

Lima, 6 de octubre de 2017

CARTA N° 17-2017/JHL/ARB/I034-2016

Señores

Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social – MIDIS
Calle Nicolás de Piérola N° 826 – Cercado de Lima, Lima

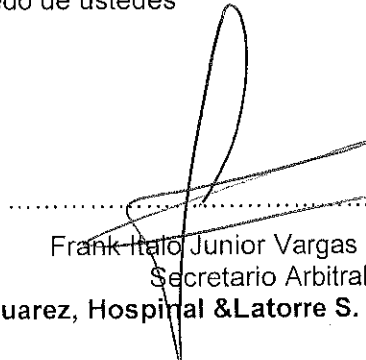
Presente. -

Referencia: Proceso Arbitral entre el Consorcio Montesión y el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (Programa Nacional de Tambos) (**Expediente I034-2016**)

Por la presente, cumplimos con poner en su conocimiento el Laudo Arbitral de derecho emitido el 6 de octubre de 2017 por el Árbitro Único, el mismo que contiene veintiocho (28) páginas debidamente numeradas y firmadas.

Sin otro particular, quedo de ustedes

Atentamente,


Frank Italo Junior Vargas Cancino
Secretario Arbitral
Juarez, Hospital & Latorre S. Civil de R. L.

*Felicitaciones
Fr. Italo
si hay alpin
monto que
liquidar
9/10/2017*

Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social


954851
REGISTRO N° 00072972-2017
REGISTRADOR: tcubam
FECHA: 06/10/2017 15:53:33
PP
Folios : 29

21- 2013 PNT
C.R.S.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

NOMBRE DE LAS PARTES:

DEMANDANTE: CONSORCIO MONTESIÓN

**DEMANDADO: MINISTERIO DE DESARROLLO E INCLUSIÓN
SOCIAL-PROGRAMA NACIONAL TAMBOS**

ÁRBITRO ÚNICO: NIDIA ROSARIO ELIAS ESPINOZA

Laudo Arbitral de Derecho, dictado en la ciudad de Lima, con fecha 06 de octubre de 2017, por el Árbitro Único Abog. Nidia Rosario Elías Espinoza, en el arbitraje seguido por Consortio Montesión contra el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social-Programa Nacional Tambos.

Resolución N° 12

Lima, 06 de octubre del año 2017

VISTOS:

1. Existencia del Convenio Arbitral:

Con fecha 21 de enero del 2014, las partes del proceso arbitral suscribieron el Contrato N° 003-2014-VIVIENDA-PNT, para la Elaboración del Expediente Técnico y Ejecución de la Obra: "Equipamiento e Implementación del Centro de Servicios de Apoyo al Hábitat Rural en el C.P. San Agustín de la Huaruchaca- Distrito de Mamara Provincia de Grau- Departamento de Apurímac, el Centro Poblado de Chocollo- Distrito de Challhuahuacho- Provincia de Cotabambas Departamento de Apurímac y del Centro Poblado de Tulla – Distrito de Haquira- Provincia de Cotabambas- Departamento de Apurímac" en adelante el Contrato.

En la Cláusula Décimo Novena- Solución de Controversias- se estableció que cualquier controversia durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previstos en los artículos 144, 170, 184, 199, 201, 210, 211, y 212 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se solucionaría de manera definitiva e inapelable por Conciliación y Arbitraje de Derecho.

2. Designación del Árbitro Único:

El Organismo Superior de las Contrataciones del Estado (OSCE), mediante Resolución N° 414-2015-OSCE/ PRE de fecha 20 de noviembre del 2015 designó como Árbitro Único a la Abog. Nidia Rosario Elías Espinoza la misma que mediante Carta S/N de fecha 14 de diciembre del 2015 aceptó el cargo y quien suscribe el presente laudo, declarando que no tiene ninguna incompatibilidad o compromiso con las partes y que se desenvolverá con imparcialidad, independencia y probidad.

3. Audiencia de Instalación:

Con fecha 10 de marzo del 2016 se llevó a cabo la audiencia de instalación del Árbitro Único con la presencia de ambas partes, por el Contratista su representante Eduardo Fernando Suarez Escobar identificado con DNI N° 42269188 y por el Ministerio de Vivienda Construcción y Saneamiento, la Procuraduría Pública el abogado Giulino Sario Vitteri Sánchez identificado con DNI N° 07804820 y Registro CAL N° 36453.

4. Presentación de Demanda:

Con fecha 11 de abril del 2016 Consortio Montesión, presentó su respectiva demanda arbitral a efectos que se declare fundada las siguientes pretensiones:

- Se determine si corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia de la resolución parcial del Contrato N° 003-2014-VIVIENDA-PNT de fecha 21.01.2014 efectuada mediante carta notarial N° 297-2014/VIVIENDA-PNT recibida 11.12.2014; carta notarial N°298-2014/VIVIENDA-PNT recibida 11.12.2014; carta notarial N°300-2014/VIVIENDA-PNT recibida 11.12.2014, conforme el artículo 168,169, y 209 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado D.S. N° 184-2008-EF modificado por D.S. N° 138-2012-EF.
- Que se determine y ordene a la Entidad contratante, dar suma de dinero (pago, de los costos (honorarios de abogado) y costas (gastos del proceso: Honorarios del Tribunal arbitral y de la secretaria arbitral) derivados del presente proceso, más los intereses hasta la fecha de cancelación.

- Que, se reconozca y ordene que la Entidad cumpla con la devolución correspondiente al 10% de la retención por concepto de garantía, ello por cumplimiento del servicio equivalente a la suma de S/ 149,996.75 (ciento cuarenta y nueve mil novecientos noventa y seis con 75/100 Nuevos Soles).

Fundamentos en los cuales Consortio Montesión sustenta sus pretensiones:

La demandante ampara su demanda, en base a las siguientes consideraciones que detallamos seguidamente de manera resumida:

Fundamentos de Hecho de la Demanda Arbitral:

El Consortio Montesión refiere que con fecha 21 de enero del 2014, celebró con el Ministerio de Vivienda Construcción y Saneamiento el Contrato N° 003-2014-VIVIENDA-PNT para la Elaboración del Expediente Técnico y Ejecución de la Obra: "Equipamiento e Implementación del Centro de Servicios de Apoyo al Hábitat Rural en el C.P. San Agustín de la Huaruchaca- Distrito de Mamara Provincia de Grau- Departamento de Apurímac, el Centro Poblado de Chocollo- Distrito de Challhuahuacho- Provincia de Cotabambas Departamento de Apurímac y del Centro Poblado de Tulla – Distrito de Haqaira-Provincia de Cotabambas- Departamento de Apurímac" por un monto contractual ascendente a S/.1 499,967.51 Nuevos Soles incluido IGV.

Respecto del Proyecto C.P de Chocollo- Distrito de Chalcahuanco Provincia de Cotabambas- Departamento de Apurímac.-

La accionante señala que en este proyecto, se ha manifestado que el avance acumulado ha sido de 40.85% y que desde el inicio de la ejecución de obra se ha advertido la existencia de problemas que afectan a todos los proyectos, tales como:

- a) Existencia de un mal estado de conservación y mantenimiento constante de las vías de acceso al lugar donde se ejecutan las obras. Producto de circunstancias climáticas, lluvias prolongadas, que afectan el libre tránsito ocurrieron que han sido reportadas en su debida oportunidad.
- b) Existencia de problemas en el tiempo necesario para trasladar los insumos de arquitectura como planchas de aluzinc desde la ciudad de Lima a donde se desarrolla la obra, siendo una distancia de 1042 Km, aunado al excesivo tiempo de fabricación del mismo material.

- c) Insuficiencia del plazo contractual para la ejecución de la obra (75 d.c.) teniendo en consideración la distancia y lo accidentado de la zona, siendo insuficiente para culminar con los trabajos en el plazo indicado.
- d) El desabastecimiento inminente de ladrillos de arcilla en la zona de Abancay y Cusco.
- e) Tiempo de demora en secar la madera de techo para secado y la óptima colocación en los tijerales, además del transporte de esta, desde la zona del Cusco hasta las 60 localidades donde se encuentran las obras en ejecución.
- f) El termino insuficiente que se aprobó a nuestro pedido de ampliación de plazo cuyo planeamiento fuera mayor a lo aprobado por la Entidad, tiempo que no permite la culminación de las obras conforme el contrato.
- g) Problemas en razón del pago oportuno de las valorizaciones, puesto que su demora ante el plazo de ejecución que consideramos insuficiente, constituye una causa de atraso. Se indica que a la fecha de la culminación está pendiente el pago de la valorización de julio.
- h) La necesidad y voluntad del contratista de culminar la obra al más breve plazo y antes del inicio de las lluvias, para la tranquilidad de las comunidades.

Asimismo, refiere que mediante Carta Notarial N° 254-2014-VIVIENDA-PNT de fecha 07.11.2014 recibida el 10.11.2014, la Entidad les comunicó que estarían incumpliendo las obligaciones contractuales, requiriéndoles su cumplimiento, otorgándoles 15 días calendarios, bajo apercibimiento de resolver el contrato; y posteriormente, solicitaron mediante Carta N° 040-2014-CONSORCIOMONTESION-ESE/RL/EQV/RL de fecha 18.11.14, recibida por la Entidad el 19.11.14 la intervención económica de la obra para los contratos N° 002-2014-VIVIENDA-PNT y N° 003-2014-VIVIENDA-PNT, la cual no fue aprobada, pese que se le comunicó se había cumplido con pagar gran parte de las deudas, reinició de los trabajos, compra de materiales y que se estaba gestionando las fianzas de fiel cumplimiento y adelanto por ambas obras, para obtener la devolución del fondo de garantía, a fin de invertirlo en retomar las obras y terminar con los desacuerdos.

Finalmente, señala que mediante Carta Notarial N° 297-2014/VIVIENDA-PNT de fecha 04.12.15 recibida el 11.12.14 el entidad resuelve parcialmente el contrato N° 003-2014-VIVIENDA-PNT de fecha 21.01.2014.

Respecto del Proyecto C.P de Tulla- Distrito de Huaquira- Provincia de Cotabambas- Departamento de Apurímac.-

La parte accionante señala que en este proyecto, se ha manifestado que el avance acumulado ha sido de 33.24% y que desde el inicio de la ejecución de

obra se ha advertido la existencia de problemas que afectan a todos los proyectos, tales como:

- a) Existencia de un mal estado de conservación y mantenimiento constante de las vías de acceso al lugar donde se ejecutan las obras. Producto de circunstancias climáticas, lluvias prolongadas, que afectan el libre tránsito ocurriendo que han sido reportadas en su debida oportunidad.
- b) Existencia de problemas en el tiempo necesario para trasladar los insumos de arquitectura como planchas de aluzinc desde la ciudad de Lima a donde se desarrolla la obra, siendo una distancia de 1042 Km, aunado al excesivo tiempo de fabricación del mismo material.
- c) Insuficiencia del plazo contractual para la ejecución de la obra (75 d.c.) teniendo en consideración la distancia y lo accidentado de la zona, siendo insuficiente para culminar con los trabajos en el plazo indicado.
- d) El desabastecimiento inminente de ladrillos de arcilla en la zona de Abancay y Cusco.
- e) Tiempo de demora en secar la madera de techo para secado y la óptima colocación en los tijerales, además del transporte de esta, desde la zona del Cusco hasta las 60 localidades donde se encuentran las obras en ejecución.
- f) El termino insuficiente que se aprobó a nuestro pedido de ampliación de plazo cuyo planeamiento fuera mayor a lo aprobado por la Entidad, tiempo que no permite la culminación de las obras conforme el contrato.
- g) Problemas en razón del pago oportuno de las valorizaciones, puesto que su demora ante el plazo de ejecución que consideramos insuficiente, constituye una causa de atraso. Se indica que a la fecha de la culminación está pendiente el pago de la valorización de julio.
- h) La necesidad y voluntad del contratista de culminar la obra al más breve plazo y antes del inicio de las lluvias, para la tranquilidad de las comunidades.

Asimismo, refiere que mediante Carta Notarial N° 252-2014-VIVIENDA-PNT de fecha 07.11.2014 recibida el 10.11.2014, la Entidad le comunicó que estarían incumpliendo las obligaciones contractuales, requiriéndole su cumplimiento, otorgándole 15 días calendarios, bajo apercibimiento de resolver el contrato; y que posteriormente, solicitaron mediante Carta N° 040-2014-CONSORCIOMONTESION-ESE/RL/EQV/RL de fecha 18.11.14, recibida por la Entidad el 19.11.14 la intervención económica de la obra para los contratos N° 002-2014-VIVIENDA-PNT y N° 003-2014-VIVIENDA-PNT, la cual no fue aprobada, pese que se le comunicó se había cumplido con pagar gran parte de las deudas, reinició de los trabajos, compra de materiales y que se estaba gestionando las fianzas de fiel cumplimiento y adelanto por ambas obras, para

obtener la devolución del fondo de garantía, a fin de invertirlo en retomar las obras y terminar con los desacuerdos.

Finalmente, señala que mediante Carta Notarial N° 298-2014/VIVIENDA-PNT de fecha 04.12.15 recibida el 11.12.14 el entidad resuelve parcialmente el contrato N° 003-2014-VIVIENDA-PNT de fecha 21.01.2014, refiriendo el supuesto incumplimiento injustificado, al no realizar la entrega de la infraestructura y equipamiento de conformidad con la *Cláusula Décimo Quinta del Contrato*, consignando la fecha para el acto de constatación física e inventario el día 15.12.2014.

Respecto del Proyecto C.P de San Agustín de Huaruchaca- Distrito de Mamara- Provincia de Grau- Departamento de Apurímac.-

La parte accionante señala que en este proyecto, se ha manifestado que el avance acumulado ha sido de 33.21% y que desde el inicio de la ejecución de obra se ha advertido la existencia de problemas que afectan a todos los proyectos, tales como:

- a) Existencia de un mal estado de conservación y mantenimiento constante de las vías de acceso al lugar donde se ejecutan las obras. Producto de circunstancias climáticas, lluvias prolongadas, que afectan el libre tránsito ocurrieron que han sido reportadas en su debida oportunidad.
- b) Existencia de problemas en el tiempo necesario para trasladar los insumos de arquitectura como planchas de aluzinc desde la ciudad de Lima a donde se desarrolla la obra, siendo una distancia de 1042 Km, aunado al excesivo tiempo de fabricación del mismo material.
- c) Insuficiencia del plazo contractual para la ejecución de la obra (75 d.c.) teniendo en consideración la distancia y lo accidentado de la zona, siendo insuficiente para culminar con los trabajos en el plazo indicado.
- d) El desabastecimiento inminente de ladrillos de arcilla en la zona de Abancay y Cusco.
- e) Tiempo de demora en secar la madera de techo para secado y la óptima colocación en los tijerales, además del transporte de esta, desde la zona del Cusco hasta las 60 localidades donde se encuentran las obras en ejecución.
- f) El termino insuficiente que se aprobó a nuestro pedido de ampliación de plazo cuyo planeamiento fuera mayor a lo aprobado por la Entidad, tiempo que no permite la culminación de las obras conforme el contrato.
- g) Problemas en razón del pago oportuno de las valorizaciones, puesto que su demora ante el plazo de ejecución que consideramos insuficiente, constituye una causa de atraso. Se indica que a la fecha de la culminación está pendiente el pago de la valorización de julio.

- h) La necesidad y voluntad del contratista de culminar la obra al más breve plazo y antes del inicio de las lluvias, para la tranquilidad de las comunidades.

Asimismo, refiere que mediante Carta Notarial N° 255-2014-VIVIENDA-PNT de fecha 07.11.2014 recibida el 10.11.2014, la Entidad les comunicó que estarían incumpliendo las obligaciones contractuales, requiriéndole su cumplimiento, otorgándole 15 días calendarios, bajo apercibimiento de resolver el contrato; y que posteriormente, solicitaron mediante Carta N° 040-2014-CONSORCIOMONTESION-ESE/RL/EQV/RL de fecha 18.11.14, recibida por la Entidad el 19.11.14 la intervención económica de la obra para los contratos N° 002-2014-VIVIENDA-PNT y N° 003-2014-VIVIENDA-PNT, la cual no fue aprobada, pese que se le comunicó se había cumplido con pagar gran parte de las deudas, reinició de los trabajos, compra de materiales y que se estaba gestionando las fianzas de fiel cumplimiento y adelanto por ambas obras, para obtener la devolución del fondo de garantía, a fin de invertirlo en retomar las obras y terminar con los desacuerdos.

Finalmente, señala que mediante Carta Notarial N° 300-2014/VIVIENDA-PNT de fecha 05.12.15 recibida el 11.12.14 el entidad resuelve parcialmente el contrato N° 003-2014-VIVIENDA-PNT de fecha 21.01.2014, refiriendo el supuesto incumplimiento injustificado, al no realizar la entrega de la infraestructura y equipamiento de conformidad con la Cláusula Décimo Quinta del Contrato, consignando la fecha para el acto de constatación física e inventario el día 19.12.2014.

5.- Contestación de la demanda:

Con fecha 07 de junio del 2016 Programa Nacional Tambos – Ministerio de Vivienda Construcción y Saneamiento cumplió con presentar su escrito de contestación de demanda.

La abogada MARIA OFELIA ESPINOZA BERRIOS, de la Procuraduría Pública del Ministerio de Vivienda Construcción y Saneamiento mediante la contestación de la demanda postuló las siguientes pretensiones:

- Que se declare Infundada la demanda en todos sus extremos, al amparo de los fundamentos de hecho y derecho que se exponen en la contestación de la demanda.

Fundamentos en los cuales Programa Nacional Tambos- MVCS sustenta sus pretensiones:

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primera Pretensión:

Respecto al Centro Poblado San Agustín de Huaruchaca- Distrito de Mamara-provincia de Grau- Departamento de Apurímac.-

La Entidad manifiesta que mediante Carta N° 012-2014/RRA/jsha e Informe N° 004-2014/RRAJ/saha del Ing. Supervisor, informa que en el periodo comprendido desde el 01 de agosto de 2014 al 31 de agosto de 2014 la obra se encuentra un 46.74% de retraso, el cual de acuerdo al cronograma de obra y que el avance físico de la obra fue nulo, pese haberse superado las condiciones de la carretera y con Carta N°013-2014/RRA/jsha e Informe N° 005-2014/RRAJ/saha, también informa que en el periodo 01 de setiembre de 2014 al 31 de setiembre de 2014 la obra se encuentra en un 66.79% de retraso, que el avance es nulo, pese haberse superado las condiciones de la carretera y que no cumplió con ingresar los materiales y mantuvo la obra paralizada, siendo responsabilidad del contratista.

Asimismo, refiere que se le otorgó al contratista dos ampliaciones de plazo, la primera por 20 días, teniendo como nueva fecha de término de ejecución de obra (sin equipamiento) el 05 de setiembre de 2104 y una segunda ampliación por 39 días, siendo la nueva fecha de término de ejecución de obra (sin equipamiento) el 14 de octubre de 2014, en ambos periodos el contratista mantuvo la obra paralizada, sin motivo alguno y que los pagos de sus valorizaciones fueron canceladas el 22 de julio de 2014 (1era valorización del periodo de junio) y el 08 de setiembre de 2014 (2da valorización del periodo de julio). Además precisa que cuando el contratista solicitó la intervención económica el 11 de noviembre del 2014 ya se encontraba afecto a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación.

La Entidad señala que inició el procedimiento de resolución de contrato en vista que el contratista había acumulado el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la obra y paralizar injustificadamente la ejecución de la prestación, por ello, requiere al contratista mediante Carta Notarial N° 255-2014/VIVIENDA-PNT del 07 de noviembre de 2014, a fin de que en el plazo de quince días calendarios cumpla con sus obligaciones contractuales, bajo apercibimiento de resolución de contrato y que pese a dicho requerimiento el contratista no cumplió con sus obligaciones, por ello, mediante Carta Notarial N° 300-2014/VIVIENDA-PNT comunicó al contratista su decisión de resolver parcialmente el contrato N° 003-2014-VIVIENDA-PNT, comunicando que la Constatación Física sería para el día 19 de diciembre del 2014.

A su vez, refiere que el 19 de diciembre del 2014, se llevó a cabo la Constatación Física e Inventario de bienes donde se cuantificó el avance real ejecutado y la calidad de los materiales, siendo este avance real ejecutado y la calidad de los materiales, siendo el avance físico real valorizado de S/ 70,120.89 (16.26%), frente a un 32.21% valorizado, habiendo una sobrevalorización de la obra y reclamos por parte de la población respecto a sus pagos de sus haberes, producto de los trabajos realizados para la obra y reclamo de proveedores de materiales y comida.

Finalmente, la Entidad considera que a través de las valorizaciones N° 01 y 02 se ha pagado la suma total de S/ 143,171.01 incluido IGV, por lo que corresponderá que el Consortio Montesión devuelva la suma de S/ 73,050.12 incluido IGV; y que el contratista ha incurrido en una penalidad por mora en la ejecución de la obra máxima de 10% del monto del contrato y otras penalidades que ascienden a un total de S/ 49,519.93.

Respecto a la Resolución de Contrato Centro Poblado de Chocollo- Distrito de Challhuahuacho- Provincia de Contabambas- Departamento de Apurímac.-

La Entidad precisa que debido al incumplimiento decide apercibir mediante Carta Notarial N° 254-2014/VIVIENDA-PNT al Consortio Montesión para que en el plazo de 15 días calendarios proceda a cumplir con las obligaciones establecidas en el contrato, bajo apercibimiento de resolución de contrato; sin embargo ante el incumplimiento de las obligaciones del contratista, bajo el sustento del Informe Técnico N° 2151-2014-VIVIENDA-PNT-UI, en fecha 11 de diciembre de 2014 mediante Carta Notarial N° 297-2014/VIVIENDA-PNT comunica al contratista, su decisión de resolver parcialmente el contrato y que la constatación física se realizaría el 16 de diciembre de 2014.

Precisa también que en dicha constatación se cuantificó el avance real ejecutado y la calidad de los materiales, siendo este avance físico real ejecutado valorizado de S/ 51,296.17 (11.87%) incluido IGV solo obra, frente a un 25.32% valorizado, habiendo una sobrevaloración de la obra y reclamos por parte de la población respecto a sus pagos de sus haberes, producto de los trabajos realizados para la obra y reclamo de proveedores de materiales y comida.

Finalmente, la Entidad considera que a través de las valorizaciones N° 01 y 02 se ha pagado la suma total de S/ 109,449.85 incluido IGV, por lo que corresponderá que el Consortio Montesión devuelva la suma de S/ 59,153.68 incluido IGV; y que el contratista ha incurrido en una penalidad por mora en la ejecución de la obra máxima de 10% del monto del contrato y otras penalidades que ascienden a un total de S/ 50,610.09.

16/

Respecto a Centro Poblado de Tulla Distrito de Haquira-Provincia de Cotabambas-Departamento de Apurímac, efectuado mediante Carta Notarial N° 298-2014/VIVIENDA-PNT.-

La Entidad señala que mediante Informe N° 06-2004/VIVIENDA-OGA-HCB de fecha 27 de octubre del 2014 la supervisión, les informó el incumplimiento del contratista en los tiempos programados, encontrándose el plazo de ejecución de obra vencido (53 días), por ello se encuentra afecto a la penalidad máxima por mora en la ejecución de la prestación, por esa razón teniendo en consideración el informe técnico N° 1974-2014-VIVIENDA-PNT-UI-JJRD del 07 de noviembre de 2014, deciden apercibir el contratista mediante Carta Notarial N° 252-2014/VIVIENDA-PNT del 07 de noviembre del 2014 recibida por el contratista el 10 de noviembre del 2014, otorgándole un plazo de quince días calendarios para que cumpla con sus obligaciones contractuales, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Asimismo, la Entidad refiere que pese al requerimiento el contratista no cumplió con sus obligaciones, por ello mediante Carta Notarial N° 298-2014-VIVIENDA-PNT deciden resolver parcialmente el contrato N° 003-2014-VIVIENDA-PNT y le comunican dicha decisión el 11 de noviembre del 2014 y que la Constatación Física fue programada el día 15 de diciembre del 2014.

Agrega que en dicha constatación, cuantificaron el avance real ejecutado y la calidad de los materiales, siendo este avance físico real ejecutado valorizado de S/ 71,632.74 (16.66%) incluido IGV solo obra, frente a un 22.74% valorizado, habiendo una sobrevaloración de la obra y reclamos por parte de la población respecto a sus pagos de sus haberes, producto de los trabajos realizados para la obra y reclamo de proveedores de materiales y comida.

Finalmente, la Entidad considera que a través de la valorización N° 01 se ha pagado la suma total de S/ 97,739.39 incluido IGV, por lo que corresponderá que el Consortio Montesión devuelva la suma de S/ 26,106.65 incluido IGV; y que el contratista incurrió en penalidad por mora en la ejecución de la obra máxima de 10% del monto del contrato y otras penalidades que ascienden a la suma total de S/ 49,425.24.

6. Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos

Mediante Resolución N° 02 del 21 de junio del 2016 el Árbitro Único dispuso la realización de la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el día 12 de julio del 2016 horas 10:00 am.

De esa manera, se procedió a realizar los siguientes actos:

SANEAMIENTO

En el presente caso se declaró que no existía ningún vicio o defecto de tramitación que a la fecha pudo dar lugar a cuestionamientos sobre el desarrollo y continuación del presente arbitraje y que además se verificó la concurrencia de las condiciones de la acción y presupuestos procesales. Habiéndose cumplido con dicho aspecto y con el acuerdo de las partes; se declaró SANEADO el proceso.

CONCILIACIÓN

El Árbitro Único, en ejercicio de sus facultades, inició el diálogo e invocó a las partes a que llegaran a un acuerdo conciliatorio. En este acto, los representantes de cada una de las partes hicieron uso de la palabra señalando que por el momento no era posible llegar a un acuerdo conciliatorio. No obstante, se dejó abierta la posibilidad de que ellas logren dicho acuerdo en cualquier etapa del proceso. En vista de lo anterior, se procedió a continuar con la audiencia.

FIJACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

Habiéndose declarado saneado el proceso, luego de oír a las partes y no habiéndose llegado a un acuerdo conciliatorio, el Árbitro Único y las partes acordaron incluir todas las pretensiones contenidas en la demanda, contestación y propuestas de puntos controvertidos presentadas por las partes.

Conforme a la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios corresponde al Árbitro Único:

- Determinar si corresponde o no que se declare la nulidad y/o ineficacia de la resolución parcial del contrato N° 003-2014-VIVIENDA-PNT de fecha 21 de enero de 2014, efectuada mediante Carta Notarial N° 297-2014-VIVIENDA- PNT, Carta Notarial N° 298/VIVIENDA-PNT y Carta Notarial N° 3000-2014-VIVIENDA-PNT recibidas el 11 de diciembre del 2014.

Conforme al artículo 168,169 y 209 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado D.S. N° 184-2008-EF, modificado por D.S N° 138-2012-EF.

- Determinar si corresponde o no que se reconozca y ordene que la entidad cumpla con la devolución correspondiente al 10% de la retención por concepto de garantía, ello por cumplimiento del servicio equivalente a la

suma de S/ 149,996.75 (ciento Cuarenta y Nueve Mil Novecientos Noventa y Seis con 75/100 Nuevos Soles.

- Determinar cuál de las partes y en qué proporción debe asumir el pago de las costas y costos que derivan del presente proceso.

ADMISIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS:

En la referida audiencia el Árbitro Único admitió y actuó los medios probatorios ofrecidos por las partes.

a) Consortio Montesión:

Respecto de los medios probatorios ofrecidos por el demandante presentado en el escrito de demanda de fecha 11 de abril del 2016, se admitieron los señalados en el primer otrosí decimos.

b) Ministerio de Vivienda Construcción y Saneamiento:

Respecto de los medios probatorios por parte de la Entidad, se admitieron los medios probatorios ofrecidos en su escrito de contestación de demanda de fecha 07 de junio de 2016, los consignados en el acápite "III Medios Probatorios y Anexos" del numeral 1-A al 1-L.

7. Audiencia de Ilustración de Hechos

Por Resolución N° 07 de fecha 08 de marzo del 2017 el Árbitro Único convocó a las partes a la Audiencia Especial de Ilustración de hechos con la finalidad que expliquen y sustenten sus respectivas pretensiones planteadas en la demanda y su posición respecto de las de la contraria, así como sus relación con cada una de las pruebas ofrecidas y admitidas en el presente arbitraje.

Con fecha 21 de marzo del 2017 se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración de Hechos, a la cual asistieron ambas partes y expresaron sus argumentos correspondientes.

8. Presentación de Alegatos e Informes Orales:

Mediante Resolución N° 8 de fecha 15 de junio de 2017, el Árbitro Único declara concluida la etapa probatoria y otorgó un plazo de cinco (05) días hábiles para que las partes presenten sus alegatos escritos.

A su vez, se resolvió tener por apersonado al abogado Carlos Aurelio Figueroa Iberico en calidad de procurador Público de la Procuraduría del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social-MIDIS, en representación del Programa Nacional Tambos en atención al Decreto Supremo N° 012-2016-MIDIS y comunicó que la secretaría arbitral ha designado al Sr. Frank Italo Junior Vargas Cancino para que en su representación ejerza las funciones de la secretaría arbitral.

Asimismo, mediante Resolución N° 9 de fecha 20 julio de 2017 ante la solicitud de la partes el Árbitro Único resolvió programar la Audiencia de Informes Orales, para el 17 de agosto de 2017 a horas 11:00 am

Posteriormente, mediante Resolución N° 10 de fecha 10 de agosto de 2017 el Árbitro Único resolvió reprogramar la Audiencia de Informes Orales para el 24 de agosto a horas 11:00 am.

Con relación, a los alegatos la parte demandante presentó su escrito el 26 de junio de 2017. La parte demandada no presentó alegatos escritos.

9.- Plazo para Laudar:

Mediante Acta de Informes Orales de fecha 24 de agosto del 2017 se fijó el plazo para laudar de conformidad con lo dispuesto al numeral 45 del Acta de Instalación en Treinta (30) días hábiles computado desde el día siguiente de haber sido notificada el acta a ambas partes.

10. Marco Legal Aplicable:

Antes de proceder al análisis puntual de cada uno de los puntos controvertidos es necesario que el Árbitro Único precise claramente la normativa aplicable al contrato suscrito entre las partes y las controversias que de él se derivan.

De conformidad con el contrato suscrito resulta evidente que el mismo se celebró como resultado de un proceso de selección bajo las reglas contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por D.L. 1017 (en adelante, Ley) y Reglamento aprobado por D.S. N° 184-2008-EF (en adelante, Reglamento), por lo tanto el Árbitro Único considera que las controversias derivadas del contrato le son aplicables las normas antes citadas, así como supletoriamente las normas del Código Civil, y otras pertinentes del sistema jurídico nacional; y en caso de deficiencia o vacío en las reglas que anteceden, el Árbitro Único resolverá en forma definitiva de modo que considere apropiado mediante la aplicación de los principios generales del derecho

II.- CONSIDERANDO:

II.1 Cuestiones Preliminares:

En forma previa al análisis de las materias controvertidas y valoración de los medios probatorios admitidos y actuados por este Árbitro Único en el presente proceso, corresponde señalar lo siguiente: (i) Que, este Árbitro Único se constituyó conforme al Convenio Arbitral existente entre las partes y sin que ninguna de ellas expresara objeción alguna; (ii) Que el demandante presentó su demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa; (iii) Que, el demandado fue debidamente emplazado con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa y acción; (iv) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar sus medios probatorios, así como para ejercer la facultad de presentar alegatos y (v) Que, el Árbitro Único procede a laudar dentro del plazo establecido.

Que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el Juzgador respecto a los puntos controvertidos, de acuerdo a los principios generales de necesidad de la prueba originalidad de la prueba, pertinencia y utilidad de la prueba, entre otros.

II.2 ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES

De los argumentos expuestos por cada una de las partes en los escritos de demanda, contestación a la demanda, informes orales, alegatos escritos, así como pruebas aportadas en el presente arbitraje y puestas a consideración de esta jurisdicción, corresponde en este estado que el Árbitro Único realice el análisis de los puntos controvertidos, que fueron fijados en la audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos llevada a cabo con presencia de las partes el día 12 de julio de 2016, a fin de determinar la procedencia o no de las pretensiones planteadas en la demanda incoada por Consortio Montesión.

Que, constituye un principio general de todo proceso el de la Carga de la Prueba, el mismo que de acuerdo al autor Hernando Devis Echandía implica "la autoresponsabilidad de las partes por su conducta en el proceso, al disponer de libertad de llevar o no la prueba de los hechos que la benefician y la contraprueba de los que, comprobados por el contrario, pueden perjudicarlas".

Dicho principio constituye un sustento del Derecho Procesal Civil, que resulta aplicable al presente caso; así como la Ley de Contrataciones del Estado y la Ley General de Arbitraje, ello en aplicación de lo acordado en el Acta de Instalación

del Árbitro Único de fecha 10 de marzo del 2016, que contiene las reglas básicas de este proceso arbitral.

Que, los medios probatorios tienen como finalidad acreditar los hechos alegados por las partes, produciendo certeza en el Juzgador respecto a los puntos controvertidos.

Asimismo, los referidos medios probatorios deben ser valorados en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada y que, si no se prueba los hechos que sustentan su pretensión, la demanda será declarada infundada, de acuerdo a los principios generales de la prueba de la Unidad de la Prueba y Evaluación de la Prueba, entre otros; los mismos que se encuentran recogidos en los artículos 197 y 200 del Código Procesal Civil.

Por su parte, el numeral 2) del artículo 39° de la Ley de Arbitraje, establece que las partes, al plantear su demanda y contestación, deberán aportar todos los documentos que consideren pertinente o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer.

Sobre el particular, en el presente caso arbitral, la parte demandante adjuntó como medios probatorios y anexos a la demanda únicamente los indicados en el primer otrosí (copia del contrato de consorcio y copia simple del DNI del representante legal), conforme consta en el Acta de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos de fecha 12 de julio del 2016.

ANÁLISIS DEL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que se declare la nulidad y/o ineficacia de la resolución parcial del Contrato N° 003-2014-VIVIENDA-PNT de fecha 21 de enero de 2014, efectuada mediante Carta Notarial N° 297-2014-VIVIENDA- PNT, Carta Notarial N° 298/VIVIENDA-PNT y Carta Notarial N° 300-2014-VIVIENDA-PNT recibidas el 11 de diciembre del 2014. Conforme al artículo 168,169 y 209 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado D.S. N° 184-2008-EF, modificado por D.S N° 138-2012-EF.

El Árbitro Único llevará a cabo dos tipos de análisis, a fin de establecer, si la resolución parcial del contrato se ha llevado a cabo conforme a lo que establece la normativa de contrataciones del Estado.

Primero se llevará a cabo un análisis del procedimiento de resolución de contrato; y luego, se llevará a cabo, una revisión de los medios probatorios que acrediten

1/6/

o descalifiquen los supuestos de hechos que habrían ocasionado, la resolución parcial del contrato de obra, la aplicación de penalidades.

Es decir, se analizarán las cuestiones de forma y de fondo relacionadas al caso de resolución parcial del contrato.

Análisis del Procedimiento de Resolución del Contrato N° 003-2014-VIVIENDA derivado de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 095-2013- VIVIENDA-OGA.UE.001

En primer lugar, se debe analizar lo que dispone la Ley de Contrataciones del Estado, en adelante la Ley para resolver un contrato:

“Artículo 40.- Cláusulas obligatorias en los contratos

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

a) (...)

b) (...)

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

El inciso c) del Artículo 40 de la Ley de Contrataciones del Estado señala que la resolución por incumplimiento opera de pleno derecho previo el requerimiento remitido por carta notarial, si es que el contratista incumple sus obligaciones y la Entidad hace la observación correspondiente del incumplimiento, esto es, formula la intimación o requerimiento, conforme lo disponen los artículos 168° y 169° del Reglamento.

En caso de no corregirse este incumplimiento, la Entidad podrá resolver el contrato remitiéndole al contratista una carta notarial manifestando su decisión de resolver y el motivo que la justifique. El contrato quedará resuelto de pleno derecho, a partir de la recepción por el contratista de dicha comunicación. Igual derecho tiene el contratista frente a la Entidad por el incumplimiento de ésta de sus obligaciones esenciales.

El Reglamento de la Ley dispone, en cuanto a la resolución de contratos en su artículo 167° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, sostiene que cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a la Ley.

En el mismo orden de ideas, el Artículo 168° del acotado, bajo la sumilla CAUSALES DE RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO, regula tres causales de resolución por incumplimiento, señalándose en el primer párrafo que la Entidad, podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del Artículo 40° de la Ley de Contrataciones, en los casos en que el contratista:

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

El artículo 169° del Reglamento, establece el procedimiento de resolución de contrato señalando lo siguiente:

- a. La parte perjudicada deberá requerir al perjudicante, mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad deberá establecer plazo mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo que se otorgará necesariamente en el caso de obras.

Vencido dicho, plazo, si el incumplimiento continúa la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

- b. No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución de contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

Habiendo señalado cuales son las causales y el procedimiento para la resolución del contrato, corresponde determinar si la Entidad cumplió con las formalidades

establecida en la Ley y su Reglamento, toda vez que obra en autos la resolución que propuso aquel.

De las actuaciones arbitrales se tiene que el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento para consecución de la resolución del contrato ha emitido la siguiente documentación:

OBRA: SAN AGUSTIN DE HUARUCHACA

- Con **Carta Notarial N° 255-2014/VIVIENDA-PNT** de fecha 07 de noviembre del 2014, recepcionada por la demandante el 10 de noviembre del 2014 requirió al Consortio Montesión para que dé cumplimiento a sus obligaciones contractuales, al no contar con equipos o maquinarias de construcción de obra, personal técnico/obrero ejecutando actividades incumplimiento que se encuentra sujetos a penalidad contenidas en la cláusula décimo cuarta del contrato, para lo cual se le otorga un plazo de quince (15) días, bajo apercibimiento de resolver parcialmente el contrato por configurar la causal de resolución prevista en el numeral 1 y 2 del Artículo 168° del Reglamento.
- Mediante **Carta Notarial N° 300-2014-/VIVIENDA-PNT** de fecha 05 de diciembre del 2014, recepcionada por el demandante el 11 de diciembre del 2014 se le comunicó al Consortio Montesión la decisión de resolver parcialmente el contrato, previsto en el artículo 169 del Reglamento.

OBRA: C.P. CHOCOLLO

- Con **Carta Notarial N° 254-2014/VIVIENDA-PNT** de fecha 07 de noviembre del 2014, recepcionada por la demandante el 10 de noviembre del 2014 requirió al Consortio Montesión para que dé cumplimiento a sus obligaciones contractuales, al no contar con equipos o maquinarias de construcción de obra, personal técnico/obrero ejecutando actividades incumplimiento que se encuentra sujetos a penalidad contenidas en la cláusula décimo cuarta del contrato para lo cual se le otorga un plazo de quince (15) días, bajo apercibimiento de resolver parcialmente el contrato por configurar la causal de resolución prevista en el numeral 1 y 2 del Artículo 168° del Reglamento.
- Mediante **Carta Notarial N° 297-2014-/VIVIENDA-PNT** de fecha 04 de diciembre del 2014, recepcionada por el demandante el 11 de diciembre del 2014 se le comunicó al Consortio Montesión la decisión de

resolver parcialmente el contrato, previsto en el artículo 169 del Reglamento.

OBRA: C.P TULLA

- Con **Carta Notarial N° 252-2014/VIVIENDA-PNT** de fecha 07 de noviembre del 2014, recepcionada por la demandante el 10 de noviembre del 2014 requirió al Consorcio Montesión para que dé cumplimiento a sus obligaciones contractuales, al no contar con equipos o maquinarias de construcción de obra, personal técnico/obrero ejecutando actividades incumplimiento que se encuentra sujetos a penalidad contenidas en la cláusula décimo cuarta del contrato, para lo cual se le otorga un plazo de quince (15) días, bajo apercibimiento de resolver parcialmente el contrato por configurar la causal de resolución prevista en el numeral 1 y 2 del Artículo 168° del Reglamento.
- Mediante **Carta Notarial N° 298-2014-/VIVIENDA-PNT** de fecha 04 de diciembre del 2014, recepcionada por el demandante el 11 de diciembre del 2014 se le comunicó al Consorcio Montesión la decisión de resolver parcialmente el contrato, previsto en el artículo 169 del Reglamento.

Que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 169° del Reglamento como se ha indicado líneas arriba, la parte perjudicada deberá requerir al perjudicante, mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a quince (15) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Así, conforme a lo desarrollado en los puntos precedentes, se tiene que el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento ha cumplido con el procedimiento de resolución de contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado para decidir la Resolución parcial del Contrato N° 003-2014-VIVIENDA-PNT.

Respecto a las causales de la resolución parcial del Contrato N° 003-2014-VIVIENDA-PNT.

Que, por proceso de selección Adjudicación de Menor Cuantía N° 095-2013-VIVIENDA-OGA.UE.001:

"Elaboración de Expediente Técnico, Ejecución de Obra, Equipamiento e Implementación del Centro de Servicios de Apoyo al Hábitat Rural en el Centro Poblado de San Agustín de Huaruchaca- Distrito de Mamara- Provincia de Grau- Departamento de Apurímac y del Centro Poblado de Tulla- Distrito de Haquira- Provincia de Grau- Departamento de Apurímac"

"Elaboración de Expediente Técnico, Ejecución de Obra, Equipamiento e Implementación del Centro de Servicios de Apoyo al Hábitat Rural en el Centro Poblado de Chocollo, Distrito de Challhuahuacho, provincia de Cotabambas- Departamento de Apurímac.

"Elaboración de Expediente Técnico, Ejecución de Obra, Equipamiento e Implementación del Centro de Servicios de Apoyo al Hábitat Rural en el Centro Poblado de Tulla, distrito de Haquira, Provincia de Cotabambas, Departamento de Apurímac".

El Comité Especial otorgó la buena pro a Consortio Montesión tal como consta en el acervo documentario.

Tal como lo han señalado ambas partes que conforman el presente proceso arbitral, con fecha 21 de enero del 2014 suscribieron el Contrato N° 003-2014-VIVIENDA-PNT, el Ministerio de Vivienda Construcción y Saneamiento y Consortio Montesión, por un monto de S/ 1 499,967.51 Nuevos Soles incluido IGV y un plazo de ejecución en 105 (ciento cinco días calendarios), el mismo que se computa desde el 06 de febrero del 2012.

La demandante reconoce en el apartado 4.2.1 de su demanda que con fecha 23 de abril del 2014 el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, mediante Carta N° 414-2014-VIVIENDA-PNT-JJRD comunicó la aprobación del expediente técnico para la ejecución de la obras.

Hecho que no ha sido negado por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento.

Consta en la cláusula quinta del contrato que las obras materia de referencia debieron ser entregadas en el plazo de 105 días calendario: incluyendo la elaboración del expediente técnico por 15 días calendario, la ejecución de la obra por 75 días calendario y el equipamiento por 15 días calendario.

Asimismo, ambas partes del proceso han concordado en señalar que el plazo de ejecución contractual se inició el 06 de febrero del 2012 y culminaba el 14 de octubre del 2014. Sin embargo dicho plazo de ejecución de obra se vio modificado producto de las ampliaciones de plazo N° 01 y 02 que se otorgaron por cada

obra, generando que la nueva fecha de culminación de la obra sea el día 14 de octubre del 2014 conforme se detalla a continuación:

OBRA: SAN AGUSTIN DE HUARUCHACA

- Mediante Resolución Directoral N° 321-2014-VIVIENDA/PNT de fecha 26 de agosto de 2014, se declaró procedente la ampliación de plazo N° 01 por 20 días calendarios que vencía el 04 de setiembre del 2014
- Por Resolución Directoral N° 347-2014-VIVIENDA/PNT de fecha 26 de setiembre de 2014, se declaró procedente la ampliación de plazo N° 02 por 39 días calendarios que vencía el 14 de octubre del 2014.

OBRA: C.P. CHOCOLLO

- Mediante Resolución Directoral N° 319-2014-VIVIENDA/PNT de fecha 22 de agosto de 2014, se declaró procedente parcialmente la ampliación de plazo N° 01 por 25 días calendarios que vencía el 04 de setiembre del 2014.
- Por Resolución Directoral N° 337-2014-VIVIENDA/PNT de fecha 17 de setiembre de 2014, se declaró procedente parcialmente la ampliación de plazo N° 02 por 35 días calendarios que vencía el 01 de octubre del 2014.

OBRA: C.P TULLA

- Mediante Resolución Directoral N° 312-2014-VIVIENDA/PNT de fecha 18 de agosto de 2014, se declaró procedente parcialmente la ampliación de plazo N° 01 por 19 días calendarios que vencía el 04 de setiembre del 2014.
- Finalmente, por Resolución Directoral N° 346-2014-VIVIENDA/PNT de fecha 25 de setiembre de 2014, se declaró procedente parcialmente la ampliación de plazo N° 02 por 45 días calendarios.

Está probado que en la ejecución de la obra C.P. Huaruchaca la Entidad mediante Carta N° 1180-2014-VIVIENDA-PNT comunicó la improcedencia la intervención económica, la cual fue recibida por el contratista el 31 de octubre del 2014.

Asimismo, está probado que en la obra C.P. Chocollo mediante Carta N° 1184-2014-VIVIENDA-PNT la Entidad comunicó la improcedencia la intervención económica, la cual fue recibida por el contratista el 30 de octubre del 2014.

Está probado que para la obra C.P. Chocollo la Entidad por Carta N° 1179-2014-VIVIENDA-PNT comunicó la improcedencia la intervención económica, la cual fue recibida por el contratista el 31 de octubre del 2014.

El Contratista lejos de solicitar la ampliación del plazo contractual por los motivos que alega en la demanda o recurrir a una conciliación y arbitraje por la denegatoria de la intervención económica, que implica que el rechazo de la misma con lleva a una resolución de contrato, el contratista continuó enviando una serie de comunicaciones a la Entidad haciéndole conocer sobre diferentes trámites que venía realizando ante proveedores de servicio, pero sin concretar expresamente una solicitud o petición formal de ampliación de plazo.

Está probado también que mediante Carta Notarial N° 255-2014/VIVIENDA-PNT, Carta Notarial N° 254-2014/VIVIENDA-PNT y Carta Notarial N° 252-2014/VIVIENDA-PNT de fecha 07 de noviembre del 2014 el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, notificó a Consortio Montesión imputándole la no culminación de las referidas obras contratadas y conminándola a cumplir con la culminación de las obras en el plazo máximo de 15 días calendarios, a cuyo vencimiento de continuar con el incumplimiento procedería a resolver parcialmente el contrato N° 003-2014- VIVIENDA-PNT. Asimismo, se le imputó a Consortio Montesión haber llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación.

Copia de estas cartas han sido presentadas por la parte demandada al contestar su demanda, las cuales no han sido observadas por la parte demandante y que por tal razón se tiene por cierta.

Con fecha 18 de noviembre del 2014, nuevamente Consortio Montesión solicita la intervención económica de la obra mediante la Carta N° 040-2014-CONSORCIOMONTESIÓN-ESE/RL/EQV/RL, la cual fue recepcionada por la Entidad el 19 de noviembre del 2014, dando contestación a la carta de requerimiento que le cursó la demandada, conforme expresa el demandante en su demanda, sin embargo no ha sido presentada como anexo de la misma, lo que no ha sido observado por la Entidad.

En la referida carta expresa entre otros aspectos que se había cumplido con pagar gran parte de las deudas, reinició de los trabajos, compra de materiales y que se estaba gestionando las fianzas de fiel cumplimiento y adelanto por ambas obras, para obtener la devolución del fondo de garantía, a fin de invertirlo en retomar las obras y terminar con los desacuerdos.

Como se podrá observar se trata de una comunicación de tipo informativa que no tiene ninguna eficacia legal con referencia a los términos y plazo otorgado formalmente para la culminación de la obra.

Se encuentra probado que mediante Carta Notarial N° 300-2014-/VIVIENDA-PNT del 05 de diciembre del 2014, N° 297-2014-/VIVIENDA-PNT y N° 298-2014-/VIVIENDA-PNT ambas del 04 de diciembre del 2014, se notificó a la demandante Consortio Montesión la resolución parcial del Contrato N° 003-2014- VIVIENDA-PNT, por las causales de incumplimiento de sus obligaciones contractuales, mora en la culminación en la obra y por haber alcanzado en penalidades acumuladas el monto máximo del 10% del valor del contrato.

De las comunicaciones anteriormente reseñadas el Árbitro Único considera que está acreditado plenamente que pese haberse ampliado el plazo para la ejecución del contrato hasta en dos oportunidades por cada obra, Consortio Montesión ha incumplido con la culminación de la obra.

Sumado a ello, tenemos que entre la fecha para la culminación de la obras: C.P San Agustín de Huaracacha, C.P Chocollo y C.P Tulla programada para el 14 de octubre del 2014 y la fecha que se realizó la resolución parcial de contrato 11 de diciembre del 2014, transcurrió casi dos meses y aún se encontraban pendientes de ejecutar trabajos, es decir el incumplimiento del contratista continuaba respecto a la culminación de la obra, pese a las ampliaciones de plazo concedidas por la Entidad.

Respecto a este incumplimiento el contratista no ha desvirtuado, es decir no ha aportado medio probatorio alguno al proceso arbitral que demuestre lo contrario, ya que en los hechos el contratista no culminó la obra el 14 de octubre del 2014 existiendo un retraso y demora que se ha configurado en la ejecución del presente contrato de obra, por ello este Árbitro Único considera por cierto dicho incumplimiento.

En cuanto a la causal de resolución del contrato invocada por la Entidad respecto a que se le ha impuesto a Consortio Montesión penalidad que ha superado el 10% del monto del contrato, y por otras penalidades, siendo que estas últimas si bien no se ha producido en autos prueba al respecto, también es verdad que Consortio no ha negado ni cuestionado, ni impugnado esta aseveración contenida como causal expresa de resolución de contrato

Habiéndose determinado, en el presente caso, que ha existido un retraso injustificado durante la ejecución del presente contrato de obra por parte del Contratista, debido a la demora en la ejecución de la obra, cabe analizar si en dicho supuesto es posible o no aplicar la penalidad contemplada en el artículo 165° del vigente Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Para tales efectos, debe tenerse en cuenta que el primer párrafo del artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece lo siguiente:

"Artículo 165°.- 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. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta"
(El subrayado es agregado)

Se aprecia que no toda demora genera mora, siendo claro que según la norma citada se exige la concurrencia de dos requisitos necesarios para la aplicación de la penalidad por mora: i) Que exista el retraso en el plazo del contrato; ii) Que, adicionalmente, dicho retraso sea un retraso injustificado, entendido injustificado como imputable al Contratista.

La conjunción de ambos requisitos guarda coherencia y razonabilidad con el instituto de la penalidad por mora, que en esencia busca desalentar conductas del Contratista que motiven una dilación del contrato, más allá del límite expresamente contemplado en el contrato.

Cabe precisar que no debe confundirse entre la ampliación de plazo de ejecución de la obra y la extensión del plazo de ejecución de obra con retraso justificado.

En efecto, si la Entidad concede una ampliación de plazo, entonces el plazo inicial del contrato se extiende en el mismo número de días conferido, siendo que en dicho intervalo no podrá hablarse de retraso contractual alguno.

Si por el contrario, se ha podido verificar que existe un atraso, tenemos un primer elemento constitutivo de penalidad por mora, resultando pendiente analizar si se configura el segundo elemento: La imputabilidad de tal atraso al contratista o, lo que es lo mismo, si dicho atraso es injustificado, con lo que queda claro que si dicho atraso no le es imputable al contratista no será pertinente aplicársele penalidad por dicho concepto.

Tal como he mencionado, no se debe confundir la figura de la ampliación de plazo de la figura del atraso justificado. En la primera, no existe atraso alguno sino extensión del plazo contractual original con el consiguiente reconocimiento de gastos generales; en el segundo escenario tal atraso existe y no generarán gasto general alguno a favor del Contratista y así como no existe imputabilidad de tal dilación, tampoco se le podrá imponer penalidad por mora por ese concepto.

En conclusión, el citado artículo 165° del vigente Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece de manera clara y precisa que sólo se podrá aplicar penalidad por mora en caso exista un retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, caso contrario, de existir un retraso justificado, no resultará aplicable la penalidad por mora.

Para el caso que nos ocupa, queda claro que el retraso incurrido por el contratista, se debió única y exclusivamente a su responsabilidad, tal como se ha analizado líneas arriba.

Finalmente, este Árbitro Único determina que de la revisión de los documentos obrantes en autos, la Entidad siguió el procedimiento establecido en el artículo 169° del Reglamento. En consecuencia, y en base a lo señalado por este Árbitro Único en los párrafos precedentes, debemos concluir que no se encuentra argumentos de orden legal para amparar la nulidad y/o ineficacia de la Carta Notarial N° 297-2014-VIVIENDA- PNT, Carta Notarial N° 298/VIVIENDA-PNT y Carta Notarial N° 300-2014-VIVIENDA-PNT.

Igualmente resulta conveniente señalar que el demandante no ha formulado cuestionamiento legal respecto a las causales de resolución parcial del contrato, es decir al incumplimiento del plazo contractual y a la acumulación del máximo de la penalidad que la Entidad le ha aplicado de acuerdo a lo normado por el artículo 165° del Reglamento.

Estando a lo expuesto en los puntos precedentes, este Árbitro Único considera que no existe elementos para declarar la nulidad o ineficacia de la Carta Notarial N° 297-2014-VIVIENDA- PNT, Carta Notarial N° 298/VIVIENDA-PNT y Carta Notarial N° 300-2014-VIVIENDA-PNT, mediante la cual la Entidad resuelve parcialmente el contrato, con lo cual corresponde declarar infundada la primera pretensión del demandante.

ANÁLISIS DEL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que se reconozca y ordene que la entidad cumpla con la devolución correspondiente al 10% de la retención por concepto de garantía, ello por cumplimiento del servicio equivalente a la suma de S/ 149,996.75 (Ciento Cuarenta y Nueve Mil Novecientos Noventa y Seis con 75/100 Nuevos Soles.

El Contratista solicita que la Entidad proceda a la devolución correspondiente al 10% de la retención por concepto de garantía de fiel cumplimiento equivalente a la suma de S/ 149,996.75 Nuevos Soles.

Sobre el particular, la cláusula séptima del contrato que rige las relaciones jurídicas de las partes, establece que la retención del 10% del monto del contrato original será devuelto a la finalización del mismo. Respecto a la culminación del contrato la cláusula décima séptima, de la liquidación del contrato, establece que luego de haber quedado consentida la liquidación y efectuado el pago del saldo de la liquidación, culmina el contrato y se cierra el expediente respectivo.

Con relación a la vigencia de la garantía de fiel cumplimiento, el artículo 158 del Reglamento precisa que esta debe "(...) *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*".

De los medios probatorios verificados, que se relacionan con lo resuelto en la primera pretensión, éstos se vinculan con el análisis de la presente pretensión en cuanto al estado y situación legal de la resolución de contrato. Es decir, la resolución de contrato realizada por la Entidad ha sido declarada válida y se encuentra pendiente la liquidación del contrato de obra.

En ese contexto, estando a que la resolución de contrato realizada por la Entidad surte efectos de acuerdo al criterio del Árbitro Único, en armonía a lo establecido en el artículo 158 del Reglamento que establece que, la garantía de fiel cumplimiento debe tener vigencia hasta el consentimiento de la liquidación final del contrato, es de opinión que esta pretensión no puede ser amparada.

ANÁLISIS DEL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar cuál de las partes y en qué proporción debe asumir el pago de las costas y costos que derivan del presente proceso.

En este punto el Árbitro Único debe determinar a quién corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que genera el presente proceso arbitral.

El numeral 1) del artículo 72º del Decreto Legislativo N° 1071, dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre la distribución de los costos indicados en su artículo 70º. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73º del citado cuerpo normativo señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En el convenio arbitral contenido en la cláusula décimo novena del Contrato, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos indicados en el artículo 70º del Decreto Legislativo N° 1071.

Las partes han asumido en partes iguales los gastos arbitrales liquidados en este arbitraje. Al respecto, tomando en consideración que no se ha acreditado la existencia de algún acuerdo previo entre las partes que se pronuncie sobre el pago de las costas y costos en el presente proceso de arbitraje, corresponde al Árbitro Único decidir al respecto.

Se aprecia del desarrollo de la litis que ambas partes han contribuido con su conducta a la necesidad de someter la controversia a un arbitraje de derecho, dándole las facilidades al Árbitro Único para el desarrollo de su labor, razones por la cual los costos y costas deben ser asumidos por ambas partes en forma proporcional. En tal sentido, este Árbitro Único considera que las partes Consortio Montesión y el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social no tienen el deber de restituirse los gastos arbitrales cancelados por éstos.

Luego del desarrollo independiente de cada una de las pretensiones planteadas en la demanda y corroboradas en puntos controvertidos fijados, y en mérito de los medios probatorios que corren en autos que han sido valorados en conjunto. No existiendo otro punto que tratar, el Árbitro Único **LAUDA, DECLARANDO:**

PRIMERO: DECLARAR **INFUNDADA** la primera pretensión principal respecto a declarar nulidad o ineficacia de la resolución parcial del Contrato N° 003-2014-VIVIENDA-PNT de fecha 21 de enero de 2014, efectuada mediante Carta Notarial N° 297-2014-VIVIENDA- PNT, Carta Notarial N° 298/VIVIENDA-PNT y Carta Notarial N° 300-2014-VIVIENDA-PNT

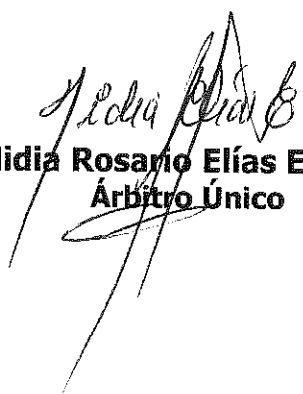
SEGUNDO: DECLARAR **INFUNDADA** la segunda pretensión relacionada a que la entidad cumpla con la devolución correspondiente al 10% de la retención por concepto de garantía, ello por cumplimiento del servicio equivalente a la suma de S/ 149,996.75

TERCERO: DECLARAR **INFUNDADA** la tercera pretensión de la demanda y DISPONER que cada parte asuma las costas y costos que el presente proceso le hubiese podido irrogar.

CUARTO: Remítase al Organismo Superior de las Contrataciones del Estado OSCE, copia del presente laudo arbitral.

EL PRESENTE LAUDO ES INAPELABLE Y TIENE CARÁCTER IMPERATIVO PARA LAS PARTES. EN CONSECUENCIA, FIRMADO, NOTÍFIQUESE PARA SU CUMPLIMIENTO, CON ARREGLO A LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE, NOTIFICÁNDOSE A LAS PARTES QUE SE HAN SOMETIDO AL ARBITRAJE, CON ARREGLO A LEY.

Notifíquese a las partes



Nidia Rosario Elías Espinoza
Árbitro Único