

# ad hoc

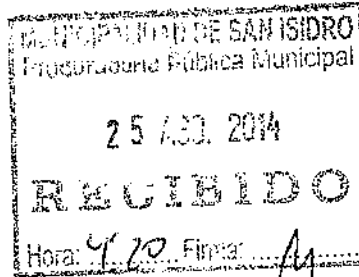
Centro Especializado en Solución de Controversias

ARBITRAJE AD HOC  
MASEDI Contratistas Generales  
Municipalidad de San Isidro

CARTA N° 12-2014-ADHOC

Lima, 25 de agosto de 2014.

Señores:  
MUNICIPALIDAD DE SAN ISIDRO  
Calle Augusto Tamayo N° 180, Cuarto piso  
San Isidro.-



Trece voto  
[Signature]  
26/08/14  
14:00pm

Asunto: Remisión de Laudo Arbitral.  
Atención: PROCURADURIA PÚBLICA

De mi especial consideración:

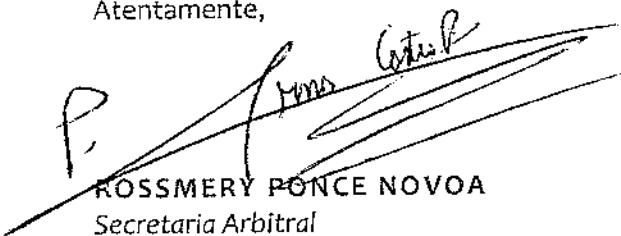
Es grato dirigirme a usted con el propósito de notificarle con los extremos de la Resolución N° 32 de fecha 21 de agosto de 2014, que corresponde:

- Al Laudo de derecho, de 51 (Cincuenta y un) folios, debidamente suscrito por los árbitros Katia Forero Lora y Jesús Mezarina Castro.
- Y el voto singular de 52 (Cincuenta y dos) folios, debidamente suscrito por el Árbitro Iván Casiano Lossio.

Por último, para cualquier consulta o coordinación respecto al presente arbitraje, la puede realizar comunicándose a través del correo electrónico [rossmeryponce@gmail.com](mailto:rossmeryponce@gmail.com) o a los teléfonos: (01) 421 7056 ó (RPC) 987319488.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,

  
ROSSMERY PONCE NOVOA  
Secretaria Arbitral  
AD HOC – Centro Especializado en Solución de Controversias

**ad hoc**

Centro Especializado en Solución de Controversias

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO**

**TRIBUNAL ARBITRAL**

DRA. KATIA LILIANA FORERO LORA (Presidente)  
DR. IVAN ALEXANDER CASIANO LOSSIO  
DR. JESÚS MEZARINA CASTRO

**DEMANDANTE:** MASEDI CONTRATISTAS GENERALES S.A.C. (c.)  
adelante al CONTRATISTA)

**DEMANDADO:** MUNICIPALIDAD DE SAN ISIDRO (en adelante la  
ENTIDAD)

**CONTRATO:** Contrato N° 125 DE Ejecución de Obra "Construcción de  
Estacionamientos del Proyecto, Acondicionamiento de la  
Nueva Sede Institucional de la Municipalidad de San  
Isidro", (en adelante, el CONTRATO)

**SECRETARIA ARBITRAL**  
Rossmery Ponce Novoa

**SEDE ARBITRAL**  
Calle Chinchón N° 410- San Isidro - Lima

**RESOLUCIÓN N° 32**

En Lima, a los 21 días del mes de agosto del año dos mil catorce, el Tribunal Arbitral luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la Ley y las normas establecidas por las partes, valorado las pruebas ofrecidas y actuadas en este arbitraje, escuchado los argumentos y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y en la contestación de demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada:

**I. ANTECEDENTES DE LA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE LAS PARTES:**

**1.1. De la cláusula arbitral:**

Con fecha 07 de diciembre de 2010, Masedi Contratistas Generales S.A.C. y la Municipalidad de San Isidro suscribieron el Contrato N° 125 para la Ejecución de la Obra "Construcción de Estacionamientos del Proyecto, Acondicionamiento de la Nueva Sede Institucional de la Municipalidad de San Isidro" derivado del proceso de selección Licitación Pública N° 022-2010-CE/MSI - Primera Convocatoria, el cual en su cláusula vigésima primera refleja el siguiente convenio arbitral:

**"CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA.- ARBITRAJE**

Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se reflejan a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 21.º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia.

En tal sentido, las partes convinieron resolver todas las controversias derivadas del Contrato mediante arbitraje de derecho.

**1.2. Constitución del Tribunal Arbitral**

En razón a ello, existiendo un conflicto en relación a la ejecución del presente CONTRATO, el CONTRATISTA solicitó el inicio del proceso arbitral designando como árbitro al doctor Iván Casiano Lossío.

Asimismo y dando respuesta a la solicitud de inicio del proceso arbitral, la ENTIDAD designó como árbitro a la doctora Sigrídy Reyes Navarro.

Posteriormente, los mencionados árbitros se pusieron de acuerdo y cumplieron con designar al tercer árbitro y presidente del Tribunal Arbitral, doctora Katia Forero Lora, quedando constituido de ésta manera el Tribunal Arbitral.

### 1.3. Instalación del Tribunal Arbitral

Con fecha 17 de junio de 2013, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, en dicha oportunidad los árbitros conjuntamente con las partes ratificaron su aceptación al cargo de árbitros, así como las reglas contenidas en el Acta.

En el mismo acto, quedó establecido que el arbitraje sería ad hoc nacional y de derecho, estableciéndose como lugar del arbitraje la ciudad de Lima, siendo la sede del Tribunal Arbitral las oficinas ubicadas en Calle Chinchón N° 400, San Isidro.

Acto seguido, conforme al numeral 7° del Acta de Instalación se establecieron que las reglas aplicables al presente arbitraje serán las detalladas en la misma lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante la Ley) y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante el Reglamento), y el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje.

Finalmente, el Tribunal Arbitral otorgó al CONTRATISTA un plazo de diez días hábiles para la formulación de sus pretensiones, debiendo ofrecer los medios probatorios que las respaldan.

II. DEMANDA ARBITRAL PLANTEADA POR MASEDI CONTRATISTAS GENERALES S.A.C.

Mediante escritos presentados el 10 y 11 de julio de 2013, el CONTRATISTA presentó su escrito de demanda y ampliación de la misma, la cual fue admitida por Resolución N° 2 de fecha 12 de julio de 2013, formulando las siguientes pretensiones:

### 2.1. Pretensiones de la Demanda

- Se determine que no existe retraso injustificado imputable al contratista en la subsanación de las observaciones, por lo que desde el 21 de enero hasta el 26 de junio del 2012, no es aplicable la penalidad por mora en la ejecución de la prestación.
- Se deje sin efecto legal la Resolución de Gerencia General N 030-2012-1400-GOSM/MSI, notificada mediante Oficio N° 6060-2012-14-10-SOM-GOSM/MSI.
- Se apruebe la liquidación de obra por el monto de S/ 3 924 740.79 nuevos soles, con un saldo a favor del contratista de S/ 433 966.63 nuevos soles.
- Se ordene a la Entidad Municipal a devolver al contratista las garantías ofrecidas y el reembolso de los gastos financieros por mantener la vigencia de tales garantías.
- Se disponga que la Entidad pague las costas y costos del arbitraje.

### 2.2. Fundamentos de hecho de las pretensiones planteadas

A continuación se transcriben los fundamentos de la demanda planteada por el CONTRATISTA:

**Primero.-** El CONTRATISTA señala que en razón de la controversia descrita en el párrafo precedente, corresponde describir los hechos que deberán ser valorados por el Tribunal Arbitral a fin de amparar nuestras pretensiones.

**Segundo.-** Así, está acreditado que en el marco de lo establecido en el numeral 3° del artículo 210° del Reglamento, con fecha 16 de diciembre del 2011, se elaboró el Pliego de Observaciones, consignándose un total de 56 observaciones que determinaron que no se reciba LA OBRA. En consecuencia, correspondía al CONTRATISTA subsanar las

observaciones hasta el 21 de enero del 2012, en razón del plazo otorgado como máximo para tal fin.

Tercero.- En virtud de lo consignado en el Pliego de Observaciones, el Inspector de LA OBRA, en la misma fecha de elaboración del referido Pliego, redacta el asiento N° 424 en el cuaderno de obra, señalando que el plazo máximo para subsanar las observaciones vence el 21 de enero del 2011, de lo cual no hay duda y, agrega, que las pruebas para verificar la subsanación de las observaciones, por su magnitud, se efectuarán en 03 días, siendo que el primer día se realizarían las pruebas del sistema de extracción de monóxido; el segundo día, las pruebas de agua y desague; y, el tercer día, las pruebas del sistema de agua contra incendio y energía.

Cuarto.- Siguiendo la formalidad prevista en el segundo párrafo del numeral 2° del artículo 210° del Reglamento, el CONTRATISTA, al haber subsanado las observaciones, en el asiento 425 del cuaderno de obra del 20 de enero del 2012, registró nuevamente la solicitud de recepción de obra, previéndose que la verificación se efectuaría el 21 de enero del 2012, a las 2pm. Esta nueva solicitud, también fue remitida a la ENTIDAD mediante escrito signado con el número 06 00917 12, ingresado por mesa de partes el 20 de enero del 2012, ratificándose el día y hora de verificación de la subsanación de las observaciones.

Quinto.- Inmediatamente, el Inspector, el mismo día de la anotación, consignó en el asiento 426 del cuaderno de obra que había verificado que no se han levantado la totalidad del pliego de observaciones del 16 de diciembre del 2011, y que procedía a convocar al Comité de Recepción para el día siguiente.

Sexto.- La sumaria actuación del Inspector a través del asiento 426 del cuaderno de obra, en el marco de lo establecido en el numeral 2° de artículo 210° del Reglamento, permite afirmar al CONTRATISTA lo siguiente:

El Inspector conoció a través del cuaderno de obra (asiento 425 del Residente) que la empresa había solicitado nuevamente la recepción de LA OBRA dentro del plazo otorgado.

5

Resulta inverosímil que el Inspector haya efectuado la verificación el mismo día del registro de la nueva solicitud de recepción más aún si, previamente, en el asiento 424 del cuaderno de obra, había registrado que dada la magnitud de LA OBRA, la verificación se efectuaría en 03 días como mínimo.

El Inspector no cumplió con la exigencia de informar a la ENTIDAD en el plazo de 03 días siguientes a la anotación, sobre la verificación de las observaciones subsanadas.

El Inspector no consignó en el asiento 426 del cuaderno de obra, cuáles eran las observaciones que no se habían subsanado, limitándose a registrar en forma genérica el supuesto incumplimiento.

Ante la falta de elaboración del informe por parte del Inspector, el Comité de Recepción no estaba posibilitado para constituirse en la obra, pues carecía de la información técnica que permita verificar la subsanación de las observaciones.

Séptimo.- En ese contexto, según se ha registrado en el Acta de Constatación de incumplimiento de levantamiento de observaciones en recepción de obra, de fecha 21 de enero del 2012, el Comité de Recepción se constituyó en el lugar de LA OBRA, consignando que el CONTRATISTA "no ha cumplido con levantar todas las observaciones puestas por el Comité de Recepción", por lo que correspondía aplicar la penalidad que correspondía en el marco de lo establecido en el numeral 5° del artículo 210° del Reglamento.

Octavo.- Con relación a la simplicidad de lo consignado en el Acta de Constatación de incumplimiento de levantamiento de observaciones en recepción de obra, es sencillo demostrar lo siguiente:

No se ha registrado en el Acta que el Comité de Recepción haya recibido el informe previo del Inspector en el que conste la verificación de la subsanación de las observaciones.

El Comité de Recepción se constituyó al lugar de LA OBRA a las 11am, aun conociendo que el CONTRATISTA había previsto que la verificación de efectúe a partir de las 2 pm.

6

El Comité de Recepción se retiró del lugar de ejecución de LA OBRA a las 2 pm del día 21 de enero del 2012, aun conociendo que el CONTRATISTA había previsto que la verificación de efectúe a partir de esa hora, lo que explica la razón por la que el Acta fue elaborada, si es que lo fue ese día, en ausencia del Residente de LA OBRA, impidiendo que éste registre en el Acta su disconformidad con las supuestas observaciones.

Se ha registrado en el considerando segundo del asiento 431 del cuaderno de obra, del Inspector, que el Comité de Recepción estuvo en el lugar de ejecución de LA OBRA hasta las 2 pm del 21 de enero del 2011. En consecuencia, lo afirmado en el literal precedente, está probado.

Que, asimismo, conforme se desprende del asiento 431 numeral octavo del cuaderno de obra, se le recuerda al CONTRATISTA que los dampers son parte de las especificaciones técnicas, como efectivamente se puede corroborar de la verificación de los folios 83 y 84, numeral 2.6 en donde se consigna DAMPERS DE REGULACION, cuyo texto a continuación se transcribe:

El CONTRATISTA deberá proveer todos los dampers necesarios para la regulación de aire, se deberá instalar reguladores metálicos de canal con dispositivo de ajuste

Se deduce entonces que la verificación que efectuó el Comité de Recepción, se realizó desde las 11 am hasta las 2 pm del 21 de enero del 2012, aun cuando el numeral 2° del artículo 210° del Reglamento prevé un plazo de 07 días para tal verificación y pese a que, previamente, en el asiento 444 del cuaderno de obra, el Inspector, integrante del Comité de Recepción, había registrado que dada la magnitud de LA OBRA, la verificación se efectuaría en 03 días como mínimo.

Si el Pliego de Observaciones en recepción de obra de fecha 16 de diciembre del 2011, demoró en redactarse más de 730 horas, resulta inverosímil que en sólo 3 horas, el Comité de Recepción haya efectuado la verificación de la subsanación de las 56 observaciones consignadas en aquella Acta, más aún si no contaba con el informe previo emitido por el Inspector y tampoco con los instrumentos para efectuar la verificación o realización de las pruebas exigidas.

El Comité de Recepción no registró cuáles eran las observaciones que no se habían subsanado, limitándose a registrar en forma genérica el supuesto incumplimiento, contraviniendo así lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 210° del Reglamento. Igual omisión se advierte de la revisión del asiento 427 del cuaderno de obra, del Inspector, pues no registra cuáles son las observaciones supuestamente no subsanadas.

Tampoco se ha registrado que el Comité de Recepción haya elevado al Titular de la Entidad todo lo actuado con un informe sustentatorio de sus observaciones, conforme lo prevé el numeral 3° del artículo 210° del Reglamento.

El Acta de Observaciones del 21 de enero del 2012, no fue notificada a LA EMPRESA. En el Oficio N° 035-2012-14.10-SOM-GOSM/MSI y Memorando N 508-2012-14100-GOSM/MSI, se hace referencia a su existencia pero no se adjunta y en el Oficio N° 074-2012-14.10-SOM-GOSM/MSI y Oficio N° 015-2012-1400-GOSM/MSI, ni se menciona. Su obtención en copia simple se produce a raíz de la elaboración del Acta de Recepción del 26 de junio del 2012, y fue proporcionada informalmente por el Comité de Recepción.

**Noxeno.**- En ese sentido, podemos afirmar que con posterioridad al Acta de Constatación de incumplimiento de levantamiento de observaciones en recepción de obra de fecha 21 de enero del 2012, el Comité de Recepción, único facultado para ello según lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 210° del Reglamento, no registró en Acta complementaria o nueva Acta, cuál o cuáles eran las observaciones no subsanadas con relación a las consignadas en el Acta de fecha 16 de diciembre del 2011, impidiendo que el CONTRATISTA tenga conocimiento cierto de lo ocurrido e impidiéndole exprese disconformidad sobre la discrepancia anotada en forma genérica por el Comité Especial.

**Décimo.**- Considérese que en el artículo 210° del Reglamento, se ha previsto en forma expresa e indubitable que sólo el Comité de Recepción designado sea el facultado para verificar si el contratista ha cumplido con subsanar las observaciones, siendo el Acta o Pliego de Observaciones, el único instrumento en el que se consignen válidamente si es que se lienen por no subsanadas. Así, cualquier servidor o funcionario y el propio Inspector o Supervisor asignado a la obra, no podrán atribuirse la facultad normativa que sólo tiene atribuida el Comité de Recepción, y tampoco cualquier anotación en el cuaderno de obra o documento emitido por la ENTIDAD podrá suplir la validez del Acta

o Pliego de Observaciones. Aceptar lo contrario, significaría vulnerar el principio de legalidad al establecer procedimientos de recepción de obra no previstos en la normativa de contrataciones, generando perjuicio a aquella parte que, con razón y derecho, no se sujeta al inválido accionar.

**Décimo Primero.**- Siendo así, que el Inspector haya consignado en el asiento 429 del cuaderno de obra las supuestas observaciones no subsanadas que no fueron consignadas en el Acta de fecha 21 de enero del 2011, por el Comité de Recepción, no significa que se haya cumplido con el procedimiento previsto en el numeral 3° del artículo 210° del Reglamento. Asimismo, el que en el Oficio N° 074-2012 y numeral 5 del Memorando N° 508-2012-1400-GOSM/MSI, emitidos por funcionarios de la ENTIDAD, se haya replicado lo consignado en el asiento 429 del cuaderno de obra, del Inspector, tampoco subsana, mucho menos convalida la omisión del Comité de Recepción de no registrar cuál o cuáles eran las observaciones no subsanadas, ni les otorga el valor de Actas o Pliegos de Observaciones.

**Décimo Segundo.**- En ese sentido, además de considerarse que el Comité de Recepción ha vulnerado el procedimiento previsto en el artículo 210° del Reglamento, el Tribunal Arbitral deberá valorar que, por un lado, ante la falta de registro en el Pliego de Observaciones de fecha 21 de enero del 2012 de aquellas supuestamente no subsanadas y, por otro lado, ante el registro de observaciones en el cuaderno de obra, Oficio N° 074-2012 y numeral 5 del Memorando N° 508-2012-1400-GOSM/MSI, entre otros, se generó incertidumbre al CONTRATISTA sobre el número e identificación de las observaciones, impidiéndole conocer con certeza si la discrepancia versaba sobre todas o algunas observaciones.

**Décimo Tercero.**- La incertidumbre que acusamos se evidencia sustantivamente al advertir que en el Acta de Observaciones del 21 de enero del 2012; asiento 426 del cuaderno de obra, del Inspector; y Oficio N° 035-2012-1410-SOM-GOSM/MSI, se indica que el Comité de Recepción verificó que no se han levantado la totalidad de las observaciones, lo que podría significar que ninguna de las 56 observaciones plasmadas en el Pliego de Observaciones del 16 de diciembre del 2011, habían sido subsanadas; sin embargo, en otros documentos como el asiento 429 del cuaderno de obra, del Inspector; el Oficio N° 074-2012-1410-SOM-GOSM/MSI; y, numeral 5 del Memorando N° 508-2012-

1400-GOSM/MSI, pero nunca en un Acta o Pliego de Observaciones del Comité de Recepción, la ENTIDAD, acusa que son algunas las que no han sido subsanadas.

**Décimo Cuarto.**- Súmese a ello que en documentos posteriores al Pliego de Observaciones de fecha 16 de diciembre del 2012, tales como el asiento 426 del cuaderno de obra, del Inspector; el Oficio N° 074-2012-1410-SOM-GOSM/MSI; el Oficio N° 143-2012-1410-SOM-GOSM/MSI; Oficio N° 015-2012-1400-GOSM/MSI; Memorando N° 508-2012-1400-GOSM/MSI; e Informe N° 056-2012-SOM/MSI, no existe coincidencia en el número e identificación de las observaciones que supuestamente no habría subsanado el CONTRATISTA hasta el 21 de enero del 2012.

**Décimo Quinto.**- Así, por ejemplo, en el asiento 426 del cuaderno de obra, del Inspector, se registra como Observación N° 02, que faltan corregir 8 cruces de tubos contraincendios por códigos, sin embargo en los restantes documentos mencionados en el párrafo precedente no se hace mención a tal Observación, ni tampoco se registra que haya sido subsanada con posterioridad al 21 de enero del 2012.

**Décimo Sexto.**- En ese mismo sentido, en el Oficio N° 074-2012-1410-SOM-GOSM/MSI, se consigna como Observación N° 05 que "en base de bomba contra incendio retirar micro poroso y colocar sistema anti vibratorio de acuerdo a la Norma NFPA-208", sin embargo tal redacción difiere sustantivamente de la consignada como Observación N° 05 en el asiento 426 del cuaderno de obra, del Inspector, que dice: "completar accesorios de bomba de agua", y lo que es más incierto, la Observación N° 05 no se consigna existente en la redacción del Oficio N° 015-2012-1400-GOSM/MSI, Memorando N° 508-2012-1400-GOSM/MSI, e Informe N° 056-2012-SOM/MSI. Igual situación ocurre con la Observación N° 07 y 34 consignada en el asiento 426 del cuaderno de obra, del Inspector, referidas a los rociadores de agua próximos a las luminarias y certificado de calidad de soldaduras, respectivamente, ya que en los posteriores documentos que acusan la existencia de supuestas observaciones, tampoco se consignan las mencionadas observaciones.

**Décimo Séptimo.**- Asimismo, la Observación N° 45 que se consigna en el asiento 426 del cuaderno de obra, del Inspector, está referida a la colocación y puesta en marcha del equipo de extracción de monóxido de carbono, sin embargo, con relación a la misma Observación en el Oficio N° 074-2012-1410-SOM-GOSM/MSI, se indica sólo "pruebas del sistema de extracción de monóxido de carbono", y en el Oficio N° 143-2012-1410-SOM-

GOSM-MSI, Oficio N° 015-2012-1400-GOSM/MSI y numeral 5 del Memorando N 508-2012-1400-GOSM/MSI, se hace referencia a la falta de balanceo.

Décimo Octavo.- Agregaremos que en contrario a lo dispuesto en el segundo párrafo in fine del numeral 2 del artículo 210 del Reglamento, la ENTIDAD a lo largo de las comunicaciones cursadas al CONTRATISTA, ha formulado nuevas observaciones con relación a las registradas en el Acta de Observaciones de fecha 16 de diciembre del 2011. Así, podemos acreditar que la ENTIDAD con Oficio N° 074-2012-1410-SOM-GOSM/MSI, requiere al CONTRATISTA cumpla con subsanar Observaciones como la entrega de certificados de garantía de todos los equipos adquiridos para la obra, así como sus especificaciones técnicas en forma digital y física; cumpla con subsanar la colocación de leyendas en todos los tableros; y cumpla con colocar neoprene a todo el perímetro de la bomba del sistema contra incendio. Asimismo, con Oficio N° 143-2012-1410-SOM-GOSM-MSI y Oficio N° 015-2012-1400-GOSM/MSI, se exige al CONTRATISTA cumpla con el balanceado del sistema de extracción de monóxido; todas observaciones que no habían sido determinadas por el Comité de Recepción en el Acta de fecha 16 de noviembre del 2011.

Décimo Noveno.- Por lo expuesto, es evidente que la ENTIDAD a través de su Inspector y funcionarios, no ha seguido el procedimiento establecido en el numeral 2 del artículo 210 del Reglamento al haber, el Comité de Recepción, único posibilitado por el ordenamiento en materia de contrataciones para tal fin, elaborado un Acta o Pliego de Observaciones sin la participación conjunta del representante del CONTRATISTA, sin indicar las observaciones no subsanadas, sin contar con el Informe previo del Inspector y sin adoptar criterios objetivos de verificación en un plazo razonable dada la magnitud de LA OBRA.

Vigésimo.- Las circunstancias descritas en el párrafo precedente, impidieron que en el marco de lo dispuesto en el artículo 210 del Reglamento, el CONTRATISTA exprese disconformidad escrita en el Acta respectiva, sobre las observaciones no subsanadas. Así, es evidente que el Comité de Recepción, en contrario al mandato expreso contenido en el articulado acotado que dispone que la verificación se realice junto con el contratista, evitó la participación del representante del CONTRATISTA, y con ello le impidió

sustentar en ese mismo acto y en esa misma Acta del 21 de enero del 2012, que todas las observaciones habían sido subsanadas.

Vigésimo Primero.- Por lo expuesto, en el presente caso existen elementos probatorios de un valor determinante que permitirán motivar en forma congruente al Tribunal Arbitral, que la demora en el levantamiento de las Observaciones ocurrido desde el 21 de enero hasta el 26 de junio del 2012, fecha en que se elabora el Acta de Recepción, no se debió a causas imputables al CONTRATISTA, sino a la incorrecta actuación del Comité de Recepción en el desarrollo del procedimiento de verificación y a la posterior actuación de la ENTIDAD, que lejos de exigir al Comité de Recepción cumpla con el procedimiento previsto en el numeral 2 y 3 del artículo 210, trató de subsanar los errores de aquella, subrogándose en el papel de verificador, requiriendo incluso la subsanación de observaciones no acusadas en el Pliego de Observaciones de fecha 16 de diciembre del 2011, lo que ocasionó la generación de información incierta y distinta a la inicial.

Vigésimo Segundo.- En razón que el artículo 1314 del Código Civil prescribe que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inyección de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, el CONTRATISTA está en la condición de acreditar que su actuación posterior al 21 de enero del 2012, siempre fue ejercida en el marco de lo establecido en el artículo 210° del Reglamento, que regula el procedimiento de recepción de la obra y plazos.

Vigésimo Tercero.- Como se ha manifestado, el CONTRATISTA nunca fue notificada con el Acta de Observaciones de fecha 21 de enero del 2012 (el Comité de Recepción impidió la participación conjunta del representante de la empresa), razón por la cual, ante el registro del asiento 427 del Inspector, el CONTRATISTA remitió a la ENTIDAD el escrito signado en mesa de partes con el documento simple 06 015312, expresando disconformidad con la actuación del Comité de Recepción e Inspector, y solicitando la Intervención de la ENTIDAD para que se pronuncie sobre la discrepancia existente con motivo de la verificación de la subsanación de las observaciones, conforme lo prevé el numeral 3° del artículo 210° del Reglamento.

Vigésimo Cuarto.- En ese mismo sentido, el CONTRATISTA remite a la ENTIDAD el escrito signado en mesa de partes con el documento simple 06 0375012 de fecha 04 de

abril del 2012, el documento simple 06 04586 12, de fecha 04 de abril del 2012, el documento simple 06 06452 12 de fecha 11 de mayo del 2012, expresando disconformidad con la actuación del Comité de Recepción e Inspector, y solicitando la intervención de la ENTIDAD para que se pronuncie sobre la discrepancia existente con motivo de la verificación de la subsanación de las observaciones, conforme lo prevé el numeral 3° del artículo 210° del Reglamento.

Vigésimo Quinto.- Era evidente que la ENTIDAD no emitió el pronunciamiento definitivo sobre las discrepancias en la verificación de las observaciones, conforme lo previsto en el numeral 3° del artículo 210° del Reglamento, porque el Comité de Recepción no había elevado al Titular de la Entidad todo lo actuado con un informe sustentado de sus observaciones, tampoco había efectuado la verificación junto al Residente, por ende, tampoco recogido sus discrepancias y, sobre todo, porque el propio Comité de Recepción no había registrado en el Acta de Observaciones del 21 de enero del 2012, cual o cuales eran las observaciones no subsanadas. Así, la omisión de la ENTIDAD, a través de su Titular, de pronunciarse con relación a las reiteradas solicitudes de LA EMPRESA sobre la existencia de discrepancias en el procedimiento de verificación de las Observaciones, no es atribuible al CONTRATISTA, por lo que el retraso que la ENTIDAD alega para imponer la penalidad por mora no es injustificado.

Vigésimo Sexto.- A fin de seguir acreditando que el CONTRATISTA actuó con la diligencia ordinaria requerida ante la irregular actuación del Comité de Recepción en la elaboración del Acta de Observaciones del 21 de enero del 2012, se acredita que el Residente, en el asiento 430 del cuaderno de obra, expresó las razones objetivas que permiten verificar que el CONTRATISTA había cumplido con subsanar el total de observaciones acusadas en el Pliego de Observaciones de fecha 16 de diciembre del 2011.

Vigésimo Séptimo.- En ese sentido, también es posible pronunciamos sobre cada una de las observaciones consignadas en el asiento 429 del Inspector en el cuaderno de obra, ante la omisión del Comité de Recepción de registrarlas en la respectiva Acta o Pliego de Observaciones. Ello a fin de alcanzar la conclusión de que el CONTRATISTA no es responsable de los retrasos en la recepción de la obra. Así, con relación a la observación N° 01 sobre las pruebas de los equipos y de las instalaciones de agua y desagüe, indicaremos que en el Informe N° 056-2012-SOM/MSI, su fecha 25 de julio del 2013,

emitido por el Comité de Recepción, se deja constar que no puede obligar al CONTRATISTA a cambiar las especificaciones del proyecto, por lo que acredita que los equipos instalados son, incluso, de mayor potencia a la mínima requerida, dando por subsanada la observación prevista en el Pliego de Observaciones del fecha 16 de diciembre del 2013. Es decir, el mismo Comité de Recepción que efectuó la observación N° 01 en el Acta de Observaciones de fecha 16 de diciembre, señala, meses después, sin que el CONTRATISTA haya efectuado subsanación alguna, que tal observación no debía haberse formulado.

Vigésimo Octavo.- Igual situación ocurre con la Observación N° 26, consignada en el asiento 429 del Inspector en el cuaderno de obra, pues el Comité de Recepción, señala que el funcionamiento de la luminaria es correcto y que las pruebas de luz se realizaron satisfactoriamente. Por otro lado, con relación a la Observación N° 36, sobre el retiro del poste, el Comité de Recepción, refiere que tal presupuesto nunca fue previsto en el expediente por lo que no se puede obligar al contratista a retirar el poste. Asimismo, con relación a la Observación N° 39 del Inspector, el Comité de Recepción refiere indicar que si cuenta con los certificados de calidad de soldaduras en los tubos de agua contraincendios. Por último, con relación a la Observación N° 45, sobre el equipo de extracción de monóxido de carbono, indicaremos que el CONTRATISTA con escrito ingresado por mesa de partes según registro 06 03194 12 de fecha 09 de marzo, reitera a la ENTIDAD que ofrece nuevamente los protocolos del referido equipo a fin de acreditar su correcto funcionamiento, pues ya los había entregado en fecha anterior al 21 de enero del 2012. En consecuencia, al no hacerse referencia en el Informe N° 056-2012-SOM/MSI, a la subsanación de las Observaciones N° 02, 05, 07 y 26 consignadas en el asiento 429 del Inspector, debe entenderse que el Comité de Recepción consideró que aquellas se tuvieron por subsanadas en el Acta de Observaciones de fecha 21 de enero del 2012.

Vigésimo Noveno.- Con relación a la observación N° 45 del asiento 429 del Inspector, en el cuaderno de obra y los requerimientos efectuados por LA MUNICIPALIDAD con el Oficio N° 074-2012-44.10-SOM-GOSM/MSI, Oficio N° 143-2012-44.10-SOM-GOSM-MSI y Oficio N° 015-2012-4400-GOSM/MSI, referiremos que el retraso en su cumplimiento no es atribuible al CONTRATISTA por las siguientes razones:





aun cuando el Comité Especial y la ENTIDAD no hayan actuado con arreglo al numeral 2 y 3 del artículo 210 del Reglamento, ante la existencia de discrepancias en la verificación de las observaciones subsanadas.

**Trigésimo.** - Considérese además, que el Informe N° 056-2012-SOM/MSI e Informe N° 027-2012-1300-GDU/MSI-BMC, elaborados por el Comité de Recepción, tienen fechas de emisión 25 y 11 de julio del 2012, respectivamente, y en ellos se tienen por subsanados todas las Observaciones del Pliego de Observaciones de fecha 16 de diciembre del 2011.

**Trigésimo Primero.** - De lo consignado en el párrafo precedente, adviértase, por un lado, que el propio Comité de Recepción no considera aquello que fuera consignado en el Acta de Observaciones de fecha 21 de enero del 2012 pues solo hace referencia al Pliego de Observaciones de fecha 16 de diciembre del 2011, y, por otro lado, que la conformidad técnica la otorga en fecha posterior a la elaboración y aprobación del Acta de Recepción de fecha 26 de junio del 2012, lo que evidencia, una vez más, que el Comité de Recepción y la ENTIDAD no han ceñido su actuación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 210 del Reglamento, y que nos permite asegurar que el Comité de Recepción, injustificadamente, dilató la entrega del Acta de Recepción de obra que debió ocurrir el 21 de enero del 2012.

### III. CONTESTACIÓN DE DEMANDA PRESENTADA POR LA MUNICIPALIDAD DE SAN ISIDRO

Por escrito de fecha 08 de agosto de 2013, la ENTIDAD cumplió con contestar la demanda y reconvocar por Resolución N° 5 emitida el 09 de agosto de 2013, basando su posición en los siguientes argumentos:

#### 3.1. Fundamentos de hecho de la contestación de la demanda

##### Respecto a la primera pretensión

El CONTRATISTA solicita que "se determine que no existe retraso injustificado imputable al contratista en la subsanación de las observaciones, por lo que, desde el 21 de enero hasta el 26 de junio del 2012, no es aplicable la penalidad por mora en la ejecución

de la prestación":

Al respecto, señala la ENTIDAD que mediante Oficios N° 035-2012-14-10-SOM-GOSM/MSI de fecha 24 de enero de 2012, notificado en la misma fecha, N° 074-2012-14-10-SOM-GOSM/MSI de fecha 24 de febrero de 2012, notificado el 28 de febrero de 2012, N° 143-2012-14-10-SOM-GOSM/MSI de fecha 28 de febrero de 2012, notificado el 29 de marzo de 2012, N° 015-2011-1400-SOM-GOSM/MSI de fecha 04 de mayo de 2012, notificado el 07 de mayo de 2012, elaboradas por la Subgerencia de Obras Municipales y por la Gerencia de Obras y Servicios Municipales, se le comunicó al CONTRATISTA las observaciones realizadas por el Comité de Recepción de la Obra, y el incumplimiento de levantamiento de dichas observaciones; que obran en autos, cuyas copias adjunta al propio demandante en su escrito de ampliación de demanda de fecha 11 de julio de 2013.

Asimismo, conforme a lo señalado en el Memorando N° 1008-2012-1400-GOSM/MSI de fecha 06 de noviembre de 2012, emitido por la Gerencia de Obras y Servicios Municipales, indica que en el Anexo A que forma parte de la Liquidación del Contrato de Obra aprobada mediante Resolución Gerencial N° 030-2012-1400-GOSM/MSI del 19 de octubre de 2012, notificada al CONTRATISTA con Oficio N° 606-2012-14-10-SOM-GOSM/MSI de la misma fecha, se detalla los motivos por los cuales se procedió a aplicar la penalidad por atraso en la subsanación de las observaciones para la culminación de la obra, por la suma total de S/. 370,139.45, estipulada en la cláusula décimo tercera del contrato de obra N° 125-2010, que se deriva por la demora en el levantamiento del pliego de observaciones de recepción de obra por parte del CONTRATISTA, conforme lo establece el numeral 5° del artículo 210° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por D.S. N° 184-2008-EF y que también se indica en el último párrafo de la penúltima página de la citada Resolución Gerencial.

Que, el numeral 5° del artículo 210° del citado Reglamento establece que: "todo retraso en la subsanación de las observaciones que exceda del plazo otorgado se considerará como demora para efectos de las penalidades que correspondan y podrá dar lugar a que la Entidad resuelva el contrato por incumplimiento. Las penalidades a que se refiere el presente artículo podrán ser aplicadas hasta el tope señalado en la Ley, el Reglamento o el contrato, según corresponda"

Además, queda demostrado para la ENTIDAD que el CONTRATISTA, estuvo de acuerdo

con las observaciones indicadas en el acta y no manifestó reclamo alguno dentro del plazo establecido por la normatividad de contrataciones.

La observación pendiente de levantar, era que el equipo de extracción de monóxido no cumplía con los parámetros exigidos como mínimos en las especificaciones técnicas del expediente técnico de obra.

En conclusión, el Tribunal deberá desestimar la presente pretensión.

Respecto a la segunda pretensión

El CONTRATISTA solicita que "se deje sin efecto legal la Resolución de Gerencia General N° 030-2012-1400-GOSM/MSI de fecha 19 de octubre de 2012, notificada mediante Oficio N° 6060-2012-14-10-SOM-GOSM/MSI.

Que, mediante Carta N° MAS-016 de fecha 22 de agosto de 2012, ingresada con Doc. Simple N° 06182712, el CONTRATISTA presenta sus cálculos de liquidación del contrato de obra, no cumpliendo con adjuntar los documentos requeridos en los numerales 1.2.3-4 y 5 de la cláusula décimo quinta del contrato N° 0125-2010, por lo que, la ENTIDAD procedió a realizar su propia liquidación del contrato de obra.

Que, conforme a lo señalado en el anexo A que forma parte de la liquidación del Contrato de Obra aprobada mediante Resolución Gerencial N° 030-2012-1400-GOSM/MSI del 19 de octubre de 2012, notificada al CONTRATISTA con Oficio N° 606-2012-14-10-SOM-GOSM/MSI de la misma fecha, se detalla los motivos por los cuales se procedió a aplicarle la penalidad por atraso en la subsanación de las observaciones para la culminación de la obra, por la suma total de S/. 370.339.45, estipulada en la cláusula décimo tercera del contrato de obra N° 0125-2010, que se deriva por la demora en el levantamiento del pliego de observaciones de recepción de obra por parte del CONTRATISTA, conforme lo establece el numeral 5 de artículo 210° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por D.S. N° 181-2008-EE.

Asimismo, el primer párrafo del artículo 211° del citado Reglamento, señala que: "dentro del plazo máximo de sesenta (60) días de recibida, la ENTIDAD deberá pronunciarse ya

sea observando la liquidación presentada por el CONTRATISTA o, de considerarlo pertinente, elaborando otra y notificando al CONTRATISTA para que este se pronuncie dentro de los quince días siguientes.

En tal sentido, la Resolución Gerencial N° 030-2012-1400-GOSM/MSI de fecha 19 de octubre de 2012, que aprueba la liquidación de obra ha cumplido estrictamente lo dispuesto en el artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, concordante con el numeral 5 del artículo 210° del citado Reglamento, siendo legalmente procedente su sustento y procedimiento.

Por lo que, el Tribunal Arbitral se servirá desestimar dicha pretensión.

Respecto a la tercera pretensión

El CONTRATISTA pretende, que se apruebe la liquidación de obra por el monto de S/. 3 924 740.79 nuevos soles, con un saldo a favor del contratista de S/. 433 966.63 nuevos soles.

Al respecto, señala la ENTIDAD que en la liquidación realizada por el CONTRATISTA y presentada mediante Carta-MAS-EST016 recepcionada como documento simple N° 061827.12 del 22 de agosto de 2012, no considero la multa o penalidad aplicada por atraso en la culminación de la obra por demora en el levantamiento de las observaciones, motivo por el cual fue desestimada su liquidación de parte, de conformidad con lo establecido en el artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Asimismo, el CONTRATISTA presento sus cálculos de liquidación del contrato de obra, sin adjuntar los documentos requeridos en los numerales 1.2.3-4 y 5 de la cláusula décimo quinta del contrato N° 0125-2010, por lo que, la Municipalidad procedió a realizar su propia liquidación del contrato de obra, el artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, concordante numeral 5 del artículo 210° del citado Reglamento.

En tal sentido, es legalmente procedente el sustento y el procedimiento de la Resolución Gerencial N° 030-2012-1400-GOSM/MSI de fecha 19 de octubre de 2012, que aprueba la

liquidación del contrato de obra con saldo a favor de la ENTIDAD de S/. 193,866.07 nuevos soles.

Por lo que, el Tribunal Arbitral se servirá desestimar la presente pretensión.

**Respecto a la cuarta pretensión**

El CONTRATISTA solicita "se ordene a la Entidad Municipal a devolver al contratista las garantías ofrecidas y el reembolso de los gastos financieros por mantener la vigencia de tales garantías".

Al respecto, debemos señalar que conforme al párrafo 1 del artículo 158° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la vigencia de la garantía de fiel cumplimiento, es hasta el consentimiento de la liquidación final, y en nuestro caso ello aún no ha ocurrido, puesto que existen controversias.

Asimismo, conforme a lo resuelto en el artículo tercero, de la Resolución Gerencial N° 030-2012-1400-GOSM/MSI de fecha 19 de octubre de 2012, autoriza a la gerencia de administración y finanzas, para que proceda a la devolución de la garantía de fiel cumplimiento del contrato, al CONTRATISTA, una vez que haya cumplido con cancelar el saldo de la liquidación de la obra en favor de la ENTIDAD, por la suma de S/. 193,866.07 incluido IGV.

En tal sentido, la retención de las garantías ofrecidas por el CONTRATISTA, es como consecuencia de la liquidación del contrato de obra, que determino que existe un saldo a favor de la ENTIDAD, por la suma de S/. 193,866.07 incluido IGV monto que deberá abonar el CONTRATISTA a favor de la ENTIDAD a fin de devolver sus garantías ofrecidas conforme al artículo 158° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

**Respecto a la quinta pretensión**

El CONTRATISTA solicita que "se disponga que la Entidad pague las costas y costos del arbitraje".

Al respecto, señala la ENTIDAD que el artículo 52° de la Ley General de Arbitraje, establece que los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre los gastos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio. Los gastos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones de los árbitros y de los abogados de las partes, las retribuciones del secretario que se hubiera nombrado, si este no fuese árbitro, los gastos de protocolización del laudo, cuando se hubiera pactado, y en su caso, la retribución a la institución arbitral. La misma norma añade que si el convenio no contiene pacto alguno sobre gastos, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en consideración el resultado o sentido del mismo.

En conclusión, la cláusula de solución de controversias del contrato celebrado con el CONTRATISTA establece la forma en que se asumirán los gastos arbitrales, con lo cual el Tribunal deberá pronunciarse al respecto en el laudo arbitral debiendo resolver que sea el CONTRATISTA quien asuma las costas y costos del presente proceso arbitral así como los que asuma la ENTIDAD, retribuyendo lo pagado, debido a que la demanda ha sido presentada en forma maliciosa.

**Respecto a la reconvención de la demanda**

Que, en ejercicio de defensa de la ENTIDAD esta reafirma su posición institucional, según el cual el CONTRATISTA fue quien incumplió con sus obligaciones contractuales que generó la liquidación del contrato de obra N° 125-2010, aprobada por Resolución de Gerencia N° 030-2010-1400-GOSM/MSI de fecha 19 de octubre de 2012, incluido el anexo A que forma parte de la referida Resolución, cuyo artículo primero: determinó un saldo a favor de la ENTIDAD ascendente a S/. 1963,866.07 incluido IGV, la cual deberá ser abonada por el CONTRATISTA, por lo que formulan reconvención, demandando:

Que, el CONTRATISTA cumpla con pagar a la ENTIDAD la suma total de S/. 193,866.07 incluido IGV, por concepto de saldo a favor de la ENTIDAD correspondiente a la liquidación de la obra del contrato N° 125-2010, conforme a lo dispuesto en el artículo primero la Resolución de Gerencia N° 030-2012-1400-GOSM/MSI de fecha 19 de octubre de 2012, más los intereses legales correspondientes.

3.2. Fundamentos de hecho de la reconvención de la demanda

En el proceso de selección correspondiente a la Licitación Pública N° 025-2010-CE/MSI para la ejecución de la obra: "Construcción de Estacionamientos del Proyecto de Acondicionamiento de la Nueva Sede Institucional de la Municipalidad de San Isidro", se otorgó la Buena Pro al CONTRATISTA representada por el ingeniero Vladimir Ivan Sokolic Montoya, suscribiéndose el Contrato N° 0125-2010 de fecha 07 de diciembre de 2010, por la suma contractual de S/. 3.333.595,41 incluido IGV con un plazo de ejecución de ciento cincuenta días calendario, conforme al expediente técnico, bases integradas, su propuesta técnica y económica respectivamente.

Con Carta N° MAS-016 de fecha 22 de agosto de 2012, ingresada con Documento Simple N° 061162712, el CONTRATISTA presenta sus cálculos de liquidación del contrato de obra, no adjuntando los documentos requeridos en los numerales 1.2.3.4 y 5 de la Cláusula Décimo Quinta del Contrato N° 0125-2010 por lo que, la Municipalidad procedió a realizar su propia liquidación del contrato de obra.

Mediante Resolución de Gerencia N° 030-2012-1400-GOSM/MSI de fecha 19 de octubre de 2012, notificada mediante Oficio N° 606-2012-14.10-SOM-GOSM/MSI de fecha 19 de octubre de 2012, emitida por la Subgerencia de Obras Municipales, recepcionada por el CONTRATISTA en la misma fecha, en su artículo primero: resolvió aprobar la liquidación del contrato de obra N° 0125-2010 con un saldo a favor de la Municipalidad ascendente a S/. 193.866.07 incluido IGV.

Que el primer párrafo del artículo 21° del citado Reglamento, señala que dentro del plazo máximo de sesenta días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el CONTRATISTA o de considerarlo pertinente, elaborando otra y notificará al CONTRATISTA para que este se pronuncie dentro de los quince días siguientes.

En tal sentido, la Resolución Gerencial N° 030-2012-1400-GOSM/MSI de fecha 19 de octubre de 2012., que aprueba la liquidación de obra ha cumplido estrictamente lo dispuesto en el artículo 21° del Reglamento, siendo legalmente procedente su sustento y procedimiento.

Por lo que el Tribunal Arbitral se servirá estimar la pretensión y en su oportunidad declarar la Fundada la Reconvención.

IV. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Mediante Resolución N° 14 de fecha 27 de noviembre de 2013, el Tribunal Arbitral citó a las partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos para el día jueves 05 de diciembre de 2013.

El Tribunal Arbitral explicó las ventajas de llegar a un acuerdo conciliatorio y las invitó a realizar un esfuerzo para llegar a dicho acuerdo; sin embargo las partes manifestaron su imposibilidad de llegar a una conciliación. No obstante se dejó abierta la posibilidad de que las partes entablaran negociaciones para dar una solución directa a sus controversias durante el desarrollo del arbitraje.

Seguidamente, el Tribunal Arbitral procedió a fijar como puntos controvertidos del presente proceso arbitral, los siguientes:

Respecto a la demanda arbitral:

1. Primer punto controvertido: Determinar si corresponde o no declarar la existencia del retraso injustificado imputable al Contratista en la subsanación de las observaciones, por lo que desde el 21 de enero hasta el 26 de junio de 2012, no es aplicable la penalidad por mora en la ejecución de la prestación.
2. Segundo punto controvertido: Determinar si corresponde o no que se deje sin efecto legal la Resolución de Gerencia General N° 030-2012-1400-GOSM/MSI, notificada mediante Oficio N° 6060-2012-14.10-SOM-GOSM/MSI.
3. Tercer punto controvertido: Determinar si corresponde o no que se apruebe la liquidación de obra por el monto de S/. 3. 924.740.79 (Tres millopes novecientos veinticuatro mil setecientos cuarenta con 79/100 nuevos soles), con un saldo a favor del

Contratista de S/. 433,966.63 (Cuatrocientos treinta y tres mil novecientos sesenta y seis con 63/100 nuevos soles).

4. Cuarto punto controvertido: Determinar si corresponde o no que se ordene a la Entidad Municipal a devolver al Contratista las garantías ofrecidas y el reembolso de los gastos financieros por mantener la vigencia de tales garantías.

5. Quinto punto controvertido: Determinar a quién corresponde asumir las costas y costos del presente arbitraje.

Respecto a la Reconvención:

1. Único punto controvertido: Determinar si corresponde o no que el Contratista cumpla con pagar a la Entidad la suma total de S/. 199,866.07 (Ciento Noventa y Tres mil ochocientos sesenta y seis con 07/100 nuevos soles) incluido I.G.V. por concepto de saldo a favor de la Entidad correspondiente a la liquidación de la obra del Contrato N° 125-2010, conforme a lo dispuesto en el artículo primero de la Resolución de Gerencia N° 030-2012-1400-GOSM/MSJ de fecha 19 de octubre de 2012, más los intereses legales correspondientes.

Luego de ello, se establecieron las reglas para el pronunciamiento del Tribunal Arbitral sobre los puntos controvertidos.

Acto seguido, el Tribunal procedió a admitir los medios probatorios ofrecidos por ambas partes, haciendo presente que se encontraba facultado para ordenar en su oportunidad la actuación de las pruebas de oficio adicionales que considere pertinente para mejor resolver.

VI. AUDIENCIA DE PRUEBAS

Mediante Resolución N° 17 emitida el 05 de diciembre de 2013, el Tribunal Arbitral citó a la Audiencia de Pruebas para el día jueves 19 de diciembre de 2013, de conformidad al

numeral 38° del Acta de Instalación.

El Presidente del Tribunal dio inicio a la Audiencia programada explicando las reglas que se seguirán en la misma. Acto seguido, concedió el uso de la palabra a los representantes del CONTRATISTA, quienes expusieron ampliamente su posición por un espacio de quince (15) minutos.

Luego de ello, hizo el uso de la palabra el representante de la ENTIDAD, quien expuso lo que estimó pertinente a su derecho por un espacio de quince (15) minutos.

Adicionalmente, se concedió el derecho de réplica a las partes, luego de lo cual se formularon las preguntas del caso, las mismas que fueron absueltas por las partes.

Finalmente, el Tribunal Arbitral dejó constancia de que la ENTIDAD no ha cumplido con efectuar la exhibición solicitada mediante Resolución N° 17.

VII. AMPLIACIÓN DE DEMANDA POR MASEDI CONTRATISTAS GENERALES

Que, con escrito s/n presentado por el CONTRATISTA el 04 de febrero de 2014, solicita al Tribunal Arbitral ordene a la ENTIDAD que pague a su favor la suma de S/. 915,422.60 (Novecientos quince mil cuatrocientos veintidós con 60/100 nuevos soles) por los daños y perjuicios originados por el perjuicio causado por gastos de pagos a terceros asesores para el proceso de conciliación y arbitraje, así como los gastos por pagos al personal administrativo y técnico, al haberse excedido los plazos contractuales, tal y como se estipulan los artículos 1969° y 1985° del Código Civil, y las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías, perjudicando la participación del CONTRATISTA en diferentes y sucesivos procesos.

En tal sentido, el Tribunal Arbitral resolvió mediante Resolución N° 22 emitida el 10 de febrero de 2014, correr traslado a la ENTIDAD por un plazo de diez días hábiles para que cumpla con expresar lo conveniente a su derecho.

38. El Tribunal Arbitral procederá a citar a las partes a la Audiencia de Pruebas si es que fuese necesaria la actuación de medios probatorios, fijará el plazo de la etapa de actuación de pruebas y, de ser posible, establecerá un cronograma de actuación. El plazo fijado podrá ser ampliado por el Tribunal Arbitral antes de su vencimiento, si así lo requiere la naturaleza de los medios probatorios ofrecidos.

**VIII. TACHA INTERPUESTA POR LA MUNICIPALIDAD DE SAN ISIDRO**

Que, con escrito N° 13 presentado por el Procurador Público de la ENTIDAD el 05 de marzo de 2014, formula esta tacha contra los medios probatorios ofrecidos por el CONTRATISTA, por cuanto señala que el contenido de los recibos por honorarios adjuntados es por el concepto de asesoría legal y/o financiera, esto es de forma genérica, más no precisa ni indica que es por asesoría legal, patrocinio o prestación de servicio por el presente proceso arbitral.

El Tribunal Arbitral resolvió mediante la Resolución N° 23 emitida el 07 de marzo de 2014, correr traslado de la tacha formulada por la ENTIDAD para que en un plazo de diez días hábiles el CONTRATISTA cumpla con absolverla.

Asimismo, que previo al pronunciamiento del Tribunal Arbitral respecto a la tacha formulada y en mérito a las facultades conferidas al Tribunal, este se encuentra facultado para citar a las partes a cuantas audiencias sean necesarias a fin de esclarecer la controversia sometida a arbitraje.

Que, con Resolución N° 25 de fecha 03 de abril de 2014, el Tribunal Arbitral resolvió tener por absuelto el traslado conferido al CONTRATISTA e indicó a las partes en su segundo punto resolutivo que de acuerdo a las atribuciones del Tribunal, este se reserva para un momento posterior el pronunciamiento respecto a la tacha formulada por la ENTIDAD, el cual podrá ser emitido incluso al momento de laudat, de conformidad a lo establecido en el numeral 27° del Acta de Instalación.<sup>2</sup>

**IX. AUDIENCIA DE ILUSTRACIÓN**

Mediante Resolución N° 23 emitida el 07 de marzo de 2014, el Tribunal Arbitral citó a las partes a la Audiencia de Ilustración para el lunes 17 de marzo de 2014.

<sup>2</sup> 27. El Tribunal Arbitral determinará discrecionalmente el momento en que resolverá las excepciones, defensas previas, objeciones, tachas u oposiciones a los medios probatorios, pudiendo incluso pronunciarse sobre estos aspectos junto con las cuestiones relativas al fondo de la controversia.

Se dejó constancia que la presente diligencia está siendo grabada en medio electromagnético, registro que forma parte integrante de la presente Acta, al cual las partes tienen derecho a acceder, previo pago de la tasa respectiva.

El Tribunal Arbitral dio inicio a la Audiencia de Ilustración que versó sobre las pretensiones controvertidas presentadas por el Contratista en su escrito de demanda arbitral, otorgando el uso de la palabra al CONTRATISTA a fin de que exprese los argumentos que sustentan su postura por un espacio de quince (15) minutos.

Posterior a este acto, el Presidente del Tribunal Arbitral otorgó el uso de la palabra al abogado de la ENTIDAD por el mismo lapso.

Acto seguido, se concedió a las partes el derecho de réplica y dúplica correspondiente, luego de lo cual se formularon las preguntas del caso, las mismas que fueron absueltas por las partes, terminando así la diligencia.

**X. AUDIENCIA DE ALEGATOS ORALES Y PLAZO PARA LAUDAR**

Mediante Resolución N° 26 del 05 de mayo de 2014, el Tribunal Arbitral otorgó a las partes un plazo de cinco días hábiles para que presenten sus alegatos escritos.

Asimismo, cito a las partes a la Audiencia de Alegatos Orales para el lunes 02 de junio de 2014.

Con Resolución N° 30 del 27 de mayo de 2014, Tribunal Arbitral reprogramó dicha audiencia para el martes 03 de junio de 2014.

El Tribunal Arbitral dio inicio a la Audiencia programada explicando las reglas que se seguirán en la misma. Acto seguido, el Tribunal le otorga el uso de la palabra al abogado del CONTRATISTA, a efectos de que proceda a exponer los alegatos orales, para lo cual se le otorgó un plazo de quince (15) minutos, luego de ello hizo el uso de la palabra el abogado de la Entidad, quien expuso lo que estimo pertinente a su derecho, por el mismo lapso.

Acto seguido, el Tribunal Arbitral procedió a otorgarle el derecho de réplica y duplica a cada parte respectivamente por un plazo de quince minutos a cada uno.

Luego de las exposiciones efectuadas por las partes, el Tribunal Arbitral procedió a realizar las preguntas pertinentes a las partes, las mismas que fueron respondidas en su totalidad.

Antes de dar por concluida la presente audiencia y de conformidad a lo establecido en el numeral 45° del Acta de Instalación<sup>3</sup>, fija el plazo para laudar en treinta días hábiles, contado a partir del día siguiente de realizada la presente Audiencia, pudiendo ser prorrogado a su discreción por el mismo término y por una sola vez.

Con Resolución N° 31 emitida el 10 de julio de 2014, el Tribunal Arbitral dispuso prorrogar el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales que se computarán desde el día siguiente del vencimiento del plazo señalado en el Acta de Informes Orales, conforme a lo dispuesto en el numeral 45° del Acta de Instalación.

#### XI. CUESTIONES PRELIMINARES

Como acto previo al análisis de los puntos controvertidos establecidos en el presente arbitraje, es necesario indicar y confirmar lo siguiente:

Que, el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes.

Que, en ningún momento se recusó a los miembros del Tribunal Arbitral, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.

Que, con Carta s/n presentada por la Dra. Sigríd Reyes Navarro el 03 de setiembre de 2013, comunica su renuncia a la condición de árbitro en el presente proceso, por lo que el Tribunal Arbitral consideró oportuno poner a conocimiento de las partes la mencionada

<sup>3</sup> 45. Realizada la Audiencia de Informes Orales, el Tribunal Arbitral procederá a señalar el plazo para laudar, el mismo que podrá ser prorrogado, a su discreción, hasta por treinta (30) días adicionales. Luego de su expedición, el Tribunal Arbitral deberá depositar el laudo en la Secretaría respectiva, y esta deberá notificarla a las partes dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de recibido.

renuncia para que procedan con la designación del árbitro sustituto dentro del plazo de diez días hábiles, según lo señalado mediante la Resolución N° 8 emitida el 10 de setiembre de 2013.

Es así, que con escrito N° 7 presentado por la ENTIDAD el 02 de octubre de 2013, cumplió con designar al Dr. Jesús Antonio Mezarina Castro como nuevo árbitro encargado de resolver las controversias materia del presente arbitraje.

En el indicado escrito el árbitro en mención adjunta su carta de aceptación, con lo cual el Tribunal Arbitral da cuenta del cumplimiento con la normativa aplicable al caso.

Que, el CONTRATISTA presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.

Que, la ENTIDAD fue debidamente emplazada con la demanda y se le concedió los plazos legales para el ejercicio pleno de su derecho de defensa.

Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar ante el Tribunal Arbitral.

Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes.

#### XII. SOBRE LA AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA INTERPUESTA POR MASEDI CONTRATISTAS GENERALES S.A.C.

El CONTRATISTA solicita al Tribunal Arbitral ordene a la ENTIDAD que pague a su favor la suma de S/. 915,422.60 (Novecientos quince mil cuatrocientos veintidós con 60/100 nuevos soles) por los daños y perjuicios originados por el perjuicio causado por gastos de pagos a terceros asesores para el proceso de conciliación y arbitraje, así como los gastos por pagos al personal administrativo y técnico, al haberse excedido los plazos contractuales, tal y como se estipulan los artículos 1969° y 1985° del Código Civil, y las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías, perjudicando la participación del CONTRATISTA en diferentes y sucesivos procesos.



Con relación a la única pretensión invocada por la recurrente en su ampliación de demanda, reférica a que se ordene pagar a la Entidad la suma de S/ 915,422.60 por los daños y perjuicios originados por el perjuicio causado por gastos a terceros ascensores para el proceso de conciliación y arbitraje, así como los gastos por pagos al personal administrativo y técnico, al haberse excedido los plazos contractuales, tal y como se estipulan en los artículos 1969° y 1985° del Código Civil y las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías, perjudicando la participación del contratista en diferentes y sucesivos procesos, el TRIBUNAL decide desestimar la presente pretensión, en virtud a las consideraciones que han sido expuestas en los Numerales I, II, IV y V de la parte considerativa del presente laudo; por cuanto la demora en el levantamiento de observaciones a cargo de la contratista, le resulta a ésta imputable, situación que determinó que sólo recién el 26 de junio de 2012 se suscribiera el Acta de Recepción Definitiva de la Obra, conllevando a que la liquidación final del contrato contenga una penalidad que ha determinado un saldo en contra de la empresa demandante, la misma que no fue incluido por ésta cuando elaboró la liquidación antes mencionada, obligando a la Entidad a que elaborará el suyo, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 211° del REGLAMENTO, la misma que fue aprobada a través de la Resolución Gerencial N° 030-2012-1400-COSM/MSI de fecha 19 de octubre de 2012, la cual fue controvertida por la CONTRATISTA a través del presente proceso arbitral y cuyas pretensiones no han sido amparadas por el Tribunal, lo que evidencia que los daños y perjuicios por ésta invocada no son -en modo alguno- imputables a la ENTIDAD, debiendo ser asumidos y soportados por la propia CONTRATISTA, en el supuesto que éstos se hayan configurado, pues no han sido debidamente demostrados, como se exige frente a cualquier hecho presuntamente generador de responsabilidad civil.

POR TANTO, SE DECLARA INFUNDADA LA ÚNICA PRETENSIÓN CONTENIDA EN LA AMPLIACIÓN DE DEMANDA.

XIII. SOBRE LA TACHA INTERPUESTA POR LA MUNICIPALIDAD DE SAN ISIDRO

Que, conforme se estableció en la Resolución N° 25 de fecha 03 de abril de 2014, al amparo del artículo 27° del Acta de Instalación el Tribunal se reservó el derecho de

pronunciarse sobre la tacha planteada por la ENTIDAD en su escrito N° 3 de fecha 05 de marzo de 2014, con el pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

Que, antes de dilucidar el fondo de la controversia, es pertinente que el Tribunal se pronuncie sobre la tacha interpuesta por la ENTIDAD, en ejercicio de su derecho de defensa, que se dirige a cuestionar los medios probatorios destinados a la probanza de los daños patrimoniales sufridos por la CONTRATISTA aduciendo que los diversos documentos presentados por la recurrente no probarían los daños alegados en cuanto de su contenido no fluyen exactamente los conceptos que habrían sido materia de pago no advirtiéndose objetivamente su correlación con el objeto de probanza;

Que, sobre el particular debe tenerse en consideración que la tacha es un mecanismo de defensa, identificado como una cuestión probatoria, que tiende a la declaración de una ineficacia documental, y que encuentra típicamente sustento en la falsedad o nulidad de un medio probatorio identificado en un documento, según los parámetros establecidos en los artículos 242°, 243°, 300° y 301° del Código Procesal Civil, como única normativa que versa sobre su admisibilidad, procedencia y actuación;

Que, del escrito de interposición de la tacha se tiene que la ENTIDAD, al margen de no haber cumplido con acompañar los medios probatorios correspondientes, no alega la falsedad o la nulidad de los medios probatorios documentales cuestionados, argumentando solamente que los mismos no tienen conexión con el objeto de probanza, lo que más bien se dirige a un cuestionamiento sobre su valor probatorio que no resulta siendo viable cuestionar a través del mecanismo propuesto, debiéndose por éstas consideraciones:

DECLARAR IMPROCEDENTE LA TACHA INTERPUESTA, sin perjuicio de valorar, de ser el caso, los medios probatorios materia de cuestionamiento al momento de resolver la pretensión de la demandante referida a la indemnización por los daños y perjuicios irrogados;

XIV. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

De los argumentos expuestos por cada una de las partes en los escritos de demanda,

contestación a la demanda, alegatos escritos y alegatos orales, así como de las pruebas aportadas y actuadas en el presente arbitraje, corresponde al Tribunal Arbitral analizar cada uno de los puntos controvertidos.

**Análisis a los puntos controvertidos**

En este estado, luego de tomar en cuenta las cuestiones preliminares, el Tribunal Arbitral procede a realizar el análisis al primer punto controvertido establecido, por acuerdo de las partes, de la siguiente manera:

**Primer punto controvertido:** Determinar si corresponde o no declarar la existencia del retraso injustificado imputable al Contratista en la subsanación de las observaciones, por lo que desde el 21 de enero hasta el 26 de junio de 2012, no es aplicable la penalidad por mora en la ejecución de la prestación.

Que, conforme consta de los documentos que obran en calidad de prueba el 27 de enero se dio inicio al plazo de ejecución de obra.

Que, atendiendo a los hechos expuestos por las partes se tiene que, con fecha 16 de diciembre de 2011, en el asiento 424, folio 22, cuaderno de obra N° 5, el Comité de Recepción de Obra en ejercicio de sus funciones y atribuciones, se reúne a fin de verificar el cumplimiento de lo establecido en las EETT, es decir estableció una serie de objeciones contenidas en el correspondiente pliego de observaciones - hecho que impidió a las partes la suscripción del Acta de Recepción Final de Obra - las que, al no ser ni discutidas ni controvertidas por la contratista, terminaron por ser consentidas, determinando con ello que ellas sean válidamente oponibles a ésta; razón por la cual correspondía a la recurrente asumir la carga de la prueba de su cumplimiento integral, acreditando de forma objetiva y concluyente que al vencimiento del plazo que ésta posee para levantarlas -el cual venció el 21 de enero de 2012- habría cumplido con subsanarlas satisfactoriamente, según se desprende del segundo párrafo del numeral 2 del artículo 210° del REGLAMENTO que señala lo siguiente:

**ARTÍCULO 210. NUMERAL 2**

De existir observaciones, éstas se consignarán en un Acta o Pliego de Observaciones y no

se recibirá la obra. A partir del día siguiente, el contratista dispondrá de un décimo (1/10) del plazo de ejecución vigente de la obra para subsanar las observaciones, plazo que se computará a partir del quinto día de suscrito el Acta o Pliego. Las obras que se ejecuten como consecuencia de observaciones no darán derecho al pago de ningún concepto a favor del contratista ni a la aplicación de penalidad alguna.

Subsanadas las observaciones, el contratista solicitará nuevamente la recepción de la obra en el Cuaderno de obras, lo cual será verificado por el inspector o supervisor e informado a la Entidad, según corresponda, en el plazo de tres (3) días siguientes de la anotación. El comité de recepción junto con el contratista se constituirán en la obra dentro de los siete (7) días siguiente de recibido el informe del inspector o supervisor. La comprobación que realizará se sujetará a verificar la subsanación de las observaciones formuladas en el Acta o Pliego, no pudiendo formular nuevas observaciones.

De haberse subsanado las observaciones a conformidad del comité de recepción, se suscribirá el Acta de Recepción de Obra.

Es decir, que el plazo máximo es 1/10 Plazo de ejecución vigente + 05 días calendario = 1/10 (294) + 5 días = 35 días, por lo tanto el último día ha sido el 21 de enero de 2012.

Ahora bien, con relación a lo antes expuesto, el Tribunal aprecia lo señalado en el Asiento N° 425 del Cuaderno de Obra de fecha 20 de enero de 2012, suscrito por el representante en obra de la CONTRATISTA, a través del cual éste declara expresamente haber cumplido con subsanar todas las observaciones que fueron efectuadas por el Comité de Recepción en el Pliego de Observaciones del 16 de diciembre de 2011; sin embargo, la mencionada declaración liberatoria fue inmediatamente desestimada en la misma fecha por el inspector de la obra, a través de la Anotación N° 426, en la que se deja expresa constancia que "se ha verificado que no se ha levantado la totalidad del Pliego de Observaciones (...), siendo el plazo máximo el día de mañana 21 de enero de 2012, convocáremos al Comité de Recepción de Obra".

Que, De lo anterior se puede apreciar que un día antes del vencimiento del plazo para levantar las observaciones, ya existía en obra una controversia entre las partes, respecto a que si las observaciones, a cargo de la contratista, habían sido real y totalmente levantadas en la fecha declarada por ésta; situación que fue posteriormente corroborada por el Comité de Recepción, según se desprende del Asiento N° 427 del Cuaderno de Obra de fecha 21 de enero de 2012, suscrito por el inspector de la obra, en la que se señala: "El día de hoy sábado 21 de enero de 2012 el Comité de Recepción se hizo presente en la obra y verifico que el Pliego de Observaciones no ha sido levantado en su totalidad,

motivo por el cual se firmó un acta de constatación de incumplimiento de recepción de obra.

De esta anotación, se desprende que la contratista tuvo conocimiento pleno e inmediato de lo verificado por el Comité de Recepción, habiendo ejercido su defensa en torno al mismo, al punto que, en el Asiento N° 428 del Cuaderno de Obra de fecha 21 de enero de 2012, esto es, en la misma fecha en que el Comité de Recepción efectuó la visita a obra, requirió al inspector que precisara cual o cuales eran las observaciones que en su apreciación aún se mantenían vigentes, a efectos de garantizar su derecho de defensa, permitiéndosele de esta manera desvirtuar las mismas; por lo que, en razón a ello, el Inspector a través del Asiento N° 429 folio 24 del cuaderno de obra N°5, cumplió con señalar de forma expresa al CONTRATISTA mediante Oficio N°035-2012-14-10 SOM-GOSM/MSI, asunto incumplimiento de Observaciones en recepción de obra, el 24 de enero de 2012, cuales eran aquellas observaciones que para el Comité de Recepción aún se hallaban pendientes de ser levantadas, siendo éstas las Observaciones N° 1, 2, 5, 7, 26, 29, 36, 39 y 45 contenidas en el Pliego de Observaciones de fecha 16 de diciembre de 2011.

Precisamente, en atención a ello, la contratista a través del Asiento N° 430 de fecha 21 de enero de 2012, argumenta ciertas consideraciones a través de las cuales ésta pretende desvirtuar lo que fue sostenido por el Inspector en el Asiento N° 429, señalando en cada caso cuales eran las razones por las cuales ésta estima que las observaciones invocadas por la Entidad sí se encuentran levantadas, no habiéndose invocado en dicha oportunidad ninguna imputación para ejercer su derecho de defensa, tal como fue posteriormente invocado por la empresa en su escrito de demanda (ver página 5 - punto noveno), en el que se señala que se le ha impedido tener conocimiento de "cual o cuales eran las observaciones no subsanadas con relación a las consignadas en el Acta de fecha 16 de diciembre de 2011, impidiendo de esta manera que la empresa tenga conocimiento cierto de lo ocurrido el 21 de enero de 2012 e impidiéndole expresar su disconformidad sobre la discrepancia anotada en forma genérica por el Comité de Recepción".

Con relación a lo expuesto por el CONTRATISTA el Tribunal aprecia que en los hechos no existió ningún impedimento, tal como ha sido invocado por ésta, para que la contratista conozca de forma cierta cuales eran las observaciones que se encontraban pendientes de subsanación que -a su vez- le permitiera desvirtuarlas de forma inmediata

y concluyente, detectándose incongruencia entre lo alegado y su actuación en la controversia generada; prueba material y directa de ello es el Asiento N° 430, suscrito por la propia CONTRATISTA, el mismo día en que se dejó expresa constancia en el Cuaderno de Obra de las observaciones pendientes de levantar que fueron descritas por el inspector, en concordancia con lo señalado por el Comité de Recepción de Obra acontecido el 21 de enero de 2012.

Por lo que, en virtud a ello, el Tribunal estima que deviene en inexacto y contrario a las reglas de la buena fe, parámetro de estricta observancia en nuestro ordenamiento jurídico, y precisamente en el proceso arbitral (artículo 38° Decreto Legislativo N° 1078 - Ley de Arbitraje), que: (i) a pesar que en obra la contratista conoció plenamente de éstas observaciones, habiendo incluso argumentado en contra de ellas en el mismo día en que fueron planteadas por el inspector, luego (ii) invoque que las desconocía, peor aún cuando conforme le consta a la propia CONTRATISTA, la ENTIDAD a través del Oficio N° 035-2012-14-10-SOM-G OSM/MSI que le fue notificado el 24 de enero de 2012, le reitera sobre el incumplimiento en que ésta venía incurriendo respecto a que en obra no se había aún levantado, al vencimiento del plazo que ésta tenía para levantarlas, la totalidad de las observaciones contenidas en el Pliego de Observaciones de fecha 16 de diciembre de 2011, documento reiterativo que resulta siendo -a su vez- concordante con las Anotaciones N° 432, 433 y 434 del 22, 23 y 27 de enero de 2012 respectivamente, e insertadas regularmente en el Cuaderno de Obra, las mismas que -conforme le consta a la propia demandante- eran de su pleno conocimiento<sup>4</sup>, y por las que el Inspector le reitera a ésta se pronuncie sobre el incumplimiento antes mencionado, luego que se refutara las consideraciones que fueron expuestas por la contratista en el Asiento N° 430 del 21 de enero de 2012, a través del cual se pretendía desvirtuar la validez de lo señalado por el Inspector en el Asiento N° 429.

En consecuencia, el Tribunal considera que si bien el Contratante no siguió con exactitud la formalidad del procedimiento establecido en el artículo 21° del RLCE, tal como ha sido invocado por la contratista en su escrito de demanda, dicha circunstancia no ocasionó ni impidió en los hechos que la contratista no logrará conocer las

<sup>4</sup> En este caso, el TRIBUNAL tiene presente que el cuaderno de obra es un documento que se encuentra bajo la custodia de la contratista (residente) y que se encuentra en el lugar de ejecución de la obra, según se desprende de la parte final del segundo párrafo del artículo 194° del REGLAMENTO que estipula: "El original de dicho cuaderno debe permanecer en la obra, bajo custodia del residente, no pudiendo impedirse el acceso al mismo".

observaciones que no habían sido subsanadas por parte de ésta ni que se haya encontrado en estado de indefensión, pues el Inspector no solo le informó oportunamente de ellas, vía Anotación N° 429 del Cuaderno de Obra - al que la contratista tuvo siempre acceso directo e inmediato-, sino además dicha anotación le permitió al ingeniero residente de la contratista manifestar su oposición a la aseveración efectuada por la Entidad contenida en el Asiento N° 430; por lo que, en virtud a ello, el TRIBUNAL considera que, en concordancia con el principio de eficacia regulado en el numeral 1.10 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>5</sup>, se tiene que el hecho que la Entidad no se haya sujetado con exactitud al procedimiento invocado por la contratista, no es un hecho determinante que afecte la validez de su actuación contractual, toda vez que, en el caso concreto, la contratista no ha visto perjudicada su posición contractual, con la omisión procedimental, pues ha podido conocer oportunamente los hechos que se le imputan y ejercer los mecanismos de tutela inherentes a la protección de sus derechos, máxime cuando se controvierte que el incumplimiento generado le sería imputable, lo que, de verificarse, daría lugar a que la observancia estricta del formalismo anotado pierda trascendencia al no constatarse una situación de indefensión de la contratista; no siendo tampoco idóneo alegar una transgresión al principio de legalidad, ya que éste posee un carácter instrumental con respecto a las finalidades intrínsecas de la norma que impone determinado procedimiento<sup>6</sup>, las que si se ven satisfechas, excluye la sanción invalidatoria que normalmente debería ser aplicada pues el resultado previsto se ha visto, de todos modos, cumplido, lo que importa la conservación de las actuaciones procedimentales y también hacer prevalecer el principio de verdad material<sup>7</sup> que servirá de sustento a la decisión de este colegiado.

<sup>5</sup> Este principio del procedimiento administrativo, aplicable a la controversia por la connotación procedimental del numeral 2 del artículo 210° del RLCE y que se refiere a la conservación de la eficacia sustantivo-administrativa, establece: "Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incluya en su validez (...)", cabiéndose acatar como, según el numeral 2 de la propia norma, "los principios señalados servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas del procedimiento (...) y para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo".

<sup>6</sup> La doctrina se refiere, en relación al procedimiento, como este contiene un conjunto de hechos enlazados por su función unitaria y coordinados en relación al resultado que se quiere lograr. Así SANTORO-PASSARELLI, Francesco Doctrinas Generales del Derecho Civil, traducción de A. Luna Serrano, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, página 110.

<sup>7</sup> El principio de verdad material se encuentra en el numeral 1.11 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 que a la letra señala que "(...) se deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones (...)",

En lo particular, nótese como no se ha impedido que se cumpla con el resultado previsto en el numeral 2 del artículo 210° del REGLAMENTO, pues el mismo día en que el Comité de Recepción constató en obra que no se había aún levantado la totalidad de las observaciones que fueron señaladas en el Pliego de Observaciones de fecha 16 de diciembre de 2011, precisadas en el Asiento N° 429 suscrito por el Inspector el mismo día en que el Comité de Recepción estuvo en obra para la verificación del levantamiento de observaciones, la contratista tomó pleno conocimiento de éstas, manifestando su oposición al respecto también en la misma fecha en que se le informó cuales eran las observaciones no levantadas; por lo que, en apreciación del Tribunal correspondía al contratista, a partir de dicho momento, demostrar de forma objetiva y concluyente que: (i) las observaciones no levantadas, señaladas por el Comité vía cuaderno de obra, si se encontraban subsanadas al 21 de enero de 2012, en virtud a que (ii) la carga de la prueba del hecho que las observaciones habían sido levantadas dentro del plazo que la contratista tenía para efectuarlas, legalmente incidía sobre dicha parte contractual;

Ahora bien, en ese orden de ideas, el Tribunal aprecia que la circunstancia que habría impedido a la CONTRATISTA - en ejercicio de su derecho de defensa- demostrar de forma fehaciente que ésta si cumplió con levantar las observaciones al 21 de enero de 2012, está relacionada con el hecho que, en la referida fecha, ésta no había cumplido aún con subsanar por lo menos la Observación N° 45 del Pliego de Observaciones relacionada con la colocación y puesta en marcha del equipo de extracción de monóxido de carbono; prueba de ello es que, a través del Asiento N° 436 del Cuaderno de Obra suscrita el 08 de febrero de 2012, esto es, dieciocho (18) días después de haberse vencido el plazo para el levantamiento de observaciones, el Inspector deja expresa constancia que en tal fecha la contratista recién cumplió con colocar dieciocho (18) dampers del sistema de extracción de monóxido de carbono, permitiendo recién con ello que dicho sistema sea objeto de las pruebas correspondientes<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> En este extremo el TRIBUNAL también tiene presente lo señalado por la Entidad Contratante en el Oficio N° 143-2012-14-10-S0M-GOS/MJMSI del 28 de marzo de 2012, documento que le fue debidamente notificado a la contratista el día 29 del referido mes, a través de la cual la Entidad le reitera a ésta el incumplimiento de levantamiento del pliego de observaciones, en cuyo numeral 3 se señala lo siguiente: "Que, el 01 de febrero de 2012, el Comité de Recepción se apersonó a obra conjuntamente con el Notario Sr. Antonio Del Pozo Valdez a fin de realizar una constatación notarial a la obra y verificó que personal de MASEDI estaba colocando los DAMPERS del Sistema de Extracción de Monóxido de Carbono. Los DAMPERS van en duplos de extracción de monóxido y están ordenados en las especificaciones técnicas (...) y son indispensables para regular el aire en los ductos y hacer pruebas".

En atención a lo antes expuesto, el Tribunal tiene también adicionalmente presente el Anexo "A" de la Resolución Gerencial N° 030-2012-1400-GOSM/MSI del 19 de octubre de 2012, emitida por la ENTIDAD, en cuyo numeral 17 se estableció el Resumen de Pruebas del Sistema de Extracción de Monóxido de Carbono efectuada en el proceso de recepción de la obra, en el cual se aprecia que las mismas se iniciaron recién el 11 de febrero de 2012, esto es, veintidós (22) días después de haberse vencido el plazo para el levantamiento de observaciones, según se desprende del Asiento N° 440 del Cuaderno de Obra y, culminaron el 26 de junio de 2012, esto es, ciento cincuenta y seis (156) días después de haberse vencido el plazo que poseía la contratista para cumplir con subsanar las observaciones consentidas por ésta; por lo que, en apreciación del Tribunal se encuentra acreditado que si existió demora por parte de la contratista para levantar la Observación N° 45 del Pliego de Observaciones relacionada con la colocación y puesta en marcha del equipo de extracción de monóxido de carbono.

Ahora bien, a efectos de eludir los efectos de la referida demora la contratista invoca sustancialmente las siguientes razones, a saber (i) En el pliego de observaciones de fecha 16 de diciembre de 2011, en la Observación N° 45 se deja constar que deberá subsanar la colocación y puesta en marcha del equipo de extracción de monóxido de carbono, sin precisarse la exigencia de los dampers, en qué detalle y número, así al no tratarse de una especificación determinada en el Asiento N° 337 del inspector, la empresa consideró que la observación guardaba relación con aquello que sí había sido determinado en el Asiento N° 337 del inspector; asimismo señala también (ii) que la redacción genérica de la Observación 45, que dice: "colocación y puesta en marcha del equipo de extracción de monóxido", no puede servir de argumento a la ENTIDAD para atribuir a la empresa el retraso en su ejecución, pues, en su oportunidad, el Comité de Recepción (Pliego de Observaciones de fecha 16 de diciembre de 2011 y Acta de Observación de fecha 21 de enero de 2012) no precisó la exigencia técnica que ahora observa incumplida.

Con relación a lo sostenido por la contratista, el Tribunal tiene presente que ésta no

De lo anterior se evidencia que es un hecho cierto oponible a la contratista es que ésta, al 21 de enero de 2012, no había cumplido aún con subsanar la Observación N° 45, lo que se acreditaría con la constatación notarial a que se alude en el oficio antes mencionado, que no fue observado por la contratista, ni en la fecha que le fue notificado el aludido documento, ni en la demanda presentada por ésta; no siendo tampoco observado o cuestionado el contenido correspondiente al Asiento N° 436 del Cuaderno de Obra de fecha 08 de febrero de 2012.

puede cuestionar ni discutir la validez de aquellas observaciones que fueron consentidas por ésta, ni los términos bajo los cuales fueron formuladas por el Comité de Recepción en el Pliego de Observaciones de fecha 16 de diciembre de 2011, en virtud a que debió controvertirlos o cuestionarlos solo en dicho momento, según el principio de inmediatez y preclusión que se desprende de lo estipulado en el numeral 3 del artículo 210° del REGLAMENTO; por lo que, de no haber presentado ninguna discusión al respecto se entiende que ésta legalmente la consintió, resultando entonces oponible a ésta, no pudiendo luego invocar como argumento de defensa la redacción genérica de la Observación 45, por cuanto ello implicaría contravenir la prohibición de ir contra los propios actos. (*venire contra factum proprium non valet*), incorporada a nuestro ordenamiento a través del principio de la buena fe (artículo 1362° C.C.), por lo que tal comportamiento no puede ser considerado relevante en el proceso.

Asimismo, el TRIBUNAL tiene en consideración lo sostenido por el Inspector, en el punto octavo del Asiento N° 437 del Cuaderno de Obra de fecha 21 de enero de 2012, en el que expresamente señala lo siguiente: "Recordamos al contratista que los dampers son parte de las Especificaciones Técnicas, Folio 8.3 y 8.4 del Expediente Técnico: se transcribe: 2.6 Dampers de regulación. El contratista deberá prever todos los dampers necesarios para la regulación del aire, se deberá instalar reguladores metálicos de caudal con dispositivo de ajuste de la hoja para 25, 50, 75 y 100%. El hecho que el contratista haya encendido el motor del ventilador no implica que el sistema de extracción de monóxido funcione, esto se hará cuando se coloquen los dampers y se regulen los mismos (ductos de extracción) (...)".

Lo anteriormente sostenido por el Inspector no ha sido en modo alguno desvirtuado por la contratista durante el desarrollo del presente proceso arbitral; por lo que, en virtud a ello se puede concluir que la exigencia de los dampers deriva de lo prescrito en las Especificaciones Técnicas contenidas en el Expediente Técnico de la obra, documento que conforme lo dispone la cláusula cuarta del contrato forma parte integrante del mismo<sup>9</sup> razón por la cual el TRIBUNAL considera que carece de todo sustento lo sostenido por la demandante en el sentido que "al no tratarse de una especificación determinada en el asiento 337 del inspector, la empresa consideró que la observación

<sup>9</sup> La cláusula cuarta del contrato estipula: "Partes integrantes del Contrato: El presente contrato está conformado por las Bases Integradas (que incluyen planos, memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planilla de metrados (...)) y toda otra documentación del expediente técnico (...)".

guardaba relación con aquello que si había sido determinado en el asiento 337 del inspector", argumentación que incluso deviene en temeraria y contradice el deber del corrector en la conducta procedimental derivado de la buena fe (artículo 38º Decreto Legislativo N° 1078 - Ley de Arbitraje), en la medida que, lo señalado por la empresa demandante no resulta siendo concordante con lo estipulado en el contrato, del cual forma parte integrante las Especificaciones contenidas en el Expediente Técnico de la obra, al cual también la contratista se encuentra legalmente sujeta, no pudiéndose entonces limitar solo al cumplimiento de lo señalado por el inspector, cuando la recurrente también se encuentra obligada a cumplir con las Especificaciones del Expediente Técnico que forma parte del contrato; debiéndose adicionalmente precisar que, del contenido del Asiento N° 337, no se aprecia en modo alguno que el Inspector haya dejado sin efecto lo prescrito en las Especificaciones Técnicas, Folio 8.3 y 8.4 del Expediente Técnico; por tanto, en apreciación del TRIBUNAL la aseveración efectuada por la recurrente constituye un argumento desleal a través del cual ésta pretende indebidamente desvincularse de forma ilegal del contenido contractual y de sus efectos, derivados del contrato y de los documentos técnicos que lo integran que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 136.º del Código Civil, posee fuerza vinculante entre las partes, de lo que se desprende que las partes contractuales necesariamente tienen que dar materialidad a dicho contenido en cuanto "el contrato suscita legítimas expectativas en cada uno de los contratantes; expectativas que no deben ser defraudadas"<sup>10</sup>

En consecuencia, en atención a lo antes expuesto, el TRIBUNAL estima que al 21 de enero de 2012, fecha de vencimiento del plazo que la contratista poseía para levantar las observaciones contenidas en el Pliego de Observaciones de fecha 16 de diciembre de 2011, no había aún subsanado cuando menos la Observación N° 45, esto es, la "Colocación y Puesta en Marcha del Equipo de Extracción de Monóxido de Carbono", observación cuyos términos fueron consentidos por ésta; por lo que, la prueba de su incumplimiento se desprende conforme antes ha sido señalado del hecho que: (i) luego del vencimiento del plazo de levantamiento de observaciones, la puesta en marcha del equipo antes citado, que contractualmente se hallaba a cargo de la contratista, no se podía realizar mientras ésta no cumpliera previamente con instalar los dampers establecidos en las Especificaciones Técnicas señaladas por el Inspector en el Asiento N° 431 del Cuaderno

<sup>10</sup> MESSINEO, Francisco. Doctrina general del contrato. Traducción de R.O. Fontanarrosa, Santiago Sentís Melendo y M. Volkera. Tomo II, Ediciones Jurídicas Europa-América (E.J.E.A.), Buenos Aires, 1986, p. 143.

de Obra, los mismos que solo fueron instalados el 08 de febrero de 2012, según se desprende del Asiento N° 436 ya descrito; de allí entonces que (ii) solo luego de su instalación, la recurrente recién se hallaba en condiciones para proceder a dar inicio a la puesta en marcha del Equipo de Extracción de Monóxido de Carbono, para lo cual ésta debía a su vez cumplir con lo prescrito en las Especificaciones Técnicas del Sistema de Extracción anteriormente citadas, en cuyo Numeral 2.8 PUESTA EN MARCHA Y PRUEBAS, se estableció que: "Una vez que el sistema de distribución de aire se encuentre en operación, deberá 'balancearse' conforme a los volúmenes de aire que especifican los planos, utilizándose al efecto instrumentos aprobados para la regulación de las velocidades en el interior de los conductos y en los elementos de salida"<sup>11</sup>; por tanto, (iii) Este balanceamiento solo se practicó con ocasión de la puesta en marcha y pruebas del respectivo equipo, la cual se inició a partir del 11 de febrero de 2012 y culminó el 26 de junio del mismo año"<sup>12</sup> esto es, con posterioridad al 21 de enero de 2012, fecha en que venció el plazo que poseía la contratista para levantar y/o subsanar el Pliego de Observaciones que ésta consintió y no objetó, ni en su contenido ni en la forma como fue formulada; precisándose que solo el 26 de junio de 2012, la contratista logró balancear los dampers del Sistema de Extracción, según se desprende del numeral 17 del Anexo "A" de la Resolución Gerencial N° 030-2012-1400-GOSM/M SI del 19 de octubre de 2012, dando con ello recien cumplimiento a lo dispuesto en el Numeral 2.8 PUESTA EN MARCHA Y PRUEBAS de las Especificaciones Técnicas del Sistema de Extracción, citado, la cual debió haberse realizado al 21 de enero de 2012.

Por tanto, de lo anterior el Tribunal puede apreciar de la documentación alcanzada por la propia contratista que la demora en el levantamiento de observaciones resulta siendo imputable a ésta, en virtud a los incumplimientos evidenciados, no resultando atendible la argumentación que ha sido invocada por la recurrente en su Carta N° MAS-201-2012 del 15 de agosto de 2012, en cuyo tercer párrafo señala que: "Lo importante, tal como se ha conseguido, era acreditar en el acta de recepción y conformidad que el Comité de Recepción ha aceptado un valor en la prueba del sistema de extracción de monóxido de

<sup>11</sup> Lo arriba señalado se desprende del Oficio N° 143-2012-14-00-SDM-GOSM/MSI del 28 de marzo de 2012, documento que fue presentado por la contratista en su escrito de demanda, al cual nos remitimos.

<sup>12</sup> El período de prueba y de puesta en marcha del sistema de extracción de aire, se encuentra descrito -sin cuestionamiento u observación expuesta por la contratista- en el Anexo "A" de la Resolución Gerencial N° 030-2012-1400-GOSM/MSI del 19 de octubre de 2012, de cuyo numeral 17 se desprende el Resumen de Pruebas que asumió en obra el Sistema de Extracción de Monóxido de Carbono, el cual data desde el 11 de febrero al 26 de junio de 2012.

carbón, que ya había alcanzado en anteriores pruebas solicitadas por el CONTRATISTA y sin embargo no fueron aceptadas por el referido Comité<sup>9</sup>; siendo que la citada argumentación resulta siendo inexacta, en la medida que de acuerdo al contenido del numeral 17 que contiene el Resumen de Pruebas que asumió en obra el Sistema de Extracción de Monóxido de Carbono, el cual forma parte del Anexo "A" adjuntado a la Resolución Gerencial N° 030-2012-1400-GOSM/MSI del 19 de octubre de 2012, documento que fue presentado por la contratista sin observación alguna, se advierte que: (i) la tolerancia correspondiente a la suma de caudal de aire en todas las rejillas, equivalente a 22.853.20 CFM solo se alcanzó el 26 de junio de 2012 cuando se obtuvo 23.195.59 CFM, esto es, con bastante posterioridad al 21 de enero de 2012, siendo que (ii) el resultado alcanzado el 02 de marzo de 2012, fecha en la que se obtuvo 23.116.15 CFM, esto es, superior al nivel de tolerancia, no resulta siendo computable como válido, en la medida que en dicha ocasión dicho resultado se obtuvo sin que los dampers se encuentren balanceados, lo cual resulta siendo contrario al Numeral 2.8 de la PUESTA EN MARCHA Y PRUEBAS de las Especificaciones Técnicas correspondientes al Sistema de Extracción de Monóxido de Carbono antes mencionado.

En virtud a las consideraciones antes expuestas el Tribunal considera que debe ser desestimada la primera pretensión invocada por la CONTRATISTA; por lo que, en virtud a ello, se declara que el retraso en la subsanación de observaciones es imputable al contratista y, por tanto, es injustificado, razón por lo que, el lapso comprendido desde el 21 de enero hasta el 26 de junio de 2012, le es aplicable la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a cargo de la contratista, regulada en el artículo 165<sup>9</sup> del REGLAMENTO<sup>9</sup> que regula la penalidad por mora en la ejecución de la prestación, observándose claramente la verificación del efecto de la norma, es decir, la aplicación de la penalidad, al constatarse un retraso (cumplimiento tardío) injustificado, es decir sin justificación alguna, que califica a dicho retraso como un hecho violatorio del contrato.

Por lo expuesto, es procedente la aplicación de la penalidad por demora en el levantamiento de las observaciones de la Recepción de la Obra.

<sup>9</sup> Artículo 165<sup>o</sup> del R.L.C.E.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

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

POR TANTO SE DECLARA INFUNDADA LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO.

Segundo punto controvertido: Determinar si corresponde o no que se deje sin efecto legal la Resolución de Gerencia General N° 030-2012-1400-GOSM/MSI, notificada mediante Oficio N° 6060-2012-14-10-SOM-GOSM/MSI.

Que, a través de la presente pretensión la contratista invoca que el TRIBUNAL deje sin efecto la Resolución Gerencial N° 030-2012-1400-GOSM/MSI del 19 de octubre de 2012, a través de la cual el Contratante aprueba la liquidación del contrato de obra que es materia de la presente controversia; sin embargo, a pesar de la petición formulada por la recurrente, el TRIBUNAL constata que, ni en su escrito de demanda ni en sus alegatos, aduce argumentación que sustente la validez de la misma, antes bien sostiene en el numeral 21 de este último escrito lo siguiente: "Con relación a lo pretendido y sustentado (...) que, con excepción de la penalidad por mora, mostramos conformidad con la liquidación elaborada por la Entidad (...) que establece como totales generales incluyendo el IGV, el monto recalculado de S/3.667,047.54 nuevos soles, el monto pagado de S/3.490.774.16 nuevos soles; y, el saldo a favor de la contratista de S/176.273.38 nuevos soles";

En ese orden de ideas, en apreciación del Tribunal se tiene que, al margen que la penalidad que ha sido impuesta por el Contratante resulta siendo válida, en virtud a que si existió retraso imputable al contratista en el levantamiento de observaciones (específicamente respecto a la Observación N° 45), luego entonces la liquidación que fue aprobada por el Contratante, a través de la Resolución Gerencial N° 030-2012-1400-GOSM/MSI de fecha 19 de octubre de 2012, debe mantener sus efectos, debiéndose desestimar la presente pretensión invocada por la contratista, no solo por las consideraciones que han sido antes expuestas, sino además porque lo sostenido por la Entidad en el tercer considerando de la resolución antes citada, no ha sido en modo alguno desvirtuado ni observado por la contratista<sup>14</sup>; por tanto, si ésta no cumplió con presentar los documentos señalados en los numerales 1, 2, 3, 4, 5 y 6 de la cláusula

<sup>14</sup> El tercer considerando de la resolución arriba citada señala: "Que mediante Carta MAS-EST016 de fecha 22 de agosto del 2011 ... el contratista presenta sus cálculos de liquidación del contrato de obra no adjuntando los documentos requerido en los numerales 1, 2, 3, 4, 5 y 6 de la cláusula décimo quinta del contrato, por lo que la entidad procedió a realizar su propia liquidación del contrato de obra".

décimo quinta del contrato, luego es válido que la Entidad proceda a efectuar su propia liquidación, conforme lo establece el artículo 211° del REGLAMENTO, más aún cuando la liquidación de la contratista no incluyó la penalidad invocada por el Contratante.

**ARTÍCULO 211.- LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA**

El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo máximo de sesenta (60) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

Si el contratista no presenta la liquidación en el plazo previsto, su elaboración será responsabilidad exclusiva de la Entidad en idéntico plazo, siendo los gastos de cargo del contratista. La Entidad notificará la liquidación al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

La liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido.

Cuando una de las partes observe la liquidación presentada por la otra, ésta deberá pronunciarse dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas.

En el caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquélla deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje. Toda discrepancia respecto a la liquidación se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la Ley y en el presente Reglamento, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.

En el caso de obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios, la liquidación final se practicará con los precios unitarios, gastos generales y utilidad ofertados; mientras que en las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada la liquidación se practicará con los precios, gastos generales y utilidad del valor referencial, afectados por el factor de relación.

**POR TANTO, SE DECLARA INFUNDADA LA PRETENSION CONTENIDA EN EL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO.**

**Tercero punto controvertido:** Determinar si corresponde o no que se apruebe la liquidación de obra por el monto de S/. 3. 924.740.79 (Tres millones novecientos veinticuatro mil setecientos cuarenta con 79/100 nuevos soles), con un saldo a favor del

Contratista de S/. 433.966.63 (Cuatrocientos treinta y tres mil novecientos sesenta y seis con 63/100 nuevos soles).

Con relación a la presente pretensión, a través del cual la contratista solicita que se apruebe la liquidación de obra elaborada por ésta por un monto de S/3'924.740.79 nuevos soles; con un saldo a su favor de S/433.966.63 nuevos soles, el TRIBUNAL constata que -en concordancia con los considerandos que han sido expuestos en el Numeral II de la parte considerativa del presente laudo-, la liquidación practicada por el Contratante expresada en la Resolución Gerencial N° 030-2012-1400-GOSM/MSI de fecha 19 de octubre de 2012, resulta siendo válida y, por tanto oponible a la recurrente, razón por la cual el Tribunal estima que debe desestimarse la presente pretensión invocada por la contratista, mas aún si se tiene presente que en la liquidación elaborada por la empresa demandante no ha sido incluida la penalidad por la demora en el levantamiento de las observaciones que se hallaban a su cargo, específicamente la Observación N° 45, debiéndose estar en este extremo a los considerandos expuestos en el Numeral I de la parte considerativa del presente laudo.

**POR TANTO SE DECLARA INFUNDADA LA PRETENSION CONTENIDA EN EL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO.**

**Cuarto punto controvertido:** Determinar si corresponde o no que ordene a la Entidad Municipal a devolver al Contratista las garantías ofrecidas y el reembolso de los gastos financieros por mantener la vigencia de tales garantías.

Respecto a la presente pretensión se tiene que la contratista invoca al Tribunal que se ordene a la Entidad Contratante devolver al contratista las garantías ofrecidas y el reembolso de los gastos financieros por mantener la vigencia de tales garantías; a efectos de resolver la presente pretensión el Tribunal tiene en consideración que la garantía de fiel cumplimiento de contrato debe mantenerse vigente hasta que la liquidación quede consentida, situación que recién se verificará cuando se resuelvan las diversas controversias del presente proceso arbitral, a través del laudo que se expida; por lo que, en virtud a ello, las partes deberán estar a lo dispuesto en la parte final del primer párrafo del artículo 158° del REGLAMENTO que señala:

**ARTÍCULO 158.- GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO**



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 servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final en el caso de ejecución y consultoría de obras. (el subrayado es nuestro).

De manera excepcional, respecto de aquellos contratos que tengan una vigencia superior a un (1) año, previamente a la suscripción del contrato, las Entidades podrán aceptar que el ganador de la Buena Pro presente la garantía de fiel cumplimiento y de ser el caso, la garantía por el monto diferencial de la propuesta, con una vigencia de un (1) año, con el compromiso de renovar su vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación o exista el consentimiento de la liquidación del contrato.

No siendo por tanto atendible lo peticionado por el contratista sino hasta que satisfaga la cancelación del saldo en contra dispuesto en la liquidación aprobada por la Entidad, a través de la Resolución Gerencial N° 030-2012-1400-GOSM/MSI de fecha 19 de octubre de 2012, siendo ésta la razón por la cual tampoco se ampara el pedido de reembolso de los gastos financieros por mantener la vigencia de tales garantías invocada por la contratista, pues la obligación de ésta es la de mantener vigente dicha garantía hasta que quede consentida la liquidación, mas aún cuando en la misma existe un saldo en contra de ésta, en virtud a la penalidad de la que es pasible por la demora en el levantamiento de observaciones, conforme a las consideraciones que han sido expuestas en el Numeral I de la parte considerativa del presente laudo.

**POR TANTO, SE DECLARA INFUNDADA LA PRETENSION CONTENIDA EN EL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO.**

**Quinto punto controvertido:** Determinar a quién corresponde asumir las costas y costos del presente arbitraje.

Que, en cuanto a los costos del arbitraje, los artículos 70° y 73° del Decreto Legislativo N° 1071, disponen que el árbitro tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el árbitro podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

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

Por su parte, CAROLINA DE TRAZEGNIES THORNE, comentando el artículo 70° de la Ley de Arbitraje, señala que "el antecedente inmediato del artículo 70° es el artículo 52° de la Ley N° 26572 que ya incluía una relación no liquidativa de los diversos conceptos que podían verse comprendidos en la categoría general de gastos (ahora costos) del arbitraje, estableciendo que estos podían ser objeto de condena o exoneración a las partes si es que en el convenio no se hubiese pactado nada al respecto. En la exposición de Motivos del proyecto de Ley del Decreto Legislativo N° 1071 se señala que las modificaciones en este punto buscan identificar con precisión los conceptos que comprenden los costos del arbitraje, cubriendo así deficiencias y vacíos de la legislación anterior".

Que atendiendo a la inexistencia de pacto entre las partes y considerando el resultado o sentido de este laudo, pero, al mismo tiempo, que ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, en razón de la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, que —precisamente— motivó el presente arbitraje, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en vía arbitral; y que, además, el Tribunal Arbitral considera a efectos de regular el pago de tales conceptos el buen comportamiento procesal de las partes, se estima razonable:

(i) Que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar;

(ii) Que cada una de las partes asuma en proporciones iguales los honorarios del Tribunal Arbitral y de la secretaria arbitral.

Que, en los numerales 54° y 55° del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, de fecha 17 de junio de 2013, se fijó como anticipo de honorarios de cada uno de los árbitros la suma de S/ 6,000.00 (Seis mil con 00/100 nuevos soles) netos y de la secretaria arbitral la suma de S/ 3,500.00 (Tres mil quinientos con 00/100 nuevos soles) netos.

Que, en tal sentido, corresponde establecer como honorario total del Tribunal Arbitral la suma de S/. 18,000.00 (dieciocho mil con 00/100 nuevos soles) netos y de la Secretaría Arbitral en la suma de S/ 3,500.00 (Tres mil quinientos con 00/100 nuevos soles) netos.

Respecto a la Reconvencción:

Único punto controvertido: Determinar si corresponde o no que el Contratista cumpla con pagar a la Entidad la suma total de S/. 193,866.07 (Ciento Noventa y Tres mil ochocientos sesenta y seis con 07/100 nuevos soles) incluido I.G.V. por concepto de saldo a favor de la Entidad correspondiente a la liquidación de la obra del Contrato N° 125-1010, conforme a lo dispuesto en el artículo primero de la Resolución de Gerencia N| 030-2012-1400-GOSM/MSI de fecha 19 de octubre de 2012, más los intereses legales correspondientes.

Con relación a la única pretensión contenida en la reconvencción interpuesta por la Entidad, en el que solicita que la contratista cumpla con pagar a favor de ésta la suma total de S/ 193,866.07 incluido el IGV, por concepto de saldo a favor de la Entidad correspondiente a la liquidación del Contrato N° 125-2010, conforme a lo dispuesto en el artículo primero de la Resolución Gerencial N° 030-2012-1400-GOSM/MSI de fecha 19 de octubre de 2012, más los intereses legales correspondientes, el TRIBUNAL ampara la presente pretensión, en virtud a las consideraciones que han sido expuestas en los Numerales I y II de la parte considerativa del presente laudo, pues siendo válida y oponible la liquidación aprobada por el Contratante, le es exigible a la contratista asumir el pago del saldo en contra, más los intereses legales que se deriven del mismo hasta la fecha efectiva de su cancelación

POR TANTO, SE DECLARA FUNDADA LA PRETENSÓN CONTENIDA EN LA RECONVENCIÓN.

IX. LAUDO ARBITRAL

Que, el Tribunal Arbitral deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes.

Asimismo, el Colegio deja constancia de que ha examinado las pruebas presentadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en el Decreto Legislativo N° 1071, que regula el Arbitraje.

Finalmente, deja constancia de que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes pudieran no haber sido expresamente citados en el presente laudo.

Por las consideraciones que preceden, y de acuerdo a lo establecido con las normas legales citadas, actuadas y valoradas las pruebas ofrecidas en este arbitraje, este Tribunal Arbitral, LAUDA en derecho declarando:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA LA ÚNICA PRETENSÓN contenida en la ampliación de demanda presentada por MASEDI CONTRATISTAS GENERALES SAC, en concordancia con las consideraciones que han sido expuestas en el presente laudo.

SEGUNDO: DECLARAR IMPROCEDENTE LA TACHA INTERPUESTA por la MUNICIPALIDAD DE SAN ISIDRO de acuerdo a lo expuesto en el presente laudo.

TERCERO: DECLARAR INFUNDADO EL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO, por ser procedente la aplicación de la penalidad por demora en el levantamiento de las observaciones de la Recepción de la Obra.

CUARTO: DECLARAR INFUNDADO EL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO de acuerdo a lo argumentado en la presente Resolución.

QUINTO: DECLARAR INFUNDADO EL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO en concordancia con las consideraciones que han sido expuestas en el presente laudo.

SÉXTO: DECLARAR INFUNDADO EL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO en concordancia con las consideraciones que han sido expuestas en el presente laudo.

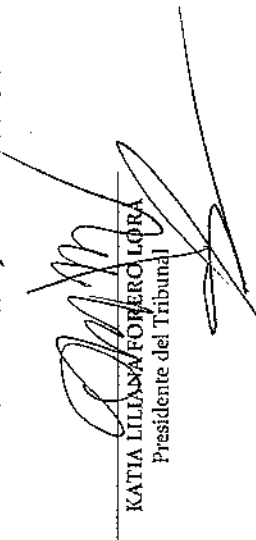
**SÉPTIMO:** DISPÓNGASE que, ambas partes asuman en proporciones iguales los honorarios del Tribunal Arbitral y de la secretaría arbitral.

**OCTAVO:** FIJASE como honorarios definitivos del presente arbitraje los señalados en el presente laudo, conforme al artículo 70° de la Ley de Arbitraje.

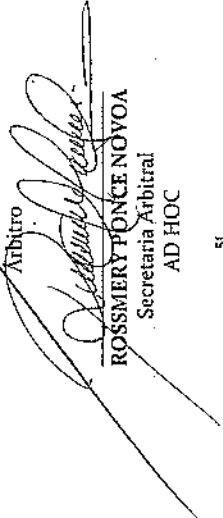
**NOVENO:** DECLARAR FUNDADA LA RECONVENCIÓN interpuesta por la MUNICIPALIDAD DE SAN ISIDRO según los argumentos señalados en el presente laudo arbitral.

**DÉCIMO:** DISPÓNGASE a la Secretaría Arbitral Ad Hoc remitir una copia del presente Laudo al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, conforme a lo dispuesto en el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado.

**EL PRESENTE LAUDO ES INAPELABLE Y TIENE CARÁCTER IMPERATIVO PARA LAS PARTES. EN CONSECUENCIA, FIRMADO, NOTIFIQUESE PARA SU CUMPLIMIENTO, CON ARREGLO A LA LEY QUE NORMA EL ARBITRAJE, DECRETO LEGISLATIVO N° 1071, NOTIFICÁNDOSE A LAS PARTES QUE SE HAN SOMETIDO AL ARBITRAJE CON ARREGLO A LEY.**

  
KATIA LILLIANA FORERO LORA  
Presidente del Tribunal

JESUES MEZARINA CASTRO  
Arbitro

  
ROSMERY PONCE NOVOA  
Secretaría Arbitral  
AD HOC



VOTO SINGULAR

TRIBUNAL ARBITRAL

DRA. KATIA LILIANA FORERO LORA (Presidente)  
DR. IVAN ALEXANDER CASIANO LOSSIO  
DR. JESÚS MEZARINA CASTRO

ARBITRO

DR. IVAN ALEXANDER CASIANO LOSSIO

DEMANDANTE: MASEDI CONTRATISTAS GENERALES S.A.C. (en adelante el CONTRATISTA o LA EMPRESA)

DEMANDADO: MUNICIPALIDAD DE SAN ISIDRO 108 (en adelante la ENTIDAD)

CONTRATO: Contrato N° 125 DE Ejecución de Obra "Construcción de Estacionamientos del Proyecto, Acondicionamiento de la Nueva Sede Institucional de la Municipalidad de San Isidro" (en adelante, el CONTRATO)

SECRETARIA ARBITRAL  
Rossmery Ponce Novoa

SEDE ARBITRAL  
Calle. Chinchón N° 410- San Isidro - Lima

En Lima, a los 22 días del mes de agosto del año dos mil catorce, el árbitro Iván Alexander Casiano Lossio luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la Ley y las normas establecidas por las partes, valorado las pruebas ofrecidas y actuadas en este arbitraje, escuchado los argumentos y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y en la contestación de demanda, dicta el siguiente voto singular respecto a la controversia planteada:

I. ANTECEDENTES DE LA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE LAS PARTES:

1.1. De la cláusula arbitral:

Con fecha 07 de diciembre de 2010, Masedi Contratistas Generales S.A.C. y la Municipalidad de San Isidro suscribieron el Contrato N° 125 para la Ejecución de la Obra "Construcción de Estacionamientos del Proyecto, Acondicionamiento de la Nueva Sede Institucional de la Municipalidad de San Isidro" derivado del proceso de selección Licitación Pública N° 022-2010-CE/MSI - Primera Convocatoria, el cual en su cláusula vigésima primera refleja el siguiente convenio arbitral:

"CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA - ARBITRAJE

Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se reflejan a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

En tal sentido, las partes convinieron resolver todas las controversias derivadas del Contrato mediante arbitraje de derecho.

1.2. Constitución del Tribunal Arbitral

En razón a ello, existiendo un conflicto en relación a la ejecución del presente CONTRATO, el CONTRATISTA solicitó el inicio del proceso arbitral designando como árbitro al doctor Iván Casiano Lossio.

Asimismo y dando respuesta a la solicitud de inicio del proceso arbitral, la ENTIDAD designó como árbitro a la doctora Sigrid Reyes Navarro.

Posteriormente, los mencionados árbitros se pusieron de acuerdo y cumplieron con designar al tercer árbitro y presidente del Tribunal Arbitral, doctora Katia Forero Lora, quedando constituido de ésta manera el Tribunal Arbitral.

### 1.3. Instalación del Tribunal Arbitral

Con fecha 17 de junio de 2013, se llevó a cabo la Audiencia de instalación del Tribunal Arbitral en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, en dicha oportunidad los árbitros conjuntamente con las partes ratificaron su aceptación al cargo de árbitros, así como las reglas contenidas en el Acta.

En el mismo acto, quedó establecido que el arbitraje sería ad hoc nacional y de derecho, estableciéndose como lugar del arbitraje la ciudad de Lima, siendo la sede del Tribunal Arbitral las oficinas ubicadas en Calle Chinchón N° 410, San Isidro.

Acto seguido, conforme al numeral 7° del Acta de Instalación se establecieron que las reglas aplicables al presente arbitraje serán las detalladas en la misma lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante la Ley) y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante el Reglamento), y el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje.

Finalmente, el Tribunal Arbitral otorgó al CONTRATISTA un plazo de diez días hábiles para la formulación de sus pretensiones, debiendo ofrecer los medios probatorios que las respaldan.

**II. DEMANDA ARBITRAL PLANTEADA POR MASEDI CONTRATISTAS GENERALES S.A.C.**

Mediante escritos presentados el 10 y 11 de julio de 2013, el CONTRATISTA presentó su escrito de demanda y ampliación de la misma, la cual fue admitida por Resolución N° 2 de fecha 12 de julio de 2013, formulando las siguientes pretensiones:

### 2.1. Pretensiones de la Demanda

- Se determine que no existe retraso injustificado imputable al contratista en la subsanación de las observaciones, por lo que desde el 21 de enero hasta el 26 de junio del 2012, no es aplicable la penalidad por mora en la ejecución de la prestación.
- Se deje sin efecto legal la Resolución de Gerencia General N 030-2012-1400-GOSM/MSI, notificada mediante Oficio N° 6060-2012-14-10-SOM-GOSM/MSI.
- Se apruebe la liquidación de obra por el monto de S/. 3 924 740.79 nuevos soles, con un saldo a favor del contratista de S/. 433 966.63 nuevos soles.
- Se ordene a la Entidad Municipal a devolver al contratista las garantías ofrecidas y el reembolso de los gastos financieros por mantener la vigencia de tales garantías.

- Se disponga que la Entidad pague las costas y costos del arbitraje.

### 2.2. Fundamentos de hecho de las pretensiones planteadas

A continuación se transcriben los fundamentos de la demanda planteada por el CONTRATISTA:

**Primero.** El CONTRATISTA señala que en razón de la controversia descrita en el párrafo precedente, corresponde describir los hechos que deberán ser valorados por el Tribunal Arbitral a fin de amparar nuestras pretensiones.

**Segundo.** Así, está acreditado que en el marco de lo establecido en el numeral 2° del artículo 210° del Reglamento, con fecha 16 de diciembre del 2011, se elaboró el Pliego de Observaciones, consignándose un total de 56 observaciones que determinaron que no se reciba LA OBRA. En consecuencia, correspondía al CONTRATISTA subsanar las

observaciones hasta el 21 de enero del 2012, en razón del plazo otorgado como máximo para tal fin.

Tercero.- En virtud de lo consignado en el Pliego de Observaciones, el Inspector de LA OBRA, en la misma fecha de elaboración del referido Pliego, redacta el asiento N° 424 en el cuaderno de obra, señalando que el plazo máximo para subsanar las observaciones vence el 21 de enero del 2012, de lo cual no hay duda y, agrega, que las pruebas para verificar la subsanación de las observaciones, por su magnitud, se efectuarán en 03 días, siendo que el primer día se realizarían las pruebas del sistema de extracción de monóxido; el segundo día, las pruebas de agua y desagüe; y, el tercer día, las pruebas del sistema de agua contra incendio y energía.

Cuarto.- Siguiendo la formalidad prevista en el segundo párrafo del numeral 2° del artículo 210° del Reglamento, el CONTRATISTA, al haber subsanado las observaciones, en el asiento 425 del cuaderno de obra del 20 de enero del 2012, registró nuevamente la solicitud de recepción de obra, previéndose que la verificación se efectuaría el 21 de enero del 2012, a las 2pm. Esta nueva solicitud, también fue remitida a la ENTIDAD mediante escrito signado con el número 06 00917 12, ingresado por mesa de partes el 20 de enero del 2012, ratificándose el día y hora de verificación de la subsanación de las observaciones.

Quinto.- Inmediatamente, el Inspector, el mismo día de la anotación, consignó en el asiento 426 del cuaderno de obra que había verificado que no se han levantado la totalidad del pliego de observaciones del 16 de diciembre del 2011, y que procedía a convocar al Comité de Recepción para el día siguiente.

Sexto.- La sumaria actuación del Inspector a través del asiento 426 del cuaderno de obra, en el marco de lo establecido en el numeral 2° de artículo 210° del Reglamento, permite afirmar al CONTRATISTA lo siguiente:

El Inspector conoció a través del cuaderno de obra (asiento 425 del Residente) que la empresa había solicitado nuevamente la recepción de LA OBRA dentro del plazo otorgado.

Resulta inverosímil que el Inspector haya efectuado la verificación el mismo día del registro de la nueva solicitud de recepción más aún si, previamente, en el asiento 424 del cuaderno de obra, habla registrado que dada la magnitud de LA OBRA, la verificación se efectuaría en 03 días como mínimo.

El Inspector no cumplió con la exigencia de informar a la ENTIDAD en el plazo de 03 días siguientes a la anotación, sobre la verificación de las observaciones subsanadas.

El Inspector no consignó en el asiento 426 del cuaderno de obra, cuáles eran las observaciones que no se habían subsanado, limitándose a registrar en forma genérica el supuesto incumplimiento.

Ante la falta de elaboración del informe por parte del Inspector, el Comité de Recepción no estaba posibilitado para constituirse en la obra, pues carecía de la información técnica que permitía verificar la subsanación de las observaciones.

Séptimo.- En ese contexto, según se ha registrado en el Acta de Constatación de incumplimiento de levantamiento de observaciones en recepción de obra, de fecha 21 de enero del 2012, el Comité de Recepción se constituyó en el lugar de LA OBRA, consignando que el CONTRATISTA "no ha cumplido con levantar todas las observaciones puestas por el Comité de Recepción", por lo que correspondía aplicar la penalidad que corresponda en el marco de lo establecido en el numeral 5° del artículo 210° del Reglamento.

Octavo.- Con relación a la simplicidad de lo consignado en el Acta de Constatación de incumplimiento de levantamiento de observaciones en recepción de obra, es sencillo demostrar lo siguiente:

No se ha registrado en el Acta que el Comité de Recepción haya recibido el informe previo del Inspector en el que conste la verificación de la subsanación de las observaciones.

El Comité de Recepción se constituyó al lugar de LA OBRA a las 11am, aun conociendo que el CONTRATISTA había previsto que la verificación de efectúe a partir de las 2 pm.

El Comité de Recepción se retiró del lugar de ejecución de LA OBRA a las 2 pm del día 21 de enero del 2012, aun conociendo que el CONTRATISTA había previsto que la verificación de efectúe a partir de esa hora, lo que explica la razón por la que el Acta fue elaborada, si es que lo fue ese día, en ausencia del Residente de LA OBRA, impidiendo que éste registre en el Acta su disconformidad con las supuestas observaciones.

Se ha registrado en el considerando segundo del asiento 431 del cuaderno de obra, del Inspector, que el Comité de Recepción estuvo en el lugar de ejecución de LA OBRA hasta las 2 pm del 21 de enero del 2011. En consecuencia, lo afirmado en el literal precedente, está probado.

Se deduce entonces que la verificación que efectuó el Comité de Recepción, se realizó desde las 11 am hasta las 2 pm del 21 de enero del 2012, aun cuando el numeral 2° del artículo 210° del Reglamento prevé un plazo de 07 días para tal verificación, y pese a que, previamente, en el asiento 434 del cuaderno de obra, el Inspector, integrante del Comité de Recepción, habla registrado que dada la magnitud de LA OBRA, la verificación se efectuaría en 03 días como mínimo.

Si el Pliego de Observaciones en recepción de obra de fecha 16 de diciembre del 2011, demoró en redactarse más de 730 horas, resulta inverosímil que en sólo 3 horas, el Comité de Recepción haya efectuado la verificación de la subsanación de las 56 observaciones consignadas en aquella Acta, más aún si no contaba con el informe previo emitido por el Inspector y tampoco con los instrumentos para efectuar la verificación o realización de las pruebas exigidas.

El Comité de Recepción no registró cuáles eran las observaciones que no se habían subsanado, limitándose a registrar en forma genérica el supuesto incumplimiento, contraviniendo así lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 210° del Reglamento. Igual omisión se advierte de la revisión del asiento 427 del cuaderno de obra, del Inspector, pues no registra cuáles son las observaciones supuestamente no subsanadas.

Tampoco se ha registrado que el Comité de Recepción haya elevado al Titular de la Entidad todo lo actuado con un informe sustentatorio de sus observaciones, conforme lo prevé el numeral 3° del artículo 210° del Reglamento.

El Acta de Observaciones del 21 de enero del 2012, no fue notificada a LA EMPRESA. En el Oficio N° 095-2012-14-10-SOM-GOSM/MSI y Memorando N° 508-2012-1400-GOSM/MSI, se hace referencia a su existencia pero no se adjunta y en el Oficio N° 074-2012-14-10-SOM-GOSM/MSI y Oficio N° 015-2012-1400-GOSM/MSI, ni se menciona. Su obtención en copia simple se produce a raíz de la elaboración del Acta de Recepción del 26 de junio del 2012, y fue proporcionada informalmente por el Comité de Recepción.

**Noveno.-** En ese sentido, podemos afirmar que con posterioridad al Acta de Constatación de incumplimiento de levantamiento de observaciones en recepción de obra de fecha 21 de enero del 2012, el Comité de Recepción, único facultado para ello según lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 210° del Reglamento, no registró en Acta complementaria o nueva Acta, cuál o cuáles eran las observaciones no subsanadas con relación a las consignadas en el Acta de fecha 16 de diciembre del 2011, impidiendo que el CONTRATISTA tenga conocimiento cierto de lo ocurrido e impidiéndole exprese disconformidad sobre la discrepancia anotada en forma genérica por el Comité Especial.

**Décimo.-** Considerérese que en el artículo 210° del Reglamento, se ha previsto en forma expresa e indubitable que sólo el Comité de Recepción designado sea el facultado para verificar si el contratista ha cumplido con subsanar las observaciones, siendo el Acta o Pliego de Observaciones, el único instrumento en el que se consignen válidamente si es que se tienen por no subsanadas. Así, cualquier servidor o funcionario y el propio Inspector o Supervisor asignado a la obra, no podrán atribuirse la facultad normativa que sólo tiene atribuida el Comité de Recepción, y tampoco cualquier anotación en el cuaderno de obra o documento emitido por la ENTIDAD podrá suplir la validez del Acta o Pliego de Observaciones. Aceptar lo contrario, significaría vulnerar el principio de legalidad al establecer procedimientos de recepción de obra no previstos en la normativa de contrataciones, generando perjuicio a aquella parte que, con razón y derecho, no se sujeta al inválido accionar.

**Décimo Primer.-** Siendo así, que el Inspector haya consignado en el asiento 429 del cuaderno de obra las supuestas observaciones no subsanadas que no fueron consignadas en el Acta de fecha 21 de enero del 2011, por el Comité de Recepción, no significa que se haya cumplido con el procedimiento previsto en el numeral 3° del artículo 210° del Reglamento. Asimismo, el que en el Oficio N° 074-2012 y numeral 5 del Memorando N

508-2012-1400-GOSM/MSI, emitidos por funcionarios de la ENTIDAD, se haya replicado lo consignado en el asiento 429 del cuaderno de obra, del Inspector, tampoco subsana, mucho menos convalida la omisión del Comité de Recepción de no registrar cuál o cuáles eran las observaciones no subsanadas, ni les otorga el valor de Actas o Pliegos de Observaciones.

**Décimo Segundo.**- En ese sentido, además de considerarse que el Comité de Recepción ha vulnerado el procedimiento previsto en el artículo 210° del Reglamento, el Tribunal Arbitral deberá valorar que, por un lado, ante la falta de registro en el Pliego de Observaciones de fecha 21 de enero del 2012 de aquellas supuestamente no subsanadas y, por otro lado, ante el registro de observaciones en el cuaderno de obra, Oficio N° 074-2012 y numeral 5 del Memorando N° 508-2012-1400-GOSM/MSI, entre otros, se generó incertidumbre al CONTRATISTA sobre el número e identificación de las observaciones, impidiéndole conocer con certeza si la discrepancia versaba sobre todas o algunas observaciones.

**Décimo Tercero.**- La incertidumbre que acusamos se evidencia sustantivamente al advertir que en el Acta de Observaciones del 21 de enero del 2012; asiento 426 del cuaderno de obra, del Inspector; y Oficio N° 035-2012-14.10-SOM-GOSM/MSI, se indica que el Comité de Recepción verificó que no se han levantado la totalidad de las observaciones, lo que podría significar que ninguna de las 56 observaciones plasmadas en el Pliego de Observaciones del 16 de diciembre del 2011, habían sido subsanadas; sin embargo, en otros documentos como el asiento 429 del cuaderno de obra, del Inspector; el Oficio N° 074-2012-14.10-SOM-GOSM/MSI; y, numeral 5 del Memorando N° 508-2012-1400-GOSM/MSI, pero nunca en un Acta o Pliego de Observaciones del Comité de Recepción, la ENTIDAD, acusa que son algunas las que no han sido subsanadas.

**Décimo Cuarto.**- Súmese a ello que en documentos posteriores al Pliego de Observaciones de fecha 16 de diciembre del 2012, tales como el asiento 426 del cuaderno de obra, del Inspector; el Oficio N° 074-2012-14.10-SOM-GOSM/MSI; el Oficio N° 143-2012-14.10-SOM-GOSM-MSI; Oficio N° 015-2012-1400-GOSM/MSI; Memorando N° 508-2012-1400-GOSM/MSI; e Informe N° 056-2012-SOM/MSI, no existe coincidencia en el número e identificación de las observaciones que supuestamente no habría subsanado el CONTRATISTA hasta el 21 de enero del 2012.

**Décimo Quinto.**- Así, por ejemplo, en el asiento 426 del cuaderno de obra, del Inspector, se registra como Observación N° 02, que faltan corregir 8 cruces de tubos contraincendios por codos, sin embargo en los restantes documentos mencionados en el párrafo precedente no se hace mención a tal Observación ni tampoco se registra que haya sido subsanada con posterioridad al 21 de enero del 2012.

**Décimo Sexto.**- En ese mismo sentido, en el Oficio N° 074-2012-14.10-SOM-GOSM/MSI, se consigna como Observación N° 05 que "en base de bomba contra incendio retirar micro poroso y colocar sistema anti vibratorio de acuerdo a la Norma NFPA-208", sin embargo tal redacción difiere sustantivamente de la consignada como Observación N° 05 en el asiento 426 del cuaderno de obra, del Inspector, que dice: "completar accesorios de bomba de agua", y lo que es más incierto, la Observación N° 05 no se consigna existente en la redacción del Oficio N° 015-2012-1400-GOSM/MSI, Memorando N° 508-2012-1400-GOSM/MSI, e Informe N° 056-2012-SOM/MSI. Igual situación ocurre con la Observación N° 07 y 34 consignada en el asiento 426 del cuaderno de obra, del Inspector, referidas a los rociadores de agua próximos a las luminarias y certificado de calidad de soldaduras, respectivamente, ya que en los posteriores documentos que acusan la existencia de supuestas observaciones, tampoco se consignan las mencionadas observaciones.

**Décimo Séptimo.**- Asimismo, la Observación N° 45 que se consigna en el asiento 426 del cuaderno de obra, del Inspector, está referida a la colocación y puesta en marcha del equipo de extracción de monóxido de carbono, sin embargo, con relación a la misma Observación en el Oficio N° 074-2012-14.10-SOM-GOSM/MSI, se indica sólo "pruebas del sistema de extracción de monóxido de carbono", y en el Oficio N° 143-2012-14.10-SOM-GOSM-MSI, Oficio N° 015-2012-1400-GOSM/MSI y numeral 5 del Memorando N° 508-2012-1400-GOSM/MSI, se hace referencia a la falta de balanceo.

**Décimo Octavo.**- Agregaremos que en contrario a lo dispuesto en el segundo párrafo in fine del numeral 2 del artículo 210 del Reglamento, la ENTIDAD a lo largo de las comunicaciones cursadas al CONTRATISTA, ha formulado nuevas observaciones con relación a las registradas en el Acta de Observaciones de fecha 16 de diciembre del 2011. Así, podemos acreditar que la ENTIDAD con Oficio N° 074-2012-14.10-SOM-GOSM/MSI, requiere al CONTRATISTA cumpla con subsanar Observaciones como la entrega de certificados de garantía de todos los equipos adquiridos para la obra, así como sus



especificaciones técnicas en forma digital y física; cumpla con subsanar la colocación de leyendas en todos los tableros; y cumpla con colocar neoprene a todo el perímetro de la bomba del sistema contra incendio. Asimismo, con Oficio N° 143-2012-14.10-SDM-GOSM-MSI y Oficio N° 015-2012-1400-GOSM/MSI, se exige al CONTRATISTA cumpla con el balanceado del sistema de extracción de monóxido; todas observaciones que no habían sido determinadas por el Comité de Recepción en el Acta de fecha 16 de noviembre del 2011.

**Décimo Noveno.**- Por lo expuesto, es evidente que la ENTIDAD a través de su Inspector y funcionarios, no ha seguido el procedimiento establecido en el numeral 2 del artículo 210 del Reglamento al haber, el Comité de Recepción, único posibilitado por el ordenamiento en materia de contrataciones para tal fin, elaborado un Acta o Pliego de Observaciones sin la participación conjunta del representante del CONTRATISTA, sin indicar las observaciones no subsanadas, sin contar con el Informe previo del Inspector y sin adoptar criterios objetivos de verificación en un plazo razonable dada la magnitud de LA OBRA.

**Vigésimo.**- Las circunstancias descritas en el párrafo precedente, impidieron que en el marco de lo dispuesto en el artículo 210 del Reglamento, el CONTRATISTA exprese disconformidad escrita en el Acta respectiva, sobre las observaciones no subsanadas. Así, es evidente que el Comité de Recepción, en contrario al mandato expreso contenido en el articulado acotado que dispone que la verificación se realice junto con el contratista, evitó la participación del representante del CONTRATISTA, y con ello le impidió sustentar en ese mismo acto y en esa misma Acta del 21 de enero del 2012, que todas las observaciones habían sido subsanadas.

**Vigésimo Primero.**- Por lo expuesto, en el presente caso existen elementos probatorios de un valor determinante que permitirán motivar en forma congruente al Tribunal Arbitral, que la demora en el levantamiento de las Observaciones ocurrido desde el 21 de enero hasta el 26 de junio del 2012, fecha en que se elabora el Acta de Recepción, no se debió a causas imputables al CONTRATISTA, sino a la incorrecta actuación del Comité de Recepción en el desarrollo del procedimiento de verificación y a la posterior actuación de la ENTIDAD, que lejos de exigir al Comité de Recepción cumpla con el procedimiento previsto en el numeral 2 y 3 del artículo 210, trató de subsanar los errores de aquella,

subrogándose en el papel de verificador, requiriendo incluso la subsanación de observaciones no acusadas en el Pliego de Observaciones de fecha 16 de diciembre del 2011, lo que ocasionó la generación de información incierta y distinta a la inicial.

**Vigésimo Segundo.**- En razón que el artículo 1314 del Código Civil prescribe que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, el CONTRATISTA está en la condición de acreditar que su actuación posterior al 21 de enero del 2012, siempre fue ejercida en el marco de lo establecido en el artículo 210° del Reglamento, que regula el procedimiento de recepción de la obra y plazos.

**Vigésimo Tercero.**- Como se ha manifestado, el CONTRATISTA nunca fue notificada con el Acta de Observaciones de fecha 21 de enero del 2012 (el Comité de Recepción impidió la participación conjunta del representante de la empresa), razón por la cual, ante el registro del asiento 427 del Inspector, el CONTRATISTA remitió a la ENTIDAD el escrito signado en mesa de partes con el documento simple 06 01531 12, expresando disconformidad con la actuación del Comité de Recepción e Inspector, y solicitando la Intervención de la ENTIDAD para que se pronuncie sobre la discrepancia existente con motivo de la verificación de la subsanación de las observaciones, conforme lo prevé el numeral 3° del artículo 210° del Reglamento.

**Vigésimo Cuarto.**- En ese mismo sentido, el CONTRATISTA remite a la ENTIDAD el escrito signado en mesa de partes con el documento simple 06 03750 12 de fecha 04 de abril del 2012, el documento simple 06 04586 12, de fecha 04 de abril del 2012, el documento simple 06 06452 12 de fecha 11 de mayo del 2012, expresando disconformidad con la actuación del Comité de Recepción e Inspector, y solicitando la Intervención de la ENTIDAD para que se pronuncie sobre la discrepancia existente con motivo de la verificación de la subsanación de las observaciones, conforme lo prevé el numeral 3° del artículo 210° del Reglamento.

**Vigésimo Quinto.**- Era evidente que la ENTIDAD no emita el pronunciamiento definitivo sobre las discrepancias en la verificación de las observaciones, conforme lo previsto en el numeral 3° del artículo 210° del Reglamento, porque el Comité de Recepción no había elevado al Titular de la Entidad todo lo actuado con un informe

sustentado de sus observaciones, tampoco había efectuado la verificación junto al Residente, por ende, tampoco recogió sus discrepancias y, sobre todo, porque el propio Comité de Recepción no había registrado en el Acta de Observaciones del 21 de enero del 2012, cual o cuales eran las observaciones no subsanadas. Así, la omisión de la ENTIDAD, a través de su Titular, de pronunciarse con relación a las reiteradas solicitudes de LA EMPRESA sobre la existencia de discrepancias en el procedimiento de verificación de las Observaciones, no es atribuible al CONTRATISTA, por lo que el retraso que la ENTIDAD alega para imponer la penalidad por mora no es injustificado.

Vigésimo Sexto.- A fin de seguir acreditando que el CONTRATISTA actuó con la diligencia ordinaria requerida ante la irregular actuación del Comité de Recepción en la elaboración del Acta de Observaciones del 21 de enero del 2012, se acredita que el Residente, en el asiento 430 del cuaderno de obra, expresó las razones objetivas que permiten verificar que el CONTRATISTA había cumplido con subsanar el total de observaciones acusadas en el Pliego de Observaciones de fecha 16 de diciembre del 2011.

Vigésimo Séptimo.- En ese sentido, también es posible pronunciarnos sobre cada una de las observaciones consignadas en el asiento 429 del Inspector en el cuaderno de obra, ante la omisión del Comité de Recepción de registrarlas en la respectiva Acta o Pliego de Observaciones. Ello a fin de alcanzar la conclusión de que el CONTRATISTA no es responsable de los retrasos en la recepción de la obra. Así, con relación a la observación N 01 sobre las pruebas de los equipos y de las instalaciones de agua y desagüe, indicaremos que en el Informe N° 056-2012-SOM/MSI, su fecha 25 de julio del 2013, emitido por el Comité de Recepción, se deja constar que no puede obligar al CONTRATISTA a cambiar las especificaciones del proyecto, por lo que acredita que los equipos instalados son, incluso, de mayor potencia a la mínima requerida, dando por subsanada la observación prevista en el Pliego de Observaciones del fecha 16 de diciembre del 2013. Es decir, el mismo Comité de Recepción que efectuó la observación N 01 en el Acta de Observaciones de fecha 16 de diciembre, señala, meses después, sin que el CONTRATISTA haya efectuado subsanación alguna, que tal observación no debía haberse formulado.

Vigésimo Octavo.- Igual situación ocurre con la Observación N 26, consignada en el asiento 429 del Inspector en el cuaderno de obra, pues el Comité de Recepción, señala

que el funcionamiento de la luminaria es correcto y que las pruebas de luz se realizaron satisfactoriamente. Por otro lado, con relación a la Observación N 36, sobre el retiro del poste, el Comité de Recepción, refiere que tal presupuesto nunca fue previsto en el expediente por lo que no se puede obligar al contratista a retirar el poste. Asimismo, con relación a la Observación N 39 del Inspector, el Comité de Recepción refiere indicar que sí cuenta con los certificados de calidad de soldaduras en los tubos de agua contraincendios. Por último, con relación a la Observación N 45, sobre el equipo de extracción de monóxido de carbono, indicaremos que el CONTRATISTA con escrito ingresado por mesa de partes según registro 06 03194 12 de fecha 09 de marzo, reitera a la ENTIDAD que ofrece nuevamente los protocolos del referido equipo a fin de acreditar su correcto funcionamiento, pues ya los había entregado en fecha anterior al 21 de enero del 2012. En consecuencia, al no hacerse referencia en el Informe N° 056-2012-SOM/MSI, a la subsanación de las Observaciones N 02, 05, 07 y 26 consignadas en el asiento 429 del Inspector, debe entenderse que el Comité de Recepción consideró que aquellas se tuvieron por subsanadas en el Acta de Observaciones de fecha 21 de enero del 2012.

Vigésimo Noveno.- Con relación a la observación N 45 del asiento 429 del Inspector, en el cuaderno de obra y los requerimientos efectuados por LA MUNICIPALIDAD con el Oficio N° 074-2012-14.10-SOM-GOSM/MSI, Oficio N° 143-2012-14.10-SOM-GOSM-MSI y Oficio N° 015-2012-1400-GOSM/MSI, referiremos que el retraso en su cumplimiento no es atribuible al CONTRATISTA por las siguientes razones:

Con Oficio N° 514-2011-14.10-SOM-GOSM/MSI, recepcionado por LA EMPRESA el 26 de julio del 2011, LA MUNICIPALIDAD remitió la absolución de consultas del sistema de extracción de monóxido de carbono, por lo que existieron modificaciones con relación al proyecto original.

Considerando que el sistema adoptado en la ejecución de la obra es el de precios unitarios, a fin de proceder a la ejecución de la partida y su posterior valorización, según las especificaciones modificadas, el Inspector redactó el detalle de las especificaciones técnicas que autorizaba ejecutar con relación a la partida SISTEMA DE EXTRACCION DE MONOXIDO. Así, como advertimos del asiento reproducido a continuación, no existe referencia alguna a la instalación de dampers, mucho menos a su número y características:



de Observaciones de fecha 16 de diciembre del 2011, y, por otro lado, que la conformidad técnica la otorga en fecha posterior a la elaboración y aprobación del Acta de Recepción de fecha 26 de junio del 2012, lo que evidencia, una vez más, que el Comité de Recepción y la ENTIDAD no han ceñido su actuación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 210 del Reglamento, y que nos permite asegurar que el Comité de Recepción, injustificadamente, dilató la entrega del Acta de Recepción de obra que debió ocurrir el 21 de enero del 2012.

### III. CONTESTACIÓN DE DEMANDA PRESENTADA POR LA MUNICIPALIDAD DE SAN ISIDRO

Por escrito de fecha 08 de agosto de 2013, la ENTIDAD cumplió con contestar la demanda y reconvenir por Resolución N° 5 emitida el 09 de agosto de 2013, basando su posición en los siguientes argumentos:

#### 3.1. Fundamentos de hecho de la contestación de la demanda

##### Respecto a la primera pretensión

El CONTRATISTA solicita que "se determine que no existe retraso injustificado imputable al contratista en la subsanación de las observaciones, por lo que, desde el 21 de enero hasta el 26 de junio del 2012, no es aplicable la penalidad por mora en la ejecución de la prestación".

Al respecto, señala la ENTIDAD que, mediante Oficios N° 035-2012-14.10-SOM-GOSM/MSI de fecha 24 de enero de 2012, notificado en la misma fecha, N° 074-2012-14.10-SOM-GOSM/MSI de fecha 24 de febrero de 2012, notificado el 28 de febrero de 2012, N° 143-2012-14.10-SOM-GOSM/MSI de fecha 28 de febrero de 2012, notificado el 29 de marzo de 2012, N° 015-2011-1400-SOM-GOSM/MSI de fecha 04 de mayo de 2012, notificado el 07 de mayo de 2012, elaboradas por la Subgerencia de Obras Municipales y por la Gerencia de Obras y Servicios Municipales, se le comunicó al CONTRATISTA las observaciones realizadas por el Comité de Recepción de la Obra, y el incumplimiento de levantamiento de dichas observaciones; que obran en autos, cuyas copias adjunta al propio demandante en su escrito de ampliación de demanda de fecha 11 de julio de 2013.

Asimismo, conforme a lo señalado en el Memorando N° 1008-2012-1400-GOSM/MSI de fecha 06 de noviembre de 2012, emitido por la Gerencia de Obras y Servicios Municipales, indica que en el Anexo A que forma parte de la Liquidación del Contrato de Obra aprobada mediante Resolución Gerencial N° 039-2012-1400-GOSM/MSI del 19 de octubre de 2012, modificada al CONTRATISTA con Oficio N° 606-2012-14.10-SOM-GOSM/MSI de la misma fecha, se detalla los motivos por los cuales se procedió a aplicarle la penalidad por atraso en la subsanación de las observaciones para la culminación de la obra, por la suma total de S/. 370.139.45, estipulada en la cláusula décimo tercera del contrato de obra N° 125-2010, que se deriva por la demora en el levantamiento del pliego de observaciones de recepción de obra por parte del CONTRATISTA, conforme lo establece el numeral 5° del artículo 2010° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por D.S. N° 184-2008-EF y que también se indica en el último párrafo de la penúltima página de la citada Resolución Gerencial.

Que, el numeral 5° del artículo 210° del citado Reglamento establece que: "*todo retraso en la subsanación de las observaciones que exceda del plazo otorgado se considerará como demora para efectos de las penalidades que correspondan y podrá dar lugar a que la Entidad resuelva el contrato por incumplimiento. Las penalidades a que se refiere el presente artículo podrán ser aplicadas hasta el tope señalado en la Ley, el Reglamento o el contrato, según corresponda*".

Además, queda demostrado para la ENTIDAD que el CONTRATISTA, estuvo de acuerdo con las observaciones indicadas en el acta y no manifestó reclamo alguno dentro del plazo establecido por la normatividad de contrataciones.

La observación pendiente de levantar, era que el equipo de extracción de monóxido no cumplía con los parámetros exigidos como mínimos en las especificaciones técnicas del expediente técnico de obra.

En conclusión, el Tribunal deberá desestimar la presente pretensión.

##### Respecto a la segunda pretensión

El CONTRATISTA solicita que "se deje sin efecto legal la Resolución de Gerencia General

N 030-2012-1400-GOSM/MSI de fecha 19 de octubre de 2012, notificada mediante Oficio N° 6060-2012-14-10-SOM-GOSM/MSI.

Que, mediante Carta N° MAS-016 de fecha 22 de agosto de 2012, ingresada con Doc. Simple N° 061182712, el CONTRATISTA presenta sus cálculos de liquidación del contrato de obra, no cumpliendo con adjuntar los documentos requeridos en los numerales 1.2,3,4 y 5 de la cláusula décimo quinta del contrato N° 0125-2010, por lo que, la ENTIDAD procedió a realizar su propia liquidación del contrato de obra.

Que, conforme a lo señalado en el anexo A que forma parte de la liquidación del Contrato de Obra aprobada mediante Resolución Gerencial N° 030-2012-1400-GOSM/MSI del 19 de octubre de 2012, notificada al CONTRATISTA con Oficio N° 606-2012-14-10-SOM-GOSM/MSI de la misma fecha, se detalla los motivos por los cuales se procedió a aplicar la penalidad por atraso en la subsanación de las observaciones para la culminación de la obra, por la suma total de S/. 370,139.45, estipulada en la cláusula décimo tercera del contrato de obra N° 0125-2010, que se deriva por la demora en el levantamiento del pliego de observaciones de recepción de obra por parte del CONTRATISTA, conforme lo establece el numeral 5 de artículo 210° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por D.S. N° 184-2008-EF.

Asimismo, el primer párrafo del artículo 211° del citado Reglamento, señala que: "dentro del plazo máximo de sesenta (60) días de recibida, la ENTIDAD deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el CONTRATISTA o, de considerarlo pertinente, elaborando otra y notificará al CONTRATISTA para que este se pronuncie dentro de los quince días siguientes.

En tal sentido, la Resolución Gerencial N° 030-2012-1400-GOSM/MSI de fecha 19 de octubre de 2012, que aprueba la liquidación de obra ha cumplido estrictamente lo dispuesto en el artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, concordante con el numeral 5 del artículo 210° del citado Reglamento, siendo legalmente procedente su sustento y procedimiento.

Por lo que, el Tribunal Arbitral se servirá desestimar dicha pretensión.

Respecto a la tercera pretensión

El CONTRATISTA pretende, que se apruebe la liquidación de obra por el monto de S/. 3 924 740.79 nuevos soles, con un saldo a favor del contratista de S/. 433 966.63 nuevos soles.

Al respecto, señala la ENTIDAD que en la liquidación realizada por el CONTRATISTA y presentada mediante Carta-MAS-EST016 recepcionada como documento simple N° 061182712 del 22 de agosto de 2012, no considero la multa o penalidad aplicada por atraso en la culminación de la obra por demora en el levantamiento de las observaciones, motivo por el cual fue desestimada su liquidación de parte, de conformidad con lo establecido en el artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Asimismo, el CONTRATISTA presento sus cálculos de liquidación del contrato de obra, sin adjuntar los documentos requeridos en los numerales 1,2,3,4 Y 5 de la cláusula décimo quinta del contrato N° 0125-2010, por lo que, la Municipalidad procedió a realizar su propia liquidación del contrato de obra, el artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, concordante numeral 5 del artículo 210° del citado Reglamento.

En tal sentido, es legalmente procedente el sustento y el procedimiento de la Resolución Gerencial N° 030-2012-1400-GOSM/MSI de fecha 19 de octubre de 2012, que aprueba la liquidación del contrato de obra con saldo a favor de la ENTIDAD de S/. 193,866.07 nuevos soles.

Por lo que, el Tribunal Arbitral se servirá desestimar la presente pretensión.

Respecto a la cuarta pretensión

El CONTRATISTA solicita "se ordene a la Entidad Municipal a devolver al contratista las garantías ofrecidas y el reembolso de los gastos financieros por mantener la vigencia de tales garantías".

Al respecto, debemos señalar que conforme al párrafo 1 del artículo 158° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la vigencia de la garantía de fiel cumplimiento, es hasta el consentimiento de la liquidación final, y en nuestro caso ello aún no ha ocurrido, puesto que existen controversias.

Asimismo, conforme a lo resuelto en el artículo tercero, de la Resolución Gerencial N° 030-2012-1400-GOSM/MSI de fecha 19 de octubre de 2012, autoriza a la gerencia de administración y finanzas, para que proceda a la devolución de la garantía de fiel cumplimiento del contrato, al CONTRATISTA, una vez que haya cumplido con cancelar el saldo de la liquidación de la obra en favor de la ENTIDAD, por la suma de S/. 193,866.07 incluido IGV.

En tal sentido, la retención de las garantías ofrecidas por el CONTRATISTA, es como consecuencia de la liquidación del contrato de obra, que determino que existe un saldo a favor de la ENTIDAD, por la suma de S/. 193,866.07 incluido IGV monto que deberá abonar el CONTRATISTA a favor de la ENTIDAD a fin de devolver sus garantías ofrecidas conforme al artículo 158° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Respecto a la quinta pretensión

El CONTRATISTA solicita que "se disponga que la Entidad pague las costas y costos del arbitraje".

Al respecto, señala la ENTIDAD que el artículo 52° de la Ley General de Arbitraje, establece que los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre los gastos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio. Los gastos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones de los árbitros y de los abogados de las partes, las retribuciones del secretario que se hubiera nombrado, si este no fuese árbitro, los gastos de protocolización del laudo, cuando se hubiera pactado, y en su caso, la retribución a la institución arbitral. La misma norma añade que si el convenio no contiene pacto alguno sobre gastos, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en consideración el resultado o sentido del mismo.

En conclusión, la cláusula de solución de controversias del contrato celebrado con el CONTRATISTA establece la forma en que se asumirán los gastos arbitrales, con lo cual el Tribunal deberá pronunciarse al respecto en el laudo arbitral debiendo resolver que sea el CONTRATISTA quien asuma las costas y costos del presente proceso arbitral así como los que asuma la ENTIDAD, retribuyendo lo pagado, debido a que la demanda ha sido presentada en forma maliciosa.

Respecto a la reconvencción de la demanda

Que, en ejercicio de defensa de la ENTIDAD esta reafirma su posición institucional, según el cual el CONTRATISTA fue quien incumplió con sus obligaciones contractuales que generó la liquidación del contrato de obra N° 125-2010, aprobada por Resolución de Gerencia N° 030-2010-1400-GOSM/MSI de fecha 19 de octubre de 2012, incluido el anexo A que forma parte de la referida Resolución, cuyo artículo primero: determinó un saldo a favor de la ENTIDAD ascendente a S/. 193,866.07 incluido IGV, la cual deberá ser abonada por el CONTRATISTA, por lo que formulan reconvencción, demandando:

Que, el CONTRATISTA cumpla con pagar a la ENTIDAD la suma total de S/. 193,866.07 incluido IGV, por concepto de saldo a favor de la ENTIDAD correspondiente a la liquidación de la obra del contrato N° 125-2010, conforme a lo dispuesto en el artículo primero la Resolución de Gerencia N° 030-2012-1400-GOSM/MSI de fecha 19 de octubre de 2012, más los intereses legales correspondientes.

3.2. Fundamentos de hecho de la reconvencción de la demanda

En el proceso de selección correspondiente a la Licitación Pública N° 022-2010-CE/MSI para la ejecución de la obra: "Construcción de Estacionamientos del Proyecto de Acondicionamiento de la Nueva Sede Institucional de la Municipalidad de San Isidro", se otorgó la Buena Pro al CONTRATISTA representada por el Ingeniero Vladimir Ivan Sokolic Montoya, suscribiéndose el Contrato N° 012.5-2010 de fecha 07 de diciembre de 2010, por la suma contractual de S/. 3,333,595.41 incluido IGV con un plazo de ejecución de ciento cincuenta días calendario, conforme al expediente técnico, bases integradas, su propuesta técnica y económica respectivamente.

Con Carta N° MAS-016 de fecha 22 de agosto de 2012, ingresada con Documento Simple N° 06182712, el CONTRATISTA presenta sus cálculos de liquidación del contrato de obra, no adjuntando los documentos requeridos en los numerales 1,2,3,4 y 5 de la Cláusula Décimo Quinta del Contrato N° 0125-2010 por lo que, la Municipalidad procedió a realizar su propia liquidación del contrato de obra.

Mediante Resolución de Gerencia N° 030-2012-1400-GOSM/MSI de fecha 19 de octubre de 2012, notificada mediante Oficio N° 606-2012-14-10-SOM-GOSM/MSI de fecha 19 de octubre de 2012, emitida por la Subgerencia de Obras Municipales, recepcionada por el CONTRATISTA en la misma fecha, en su artículo primero: resolvió aprobar la liquidación del contrato de obra N° 0125-2010 con un saldo a favor de la Municipalidad ascendente a S/. 193,866.07 incluido IGV.

Que el primer párrafo del artículo 21° del citado Reglamento, señala que dentro del plazo máximo de sesenta días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el CONTRATISTA o de considerarlo pertinente, elaborando otra y notificará al CONTRATISTA para que este se pronuncie dentro de los quince días siguientes.

En tal sentido, la Resolución Gerencial N° 030-2012-1400-GOSM/MSI de fecha 19 de octubre de 2012., que aprueba la liquidación de obra ha cumplido estrictamente lo dispuesto en el artículo 21° del Reglamento, siendo legalmente procede su sustento y procedimiento.

Por lo que el Tribunal Arbitral se servirá estimar la pretensión y en su oportunidad declararía Fundada la Reconvención.

#### IV. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Mediante Resolución N° 14 de fecha 27 de noviembre de 2013, el Tribunal Arbitral citó a las partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos para el día jueves 05 de diciembre de 2013.

El Tribunal Arbitral explicó las ventajas de llegar a un acuerdo conciliatorio y las invitó a realizar un esfuerzo para llegar a dicho acuerdo; sin embargo las partes manifestaron su imposibilidad de llegar a una conciliación. No obstante se dejó abierta la posibilidad de que las partes entablaran negociaciones para dar una solución directa a sus controversias durante el desarrollo del arbitraje.

Seguidamente, el Tribunal Arbitral procedió a fijar como puntos controvertidos del presente proceso arbitral, los siguientes:

#### Respecto a la demanda arbitral:

1. Primer punto controvertido: Determinar si corresponde o no declarar la existencia del retraso injustificado imputable al Contratista en la subsanación de las observaciones, por lo que desde el 21 de enero hasta el 26 de junio de 2012, no es aplicable la penalidad por mora en la ejecución de la prestación.

2. Segundo punto controvertido: Determinar si corresponde o no que se deje sin efecto legal la Resolución de Gerencia General N° 030-2012-1400-GOSM/MSI, notificada mediante Oficio N° 6060-2012-14-10-SOM-GOSM/MSI.

3. Tercer punto controvertido: Determinar si corresponde o no que se apruebe la liquidación de obra por el monto de S/. 3, 944,740.79 (Tres millones novecientos veinticuatro mil setecientos cuarenta con 79/100 nuevos soles), con un saldo a favor del Contratista de S/. 433,966.63 (Cuatrocientos treinta y tres mil novecientos sesenta y seis con 63/100 nuevos soles).

4. Cuarto punto controvertido: Determinar si corresponde o no que se ordene a la Entidad Municipal a devolver al Contratista las garantías ofrecidas y el reembolso de los gastos financieros por mantener la vigencia de tales garantías.

5. Quinto punto controvertido: Determinar a quién corresponde asumir las costas y costos del presente arbitraje.

#### Respecto a la Reconvención:

1. Único punto controvertido: Determinar si corresponde o no que el Contratista cumpla con pagar a la Entidad la suma total de S/. 193,866.07 (Ciento Noventa y Tres mil ochocientos sesenta y seis con 07/100 nuevos soles) incluido I.G.V. por concepto de saldo a favor de la Entidad correspondiente a la liquidación de la obra del Contrato N° 125-2010, conforme a lo dispuesto en el artículo primero de la Resolución de Gerencia N° 030-2012-1400-COSM/MSI de fecha 19 de octubre de 2012, más los intereses legales correspondientes.

Luego de ello, se establecieron las reglas para el pronunciamiento del Tribunal Arbitral sobre los puntos controvertidos.

Acto seguido, el Tribunal procedió a admitir los medios probatorios ofrecidos por ambas partes, haciendo presente que se encontraba facultado para ordenar en su oportunidad la actuación de las pruebas de oficio adicionales que considere pertinente para mejor resolver.

#### VI. AUDIENCIA DE PRUEBAS

Mediante Resolución N° 17 emitida el 05 de diciembre de 2013, el Tribunal Arbitral citó a la Audiencia de Pruebas para el día jueves 19 de diciembre de 2013, de conformidad al numeral 38° del Acta de Instalación.<sup>1</sup>

El Presidente del Tribunal dio inicio a la Audiencia programada explicando las reglas que se seguirán en la misma. Acto seguido, concedió el uso de la palabra a los representantes del CONTRATISTA, quienes expusieron ampliamente su posición por un espacio de quince (15) minutos.

Luego de ello, hizo el uso de la palabra el representante de la ENTIDAD, quien expuso lo que estimó pertinente a su derecho por un espacio de quince (15) minutos.

Adicionalmente, se concedió el derecho de réplica a las partes, luego de lo cual se

<sup>1</sup> 38. El Tribunal Arbitral procederá a citar a las partes a la Audiencia de Pruebas, si es que fuese necesaria la actuación de medios probatorios, fijará el plazo de la etapa de actuación de pruebas y, de ser posible, establecerá un cronograma de actuación. El plazo fijado podrá ser ampliado por el Tribunal Arbitral antes de su vencimiento, si así lo requiere la naturaleza de los medios probatorios ofrecidos.

formularon las preguntas del caso, las mismas que fueron absueltas por las partes.

Finalmente, el Tribunal Arbitral dejó constancia de que la ENTIDAD no ha cumplido con efectuar la exhibición solicitada mediante Resolución N° 17.

#### VII. AMPLIACIÓN DE DEMANDA POR MASEDI CONTRATISTAS GENERALES

Que, con escrito s/n presentado por el CONTRATISTA el 04 de febrero de 2014, solicita al Tribunal Arbitral ordene a la ENTIDAD que pague a su favor la suma de S/. 915,422.60 (Novecientos quince mil cuatrocientos veintidós con 60/100 nuevos soles) por los daños y perjuicios originados por el perjuicio causado por gastos de pagos a terceros asesores para el proceso de conciliación y arbitraje, así como los gastos por pagos al personal administrativo y técnico, al haberse excedido los plazos contractuales, tal y como se estipulan los artículos 1969° y 1985° del Código Civil, y las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías, perjudicando la participación del CONTRATISTA en diferentes y sucesivos procesos.

En tal sentido, el Tribunal Arbitral resolvió mediante Resolución N° 22 emitida el 10 de febrero de 2014, correr traslado a la ENTIDAD por un plazo de diez días hábiles para que cumpla con expresar lo conveniente a su derecho.

#### VIII. TACHA INTERPUESTA POR LA MUNICIPALIDAD DE SAN ISIDRO

Que, con escrito N° 13 presentado por el Procurador Público de la ENTIDAD el 05 de marzo de 2014, formula esta tacha contra los medios probatorios ofrecidos por el CONTRATISTA, por cuanto señala que el contenido de los recibos por honorarios adjuntados es por el concepto de asesoría legal y/o financiera, esto es de forma genérica, más no precisa ni indica que es por asesoría legal, patrocinio o prestación de servicio por el presente proceso arbitral.

El Tribunal Arbitral resolvió mediante la Resolución N° 23 emitida el 07 de marzo de 2014, correr traslado de la tacha formulada por la ENTIDAD para que en un plazo de diez días hábiles el CONTRATISTA cumpla con absolverla.



Asimismo, que previo al pronunciamiento del Tribunal Arbitral respecto a la tacha formulada y en mérito a las facultades conferidas al Tribunal, este se encuentra facultado para citar a las partes a cuantas audiencias sean necesarias a fin de esclarecer la controversia sometida a arbitraje.

Que, con Resolución N° 25 de fecha 03 de abril de 2014, el Tribunal Arbitral resolvió tener por absuelto el traslado conferido al CONTRATISTA e indicó a las partes en su segundo punto resolutivo que de acuerdo a las atribuciones del Tribunal, este se reserva para un momento posterior el pronunciamiento respecto a la tacha formulada por la ENTIDAD, el cual podrá ser emitido incluso al momento de laudiar, de conformidad a lo establecido en el numeral 27° del Acta de Instalación.<sup>2</sup>

#### IX. AUDIENCIA DE ILUSTRACIÓN

Mediante Resolución N° 23 emitida el 07 de marzo de 2014, el Tribunal Arbitral citó a las partes a la Audiencia de Ilustración para el lunes 17 de marzo de 2014.

Se dejó constancia que la presente diligencia está siendo grabada en medio electromagnético, registro que forma parte integrante de la presente Acta, al cual las partes tienen derecho a acceder, previo pago de la tasa respectiva.

El Tribunal Arbitral dio inicio a la Audiencia de Ilustración que versó sobre las pretensiones controvertidas presentadas por el Contratista en su escrito de demanda arbitral, otorgando el uso de la palabra al CONTRATISTA a fin de que exprese los argumentos que sustentan su postura por un espacio de quince (15) minutos.

Posterior a este acto, el Presidente del Tribunal Arbitral otorgó el uso de la palabra al abogado de la ENTIDAD por el mismo lapso.

Acto seguido, se concedió a las partes el derecho de réplica y dúplica correspondiente, luego de lo cual se formularon las preguntas del caso, las mismas que fueron absueltas por las partes, terminando así la diligencia.

<sup>2</sup> 27. El Tribunal Arbitral determinará discrecionalmente el momento en que resolverá las excepciones, defensas previas, objeciones, tachas u oposiciones a los medios probatorios, pudiendo incluirse sobre estos aspectos junto con las cuestiones relativas al fondo de la controversia.

#### X. AUDIENCIA DE ALEGATOS ORALES Y PLAZO PARA LAUDAR

Mediante Resolución N° 26 del 05 de mayo de 2014, el Tribunal Arbitral otorgó a las partes un plazo de cinco días hábiles para que presenten sus alegatos escritos.

Asimismo, cito a las partes a la Audiencia de Alegatos Orales para el lunes 02 de junio de 2014.

Con Resolución N° 30 del 27 de mayo de 2014, Tribunal Arbitral reprogramó dicha audiencia para el martes 03 de junio de 2014.

El Tribunal Arbitral dio inicio a la Audiencia programada explicando las reglas que se seguirán en la misma. Acto seguido, el Tribunal le otorga el uso de la palabra al abogado del CONTRATISTA, a efectos de que proceda a exponer los alegatos orales, para lo cual se le otorgó un plazo de quince (15) minutos, luego de ello hizo el uso de la palabra el abogado de la Entidad, quien expuso lo que estimo pertinente a su derecho, por el mismo lapso.

Acto seguido, el Tribunal Arbitral procedió a otorgarle el derecho de réplica y duplica a cada parte respectivamente por un plazo de quince minutos a cada uno.

Luego de las exposiciones efectuadas por las partes, el Tribunal Arbitral procedió a realizar las preguntas pertinentes a las partes, las mismas que fueron respondidas en su totalidad.

Antes de dar por concluida la presente audiencia y de conformidad a lo establecido en el numeral 45° del Acta de Instalación<sup>3</sup>, fija el plazo para laudiar en treinta días hábiles, contado a partir del día siguiente de realizada la presente Audiencia, pudiendo ser prorrogado a su discreción por el mismo término y por una sola vez.

Con Resolución N° 31 emitida el 10 de julio de 2014, el Tribunal Arbitral dispuso prorrogar

<sup>3</sup> 45. Realizada la Audiencia de Informes Orales, el Tribunal Arbitral procederá a señalar el plazo para laudiar, el mismo que podrá ser prorrogado, a su discreción, hasta por treinta (30) días adicionales. Luego de su expedición, el Tribunal Arbitral deberá depositar el laudo en la Secretaría respectiva, y ésta deberá notificarla a las partes dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de recibido.

el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales que se computarán desde el día siguiente del vencimiento del plazo señalado en el Acta de Informes Orales, conforme a lo dispuesto en el numeral 45° del Acta de Instalación.

#### XI. CUESTIONES PRELIMINARES

Como acto previo al análisis de los puntos controvertidos establecidos en el presente arbitraje, es necesario indicar y confirmar lo siguiente:

Que, el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes.

Que, en ningún momento se recusó a los miembros del Tribunal Arbitral, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.

Que, con Carta s/n presentada por la Dra. Sigrid Reyes Navarro el 03 de setiembre de 2013, comunica su renuncia a la condición de árbitro en el presente proceso, por lo que el Tribunal Arbitral consideró oportuno poner a conocimiento de las partes la mencionada renuncia para que procedan con la designación del árbitro sustituto dentro del plazo de diez días hábiles, según lo señalado mediante la Resolución N° 8 emitida el 10 de setiembre de 2013.

Es así, que con escrito N° 7 presentado por la ENTIDAD el 02 de octubre de 2013, cumplió con designar al Dr. Jesús Antonio Mezarina Castro como nuevo árbitro encargado de resolver las controversias materia del presente arbitraje.

En el indicado escrito el árbitro en mención adjunta su carta de aceptación, con lo cual el Tribunal Arbitral da cuenta del cumplimiento con la normativa aplicable al caso.

Que, el CONTRATISTA presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.

Que, la ENTIDAD fue debidamente emplazada con la demanda y se le concedió los plazos legales para el ejercicio pleno de su derecho de defensa.

Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar ante el Tribunal Arbitral.

Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes.

#### XII. SOBRE LA AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA INTERPUESTA POR MASEDI CONTRATISTAS GENERALES S.A.C.

El CONTRATISTA solicita al Tribunal Arbitral ordene a la ENTIDAD que pague a su favor la suma de S/. 915,422.60 (Novecientos quince mil cuatrocientos veintidós con 60/100 nuevos soles) por los daños y perjuicios originados por el perjuicio causado por gastos de pagos a terceros asesores para el proceso de conciliación y arbitraje, así como los gastos por pagos al personal administrativo y técnico, al haberse excedido los plazos contractuales, tal y como se estipulan los artículos 1969° y 1985° del Código Civil, y las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías, perjudicando la participación del CONTRATISTA en diferentes y sucesivos procesos.

Con relación a la única pretensión invocada por la recurrente en su ampliación de demanda, referida a que se ordene pagar a la Entidad la suma de S/ 915,422.60 por los daños y perjuicios originados por el perjuicio causado por gastos a terceros asesores para el proceso de conciliación y arbitraje, así como los gastos por pagos al personal administrativo y técnico, al haberse excedido los plazos contractuales, tal y como se estipulan en los artículos 1969° y 1985° del Código Civil y las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías, perjudicando la participación del contratista en diferentes y sucesivos procesos, el TRIBUNAL decide desestimar la presente pretensión, en virtud a las consideraciones que han sido expuestas en los Numerales I, II, IV y V de la parte considerativa del presente documento; por cuanto la demora en el levantamiento de observaciones a cargo de la contratista, le resulta a ésta imputable, situación que determinó que sólo recién el 26 de junio de 2012 se suscribiera el Acta de Recepción Definitiva de la Obra, conllevando a que la liquidación final del contrato contenga una penalidad que ha determinado un saldo en contra de la empresa demandante, la misma que no fue incluido por ésta cuando elaboró la liquidación antes

mencionada, obligando a la Entidad a que elaborará el suyo, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 211° del REGLAMENTO, la misma que fue aprobada a través de la Resolución Gerencial N° 030-2012-1400-GOSM/MSI de fecha 19 de octubre de 2012, la cual fue controvertida por la CONTRATISTA a través del presente proceso arbitral y cuyas pretensiones no han sido amparadas por el Tribunal, lo que evidencia que los daños y perjuicios por ésta invocada no son -en modo alguno- imputables a la ENTIDAD, debiendo ser asumidos y soportados por la propia CONTRATISTA, en el supuesto que éstos se hayan configurado, pues no han sido debidamente demostrados, como se exige frente a cualquier hecho presuntamente generador de responsabilidad civil.

POR TANTO, SE DECLARA INFUNDADA LA ÚNICA PRETENSIÓN CONTENIDA EN LA AMPLIACIÓN DE DEMANDA.

XIII. SOBRE LA TACHA INTERPUESTA POR LA MUNICIPALIDAD DE SAN ISIDRO

Que, conforme se estableció en la Resolución N° 25 de fecha 03 de abril de 2014, al amparo del artículo 27° del Acta de Instalación el Tribunal se reservó el derecho de pronunciarse sobre la tacha planteada por la ENTIDAD en su escrito N° 3 de fecha 05 de marzo de 2014, con el pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

Que, antes de dilucidar el fondo de la controversia, es pertinente que el Tribunal se pronuncie sobre la tacha interpuesta por la ENTIDAD, en ejercicio de su derecho de defensa, que se dirige a cuestionar los medios probatorios destinados a la probanza de los daños patrimoniales sufridos por la CONTRATISTA aduciendo que los diversos documentos presentados por la recurrente no probarían los daños alegados en cuanto de su contenido no fluyen exactamente los conceptos que habrían sido materia de pago no advirtiéndose objetivamente su correlación con el objeto de probanza;

Que, sobre el particular debe tenerse en consideración que la tacha es un mecanismo de defensa, identificado como una cuestión probatoria, que tiende a la declaración de una ineficacia documental, y que encuentra típicamente sustento en la falsedad o nulidad de un medio probatorio identificado en un documento, según los parámetros establecidos

en los artículos 242°, 243°, 300° y 301° del Código Procesal Civil, como única normativa que versa sobre su admisibilidad, procedencia y actuación;

Que, del escrito de interposición de la tacha se tiene que la ENTIDAD, al margen de no haber cumplido con acompañar los medios probatorios correspondientes, no alega la falsedad o la nulidad de los medios probatorios documentales cuestionados, argumentando solamente que los mismos no tienen conexión con el objeto de probanza, lo que más bien se dirige a un cuestionamiento sobre su valor probatorio que no resulta siendo viable cuestionar a través del mecanismo propuesto, debiéndose por éstas consideraciones:

DECLARAR IMPROCEDENTE LA TACHA INTERPUESTA, sin perjuicio de valorar, de ser el caso, los medios probatorios materia de cuestionamiento al momento de resolver la pretensión de la demandante referida a la indemnización por los daños y perjuicios irrogados;

XIV. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

De los argumentos expuestos por cada una de las partes en los escritos de demanda, contestación a la demanda, alegatos escritos y alegatos orales, así como de las pruebas aportadas y actuadas en el presente arbitraje, corresponde al Tribunal Arbitral analizar cada uno de los puntos controvertidos.

Análisis a los puntos controvertidos

En este estado, luego de tomar en cuenta las cuestiones preliminares, el Tribunal Arbitral procede a realizar el análisis al primer punto controvertido establecido, por acuerdo de las partes, de la siguiente manera:

**Primer punto controvertido:** Determinar si corresponde o no declarar la existencia del retraso injustificado imputable al Contratista en la subsanación de las observaciones, por lo que desde el 21 de enero hasta el 26 de junio de 2012, no es aplicable la penalidad por mora en la ejecución de la prestación.

De acuerdo con el artículo 165 del Reglamento, a los contratistas que incurrieran en mora en el cumplimiento de su prestación se aplica una penalidad por el retraso injustificado de las prestaciones objeto del contrato. De esta manera, puede observarse que el elemento configurador de la mora lo constituye el hecho que el retraso en que se incurra sea injustificado.

Ahora bien, el retraso sería justificado en tanto el incumplimiento de EL CONTRATISTA se deba a causas ajenas a su voluntad; es decir, que se presupone que EL CONTRATISTA observó el "deber de diligencia contractual" y, pese a ello, existieron causas (hechos o situaciones) que determinaron que este incumpla el plazo o plazos pactados en el contrato.

Messineo<sup>4</sup>, al delimitar el concepto de "culpa contractual", precisa el significado del "deber de diligencia contractual", de la siguiente manera: "El concepto de culpa contractual no se comprende, si no se pone en relación con el concepto de deber de diligencia (contractual), el cual significa el cuidado que el deudor debe emplear en el desarrollo de su actividad para ponerse en situación de cumplir exactamente la obligación (...). En efecto, la culpa contractual consiste en la omisión del deber de diligencia a que acabamos de referirnos o, en una sola palabra, en la negligencia (...)" (El subrayado es agregado).

En otras palabras, Messineo está señalando que el "deber de diligencia contractual" no es otro que el de la "diligencia ordinaria" recogido en el artículo 1314 del Código Civil; sobre esta última, Ferrero Costa<sup>5</sup> se pregunta: "¿qué se entiende por diligencia ordinaria?" y, citando a Messineo, se responde que es "aquel comportamiento del deudor que consiste en usar "todos los cuidados y las cautelas que - habida consideración a la naturaleza de determinada relación obligatoria y a cada circunstancia- lo pongan en condiciones de poder cumplir". Así, este autor es de la opinión que el "deber de diligencia contractual" o "diligencia ordinaria" del deudor no implicaría otra cosa que "lo que normalmente se puede pretender que éste haga para lograr la satisfacción del acreedor."

<sup>4</sup> MESSINEO, Francesco. *Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, Tomo IV, Pág. 234.

<sup>5</sup> FERRERO COSTA, Raúl. *Curso de Derecho de las Obligaciones*, Lima: Editora Jurídica Grifley E.I.R.L., 2004, 3ª edición actualizada, Pág. 325.

Así, la consecuencia natural que un deudor actúe con "diligencia ordinaria" durante la ejecución de la prestación o prestaciones pactadas, sería que, cuando incumpla sus obligaciones por causas ajenas a su voluntad, no asuma responsabilidad contractual. En este sentido, el artículo 1314 del Código Civil establece que: "Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso." (El subrayado es agregado).

Al respecto, Ferrero Costa<sup>7</sup> indica que "Cuando el incumplimiento o el incumplimiento inexacto no sea el resultado de una "falta de diligencia" el deudor es exonerado por la ley de responsabilidad. Ello implica que pese al esfuerzo (ordinario) realizado por el deudor no ha podido lograr la satisfacción de su acreedor. Ello puede deberse a múltiples causas, tales como el caso fortuito y la fuerza mayor, la falta de colaboración del propio acreedor, etc.", siendo que "al obligado solamente le correspondería probar que pese a que actuó con la diligencia que requería la naturaleza de la obligación, la prestación no ha podido ser cumplida o ha podido serlo sólo en forma inexacta, pero por causa no imputable a él." (El subrayado es agregado).

En efecto en el escrito de demanda de EL CONTRATISTA se señala que la causa que exime de responsabilidad a EL CONTRATISTA se encuentra en la falta de colaboración del propio acreedor, condición que ostenta la Municipalidad de San Isidro.

Respecto a si es justificado el retraso o incumplimiento, de la revisión de la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento, y las normas de derecho público, se determina cuándo un retraso es injustificado, por lo que resulta de aplicación el 1343 del Código Civil, el cual señala que: "Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario"

<sup>6</sup> De aplicación supletoria a los contratos regulados por las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, de conformidad con el artículo 142 del Reglamento. Para mayor información sobre este criterio puede revisarse la Opinión N° 072-2011/DTN.

<sup>7</sup> FERRERO COSTA, Raúl. *Curso de Derecho de las Obligaciones*, Lima: Editora Jurídica Grifley E.I.R.L., 2004, 3ª edición actualizada, Pág. 325.

En consecuencia, será considerado como un retraso injustificado a aquel incumplimiento de la prestación que sea imputable al deudor de la obligación. Es decir, no basta la verificación del incumplimiento sino que resulta necesario que el incumplimiento sea imputable al deudor.

Efectivamente, "el retraso -para poder ser moratorio- debe ser necesariamente culposo o doloso, lo que significa que tiene que haber culpa o dolo en el sujeto que queda constituido en mora (...). No sería lógico que al deudor se le exija cumplir, si precisamente no puede dar cumplimiento a la obligación debido a una causa que no le resulta imputable, y cuya remoción tampoco le es posible".

El artículo 1329 del Código Civil, "Se presume que la inexecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor". Esta presunción ha sido desvirtuada por EL CONTRATISTA en el presente proceso arbitral dado que las pruebas ofrecidas por las partes indican que en el procedimiento de recepción de la obra y plazos, previsto en el artículo 210 del Reglamento, la Entidad fue la que no cumplió con el procedimiento que para tal efecto se haya previsto en el articulado acotado. La inobservancia del mencionado procedimiento por parte de la Entidad, implica la exención de responsabilidad de EL CONTRATISTA, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa de los funcionarios y/o servidores responsables.

Efectivamente, las pruebas acreditan que EL CONTRATISTA fue diligente al poner en conocimiento de la Entidad, la subsanación de las observaciones en el asiento 425 del cuaderno de obra del 20 de enero del 2012. Así, registró nuevamente la solicitud de recepción de obra, previéndose que la verificación se efectuaría el 21 de enero del 2012 a las 2pm. Esta nueva solicitud, también fue remitida a LA MUNICIPALIDAD mediante escrito signado con el número 06 00917 12, ingresado por mesa de partes el 20 de enero del 2012, ratificándose el día y hora de verificación de la subsanación de las observaciones.

Sin embargo, el Inspector no cumplió con la exigencia (numeral 2 del art. 210 del Reglamento) de informar a la Entidad en el plazo de 03 días siguientes a la anotación, sobre la verificación de las observaciones subsanadas. En consecuencia, ante la falta de elaboración del informe por parte del Inspector, el Comité de Recepción no estaba

posibilitado para constituirse en la obra, pues carecía de la información técnica que permita verificar la subsanación de las observaciones.

En el Acta de Constatación de incumplimiento de levantamiento de observaciones en recepción de obra, de fecha 21 de enero del 2012, el Comité de Recepción consigna haberse constituido en el lugar de LA OBRA, indicando que EL CONTRATISTA "no ha cumplido con levantar todas las observaciones puestas por el Comité de Recepción", por lo que correspondía aplicar la penalidad en el marco de lo establecido en el numeral 5 del artículo 210 del Reglamento. Sin embargo, con relación a lo consignado en el Acta de Constatación de incumplimiento de levantamiento de observaciones en recepción de obra, la que no fue notificada al contratista, se ha acreditado lo siguiente:

- No se ha registrado en el Acta que el Comité de Recepción haya recibido el informe previo del Inspector en el que conste la verificación de la subsanación de las observaciones.
- El Comité de Recepción se constituyó al lugar de LA OBRA a las 11am, aun conociendo que EL CONTRATISTA había previsto que la verificación de efectúe a partir de las 2 pm
- El Comité de Recepción se retiró del lugar de ejecución de LA OBRA a las 12:30 pm del día 21 de enero del 2012, aun conociendo que EL CONTRATISTA había previsto que la verificación de efectúe a partir de las 2pm, lo que explica la razón por la que el Acta fue elaborada, si es que lo fue ese día, en ausencia del Residente de LA OBRA, impidiendo que éste registre en el Acta su disconformidad con las supuestas observaciones no subsanadas.

Se deduce entonces que la verificación que efectuó el Comité de Recepción, se realizó desde las 11 am hasta las 12:30 pm del 21 de enero del 2012, aun cuando el numeral 2 del artículo 210 del Reglamento prevé un plazo de 07 días para tal verificación y pese a que, previamente, en el asiento 424 del cuaderno de obra, el Inspector, integrante del Comité de Recepción, había registrado que dada la magnitud de LA OBRA, la verificación se efectuaría en 03 días como mínimo.

Como bien establece el artículo 210 del Reglamento: "(...) 3. En caso que el contratista o el comité de recepción no estuviese conforme con las observaciones o la subsanación, según corresponda, anotará la discrepancia en el acta respectiva. (el subrayado es nuestro)"

En el presente caso el Comité de Recepción no registró cuáles eran las observaciones que no se habían subsanado, limitándose a registrar en forma genérica el supuesto incumplimiento de "todas las observaciones", contraviniendo así lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 210 del Reglamento.

Tampoco se ha registrado que el Comité de Recepción haya elevado al Titular de la Entidad todo lo actuado con un informe sustentatorio de sus observaciones, conforme lo prevé el numeral 3 del artículo 210 del Reglamento.

Cabe señalar que no se aprecia que el Acta de Observaciones del 21 de enero del 2012 haya sido notificada a EL CONTRATISTA, en efecto:

- El Oficio N° 095-2012-14.10-SOM-GOSM/MSI y Memorando N 508-2012-1400-GOSM/MSI, hacen referencia al Acta de Observaciones del 21 de enero del 2012, sin embargo no se aprecia que se haya acompañado, ni se adjunta ni forma parte de éstos documentos.
- En el Oficio N° 074-2012-14.10-SOM-GOSM/MSI y Oficio N° 015-2012-1400-GOSM/MSI, no se menciona.

Por el contrario conforme ha mencionado EL CONTRATISTA su obtención en copia simple se produce a raíz de la elaboración del Acta de Recepción del 26 de junio del 2012 y fue proporcionada informalmente por el Comité de Recepción.

En ese sentido, podemos afirmar que con posterioridad al Acta de Constatación de incumplimiento de levantamiento de observaciones en recepción de obra de fecha 21 de enero del 2012, el Comité de Recepción, único facultado para ello según lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 210 del Reglamento, no registró en Acta complementaria o nueva Acta, cuál o cuáles eran las observaciones no subsanadas con relación a las consignadas

en el Acta de fecha 16 de diciembre del 2011, impidiendo que EL CONTRATISTA tenga conocimiento cierto de lo ocurrido e impidiéndole expresar discrepancia sobre la discrepancia anotada en forma genérica por el Comité Especial.

Considerese que en el artículo 210 del Reglamento, se ha previsto en forma expresa e indubitable que el Acta o Pliego de Observaciones, es el único instrumento en el que se consignan si es que se tienen por no subsanadas, a fin de recepcionar la obra. Así, cualquier servidor o funcionario y el propio Inspector o Supervisor asignado a la obra, no podría atribuirse la facultad normativa que sólo tiene atribuida el Comité de Recepción, y tampoco cualquier anotación en el cuaderno de obra o documento emitido por la Entidad podrá suplir la validez del Acta o Pliego de Observaciones. Aceptar lo contrario, significaría vulnerar el principio de legalidad al establecer procedimientos de recepción de obra no previstos en la normativa de contrataciones, generando perjuicio a aquella parte que, con razón y derecho, no se sujeta al inválido accionar.

Siendo así, que el Inspector haya consignado en el asiento 429 del cuaderno de obra las supuestas observaciones no subsanadas que no fueron consignadas en el Acta de fecha 21 de enero del 2011 por el Comité de Recepción, no significa que se haya cumplido con el procedimiento previsto en el numeral 3 del artículo 210 del Reglamento. Asimismo, el que en el Oficio N° 074-2012 y numeral 5 del Memorando N 508-2012-1400-GOSM/MSI, emitidos por funcionarios de LA MUNICIPALIDAD, se haya replicado lo consignado en el asiento 429 del cuaderno de obra, del Inspector, tampoco subsana, mucho menos convalida la omisión del Comité de Recepción de no registrar cuál o cuáles eran las observaciones supuestamente no subsanadas, ni les otorga el valor de Actas o Pliegos de Observaciones. Los indicados documentos sólo acreditan que a diferencia de lo indicado por el comité de recepción, la Entidad refiere que no todas las observaciones no fueron subsanadas. En definitiva, no hay certeza en el tema.

En ese sentido, además de considerarse que el Comité de Recepción ha vulnerado el procedimiento previsto en el artículo 210 del Reglamento, el Tribunal Arbitral deberá valorar que, por un lado, ante la falta de registro en el Pliego de Observaciones de fecha 21 de enero del 2012 de aquellas supuestamente no subsanadas y, por otro lado, ante el registro de observaciones en el cuaderno de obra, Oficio N° 074-2012 y numeral 5 del Memorando N 508-2012-1400-GOSM/MSI, entre otros, se generó incertidumbre a EL

CONTRATISTA sobre el número e identificación de las observaciones, impidiéndole conocer con certeza si la discrepancia versaba sobre todas o algunas observaciones, más aún si, como se ha indicado, en el asiento 425 y 430 del residente, se señaló que todas habían sido subsanadas.

La incertidumbre se evidencia sustantivamente al advertir que en el Acta de Observaciones del 21 de enero del 2012, asiento 426 del cuaderno de obra, del Inspector; y Oficio N° 035-2012-14-SOM-GOSM/MSI, se indica que el Comité de Recepción verificó que no se han levantado la totalidad de las observaciones, lo que podría significar que ninguna de las 56 observaciones plasmadas en el Pliego de Observaciones del 16 de diciembre del 2011, habían sido subsanadas; sin embargo, en otros documentos como el asiento 429 del cuaderno de obra, del Inspector; el Oficio N° 074-2012-14-SOM-GOSM/MSI; y numeral 5 del Memorando N° 508-2012-1400-GOSM/MSI, pero nunca en un Acta o Pliego de Observaciones del Comité de Recepción, LA MUNICIPALIDAD, acusa que son algunas las que no han sido subsanadas.

Sumese a ello que en documentos posteriores al Pliego de Observaciones de fecha 16 de diciembre del 2012, tales como el asiento 426 del cuaderno de obra, del Inspector; el Oficio N° 074-2012-14-SOM-GOSM/MSI; el Oficio N° 143-2012-14-SOM-GOSM/MSI; Oficio N° 015-2012-1400-GOSM/MSI; Memorando N° 508-2012-1400-GOSM/MSI; e Informe N° 056-2012-SOM/MSI, no existe coincidencia en el número e identificación de las observaciones que supuestamente no habría subsanado EL CONTRATISTA hasta el 21 de enero del 2012.

Las circunstancias descritas en el párrafo precedente, impidieron que en el marco de lo dispuesto en el artículo 210 del Reglamento, EL CONTRATISTA exprese disconformidad escrita en el Acta respectiva, sobre las supuestas observaciones no subsanadas. Así, es evidente que el Comité de Recepción, en contrario al mandato expreso contenido en el articulado acotado que dispone que la verificación se realice junto con el contratista, evitó la participación del representante de EL CONTRATISTA, y con ello le impidió sustentar en ese mismo acto y en esa misma Acta del 21 de enero del 2012, que todas las observaciones habían sido subsanadas.

A fin de seguir acreditando que EL CONTRATISTA actuó con la diligencia ordinaria

requerida ante la irregular actuación del Comité de Recepción en la elaboración del Acta de Observaciones del 21 de enero del 2012, se acredita que el Residente, en el asiento 430 del cuaderno de obra, expresó las razones objetivas que permiten verificar que EL CONTRATISTA había cumplido con subsanar el total de observaciones acusadas en el Pliego de Observaciones de fecha 16 de diciembre del 2011.

Asimismo se debe indicar que en el Acta del 21 de enero de 2012, el Comité de Recepción describe que "el contratista no ha cumplido con levantar todas las observaciones". Posteriormente, con fecha 26 de junio de 2012, el Comité de Recepción refiere que "se verificó que se levantaron el pliego de observaciones (...)"; vale decir al parecer se refiere a las 56 observaciones, al no haberse consignado o identificado cuál de las 56 observaciones supuestamente no se habían levantado. Es decir, ante la incertidumbre generada por no haberse consignado en el Acta de 21 de enero de 2012, cuál o cuáles eran las observaciones no subsanadas, se podría entender que en el Acta del 26 de junio de 2012, se hizo referencia a todas aquellas consignadas en el Acta del 16 de diciembre de 2012, es decir a las 56 observaciones. Sin embargo, existe una incongruencia que no permite considerar como sostenible y creíble, que existan o se refieran a las 56 observaciones y radica en el hecho de que la propia Entidad a través del Inspector en el cuaderno de obra (asiento 426 y 429) y sus funcionarios a través de escritos varios dirigidos al contratista (el Oficio N° 074-2012-14-SOM-GOSM/MSI; el Oficio N° 143-2012-14-SOM-GOSM/MSI; Oficio N° 015-2012-1400-GOSM/MSI; Memorando N° 508-2012-1400-GOSM/MSI; e Informe N° 056-2012-SOM/MSI), ha determinado que no son las 56 observaciones consignadas en el Acta del 16 de diciembre de 2011, las que subsisten al 21 de enero de 2012, sino algunas; sin embargo, no tiene certeza de cuáles son exactamente, sobre todo si existe el Informe N° 056-2012-SOM/MSI, su fecha 25 de julio del 2012, elaborado por el Comité de Recepción, en el que se determina que varias de esas observaciones no debieron ser determinadas como tales.

En ese sentido ¿Cómo es posible que se atribuya a EL CONTRATISTA el incumplimiento oportuno de la subsanación de observaciones en el proceso de recepción de obra, si el Comité de Recepción y la Entidad no tienen certeza de cuáles son las observaciones a subsanarse?

Es por ello que la genérica redacción consignada en las Acta del 21 de enero y 26 de junio

de 2012, únicos instrumentos en los que se podían registrar las observaciones, su subsanación o falta de subsanación, según corresponda, no permitió al contratista y ahora tampoco permite al Tribunal, saber con certeza cuál es el incumplimiento injustificado que se atribuye al ejecutor de obra, a fin de que concurra el presupuesto previsto en el art. 165 del reglamento, que justifique su aplicación.

Al entender del colegiado, La Entidad, a través de los escritos remitidos al contratista, indica que son algunas y no las 56 observaciones, las que supuestamente no fueron levantadas el 21 de enero de 2012, además la Entidad no tiene certeza sobre cuáles son exactamente las observaciones supuestamente no subsanadas el 21 de enero de 2012. Toda esta incertidumbre imposibilita a EL CONTRATISTA el derecho a cuestionar, en el caso negado que las hubieren, que las observaciones subsistentes no son relevantes en el proceso constructivo ni perjudican en absoluto el cumplir con el objeto del contrato. Al respecto, tome en cuenta el Tribunal, que ninguna de las dispersas e inexactas, en número y concepto, supuestas observaciones posteriores al 21 de enero de 2012, se refiere a defectos en el proceso constructivo de edificación, construcción, remodelación de cualquier obra o la inejecución de la misma que constituya parte integrante del proyecto contratado, que imposibilite su recepción y utilización para los fines destinados (estacionamientos de vehículos). Por el contrario, que todas las obras previstas en los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto fueron ejecutadas satisfactoriamente, prueba de ello es que el inspector haya ratificado (numeral 1 del art. 210 del Reglamento), en fecha anterior al 16 de diciembre de 2011, que la obra fue culminada, e informando de ello a la Entidad para que proceda a la conformación del Comité de Recepción.

Habiéndose acreditado que el Comité de Recepción y LA MUNICIPALIDAD no actuaron con arreglo a lo dispuesto en el art. 210 del Reglamento en el procedimiento de recepción de obra y plazo, el Tribunal Arbitral deberá determinar que en el caso en concreto no existe retraso injustificado en la subsanación de las observaciones entre el 21 de enero al 26 de junio del 2012 atribuible a EL CONTRATISTA.

En ese sentido conforme a lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 210 del Reglamento, al lapso de la demora debe adicionarse al plazo de ejecución de la misma y reconocerse a EL CONTRATISTA los gastos generales debidamente acreditados, en los que hubiese

incurrido durante la demora.

Cabe asimismo indicar que el artículo 40º del Reglamento ha previsto tres sistemas de contratación a través de los cuales las Entidades pueden contratar la ejecución de obras, estos son: el sistema a suma alzada, el sistema de precios unitarios, tarifas o porcentajes, y el esquema mixto de suma alzada y precios unitarios:

- El sistema de contratación a suma alzada resulta aplicable cuando "(...) las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos y especificaciones técnicas respectivas."

En ese sentido una Entidad solo podrá contratar la ejecución de una obra a suma alzada, cuando sea posible determinar su magnitud, calidad y cantidad, debiendo establecer esta información en los planos y especificaciones técnicas comprendidos en el expediente técnico.

- El Sistema de precios unitarios, tarifas o porcentajes, aplicable cuando la naturaleza de la prestación no permita conocer con exactitud o precisión las cantidades o magnitudes requeridas.

En este sistema, el postor formulará su propuesta ofertando precios unitarios, tarifas o porcentajes en función de las partidas o cantidades referenciales contenidas en las Bases y que se valorizan en relación a su ejecución real y por un determinado plazo de ejecución.

En el caso de obras, el postor formulará su propuesta ofertando precios unitarios considerando las partidas contenidas en las Bases, las condiciones previstas en los planos y especificaciones técnicas, y las cantidades referenciales, y que se valorizan en relación a su ejecución real y por un determinado plazo de ejecución.

Inclusive, el orden de Prelación en Contratos a Precios Unitarios es:

1. Precios Unitarios del Presupuesto Ofertado.
2. Planos del Proyecto



3. Especificaciones Técnicas y/o Términos de Referencia del Proyecto
4. Memoria Descriptiva

El presente contrato es uno de Ejecución de Obra pactado bajo el Sistema de Contratación a Precios Unitarios

Así el numeral 2 del artículo 184 del Reglamento indica que en estos casos, es la Entidad quien entrega el Expediente Técnico, siendo la definición de expediente técnico la contenida en el numeral 24 del anexo de definiciones del Reglamento que indica lo siguiente:

24. Expediente Técnico de Obra:

El conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto de obra, fecha de determinación del presupuesto de obra, Valor Referencial, análisis de precios, calendario de avance de obra valorizado, fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios.

En ese sentido la Partida 37.00.00 SISTEMA DE EXTRACCION DE MONOXIDO - Unidad de Pago Global, implica que dicha Partida incluye no solo el equipo de extracción de monóxido sino además incluye también todos los componentes, piezas y/o accesorios que sean técnicamente necesarios para su instalación y correcta operación, razón por la cual su pago es 'global'; ahora bien que quiere decir ello en el caso concreto:

Significa que la contratista al ofertar el precio de la Partida 37.00.00, debió incluir en ella -bajo su responsabilidad- todos los componentes que forman parte integrante del sistema de extracción, en concordancia con lo dispuesto en las especificaciones técnicas que el contratista debió conocer; por lo que, ésta no puede limitarse a ofertar únicamente el precio del equipo y dejar de lado las piezas o componentes que la conforman y que son necesarios para su operación, sobre todo si se tiene en cuenta que la partida 37.00.00 alude a un SISTEMA de extracción que se paga de forma 'global', esto es, por el todo;

En caso nos encontráramos ante un contrato a suma alzada, sería correcto que el contratista debe hacerse responsable de realizar todos los componentes, sin embargo al estar en un sistema a precios unitarios, es la entidad quien proporciona el expediente técnico y suma las responsabilidades por los defectos del mismo.

Así:

Los precios unitarios de las Bases y Expediente Técnico no están definidos, ya que la partida 37.00.02 GLOBAL no se puede medir, sin embargo dentro de la partida DAMPERS del Expediente en cuestión lo que se dice es únicamente la unidad de medida (pulgada cuadrada: pulg<sup>2</sup>) sin indicar el valor del componente Dampers, lo cual sin embargo si se dice en otros componentes precisando incluso los montos exactos de cada componente.

Asimismo, no existe documento alguno que indique que dentro de los planos, se encuentren definidos los DAMPERS, es por ello que estos dos errores COMETIDOS POR LA MUNICIPALIDAD no se les puede imputar al Contratista.

A manera de reconocimiento del error la entidad, en el oficio 514-2011 del 26 de Julio del 2011 remite la absolución de consultas del sistema de extracción de monóxido de carbono, en la que adjuntan nuevos planos para que se incorporen al contrato, situación que va CONTRA LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO Y CONTRA EL REGLAMENTO, pretendiendo así la entidad incrementar las obligaciones del contrato.

Así mismo existe la forma de pago de los Dampers ni existir documento alguno que indique que están en los planos, es que no puede obligarse al Contratista a colocarlos, lo cual si sería válido si estuviéramos en un sistema a suma alzada pero no si estamos en uno de precios unitarios, como el presente.

En ese orden de ideas, tenemos entonces que si los DAMPERS forman parte integrante del sistema de extracción de monóxido, pues los mismos se instalan al interior del equipo de extracción, luego no puede alegarse que porque no se haya configurado como una partida aparte e independiente entonces el contratista no está obligado a su instalación; argumentar ello es como pretender encontrar partidas que

corresponden a los insumos de cada partida, lo cual no es técnicamente correcto; así, por ejemplo, se tendría que tener partidas específicas para clavos, tornillos, etc, lo cual no sea ha dado en este caso, ni se da en la práctica constructiva;

Ingresando a analizar la Partida 37.00.00 del Sistema de Extracción de Monóxido, que se consigna en el folio 81 al 83, en la que se describen las especificaciones técnicas del suministro de ventiladores y equipos, que está conformado por 7 subcomponentes, entre estos, los Dampers de regulación, cuya forma de pago se especifica en pulgada cuadrada.

Sobre este primer extremo, adviértase que si bien se ha previsto en el expediente técnico el subcomponente indicado (dampers) cierto es también que la forma de pago "pulgada cuadrada" no tiene asignada una cuantificación en el presupuesto, vale decir, en el expediente técnico no se ha previsto cuánto cuesta la "pulgada cuadrada".

En el folio 331 del expediente técnico de obra, con relación al presupuesto del sistema de extracción de monóxido de carbono, se establecen como insumos presupuestados (i) mano de obra y (ii) dólar. Así en el subcomponente Dampers no existe cuantificación de la medida "pulgada cuadrada".

Ante esta situación, que constituye un error en el expediente técnico de obra, si correspondía ejecutar el subcomponente "dampers", las partes debieron pactar un precio para poder valorizar cada una de las pulgadas cuadradas que se pudieran o ejecutar, caso contrario, la entidad debió imponer un precio para su valorización, lo que nunca ocurrió. En consecuencia, nunca se previó el costo de ejecución de la subpartida "dampers".

Así, en el asiento 337 del cuaderno de obra, el residente pide autorización al inspector para instalar el sistema de extracción de monóxido, que se componía del extractor centrífugo doble, tablero eléctrico, sensores, extractor de bomba centrífuga, pero no hace referencia a los dampers, pues en el expediente no se había cuantificado su valorización por "pulgada cuadrada".

Ahora bien, resulta pertinente que se tenga en consideración lo dispuesto en la parte final de la cláusula primera del contrato, en donde se estipula que el monto del contrato incluye todo aquello que sea necesario para la correcta ejecución de la obra, la correcta ejecución de la obra, está vinculada directamente con los alcances y limitaciones

determinadas dentro del expediente técnico de la obra, cláusula que debe aplicarse en concordancia con lo dispuesto en la cláusula cuarta que establece que las especificaciones técnicas forman parte integrante del contrato, (se daría como válido tal argumento si el sistema de contratación hubiese sido A.SUMA ALZADA) todo lo cual determina que es obligación de la contratista no solo instalar los dampers sino además asumir sus costos, más aún cuando la forma de pago de la Partida 37.00.00 es 'global'; por tanto:

Por ello el contratista no estaba obligado a instalarlos ya que al estar en un Sistema a precios unitarios y no existir el precio pactado, no era su deber instalarlos, sin embargo lo realiza y es por ello que estamos ante una liberalidad.

Ahora, es importante indicar el incumplimiento de las formalidades en el Acta de Observaciones, y que afecto de todas maneras el derecho del Contratista a conocer las observaciones con certeza, hecho que es de responsabilidad de la entidad.

Por lo expuesto, no sería procedente la aplicación de la penalidad por demora en el levantamiento de las observaciones de la Recepción de la Obra.

**POR TANTO SE DECLARA FUNDADA LA PRETENSION CONTENIDA EN EL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO.**

Segundo punto controvertido: Determinar si corresponde o no que se deje sin efecto legal la Resolución de Gerencia General N° 030-2012-1400-GOSM/MSI, notificada mediante Oficio N° 6060-2012-14.10-SOM-GOSM/MSI.

Que, a través de la presente pretensión la contratista invoca que el TRIBUNAL deje sin efecto la Resolución Gerencial N° 030-2012-1400-GOSM/MSI del 19 de octubre de 2012, a través de la cual el Contratante aprueba la liquidación del contrato de obra que es materia de la presente controversia.

En ese sentido al no ser válida la penalidad impuesta y no existiendo retraso injustificado en el que haya incurrido el contratista, la Resolución que resuelve imponen la sanción al contratista debe dejarse sin efecto legal.

**POR TANTO, SE DECLARA FUNDADA LA PRETENSION CONTENIDA EN EL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO.**

Tercero punto controvertido: Determinar si corresponde o no que se apruebe la liquidación de obra por el monto de S/. 3, 924,740.79 (Tres millones novecientos veinticuatro mil setecientos cuarenta con 79/100 nuevos soles), con un saldo a favor del Contratista de S/. 433,966.63 (Cuatrocientos treinta y tres mil novecientos sesenta y seis con 63/100 nuevos soles).

Con relación a la presente pretensión, a través del cual la contratista solicita que se apruebe la liquidación de obra elaborada por ésta por un monto de S/3,924,740.79 nuevos soles, con un saldo a su favor de S/.433,966.63 nuevos soles, el TRIBUNAL constata que en concordancia con los considerandos que han sido expuestos precedentemente, la liquidación practicada por el Contratante expresada en la Resolución Gerencial N° 030-2012-1400-GOSM/MSI de fecha 19 de octubre de 2012, no resulta siendo válida y, por tanto no es oponible a la recurrente, razón por la cual el Tribunal estima que debe ampararse la presente pretensión invocada por la contratista, más aún si se tiene presente que en la liquidación elaborada por El CONTRATISTA no ha sido incluida la penalidad.

**POR TANTO SE DECLARA FUNDADA LA PRETENSION CONTENIDA EN EL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO.**

Cuarto punto controvertido: Determinar si corresponde o no que ordene a la Entidad Municipal a devolver al Contratista las garantías ofrecidas y el reembolso de los gastos financieros por mantener la vigencia de tales garantías.

Respecto a la presente pretensión se tiene que la contratista invoca al Tribunal que se ordene a la Entidad Contratante devolver al contratista las garantías ofrecidas y el reembolso de los gastos financieros por mantener la vigencia de tales garantías; a efectos de resolver la presente pretensión el Tribunal tiene en consideración que la garantía de fiel cumplimiento de contrato debe mantenerse vigente hasta que la liquidación quede consentida, situación que recién se verificará cuando se resuelvan las diversas

controversias del presente proceso arbitral, a través del laudo que se expida; por lo que, en virtud a ello, las partes deberán estar a lo dispuesto en la parte final del primer párrafo del artículo 258° del REGLAMENTO que señala:

**ARTICULO 258.- GARANTIA DE FIEL CUMPLIMIENTO**

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 servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final en el caso de ejecución y consultoría de obras. (el subrayado es nuestro).

De manera excepcional, respecto de aquellos contratos que tengan una vigencia superior a un (1) año, previamente a la suscripción del contrato, las Entidades podrán aceptar que el ganador de la Buena Pro presente la garantía de fiel cumplimiento y de ser el caso, la garantía por el monto diferencial de la propuesta, con una vigencia de un (1) año, con el compromiso de renovar su vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación o exista el consentimiento de la liquidación del contrato.

Es atendible lo peticionado por EL CONTRATISTA, sin embargo no puede ampararse el pedido de reembolso de los gastos financieros por mantener la vigencia de tales garantías invocado por EL CONTRATISTA, pues la obligación de ésta es la de mantener vigente dicha garantía hasta que quede consentida la liquidación

**POR TANTO, SE DECLARA FUNDADA EN PARTE LA PRETENSION CONTENIDA EN EL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO.**

Quinto punto controvertido: Determinar a quién corresponde asumir las costas y costos del presente arbitraje.

Que, en cuanto a los costos del arbitraje, los artículos 70° y 73° del Decreto Legislativo N.º 1071, disponen que el árbitro tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el árbitro podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

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

Por su parte, CAROLINA DE TRAZEGNIES THORNE, comentando el artículo 70° de la Ley de Arbitraje, señala que "el antecedente inmediato del artículo 70° es el artículo 52° de la Ley N° 26572 que ya incluía una relación no limitativa de los diversos conceptos que podían verse comprendidos en la categoría general de gastos (ahora costos) del arbitraje, estableciendo que estos podían ser objeto de condena o exoneración a las partes si es que en el convenio no se hubiese pactado nada al respecto. En la exposición de Motivos del proyecto de Ley del Decreto Legislativo N° 1071 se señala que las modificaciones en este punto buscan identificar con precisión los conceptos que comprenden los costos del arbitraje, cubriendo así deficiencias y vacíos de la legislación anterior".

Que atendiendo a la inexistencia de pacto entre las partes y considerando el resultado o sentido del laudo, pero, al mismo tiempo, que ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, en razón de la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, que —precisamente— motivó el presente arbitraje, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en vía arbitral; y que, además, el suscrito considera a efectos de regular el pago de tales conceptos el buen comportamiento procesal de las partes, se estima razonable:

(i) Que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar;

(ii) Que cada una de las partes asuma en proporciones iguales los honorarios del Tribunal Arbitral y de la secretaría arbitral.

Que, en los numerales 54° y 55° del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, de fecha 17 de junio de 2013, se fijó como anticipo de honorarios de cada uno de los árbitros la suma de S/. 6,000.00 (Seis mil con 00/100 nuevos soles) netos y de la secretaría arbitral la suma de S/. 3,500.00 (Tres mil quinientos con 00/100 nuevos soles) netos.

Que, en tal sentido, corresponde establecer como honorario total del Tribunal Arbitral la suma de S/. 18,000.00 (dieciocho mil con 00/100 nuevos soles) netos y de la Secretaría Arbitral en la suma de S/. 3,500.00 (Tres mil quinientos con 00/100 nuevos soles) netos.

Respecto a la Reconvención:

Único punto controvertido: Determinar si corresponde o no que el Contratista cumpla con pagar a la Entidad la suma total de S/. 193,866.07 (Ciento Noventa y Tres mil ochocientos sesenta y seis con 07/100 nuevos soles) incluido I.G.V, por concepto de saldo a favor de la Entidad correspondiente a la liquidación de la obra del Contrato N° 125-2010, conforme a lo dispuesto en el artículo primero de la Resolución de Gerencia N° 030-2012-1400-GOSM/MSI de fecha 19 de octubre de 2012, más los intereses legales correspondientes.

Con relación a la única pretensión contenida en la reconvención interpuesta por la Entidad, en el que solicita que la contratista cumpla con pagar a favor de ésta la suma total de S/. 193,866.07 incluido el IGV, por concepto de saldo a favor de la Entidad correspondiente a la liquidación del Contrato N° 125-2010, conforme a lo dispuesto en el artículo primero de la Resolución Gerencial N° 030-2012-1400-GOSM/MSI de fecha 19 de octubre de 2012, más los intereses legales correspondientes, el suscrito por los argumentos expuestos no puede amparar la presente pretensión, en virtud a las consideraciones que han sido expuestas en el presente documento.

**POR TANTO, SE DECLARA INFUNDADA LA PRETENSÓN CONTENIDA EN LA RECONVENCIÓN.**

**IX. VOTO SINGULAR**

Que, el suscrito deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes.

Asimismo, el suscrito deja constancia de que ha examinado las pruebas presentadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en el Decreto Legislativo N.º 1071, que regula el Arbitraje.

Finalmente, deja constancia que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes pudieran no haber sido expresamente citados en el presente documento.

Por las consideraciones que preceden, y de acuerdo a lo establecido con las normas legales citadas, actuadas y valoradas las pruebas ofrecidas en este arbitraje, el suscrito emite su VOTO SINGULAR en derecho declarando:

**PRIMERO: DECLARAR FUNDADA LA ÚNICA PRETENSIÓN** contenida en la ampliación de demanda presentada por MASEDI CONTRATISTAS GENERALES SAC, en concordancia con las consideraciones que han sido expuestas en el presente voto singular.

**SEGUNDO: DECLARAR IMPROCEDENTE LA TACHA INTERPUESTA** por la MUNICIPALIDAD DE SAN ISIDRO de acuerdo a lo expuesto en el presente voto singular.

**TERCERO: DECLARAR FUNDADO EL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO** en concordancia con las consideraciones que han sido expuestas en el presente voto singular.

**CUARTO: DECLARAR FUNDADO EL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO** en concordancia con las consideraciones que han sido expuestas en el presente voto singular.

**QUINTO: DECLARAR FUNDADO EL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO** en concordancia con las consideraciones que han sido expuestas en el presente voto singular.

**SÉXTO: DECLARAR FUNDADO EN PARTE EL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO** en el extremo que se ordena a devolver a EL CONTRATISTA las garantías ofrecidas y e INFUNDADO el reembolso de los gastos financieros por mantener la vigencia de tales garantías, en concordancia con las consideraciones que han sido expuestas en el presente voto singular.

**SÉPTIMO: DISPONGASE** que, ambas partes asuman en proporciones iguales los honorarios del Tribunal Arbitral y de la secretaría arbitral.

**OCTAVO: FIJASE** como honorarios definitivos del presente arbitraje los señalados en el presente voto singular, conforme al artículo 70º de la Ley de Arbitraje.

**NOVENO: DECLARAR INFUNDADA LA RECONVENCIÓN** interpuesta por la MUNICIPALIDAD DE SAN ISIDRO según los argumentos señalados en el presente voto singular.



IVAN ALEXANDER CASIANO LOSSIO

Árbitro



ROSSMERY PONCE NOVOA

Secretaría Arbitral

AD HOC