-2013-MSI fue suscrito el 27 de diciembre de 2013, en dicho contrato se establece en la Cláusula Quinta un plazo de ejecución de 60 días calendarios, desde el día siguiente de la recepción de la Orden de Servicio, previo cumplimiento de las condiciones establecidas en los Términos de Referencia.

Arbitraje Ad Hoc

Caso Arbitral: Delmon Contratistas Generales SAC y la Municipalidad de san Isidro

Que, en mérito a la documentación adjunta en el escrito de demanda presentada el 11 de agosto de 2015, se observa la Orden de Servicio N° 00079-14 de fecha 20 de enero de 2014, adjunta a la Carta N° 045-2014-DELMONG/OBRAS (ANEXO 5 de la demanda), mediante la cual se solicita el Pago Periódico N° 03, correspondiente al referido contrato.

En dicho documento, se observa la ficha informativa del servicio, en el cual se indica como fecha de comunicación de la O/S 00079-14 el 23 de enero de 2014, siendo el 24 de enero de 2014, la fecha de inicio del plazo contractual, según lo indicado en la Cláusula Quinta del contrato.

Cabe indicar, que el cálculo de los 60 días calendarios finalizó el 24 de marzo de 2014.

Por otro lado, prosiguiendo con la evaluación de los medios probatorios, se observa la Carta N° 036-2014-DELMONG/OBRAS, ofrecida por la Municipalidad de San Isidro como ANEXO 1D en la contestación de demanda de fecha 31 de agosto de 2015.

En dicho documento, DELMON CONTRATISTAS GENERALES SAC, refiere que solicitó una ampliación de plazo contractual, siendo otorgado la misma por la Municipalidad de San Isidro mediante Carta N° 039-2014-0800-GAF/MSI, por 15 días calendarios.

Que dicho plazo ampliado en 15 días calendarios adicionado a los 60 días calendarios otorgados al Contrato N° 0137-2013-MSI, genera un nuevo plazo de término contractual establecido el 08 de abril de 2014.

Que, vencido dicho plazo contractual ampliado, la demandada procede con emitir la Carta Notarial N° 040-2014-0830-SLSG-GAF/MSI de fecha 08 de abril de 2014, notificada por la Notaria Benvenuto el 09 de abril de 2014 (según Carta Notarial N° 20676), otorgando a la contratista el plazo de diez (10) días calendario con la finalidad de cumplir con las obligaciones contractuales, en consideración a la causal establecida en el numeral 1) del artículo 168° del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

Es decir, a partir del 9 de abril de 2014, se computaría los 10 días calendario para que la demandante desvirtúe lo indicado por la demandada, esto es al 18 de abril de 2014.

La demandante mediante Carta N° 036-2014-DELMING/OBRAS, recepcionada por la Municipalidad de San Isidro el 16 de abril de 2014, efectúa su descargo manifestando que tuvo dificultades con el concreto premezclado, el cual la empresa contratada no cumplió con el cronograma de vaciados, perjudicándolos con mayores gastos con el personal obrero, en el plazo de ejecución refiere que tuvieron inconvenientes con el cronograma de eliminación de material excedente y limpieza general en el sector 2 y 4, entre otros problemas relacionados al avance de obras.

Caso Arbitral: Delmon Contratistas Generales SAC y la Municipalidad de San Isidro

No obstante la ampliación de plazo otorgada y lo indicado en la Carta Notarial N° 040-2014-0830-SLSG-GAF/MSI de fecha 08 de abril de 2014, mediante la cual la Municipalidad de San Isidro, requiere a la demandante para que en el plazo de 10 días calendario proceda con culminar sus obligaciones contractuales, no encontramos en el expediente arbitral documentación presentada por parte de la demandante dentro del plazo otorgado, a través de la cual demuestre el cumplimiento de sus obligaciones.

En mérito al plazo brindado y en cumplimiento del procedimiento establecido en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, la Municipalidad de San Isidro emite la Carta N° 056-2014-0830-SLG-GAF/MSI que adjunta la Resolución de la Gerencia de Administración y Finanzas N° 169-2014-0800-GAF/MSI de fecha 28 de mayo de 2014 y notificada por la Notaria Benvenuto el 30 de mayo de 2014 (según Carta Notarial N° 21591), a través de la cual se procede con la resolución parcial del Contrato N° 0137-2013-MSI.

Cabe señalar que Resolución de la Gerencia de Administración y Finanzas N° 169-2014-0800-GAF/MSI, indica lo siguiente:

(...) "Que, mediante el Informe N° 417-2014-0830-SLSG-GAF de fecha 23.04.2014, la Gerencia de Obras y Servicios Municipales señala que existe un saldo pendiente de ejecución, alrededor del 15%, no habiéndose alcanzado aún las metas del servicio, sobrepasando la fecha límite del término del servicio." (...)

Al respecto, la demandante con posterioridad a la resolución parcial del contrato, emite la Carta N° 045-2014-DELMONG/OBRAS, recepcionada por la demandada el 02 de junio de 2014, mediante la cual procede con remitir la solicitud correspondiente al pago periódico N° 03, respecto a la ejecución del contrato en el período comprendido entre el 24 de marzo al 07 de abril de 2014, indicando que ha cumplido al 100% con el contrato materia de controversia.

Lo antes indicado, fue comunicado luego de la resolución parcial del contrato y no dentro del plazo de 10 días calendario otorgado por la Municipalidad de San Isidro a través de la Carta Notarial N° 040-2014-0830-SLSG-GAF/MSI de fecha 08 de abril de 2014.

De los hechos expuestos y de la documentación evaluada, al 07 de abril de 2014, la demandante indica haber concluido sus obligaciones contractuales, no obstante teniendo plazo suficiente para informarlo, dentro de los 10 días calendarios otorgados por la demandada mediante la Carta Notarial N° 040-2014-0830-SLSG-GAF/MSI, no procedió con informarlo, ni tampoco con requerir la recepción y conformidad del servicio, de acuerdo con lo establecido en el artículo 176°¹ del Reglamento de la Ley de

¹ Art. 176°. La recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o, en su caso, del órgano establecido en las Bases, sin perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización interna de la Entidad. La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, obediendo realizar las pruebas que fueran necesarias. Tratándose de órdenes de compra o de servicio, derivadas de

Caso Arbitral: Delmon Contratistas Generales SAC y la Municipalidad de san Isidro

Contrataciones, a lo indicado en las Bases y al contrato materia de controversia, sino que procede con indicar dicha situación posterior a la resolución parcial del contrato, esto es al 2 de junio de 2014, mediante la Carta N° 045-2014-DELMONG/OBRAS, situación que de la evaluación documental aportada por las partes, no se ajusta con lo indicado por DELMON CONTRATISTAS GENERALES SAC.

Motivo por el cual, cabe mencionar que el actuar de la demandante demuestra un accionar negligente, porque pudiendo indicar el cumplimiento de sus obligaciones al 07 de abril de 2014 (según lo indicado en la Carta N° 045-2014-DELMONG/OBRAS, notificada a la demandada el 02 de junio de 2014), no lo hizo oportunamente, permitiendo que la demandada emita la resolución parcial del contrato, para recién comunicar el cumplimiento de sus obligaciones.

Considerando que la demandante tenía los plazos necesarios para demostrar el cumplimiento contractual de sus obligaciones, antes de la emisión de la Resolución de la Gerencia de Administración y Finanzas N° 169-2014-0800-GAF/MSI y no lo hizo, permitió que dicho acto administrativo de acuerdo con lo indicado en el PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO, sea válido y eficaz.

Siendo eficaz la Resolución de la Gerencia de Administración y Finanzas N° 169-2014-0800-GAF/MSI, en mi calidad de Árbitro Único procedo con declarar INFUNDADO el SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO, debido a que la resolución parcial efectuada por la Municipalidad de San Isidro es imputable a la contratista, al no haber demostrado en su oportunidad el cumplimiento de sus obligaciones.

C. ANALISIS DEL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no aplicar penalidades y moras a la Contratista por la inejecución de obligaciones imputables a ésta.

POSICION DEL ÁRBITRO UNICO

Por lo indicado en los fundamentos del PRIMER y SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO, al no haber demostrado la demandante el cumplimiento de sus obligaciones antes de la emisión de la Resolución de la Gerencia de Administración y Finanzas N° 169-2014-0800-GAF/MSI, se debe aplicar las penalidades que correspondan, según lo indicado en la Cláusula Novena del Contrato N° 0137-2013-MSI y de acuerdo a lo establecido en el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

Adjudicaciones de Menor Cuantía distintas a las de consultoría y ejecución de obras, la conformidad puede consignarse en dicho documento. De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan. Este procedimiento no será aplicable cuando los bienes y/o servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan. La recepción conforme de la Entidad no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos.

Caso Arbitral: Delmon Contratistas Generales SAC y la Municipalidad de san Isidro

En tal sentido, en mi calidad de Árbitro Único procedo con declarar INFUNDADO el TERCER PUNTO CONTROVERTIDO, correspondiendo aplicar a la demandante las penalidades que correspondan.

D. ANALISIS DEL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si procede la determinación de la fecha en la que se deberá hacer el Pago Periódico N°03, correspondiente a un monto por el saldo de la liquidación de la obra, y que ascendería a la suma de S/. 48,378.14 (Cuarenta y Ocho Mil Trescientos Setenta y Ocho con 14/100 Soles).

POSICION DEL ÁRBITRO UNICO

No corresponde determinar la fecha en la que se deberá efectuar el Pago Periódico N° 03, de acuerdo con lo indicado en el PRIMER, SEGUNDO y TERCER PUNTO CONTROVERTIDO, al no haber demostrado la demandante de manera oportuna el cumplimiento de sus obligaciones antes de la emisión de la Resolución de la Gerencia de Administración y Finanzas N° 169-2014-0800-GAF/MSI, que declara resuelto parcialmente el Contrato N° 0137-2013-MSI.

Que, en ese sentido, cabe indicar que si bien es cierto el contrato materia de controversia ha sido resuelto parcialmente, la demandante ha continuado con la ejecución contractual, situación que no ha sido cuestionada por la Entidad, por lo que se le debe reconocer lo efectivamente ejecutado.

Motivo por el cual, de acuerdo a la posición brindada por la demandada, según lo indicado en las conclusiones del Informe N° 733-2014-0830-SLSG-GAF/MSI de fecha 23 de julio de 2014 (ANEXO 1-H, de la contestación de demanda), el Subgerente de Logística y Servicios Generales de la Municipalidad de San Isidro, indica:

"Es opinión de esta Subgerencia, la pretensión solicitada por la empresa DELMON CONTRATISTAS GENERALES SAC., en cuanto a se aclare la ineficacia de la Carta Notarial que presenta la Carta N° 056-2014-0830-SLSG/MSI de fecha 28.05.2014, que declara Resuelto Parcialmente el Contrato N° 0137-2013-MSI de la Adjudicación directa Pública N° 0018-2013-CE/MSI-Primera Convocatoria, carece de sustento puesto que la Resolución de Gerencia de Administración y Finanzas N° 169-2014-0800-GAF/MSI de fecha 20.05.2014, se encuentra de acuerdo a lo establecido en el literal c) del artículo 40° de la Ley, ante esto se deberá hacer efectivo el pago de la prestación hasta el porcentaje de avance correspondiente, conforme lo determine la Gerencia de Obras y Servicios Municipales".

Para lo cual se deberá efectuar la liquidación correspondiente, según lo indicado en el artículo 179° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, a fin de determinar lo efectivamente ejecutado por la demandante hasta la emisión de la Resolución de la

Caso Arbitral: Delmon Contratistas Generales SAC y la Municipalidad de san Isidro

Gerencia de Administración y Finanzas N° 169-2014-0800-GAF/MSI, a fin de proceder con el pago respectivo que corresponda.

En tal sentido, sobre la base del Principio de Razonabilidad², contemplado en la Ley de Contrataciones del Estado, D.S N° 184-2008-EF, así como la OPINIÓN N° 116-2016/DTN, emitida por el OSCE, en mérito de la cual establece el criterio de la procedencia del pago de prestaciones ejecutadas de forma irregular, en aplicación a las Opiniones N°s 067-2012/DTN, 083-2012/DTN y 126-2012/DTN, a fin de evitar un perjuicio al demandante por las prestaciones efectivamente ejecutadas hasta la resolución parcial del contrato, el pago solicitado correspondiente al Pago Periódico N°03, se debe efectuar a la liquidación del contrato materia de controversia, teniendo en consideración lo efectivamente ejecutado y lo indicado en el TERCER y SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO, de corresponder.

En mi calidad de Árbitro Único procedo con declarar IMPROCEDENTE el CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO, no correspondiendo determinar la fecha que se debe efectuar el Pago Periódico N° 3, solicitado por la demandante.

E. ANALISIS DEL QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

~~Determinar si corresponde o no el pago de una indemnización por daños y perjuicios a favor de la Contratista por parte de la Entidad.~~

POSICION DEL ÁRBITRO UNICO

Que, con relación al daño, cabe manifestar que el mismo es conceptualizado de manera general por la doctrina como todo perjuicio o menoscabo que sufre una persona sea natural o jurídica, ya sea en su patrimonio o en su entidad psicosomática. En tal sentido, el daño implica una calificación que realiza un sujeto respecto a las consecuencias que conlleva un determinado evento respecto a su situación precedente, es decir, luego "...de la formulación de un juicio de disvalor sobre el suceso dañoso y, por lo tanto, sobre la exigencia de intervenir..." ().

Al respecto, cabe manifestar que el daño, dependiendo del interés que afecta, puede ser calificado como patrimonial y como no patrimonial, entendido esta última acepción como afectación a la integridad de todo sujeto de derechos.

Que, como ha sido aceptado pacíficamente en la doctrina comparada, el daño debe reunir determinadas características que incidirán en la calificación respecto a la aptitud que debe tener el mismo para efectos de su resarcimiento.

² "En todos los procesos de selección el objeto de los contratos debe ser razonable, en términos cuantitativos y cualitativos, para satisfacer el interés público y el resultado esperado."

Sobre el particular, se ha establecido que, a fin de ser resarcido o indemnizado, el daño debe cumplir con los requisitos de ser cierto; de ser subsistente, es decir, de no haber sido reparado; contar con una "especialidad", esto es, que se afecte el interés de una persona o entidad que haya merecido juridicidad por el ordenamiento jurídico; y debe ser injusto.

Respecto al requisito de la certeza del daño, debemos indicar que este requisito requiere la demostración del daño como suceso, entendido éste de manera fáctica como lógica. En tal sentido, el Tribunal Arbitral considera necesario que se realice la distinción entre daño emergente y lucro cesante con relación a este requisito, al ser diferente el tipo de certeza requerida para la demostración sobre los alcances del daño, aun cuando estos dos aspectos del daño resarcible están más bien referidos al contenido del resarcimiento y, por ende, vinculados al principio de la reparación integral.

En efecto, en lo que respecta al concepto de daño emergente, en cuanto a su diferenciación con el concepto de lucro cesante, debe tenerse presente que es pacífico en la doctrina reconocer que el daño al patrimonio abarca, en principio, esos dos grandes conceptos. Por daño emergente, debe entenderse el empobrecimiento que sufre el damnificado como consecuencia directa y súbita del daño; esto es, que dicho evento "...sustrahe una entidad que ya tenía el damnificado..."() o, lo que es lo mismo decir, "...al momento del siniestro, el damnificado sufre una pérdida de valores que ya tenía y que bien está representada en los gastos afrontados..."(). En cambio, por lucro cesante debe entenderse "...todo aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino..."(); esto es, que dicho evento "...impide que nuevos elementos o nuevas utilidades sean adquiridas y gozadas por el damnificado..." o, lo que es lo mismo decir "...lo que el damnificado, desde el momento del siniestro, no conseguirá más, respecto a las utilidades que normalmente lo habrían beneficiado..."().

Resulta entonces claro para la doctrina el entendimiento uniforme que el daño emergente representa siempre la pérdida de una utilidad que el damnificado ya tenía al momento de acontecer el daño, mientras que el lucro cesante se refiere a una utilidad que el damnificado presumiblemente hubiera adquirido en el futuro de no haber acaecido el evento dañoso.

En este sentido, para la procedencia de la indemnización del daño resarcible, en sus manifestaciones de daño emergente y lucro cesante, cobra especial relevancia la probanza de la certeza del daño, lo que significa decir que los únicos daños resarcibles serán los daños que tengan certeza fáctica y lógica y, además, hayan sido probados en su existencia.

Lo anteriormente señalado, significa entonces que la problemática de la certeza del daño, en cuanto requisito del daño resarcible, apunta a la probanza de la existencia del daño (el "quid") y no a su monto o cuantía; problemática ésta (la del "quantum") vinculada más bien

Caso Arbitral: Delmon Contratistas Generales SAC y la Municipalidad de san Isidro

a la de la extensión del daño resarcible. La certeza del daño equivale, pues, a su existencia, la cual debe ser probada tanto como:

- Acaecer fáctico; esto es, "como suceso que provocará la privación efectiva de un bien jurídico" (); y como

- Acaecer lógico; esto es, que el daño -como hecho consecuencia- sea una derivación necesaria del hecho que lo produjo - hecho causal.

En este orden de ideas, la certeza del daño no significa que el daño sea actual, sino que su existencia pueda ser apreciada por el Árbitro Único, sea porque ya se dio, o porque es desarrollo y consecuencia lógica de un hecho determinado. La certeza del daño, comprende pues tanto al denominado "daño actual", como al denominado "daño futuro" y, en ambos casos, significa comprobación fáctica y lógica: como suceso materialmente producido y como consecuencia necesaria del hecho causal.

Por estas razones, queda excluido como daño resarcible el denominado "daño eventual" o "hipotético", entendido como aquél que depende de acontecimientos imposibles de apreciar o determinar como consecuencia lógica y natural del hecho dañoso, lo que significa que el daño, como evento resultado, será material y lógicamente imposible de ser probado().

Que, por lo dicho anteriormente, resulta evidente que, tratándose del resarcimiento del daño emergente y el lucro cesante, el actor debe aportar la prueba de la certeza del daño, sin olvidarse que dicha prueba no guarda la misma proporcionalidad en uno y en otro. La certeza del daño emergente, toda vez que éste se trata de un evento que sustrae una entidad o utilidad que ya tenía el damnificado antes de la comisión del daño, apunta justamente a la necesidad de probanza de la existencia de dicha utilidad al momento del daño y su consecuente pérdida. En cambio, la probanza de la certeza del lucro cesante, no puede estar referida a acreditar la existencia de utilidades perdidas que no se tenían al momento del siniestro. Más bien, como ha afirmado FRANZONI, "...en el lucro cesante, la prueba que va dada a los fines de la certeza del daño, no se refiere al lucro en sí, sino a los presupuestos y requisitos necesarios a fin que el mismo se produzca. La certeza de la falta de ganancia no puede jamás ser obtenida del mismo modo que para las pérdidas sufridas, dado que estas últimas existen ya al momento del siniestro en el patrimonio del damnificado, mientras que el lucro cesante no ha entrado ni entrará en su patrimonio, sino en la forma de resarcimiento. Certeza del daño con relación al lucro cesante significa, pues, garantía acerca de la subsistencia de los presupuestos para su producción a futuro..." ().

En consecuencia, en lo que atañe al lucro cesante, la doctrina comparada es unánime al señalar que constituye principio básico para su determinación que éste se delimite por un juicio de probabilidad. A estos efectos, el profesor SANTOS BRIZ ha señalado que "...a diferencia del daño emergente, daño real y efectivo, el *lucrum cessans* se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en caso de no haber tenido

lugar el acontecimiento dañoso. Ese juicio de probabilidad plantea el problema del momento en que ha de hacerse, por quién ha de ser hecho y con qué criterio ha de hacerlo. En cuanto al primer punto, también a diferencia del daño emergente que se produce en el momento del hecho que lo causa, para el lucro cesante ha de esperarse el curso ulterior de los sucesos. Este pronóstico ulterior nos ha de llevar a concretar un interés cierto del perjudicado, ya que no pueden protegerse intereses inseguros o inciertos, pero cuidando de no exigir una certeza absoluta incompatible con el concepto de 'ganancia frustrada'. Como dice el art. 252º, p. 2, del Código alemán, ha de tratarse de una ganancia frustrada que, con cierta probabilidad, fuera de esperar según el curso normal (ulterior) de las cosas o de las circunstancias del caso concreto..." ().

Que, de conformidad a lo antes indicado, resulta entonces evidente que el objeto de la prueba a que queda sometida la víctima en materia de responsabilidad es diversa, según se trate de la probanza del daño emergente o del lucro cesante. De ahí que, tratándose del lucro cesante, GRAZIANI ha indicado que "...el hecho constitutivo necesario para hacer nacer el derecho al resarcimiento, no es el hecho de la falta de ganancia en sí, que no tiene existencia como tal, sino, son los hechos constitutivos del derecho al resarcimiento, los hechos constitutivos del lucro. Estos son solamente los que deben ser probados por el actor; al demandado, cuando intenta sustraerse a la obligación del resarcimiento; incumbe la prueba de los hechos impeditivos..." ().

Queda claro, entonces, que el requisito de la certeza del daño presenta diferencias, según se trate de la probanza del daño emergente o del lucro cesante. Tratándose de la prueba del daño emergente, se aporta una prueba histórica directa, dirigida a acreditar la existencia del daño como suceso que sustrae una entidad que la víctima ya poseía al momento de acaecer el daño. Por ello, normalmente (aunque no siempre), con esta prueba se acredita no sólo el "quid", sino el "quantum" del daño. En cambio, tratándose de la probanza del lucro cesante, éste queda circunscrito a la probanza de los hechos constitutivos del lucro; esto es, a las circunstancias que motivan la falta de ganancia.

Que, en lo que respecta al pedido formulado por DELMON CONTRATISTAS GENERALES SAC, cabe indicar que de la revisión de los medios probatorios adjuntos a la demanda, los cuales fueron admitidos en la Audiencia de Saneamiento, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 04 de febrero de 2016, no se aprecia referencia alguna a los criterios adoptados por la demandante para establecer el monto peticionado de manera cierta.

En tal sentido, respecto al QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO, es declarado INFUNDADO, no procediendo el pago de una indemnización por daños y perjuicios a favor de la Contratista por parte de la Entidad.

F. ANALISIS DEL SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si se deberá o no mantener vigente la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato para todos los efectos legales, por el monto de S/. 29,684.88 (Veintinueve Mil Seiscientos Ochenta y Cuatro con 88/100 Soles)

POSICION DEL ÁRBITRO UNICO

Al respecto, el OSCE³ indica que: *"Las garantías establecidas en materia de contratación pública para la fase de ejecución contractual, tienen como objetivo garantizar el cumplimiento de los contratos celebrados por las Entidades del Sector Público, en los cuales se encuentran comprometidos intereses y recursos públicos; no obstante, tienen su propia naturaleza en función a un objeto o situación en particular."*

Teniendo la garantía de fiel cumplimiento, de acuerdo con lo indicado por OSCE, el objetivo de respaldar el correcto cumplimiento por parte del contratista, de todas las obligaciones que asumió frente a la Entidad, según lo estipulado en el contrato y lo dispuesto en las Bases integradas y la oferta ganadora.

Cuya vigencia, en el caso de bienes y servicios, será hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista y en el caso de ejecución y consultoría de obras públicas, hasta el consentimiento de la liquidación final.

Que, lo indicado se encuentra concordante con lo establecido en el Artículo 158° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, el cual dispone:

"Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo. Esta deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original y tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y la ejecución y consultoría de obras.(...)"

En adición a lo antes indicado, el artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece:

Artículo 170° Efectos de la resolución

"Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados. (...)"

Al respecto, de lo señalado en los anteriores puntos controvertidos, al haberse confirmado la eficacia y validez de la Resolución de la Gerencia de Administración y Finanzas N° 169-2014-0800-GAF/MSI, mediante la cual se resuelve parcialmente el Contrato N° 0137-

2013-MSI, se debe proceder con ejecutar la garantía de fiel cumplimiento en la parte proporcional a lo no ejecutado por el contratista.

En tal sentido, el SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO es declarado INFUNDADO, debiéndose ejecutar la garantía de fiel cumplimiento otorgada en el Contrato N° 0137-2013-MSI, de conformidad con lo establecido en el artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

G. ANALISIS DEL SEPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde ordenar a la Entidad que no comunique al Tribunal de Contrataciones del OSCE los hechos producidos con la finalidad de evitar el inicio de un Procedimiento Sancionador por parte del OSCE.

POSICION DEL ÁRBITRO UNICO

Al respecto, cabe indicar que con relación a la presente pretensión, los alcances del presente arbitraje competen a las partes, en mérito a la cláusula arbitral suscrita de común acuerdo.

 El numeral 1 del artículo 13 del Decreto Legislativo 1071 define al convenio arbitral así: "El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza". Motivo por el cual, los alcances del proceso arbitral solamente compete a las partes y no a terceros que no forman parte de dicho acuerdo o convenio.

Asimismo, el artículo 40 del Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado, establece que los contratos regulados en dicha norma deben incluir necesariamente, y bajo responsabilidad, entre otras cláusulas, una referida a: "Solución de controversias: Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. En caso que en las bases o el contrato no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el reglamento".

Las partes al haber acordado la integración de la Cláusula Arbitral, al contrato materia de controversia, se obligan al cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal Arbitral, en este caso a lo resuelto por el Árbitro Único, quién no puede vincular a terceros que no forman parte del mismo, con disposiciones que no les obliga, por ser terceros ajenos a la relación contractual en la cual se ha incluido dicha Cláusula.

En esa línea de ideas, encontramos una posición emitida por el jurista Luciano Barchi Velaochaga⁴, quien indica: (...) **Conforme a lo expuesto, el convenio arbitral puede definirse como el acuerdo por el que dos o más partes deciden someter a arbitraje**

todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.", en consecuencia mal haría este Árbitro Único disponer una acción cuya competencia escapa a las atribuciones derivadas de la Cláusula Arbitral, al impedir que se informe o no se informe al Tribunal del OSCE acerca de hechos conducentes al inicio de un Procedimiento Sancionador, debido a que se estaría excediendo las facultades otorgadas por las partes, al intervenir en otra instancia autónoma, desnaturalizando los alcances del convenio arbitral.

Posición también asumida por Soto Coaguila y Bullard, que según Barchi Velaochaga⁵, indica: (...) "En el Perú, para Soto Coaguila (2011: 155), el convenio arbitral es un contrato y, por lo tanto, crea obligaciones para las partes. Según el autor nacional, una vez celebrado un convenio arbitral, las partes contratantes se obligan a:

- Someter sus controversias a un proceso arbitral (obligación con prestación de hacer).
- Cumplir con los mandatos impuestos en el laudo arbitral (obligación con prestación de no hacer).
- No acudir a los tribunales judiciales para resolver sus controversias (obligación con prestación de no hacer).

De la misma opinión es Bullard González, quien afirma: "[...] el arbitraje es obligatorio porque se trata de un contrato y, por tanto, vincula a las partes que suscriben el convenio" (2011: 203)". (...)

En tal sentido, no compete a este Árbitro Único ordenar a una de las partes no comunicar al Tribunal de Contrataciones del OSCE los hechos producidos en el presente proceso con la finalidad de evitar el inicio de un Procedimiento Sancionador, debido a que lo solicitado escapa de los alcances del Convenio suscrito al cual las partes se han acogido, toda vez que el Tribunal del OSCE cuenta con independencia administrativa, no forma parte del referido Convenio, motivo por el cual los alcances del mismo no le son aplicables.

Motivo por el cual, el presente punto controvertido es declarado IMPROCEDENTE, porque los alcances del Convenio Arbitral suscrito por las partes someten únicamente a las mismas, no siendo oponible el mismo a un tercero ajeno a dicho Convenio, como es el caso del Tribunal de Contrataciones del OSCE, quién como ente autónomo, no forma parte de los acuerdos generados por las partes involucradas en el presente proceso arbitral.

H. ANALISIS DEL OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde al Árbitro Único ordenar el pago a la Entidad de las costas y costos originados en el presente proceso arbitral.

POSICION DEL ÁRBITRO ÚNICO

El Árbitro Único considera que ante la inexistencia de acuerdos respecto a la asunción de los gastos arbitrales, además ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta que debían resolver sus controversias, corresponde declarar que cada parte asuma sus propios gastos que incurriera en el presente proceso arbitral.

Por las razones expuestas, el Árbitro Único, en DERECHO,

LAUDA:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO el primer punto controvertido, debido a que es eficaz la resolución parcial efectuada por la Municipalidad de San Isidro mediante la Carta Notarial signada con el N° 21591 remitida a través de la Notaría Benvenuto, la misma que adjunta Resolución de la Gerencia de Administración y Finanzas N° 169-2014-0800-GAF/MSI, por haberse cumplido el procedimiento establecido en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADO el segundo punto controvertido, debido a que la resolución parcial efectuada por la Municipalidad de San Isidro es imputable a la contratista, ~~al no haber demostrado en su oportunidad el cumplimiento de sus obligaciones.~~

TERCERO: DECLARAR INFUNDADO el tercer punto controvertido, correspondiendo aplicar a la demandante las penalidades que correspondan.

CUARTO: DECLARAR IMPROCEDENTE el cuarto punto controvertido, no correspondiendo determinar la fecha que se debe efectuar el Pago Periódico N° 3, solicitado por la demandante.

QUINTO: DECLARAR INFUNDADO el quinto punto controvertido, no procediendo el pago de una indemnización por daños y perjuicios a favor de la Contratista por parte de la Entidad.

SEXTO: DECLARAR INFUNDADO el sexto punto controvertido, debiéndose ejecutar la garantía de fiel cumplimiento otorgada del Contrato N° 0137-2013-MSI, de conformidad con lo establecido en el artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

SEPTIMO: DECLARAR IMPROCEDENTE el séptimo punto controvertido, debido a que los alcances del Convenio Arbitral suscrito por las partes someten únicamente a las mismas, no siendo oponible el mismo a un tercero ajeno a dicho Convenio, como es el caso del Tribunal de Contrataciones del OSCE, quién como ente autónomo, no forma parte de los acuerdos generados por las partes involucradas en el presente proceso arbitral

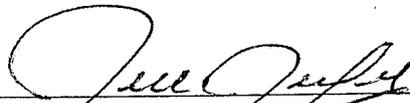
OCTAVO: DECLARAR RESPECTO DE LOS GASTOS ARBITRALES requeridos por ambas partes en el cuarto punto controvertido, que cada parte asuma sus propios gastos que incurriera en el presente proceso arbitral.

NOVENO: RECONOCER en vía de subrogación el pago efectuado por la empresa DELMON CONTRATISTAS GENERALES SAC, respecto a los honorarios adeudados por la Municipalidad de San Isidro, debiendo la demandada proceder con el pago correspondiente a la demandante.

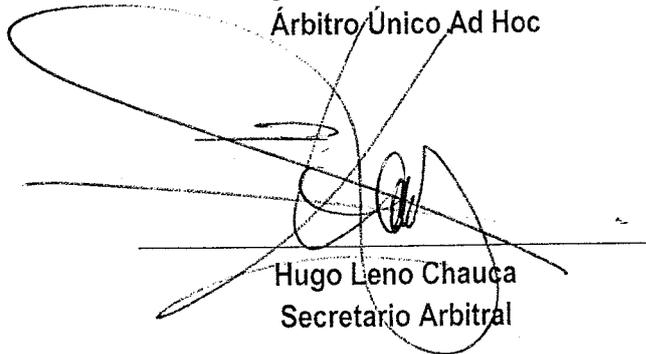
DECIMO: Se determina los honorarios definitivos del Árbitro Único y Secretaría Arbitral en los montos establecidos en el presente proceso arbitral, los cuales han sido debidamente cancelados.

DECIMO PRIMERO: DECLARAR que el presente laudo arbitral es definitivo e inapelable, tiene valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia.

Las partes podrán requerir la ejecución del laudo bajo los mecanismos previstos en los artículos 67° y 68° del Decreto Legislativo N° 1071.



Jorge Antonio Morán Acuña
Árbitro Único Ad Hoc



Hugo Leno Chauca
Secretario Arbitral