

4

Lima, 25 de abril de 2019

Señores

MINISTERIO DE DESARROLLO E INCLUSIÓN SOCIAL - PROYECTO NACIONAL TAMBOS

Av. Nicolás de Piérola N° 826

Cercado de Lima.-

Ref.: Caso Arbitral: Consorcio Lima - Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social - Proyecto Nacional Tambos

Att.: Procuraduría Pública

De mi consideración:

Por medio de la presente y en atención al caso arbitral de la referencia, cumplo con notificarles un ejemplar del laudo emitido por el Árbitro Único, doctor Alfredo Fernando Soria Aguilar, el 25 de abril de 2019.

Atentamente,

FRELIA IRIS FERRÚA PÉREZ
Secretaría Arbitral Ad-Hoc

*Felicitaciones.
- Evaluar e informar al Programa.
- Controlada con PP
29/04/19*

Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social

1381122	
REGISTRO N° 00020769-2019	
REGISTRADOR: tcubam	
FECHA: 26/04/2019 12:40:07	
PP	
Folios : 56	

LAUDO DE DERECHO

Número de Expediente de Instalación: I504-2017

Contratista: CONSORCIO LIMA -conformado por Construcciones e Instalaciones Técnicas SRL y Constructora C&M EIRL- (En adelante, el Contratista o el Demandante).

Demandado: MINISTERIO DE DESARROLLO E INCLUSIÓN SOCIAL (MIDIS) - PROYECTO NACIONAL TAMBOS -actualmente Programa Nacional Plataformas de Acción para la Inclusión Social-. (En adelante, la Entidad o el Demandado).

Contrato: Contrato N° 027-2014-VIVIENDA-PNT, para la elaboración del expediente técnico, ejecución de obra y equipamiento del Centro de Servicios Tambo en el centro poblado Saire - Sapillica - Ayabaca - departamento de Piura (En adelante, el Contrato).

Monto del Contrato: S/ 761,062.19

Cuantía de la Controversia: S/ 32,937.33

Tipo y Número de Proceso de Selección: Adjudicación de Menor Cuantía N° 100-2014-VIVIENDA/OGA-UE.001

Árbitro Único: Alfredo Fernando Soria Aguilar.

Secretaría Arbitral: Frelia Iris Ferrúa Pérez.

Monto de los honorarios del Árbitro Único: S/ 3,819.00 netos

Monto de los honorarios de la Secretaría Arbitral: S/ 1,793.00 netos

Fecha de emisión del laudo: 25 de abril de 2019

(Unanimidad/Mayoría): Unanimidad

N° de Folios: 55

Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):

- Nulidad, invalidez, inexistencia y/o ineficacia del contrato.
- Resolución del contrato.
- Ampliación del plazo contractual.
- Defectos o vicios ocultos.
- Formulación, aprobación o valorización de metrados.
- Recepción y conformidad.
- Liquidación y pago.
- Mayores gastos generales.
- Indemnización por daños y perjuicios.
- Enriquecimiento sin causa.
- Adicionales y reducciones.
- Adelantos.
- Penalidades.
- Ejecución de garantías.
- Devolución de garantías.
- Otros (especificar).

M

l

Resolución N° 22

En Lima, a los 25 días del mes de abril del año dos mil diecinueve, el Árbitro Único, abogado Alfredo Fernando Soria Aguilar, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, actuado las pruebas ofrecidas, teniendo presente las alegaciones efectuadas por las partes, y analizado las pretensiones planteadas en la demanda y reconvención, dicta el siguiente laudo:

I. CLÁUSULA ARBITRAL

1. En la cláusula Décimo Octava del Contrato se estableció lo siguiente:

“CLÁUSULA DÉCIMO OCTAVA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 170°, 184°, 199°, 201°, 209°, 210° y 212° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley 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.

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

II. INSTALACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

2. Con fecha 7 de julio de 2017, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación de Árbitro Único, en las instalaciones de la Dirección de Arbitraje del Organismo Superior de Contrataciones del Estado – OSCE, con la presencia de los representantes de ambas partes.

En dicha audiencia se establecieron las reglas que regirían el desarrollo del presente arbitraje, el monto de los gastos arbitrales y se declaró formalmente instalado el Árbitro Único.

III. PRESENTACIÓN DE DEMANDA

3. Mediante escrito presentado el 21 de julio de 2017, el Contratista planteó su Demanda Arbitral contra la Entidad formulando el siguiente petitorio, el cual se procede a transcribir:

“(...)

1.- SE DECLARE NULO Y SE DEJE SIN EFECTO LA RESOLUCIÓN PARCIAL DEL CONTRATO N° 027-2014-VIVIENDA-PNT, NOTIFICADO MEDIANTE CARTA N° 067-2017-VIVIENDA-OGA-OACP, POR ESTAR SUSTENTADA LA MISMA EN UNA CAUSAL DE INCUMPLIMIENTO INJUSTIFICADO QUE NO HA EXISTIDO, AL HABER INCUMPLIDO EL DEBIDO PROCEDIMIENTO PARA RESOLVER EL CONTRATO Y ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE PAGO DE LAS VALORIZACIONES A FAVOR DEL CONTRATISTA CONFORME A LEY.

2.- QUE, COMO CONSECUENCIA DE NUESTRA PRIMERA PRETENSIÓN, SE DEJE SIN EFECTO CUALQUIER TIPO DE APLICACIÓN DE PENALIDAD AL CONTRATISTA Y SE PERMITA LEVANTAR LAS OBSERVACIONES REALIZADAS Y

CULMINAR A LA OBRA MATERIA DEL CONTRATO N° 027-2014-VIVIENDA-PNT.

3.- QUE, LA ENTIDAD CUMPLA CON EL PAGO DE LA VALORIZACIÓN N° 06, POR LA SUMA DE S/. 32,937.33 SOLES, MAS LOS INTERESES LEGALES, POR AVANCES DE EJECUCIÓN DE OBRA CONFORME SE ENCUENTRA ESTABLECIDO EN EL CONTRATO DE OBRA Y POR SER NUESTRO DERECHO COMO CONTRATISTA.

4.- QUE LA ENTIDAD CUMPLA CON INDEMNIZAR AL CONTRATISTA POR LOS DAÑOS SUFRIDOS ANTE LA INDEBIDA RESOLUCIÓN PARCIAL DEL CONTRATO, POR LA SUMA DE S/. 30,000.00 SOLES, POR DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE.

5.- QUE LA ENTIDAD ASUMA LOS COSTOS Y COSTAS DEL PROCESO ARBITRAL.”

ANTECEDENTES:

4. El Contratista señaló que, con fecha 28 de octubre de 2014, suscribió con la Entidad el Contrato referido al servicio de consultoría por la suma de S/. 761,062.19 (Setecientos sesenta y un mil sesenta y dos con 19/100 soles) y con un plazo de ejecución de ciento cinco (105) días calendario.
5. El Contratista señaló que el inicio de la obra tuvo retrasos desde la elaboración del expediente, pues el Ministerio de Vivienda no habría contado con presupuesto suficiente, lo que requirió realizar un ajuste de costos por debajo del mercado. Adicionalmente, sostuvo que el terreno inicialmente definido en el Centro Poblado de Sapillica, no fue entregado; por lo que, se

requirió buscar un nuevo lugar e, incluso, ejecutar la obra en el Centro Poblado de Tasajeras, tomando mayor tiempo.

6. Así, el Contratista sostuvo que, es en dichas condiciones que el nuevo representante legal se encargó de los trabajos, para lo cual habrían aportado y rehabilitado la trocha carrozable que une los Centro Poblados de Sapillica y Tasajeras a fin de acceder con los materiales y equipos a la obra.
7. Con fecha 22 de setiembre de 2015, se iniciaron los trabajos de ejecución de obra por un plazo inicial de 90 días. Durante este periodo, señala el Contratista, no existió ninguna ampliación de plazo, por ello, el plazo de ejecución de obra concluyó el día 20 de diciembre de 2015.
8. Además, señaló que, con fecha 24 de setiembre de 2015, mediante Carta 735-2015/VIVIENDA-PNT; se dio por aceptado el cambio de representante legal común, operador tributario (RUC).
9. En la misma Carta 735-2015/VIVIENDA-PNT se indicó que el día 3 de octubre 2015 sería aceptado el cambio de dirección legal.
10. Del mismo modo, el Contratista indicó que, con fecha 2 de setiembre de 2015, solicitó al Ministerio de Vivienda corregir el número de la Partida Electrónica de la empresa CONINTEC SRL y que se considere el número de RUC N° 20566013411 del Contratista.
11. Mencionó también que, con fecha 28 de setiembre de 2015, presentó al Ministerio de Vivienda, las precisiones del contrato complementario a la constitución del Consorcio Lima, mediante Carta N° CL 002-2015.

M

ψ

12. Además, sostuvo que, mediante Carta N° 748-2015-VIVIENDA-PNT de fecha 29 de setiembre de 2015, comunicó el cambio del inspector ingeniero César Fernando Matta Choque y, la designación del ingeniero Oswaldo José Casusol Pérez.
13. El Contratista señaló que, mediante Carta N° 749-2015-VIVIENDA-PNT de fecha 29 de setiembre de 2015, se dio respuesta a la Carta N° CL 002-2015 confirmando las precisiones presentadas al contrato complementario a la constitución del Consorcio.
14. El Contratista mencionó que con Carta (S/N) de fecha 29 de setiembre de 2015, se propuso como nueva residente de obra a la ingeniera Patricia Inés Salinas Reto, en reemplazo del ingeniero Segundo Córdova Ramírez.
15. Con fecha 5 de octubre de 2015, el Contratista firmó la Adenda N° 01, modificando la representación legal, el operador tributario y el domicilio legal.
16. Asimismo, mediante Carta N° 800-2015-VIVIENDA/PNT de fecha 12 de octubre de 2015, se aceptó el cambio de ingeniero residente de obra.
17. Además, con la Carta Notarial N° 32-2016-VIVIENDA/PNT de fecha 10 de febrero de 2016, se indicó el incumplimiento contractual; así como, se determinó el avance de obra al 82.73% al 5 de enero de 2016. M
18. El Contratista señaló que, con fecha 22 de abril de 2016, mediante Carta N° CL 001-2016, solicitó el día 8 de mayo de 2016 como fecha para el reinicio de obra al ingeniero Félix Valdivia (administrador de los contratos del Programa). F

19. Agregó que, mediante Carta N° CL 002-2016 de fecha 26 de abril de 2016, solicitó mayor tiempo para la culminación y entrega de la obra al ingeniero Félix Valdivia (Administrador de los contratos del Programa).
20. Señaló también que, mediante Carta N° 346-2016-VIVIENDA/PNT de fecha 13 de mayo de 2016, el Ministerio de vivienda aceptó la culminación de la obra hasta el día 31 de mayo de 2016.
21. El Contratista agregó que, mediante Carta N° 482-2016-VIVIENDA/PNT recibida el 13 de julio de 2016 se les comunicó el cambio de Inspector de obra, siendo el ingeniero Oswaldo José Casusol Pérez reemplazado por el ingeniero Raúl Ronal Morales Rueda.
22. Adicionalmente, el Contratista sostuvo que, mediante Carta N° 15-2016-VIVIENDA-PTN-RRMR de fecha 9 de setiembre de 2016, el inspector presentó la Valorización N° 6, correspondiente al mes de agosto del 2016, indicando el acumulado a la fecha de 95.60% del avance de la obra. Precisó además que, dicha valorización a la fecha de la presentación de la demanda no había sido cancelada y se habría modificado en varias ocasiones.
23. El Contratista también señaló que, mediante Carta N° 21-2016 del 18 de octubre de 2016, presentó la Factura para el pago de la Valorización N° 6, que a la fecha de la presentación de la demanda señaló, no se ha pagado.
24. Mediante Carta N° 022-2016 de fecha 18 de octubre de 2016, el Contratista solicitó la recepción de obra. De igual manera, se indicó dicha solicitud en el cuaderno de obra (asiento N° 160 del 3 de octubre de 2016). Señaló que también se comunicó en el

M

f

asiento N° 161 del 10 de octubre de 2016 que no contaban con nuevo inspector.

25. El Contratista indicó que, mediante Carta Notarial N° 316-2016-VIVIENDA-PNT, dejada bajo puerta con fecha 21 de noviembre de 2016, se comunicó que no se pagaría la Valorización N° 6, pues a criterio del nuevo Inspector existían partidas que no debían pagarse. Así, se habría valorizado un monto de S/ 13,284.86 soles (Trece mil doscientos ochenta y cuatro con 86/100 soles) diferente a la valorización original de S/ 35,286.21 (treinta y cinco mil doscientos ochenta y seis con 21/100 soles) previamente aprobado por el Supervisor Raúl Morales.
26. Además, el Contratista señaló que, mediante Carta Notarial N° 318-2016-VIVIENDA-PTN recibida el 23 de noviembre de 2016, se le comunicó la improcedencia de la recepción de obra y la formulación de observaciones.
27. El Contratista también señaló que, con Carta N° 24-2016/CONSORCIO LIMA de fecha 22 de noviembre de 2016, presentó una nueva factura por S/ 13,284.86 SOLES.
28. Asimismo, mediante Carta N° 025-2016/CONSORCIO LIMA, se hizo entrega al Ingeniero Benjamín Limachi Condori de dos cuadernos de obra de los Tambos Sapillica (01 cuaderno) y Arenales (02 cuadernos).
29. Mediante Carta N° 001-2017/CONSORCIO LIMA, el Contratista indica que se reingresó la Valorización N° 6 (correspondiente al mes de agosto 2016) por el valor de S/. 35,286.27 y un deductivo de S/ 458.24 (correspondientes a la partida de vidrios de 8mm, ya que se instalaron vidrios de 4mm, quedando compensada dicha partida).

M

f

30. Señaló también que, con Carta N°002-2017/CONSORCIO LIMA del 17 de enero de 2017, se solicitó el cambio de residente (Ing. Patricia Inés Salinas Reto) por el ingeniero BENJAMIN ROSAS DUEÑAS.
31. Posteriormente, el Contratista señaló que, mediante Carta N° 20-2017- VIVIENDA-PTN de fecha 25 de enero de 2017, se denegó el cambio de residente, debido a contar con menor experiencia que el residente anterior.
32. Mediante Carta N° 03-2017/CONSORCIO LIMA del 2 de febrero de 2017, el Contratista solicitó reconsideración del residente y se adjuntó toda la información para acreditar mayor experiencia que el residente anterior.
33. Además, señaló el Contratista, que, el día 31 de enero de 2017, vía correo electrónico el ingeniero Oscar Heli Vásquez Matta solicitó datos adicionales a la valorización N° 6 y presentó el valor de la valorización revisada y conciliada por el ingeniero supervisor Benjamín Limachi Condori por el monto de S/ 32,937.33 SOLES, disponiendo se devuelva factura y se gire la nueva factura (la que a la fecha de la presentación de la demanda no ha sido pagada).
34. El Contratista agregó que, de esto se observa contradicción con la Carta Notarial N° 316-2016-VIVIENDA/PNT donde se calculó la valorización por un monto por valorizar de S/ 13,284.86.
35. Así, el Contratista sostuvo que, mediante CARTA N° 67-2017-VIVIENDA-OGA-OACP, la Entidad comunicó vía notarial, la decisión de resolver parcialmente el Contrato, adjuntando la Carta Notarial N° 320-2016-VIVIENDA/PNT de fecha 1 de diciembre de 2016, la cual habría sido notificada bajo puerta el 2

M

ψ

de diciembre de 2016; sin embargo, no habría sido hallada por el Contratista, fijando fecha de constatación de obra para el día 15 de febrero de 2017.

36. Así, el Contratista señaló que, mediante CARTA N°05-2017/CONSORCIO LIMA y, en respuesta a la decisión de resolver el Contrato, solicitó sea reconsiderada. La misma que fue atendida mediante Carta Notarial N° 05-2017-VIVIENDA-PNT notificada el 15 de enero de 2017, donde se denegó tal solicitud.
37. Posteriormente, con fecha 15 de febrero de 2017 se realizó la constatación física de la obra, extendiéndose el acta dejando constancia de observaciones que habrían sido ya aprobadas por supervisores anteriores y señalando que el equipamiento sería entregado el día de inauguración, al igual que en otros tambos.
38. Mediante correo de fecha 23 de febrero de 2017, el Contratista indica que el ingeniero inspector de obra, Benjamín Limachi, adjuntó la Valorización N° 6, por el monto de S/ 32,937.33.
39. Además, mediante Carta N° 51-2017-VIVIENDA/PNT notificada el 23 de febrero de 2017, la Entidad aceptó el cambio de residente de obra.
40. Posteriormente, el Contratista reafirmó que con fecha 3 de octubre de 2016, se dio por concluida la ejecución de la obra, conforme obra en el asiento 160 del cuaderno de obra y que, mediante Carta N° 022-2016/CONSORCIOLIMA solicitó la recepción de obra.
41. Así, sostuvo que, con fecha 25 de octubre de 2016, se apersonó el inspector de obras y concluyó que la obra aún se encontraba inconclusa, por estar en proceso de pintado de muros, falta de

M

f

cableado del sistema de Data y Sonido y excavación para la cimentación de tubo de tendedores, falta de muebles bajos en cocina, tablero eléctrico de electrobomba y nichos para las cajas de válvulas de las llaves de agua, falta de uniones universales en las válvulas esféricas, observaciones respecto al ángulo de los paneles solares, mala ubicación del biodigestor corriendo el riesgo de sufrir inundación, observaciones sobre el grosor de los vidrios, existencia de fisuras en las veredas; observaciones que debían ser corregidas.

42. El Contratista señaló que ese mismo día se levantaron tales observaciones, dejando únicamente pendiente la posición de los paneles solares a 90°, a solicitud de los beneficiarios para abastecer áreas más alejadas del Tambo.
43. El Contratista señaló que, con fecha 24 de noviembre, nuevamente el inspector examinó la obra, manifestando que las observaciones habían sido levantadas, reiterando que el espesor de los vidrios de las ventanas era de 4 mm y no de 8 mm, debido a su falta en el mercado, hecho que fue comunicado al inspector y autorizado por este, quien indicó que al momento de la valorización se hiciera el deductivo, tal como se dio en la Valorización N° 6.
44. Consecuentemente, el Contratista señaló que, al haber estado todo subsanado, correspondía a la Entidad designar al Comité de Recepción de obra dentro de los 7 días siguientes a la comunicación del inspector; sin embargo, mediante Carta N° 067-2017-VIVIENDA-OGA-OACP se comunicó la resolución parcial del contrato.
45. Según el Contratista, la Entidad alegó que, mediante Carta Notarial N° 320-2016-VIVIENDA/PNT de fecha 2 de diciembre de

M

f

2016, comunicó al Contratista la falta de cumplimiento de sus obligaciones. Así, le otorgó un plazo de 15 días para cumplir con dichas obligaciones contractuales, bajo apercibimiento de resolución parcial del Contrato. Sin embargo, el Contratista negó haber sido notificada, de tal modo que mediante Carta N° 005-2017/CONSORCIO LIMA solicitó una reconsideración, indicando el levantamiento de observaciones.

46. Asimismo, el Contratista señaló que, mediante Carta Notarial N° 05-2017-VIVIENDA-PNT notificada el 15 de febrero de 2017, la Entidad señaló que debían someterse a lo establecido en el artículo 209° del Reglamento de la Ley de Contrataciones (En adelante, el Reglamento); consecuentemente, el Contratista solicitó se declare nula la resolución parcial del contrato y exigió el pago de la Valorización N° 6 y, el pago de intereses conforme al avance físico de la obra; todo ello de acuerdo a lo estipulado en la Cláusula Cuarta del Contrato.
47. Finalmente, el Contratista sostuvo que, en atención a la Cláusula de solución de controversias, recurrieron a la conciliación ante el CENTRO DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE FAMILIA & EMPRESA y, no habiéndose logrado llegar a un acuerdo satisfactorio para ambas partes, mediante el ACTA DE CONCILIACIÓN N° 133-2017-FA se dio por finalizado el proceso conciliatorio, recurriendo al presente proceso arbitral.

RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

48. El Contratista alegó que, mediante CARTA N° 67-2017-VIVIENDA-OGA-OACP, de fecha 3 de febrero 2017, la Entidad comunicó la resolución parcial del Contrato, debido a que no se cumplió con las obligaciones correspondientes dentro del plazo que fue

otorgado bajo apercibimiento de resolver el Contrato mediante Carta N°320-2016-VIVIENDA/PNT.

49. Sobre ello, mediante Carta N° 005-2017-CONSORCIOLIMA, el Contratista solicitó a la Entidad reconsiderar la decisión en razón de haber cumplido dentro del plazo con levantar las observaciones hechas. Respecto de los vidrios de 8 mm señalados el expediente técnico, el Contratista colocó vidrios de 4 mm. En la valorización final se coordinó un deductivo de dicha partida a fin de sincerar los montos reales, ya que dicha vidriería está colocada y laminada con lo cual es funcional para dicho Tambo.
50. El Contratista manifestó que las observaciones fueron verificadas in situ con el ingeniero Benjamin Limachi Condori y verbalmente se estuvo coordinando para que se les indicara la fecha de la recepción de obra para así hacer el traslado del equipamiento.
51. En atención a ello, el Contratista señaló que esperó que la Entidad cumpla con el pago de la valorización pendiente a fin de poder cumplir con los pagos a sus proveedores y les entreguen el material de equipamiento de dicho Tambo, y así poder cumplir con nuestra obligación total materia del contrato.
52. En ese sentido, el Contratista aseguró que la resolución del Contrato es un acto arbitrario, puesto que las observaciones realizadas por la Entidad fueron levantadas y, por el contrario, la Entidad incumplió sus obligaciones de pago a favor del Contratista respecto a las valorizaciones.
53. Por otra parte, el Contratista manifestó que la Carta Notarial N° 320-2016-VIVIENDA/PNT no fue debidamente notificada, puesto que no existe algún registro que haga efectiva o válida dicha notificación, ni mucho menos el personal que hizo entrega de la notificación estableció las características del lugar de notificación.

En ese sentido, el Contratista señaló que ello acarrea un acto nulo, vulnerándose así el derecho a la defensa, al no poder cuestionar válidamente dicha comunicación, sumado a ello que en todo momento han cumplido con el 100% del servicio materia del contrato.

54. Por otro lado, el Contratista explicó que, del texto de la carta de resolución de contrato, la misma no cumple con la debida motivación para declarar resuelto parcialmente el contrato, lo que contiene un vicio de nulidad del acto, ya que ésta se sustenta en el supuesto incumplimiento contractual y el haber acumulado el monto máximo de penalidad por mora, sin haber precisado los fundamentos y hechos que originaron dicha decisión, al ser la motivación un elemento de validez de los actos administrativos.
55. En conclusión, el Contratista manifestó que el acto de resolución del contrato contiene vicios de nulidad, al haber vulnerado el debido procedimiento para resolver el contrato, como efectuar una debida notificación del requerimiento para subsanar las observaciones, sumado a ello el incumplimiento de las obligaciones de pago de las valorizaciones por parte de la Entidad, el mismo que no ha sido debidamente motivado.

RESPECTO A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

56. El Contratista manifestó que no corresponde la aplicación del algún tipo de penalidad en su contra, puesto que el acto de resolución de Contrato es nulo por los siguientes motivos: i) se vulneró el procedimiento de resolución de contrato, ii) no fueron debidamente notificados con el apercibimiento de resolución de contrato y iii) la Entidad basó la resolución de contrato en un supuesto incumplimiento cuando las observaciones fueron levantadas.

57. Así, entiende que, al haberse amparado la resolución parcial bajo una causal de incumplimiento injustificada sin una motivación adecuada y contraviniendo lo establecido en los artículos 168° y 169° del Reglamento, se genera la nulidad del acto administrativo de resolución del Contrato, por lo que no surte efectos y, en consecuencia, no corresponde la aplicación de penalidad, ni mucho menos la ejecución de una garantía, de ser el caso.
58. Consecuentemente, el Contratista sostuvo que corresponde que dicha penalidad aplicada o garantía sea devuelta o entregada al Contratista, más los intereses legales que este genere a la fecha de su devolución.

RESPECTO A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

59. El Contratista sostuvo de manera previa que, si bien en las contrataciones estatales prima el interés público, corresponde recíprocamente, a la Entidad asumir la contraprestación convenida, conforme con el artículo 42° de la Ley de Contrataciones.
60. Así, el Contratista manifestó que, de acuerdo a los medios probatorios presentados, presentaron su Valorización N° 6 correspondiente al mes agosto 2016, por la suma de S/ 32,937.33, la cual cuenta con la conformidad del inspector de obra y, a la fecha de demanda, no ha sido pagada por la Entidad.
61. En ese sentido, el Contratista manifestó que, ante la falta de pago de las valorizaciones, la Entidad estaría incurriendo en enriquecimiento ilícito, pudiendo accionar el enriquecimiento sin causa, reconocido en el artículo 1954° del Código Civil
62. Por tanto, el Contratista señaló que corresponde al Árbitro Único conocer y resolver dicha acción puesto que, en los hechos, la

Entidad se ha beneficiado (enriquecido a expensas del proveedor) con las prestaciones ejecutadas en su favor.

63. Asimismo, el Contratista señaló que, en aplicación de los principios generales que vedan el enriquecimiento sin causa, correspondería a la Entidad, no solo reconocer el íntegro del precio de la prestación ejecutada y sus respectivos intereses, sino también las costas y costos derivados de la interposición de la acción, en este caso del arbitraje.

RESPECTO A LA CUARTA PRETENSIÓN:

64. El Contratista mencionó que su pretensión indemnizatoria debe ser amparada en razón de haberse demostrado el daño ocasionado con la decisión de resolver parcialmente el contrato, y no permitiéndosele la continuación del contrato y mucho menos haber cumplido con el pago del servicio (Valorización N° 6).
65. En ese sentido, bajo la facultad del artículo 1321° del Código Civil, el Contratista fijó como monto de indemnización por daños y perjuicios el equivalente a la suma de S/ 30,000.00, por los conceptos de daño emergente y lucro cesante.

RESPECTO A LA QUINTA PRETENSIÓN:

66. El Contratista sostuvo que, el Árbitro Único debe determinar el pago de costas y costos en atención al resultado final del arbitraje, teniendo presente lo dispuesto en el art. 73° del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje.

IV. CONTESTACIÓN DE DEMANDA:

67. Mediante escrito de fecha 16 de agosto de 2017, la Entidad procedió a contestar la demanda señalando los siguientes argumentos.

SOBRE LA PRIMERA PRETENSIÓN:

68. La Entidad señaló que, a lo largo de la ejecución contractual, el Contratista incurrió en diversos incumplimientos, los mismos que han sido reconocidos expresamente en su escrito de demanda arbitral presentado con fecha 21 de julio de 2017.
69. Así, la Entidad manifestó que la ejecución de la obra tuvo retrasos por causas imputables al Contratista, debido a la falta de recursos económicos para solventar sus gastos de ejecución; toda vez que el representante legal común anterior del Contratista, adujo un robo del pago total de la Valorización N° 5, pese a que esta habría sido cancelada oportunamente por la Entidad; originando este hecho, el cambio del representante legal común del Contratista, y la posterior firma de la Adenda N° 01.
70. Asimismo, la Entidad señaló que el Contratista justificó los retrasos en la ejecución de la obra, en vista que la misma se ejecutó en el Centro Poblado de Tasajeras y no en Sapillica.
71. En ese sentido, la Entidad explicó que la arquitecta Ivonne Arenas, parte de la Unidad de Infraestructura del PNT comunicó que el terreno inicialmente donado en Saire no contaba con los servicios básicos requeridos para la ejecución de la obra, además de la presencia poca y dispersa de población, de acuerdo al Informe N° 023-2015-CCT de fecha 6 de mayo de 2015; por lo que fue sustituido por otro terreno ubicado en el sector Tasajeras de 2400.00 m², el mismo que contaba con los lineamientos básicos

según la directiva de focalización (población conjunta, dotación y/o accesibilidad a servicios básicos).

72. La Entidad agregó que cumplió con comunicar oportunamente que el terreno se encontraba disponible y que fue donado por la comunidad mediante acta suscrita el 15 de marzo del 2015.
73. Sobre ello, la precisó que dicha reubicación se ajustó a Ley, puesto que el ingeniero Héctor Paz, de la Unidad de Infraestructura del PNT concluyó mediante el informe N° 017/2015-VIVIENDA-PNT/HPP del 19 de mayo de 2015 que no correspondía modificar el PIP, en tanto con la reubicación, el Tambo aún se encontraba dentro del área de influencia del mismo; por tanto no correspondía modificar el nombre del proyecto, en concordancia con la Directiva General del SNIP aprobado con Resolución Directoral N° 003-2011-EF/38.01, en su artículo 27° inciso a.
74. De esta manera, indicó que, mediante Carta N° 376-2015-VIVIENDA/PNT notificada al Contratista el 18 de mayo de 2015, comunicó la disponibilidad de realizar la entrega del terreno en el sector de Tasajeras, siendo que en dicha diligencia se suscribió el Acta de Entrega de Terreno de fecha 19 de mayo de 2015.
75. Posteriormente, la Entidad sostuvo que mediante Carta N° 701-2015-VIVIENDA-PNT notificada el 16 de setiembre de 2015 comunicó al Contratista la aprobación del Expediente Técnico y mediante Carta N° 702-2015-VIVIENDA-PNT del 22 de setiembre de 2015, comunicó al Contratista la designación del Inspector de Obra (ingeniero Cesar Matta Choque), dando como fecha de inicio de obra el 23 de setiembre de 2015, con un plazo de 90 días calendarios para la ejecución de la obra (mobiliario y equipamiento) y con fecha de término programado el 21 de diciembre de 2015.

76. Por otro lado, respecto al incumplimiento del pago de Valorizaciones, la Entidad manifestó que el Contratista hizo referencia a un presunto incumplimiento en el pago de las valorizaciones por parte de la Entidad, sin embargo, las mismas no obedecerían a los hechos señalados por el Contratista.
77. Así, sobre el pago de la Valorización N° 1, señaló que, mediante Carta N° 001-2015-PNT ING OJCP – INSPECTOR del 16 de octubre de 2015, dicha valorización fue presentada y que, al ser observada fue devuelta mediante Carta N° 837-2015-VIVIENDA-PNT del 22 de octubre de 2015.
78. Posteriormente, la Entidad sostuvo que, esta última fue corregida y presentada mediante Carta N° 003-2015-PNT – ING OJCP – INSPECTOR con un porcentaje de avance físico acumulado de 11.13% y cancelada con Comprobante de Pago N° 19653-2015 del 13 de noviembre de 2015.
79. Así, mediante Carta S/N de fecha 19 de octubre de 2015, el Contratista solicitó el pago por la elaboración del Expediente Técnico, importe que fue cancelado mediante Comprobante de Pago N° 1679-2015 del 16 de noviembre de 2015.
80. Por otro lado, respecto a la Valorización N° 2, la Entidad sostuvo que, mediante Carta N° 006-2015-PNT ING OJCP – INSPECTOR del 5 de noviembre de 2015, se presentó la Valorización N° 2 por un porcentaje de avance físico acumulado de 30.59% que fue cancelado mediante Comprobante de Pago N° 19652-2015 del 31 de noviembre de 2015.
81. Respecto a la Valorización N° 3, la Entidad señaló mediante Carta N° 012-2015-PNT ING OJCP – INSPECTOR del 7 de diciembre de 2015, el Inspector de obra remitió la Valorización N° 3 con un porcentaje de avance físico acumulado de 51.10%, siendo esta

remitida mediante Carta N° 004-2015/Consortio Lima el 30 de noviembre de 2015 y, consecuentemente cancelada mediante Comprobante de Pago N° 23183-2015 del 23 de diciembre de 2015.

82. De otro lado, respecto a la Valorización N° 4, la Entidad sostuvo que, por medio de Carta N° 003-2016-PNT ING OJCP – INSPECTOR del 18 de enero de 2016, el Inspector de obra remitió la Valorización N° 4 con un avance físico acumulado de 82.73%, la misma que fue presentada mediante Carta N° 008-2015/Consortio Lima del 5 de enero de 2016 y, posteriormente cancelada mediante Comprobante de Pago N° 2016-002797 del 15 de febrero de 2016.
83. Por otro lado, respecto a la Valorización N° 5, la Entidad sostuvo que mediante Carta N° 0010-2016-PNT ING OJCP – INSPECTOR del 10 de febrero de 2016, el Inspector de Obra remitió la Valorización N° 5 con un porcentaje de avance físico acumulado de 90.78%, la misma que fue presentada mediante Carta N° 001-2016/Consortio Lima del 16 de febrero de 2016 y, cancelada mediante Comprobante de Pago N° 2016-3025 del 19 de febrero de 2016.
84. Finalmente, respecto a la Valorización N° 6 la Entidad alegó que fue cancelada mediante Comprobante de Pago N° 4419-2017 de fecha 20 de marzo 2017.
85. Por otra parte, respecto de la resolución de Contrato efectuada por la Entidad, de manera previa, ésta precisó que el artículo 40° literal c) de la Ley de Contrataciones del estado y el artículo 169° de su Reglamento establecen las directivas para el requerimiento de cumplimiento de obligaciones y que, por su parte, el artículo 209° del Reglamento determina la inmediata paralización de obra a razón de la resolución.

86. Así, la Entidad afirmó que la fecha de inicio de obra fue el 23 de setiembre de 2015, por lo que al tener la obra un plazo de ejecución de 90 días calendarios, la misma debía concluir el 21 de diciembre de 2015.
87. Sin embargo, la Entidad explicó que, en atención a que el Contratista no habría concluido con la ejecución, otorgó un plazo de 15 días calendarios para la culminación y absolución de las observaciones realizadas.
88. Así, ante el incumplimiento del Contratista de concluir la obra al 100%, según lo corroborado por el Inspector de obra el 25 de octubre de 2016, mediante la Carta Notarial N° 320-2016-VIVIENDA/PNT notificada el 2 de diciembre de 2016, la Entidad requirió a la Contratista su cumplimiento en el plazo de 15 días calendarios con la culminación de la obra y la absolución de las observaciones realizadas, bajo el apercibimiento de resolver el contrato.
89. De tal manera, la Entidad manifestó que, a pesar de que la obra no se encontraba ejecutada en su totalidad, mediante Carta N° 022-2016/CONSORCIO LIMA de fecha 18 de octubre del 2016, el Contratista presenta la solicitud de recepción de obra. Por lo que, el ingeniero Benjamín Limachi procedió a verificarla, encontrando que la obra se encontraba inconclusa y, en pleno proceso de construcción con el pintado de muros, cableado del sistema de Data, sonido y excavación para la cimentación de tubo de tendedores, falta de muebles bajos de cocina, tablero eléctrico de electrobomba y nichos para las cajas de válvula de las llaves de agua.
90. Asimismo, la Entidad refirió que el inspector de obra verificó la existencia de deficiencias como la falta de uniones universales en las válvulas esféricas; el ángulo de la iluminación de los paneles

solares debía ser de 45° conforme con el expediente y, no de 90°; mala ubicación del biodigestor corriendo el riesgo de sufrir inundaciones en época de lluvias; el espesor de los vidrios colocados era de 2 mm, cuando el expediente determinaba 8mm; y, la existencia de fisuras en las veredas.

91. La Entidad señaló que el inspector manifestó que no tuvo acceso al cuaderno de obra, debido a que este no se encontraba en lugar de obra, razón por la cual en esta oportunidad no pudo asentar las observaciones realizadas, concluyendo la improcedencia de la recepción de obra solicitado por el Contratista, emitiendo el Informe N° 083-2016-VIVIENDA-PNT-UI-BCLC, de fecha 28 de octubre de 2016.
92. La Entidad señaló que, con fecha 20 de diciembre 2016, el Inspector volvió al lugar de obra para verificar la culminación y la absolución de las observaciones realizadas, sin embargo, estas no habían sido absueltas; además, sostuvo que el señor Eufemio Fernández Rojas, personal del Contratista indicó que la Residente de obra (ingeniero Patricia Salinas Reto) había renunciado; asimismo, volvió a constatar la permanencia de las deficiencia observadas.
93. De este modo, la Entidad señaló que, como consecuencia del incumplimiento de la obra en los plazos previstos, el Contratista estaba afecto al cobro de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación hasta un máximo del 10 % del monto del contrato, conforme con su Cláusula Décimo Tercera.
94. Así, la Entidad refirió que, al haberse acumulado el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación, la Entidad procedió a resolver el Contrato N° 027-2014-VIVIENDA-PNT, mediante Carta Notarial N° 067-2017-VIVIENDA-OGA-OACP notificada el 03 de febrero de 2017, indicando además

la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra.

95. Por otra parte, respecto al argumento del Contratista referido al levantamiento de observaciones dentro del plazo establecido, la Entidad indicó que, de acuerdo al Informe N° 005 -2017-VIVIENDA-PNT/blimachi de fecha 23 de febrero de 2017, el Inspector de Obra comunicó que el avance físico suma un total de 95.02%; es decir, que no se había cumplido con la totalidad de la obra.

96. Asimismo, señaló que existiría una contradicción entre los argumentos del Contratista, toda vez que señala haber cumplido con levantar las observaciones dentro del plazo establecido, sin embargo, de una lectura de la segunda pretensión principal, dicha parte reconocería expresamente que no ha levantado todas las observaciones formuladas por la Entidad, reconociendo de esta forma su incumplimiento.

97. Por otra parte, con relación a lo señalado respecto a la notificación de la Carta Notarial N° 320-2016-VIVIENDA/PNT, la Entidad explicó que la misma fue dejada bajo puerta del establecimiento establecido como domicilio por el Contratista para estos efectos de acuerdo la Adenda N° 1 al Contrato N° 027-2014-VIVIENDA-PNT suscrita con fecha 5 de octubre de 2015.

RESPECTO A LA SEGUNDA PRETENSIÓN:

98. La Entidad manifestó que, como consecuencia del incumplimiento de la obra en los plazos previstos, el Contratista estaba afecto al cobro de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación hasta un máximo del 10 % del monto del Contrato, según lo previsto en la Cláusula Décimo Tercera del Contrato; por lo que correspondía tal sanción.

RESPECTO A LA TERCERA PRETENSIÓN:

99. La Entidad afirmó haber pagado la referida valorización mediante Comprobante de Pago N° 4419-2017 de fecha 20 de marzo de 2017 y precisó que, si existieron retrasos, estos fueron ocasionados por causas imputables al Contratista.
100. La Entidad procedió a explicar que, con Carta N° 001-2016-CONSORCIOLIMA de fecha 8 de setiembre de 2016, el Contratista presentó al inspector de obra (ingeniero Raúl Morales), la Valorización N° 6 correspondiente al mes de agosto 2016, solicitando el pago por la suma de S/. 35,286.20, la cual fue notificada a la Entidad mediante Carta N° 015-2016-VIVIENDA-PNT/RRMR el 9 de setiembre de 2016.
101. La Entidad señaló que con fecha 31 de octubre de 2016, el inspector de obra, mediante Informe Técnico N° 86-2016-VIVIENDA-PNT-UI-BCLC, remitió la Valorización N° 6 conforme con la constatación in situ de fecha 25 de octubre de 2016.
102. Sin embargo, con fecha 14 de noviembre de 2016, la Ing. Rudy Gabriel, mediante Informe Técnico N° 4724-2016-VIVIENDA-PNT-UI informó a la Dirección Ejecutiva la imposibilidad de continuar con el trámite de la Valorización N° 6, debido a que el Contratista no había emitido el comprobante de pago respectivo. En ese sentido, mediante la Carta Notarial N° 316-2016-VIVIENDA/PNT, se solicitó al Contratista la factura correspondiente para continuar con el trámite de la valorización N° 6.
103. Si bien mediante Carta N° 024-2016/CONSORCIO LIMA, de fecha 22 de noviembre del 2016, el Contratista presentó la Factura N° 0001-000102, la Entidad manifestó que, dada la demora del demandante al momento de presentar su Valorización N° 6, el Área de Planeamiento y Presupuesto con fecha 2 de enero de

2017 devuelve el trámite indicando que se cerró el periodo presupuestal 2016, requiriendo que vuelva a tramitar la misma, el año 2017.

104. Así, la Entidad indicó que el 16 de enero del 2017, mediante Carta N° 001-2017/CONSORCIO LIMA, el Contratista nuevamente presentó el trámite de la Valorización N° 6, solicitando el pago de S/. 34,828.03, habiendo sido está aprobada por el inspector con Informe N° 002-2017-VIVIENDA-PNT-blimachi la suma de S/. 32,937.33.
105. La Entidad precisó además que, dicha suma de S/. 32,937.33. fue cancelada mediante Comprobante de Pago N° 4419-2017 de fecha 20 de marzo de 2017, de acuerdo a SIAF 3300-2017 y Comprobante de Pago N° 4419-2017.

RESPECTO A LA CUARTA PRETENSIÓN:

106. La Entidad afirmó que el Contratista, lejos de acreditar el cumplimiento de los requisitos para otorgar una indemnización, se limitó a enunciar el presunto daño generado por la Entidad por el supuesto incumplimiento de sus obligaciones contractuales y por resolver parcialmente el Contrato, sin probar fehacientemente el que alega.
107. Asimismo, la Entidad señaló que la pretensión resulta ambigua en la medida que el Contratista no distingue el monto correspondiente al lucro cesante y el monto que corresponde por daño emergente, lo que se suma a que no existe fundamentación ni medios probatorios que sustenten ambos tipos de daño.

RESPECTO A LA QUINTA PRETENSIÓN:

108. La Entidad considera que todos los gastos de los costos arbitrales deben ser asumidos por el Contratista, en atención a que el proceso arbitral fue iniciado careciendo de fundamentos de hecho y de derecho que sustenten sus pretensiones y, sobre todo a causa de que sus incumplimientos se debieron a situaciones atribuibles a este.

V. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS


109. Con fecha 14 de setiembre de 2017, en la sede del arbitraje se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, con la asistencia de los representantes de ambas partes.

CONCILIACIÓN

110. El Árbitro Único dio cuenta del escrito presentado por el Contratista, mediante el cual propone una fórmula conciliatoria, la misma que fue puesta en conocimiento de la fórmula propuesta a su contraparte y decidió continuar con la audiencia programada, dejando abierta la posibilidad de que las partes puedan conciliar en cualquier etapa del arbitraje.

FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

111. El Árbitro Único procedió a establecer las controversias sometidas al presente proceso arbitral, en función a las pretensiones planteadas en el escrito de demanda presentado el, determinándose los siguientes puntos controvertidos:



1. Determinar si corresponde o no declarar nulo y se deje sin efecto la resolución parcial del Contrato N° 027-2014-VIVIENDA-PNT, notificada mediante Carta N° 067-2017-VIVIENDA-OGA-OACP.
2. Como consecuencia de lo anterior, determinar si corresponde o no se deje sin efecto cualquier tipo de aplicación de penalidad al Contratista y se permita levantar las observaciones realizadas y culminar a la obra materia del Contrato N° 027-2014-VIVIENDA-PNT.
3. Determinar si corresponde o no que se ordene al Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social – Proyecto Nacional Tambos el pago de la Valorización N° 6, por la suma de S/ 32,937.33 (Treinta y dos mil novecientos treinta y siete con 33/100 Soles), más los intereses legales, por avances de ejecución de obra.
4. Determinar si corresponde o no que se ordene al Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social – Proyecto Nacional Tambos el pago a favor de Consorcio Lima por concepto de indemnización por daños y perjuicios (Daño emergente y lucro cesante) por la suma de S/ 30,000.00 (Treinta Mil con 00/100 Soles), al haberse efectuado una indebida resolución parcial del contrato.
5. Determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de los gastos arbitrales, costas y costos resultantes del arbitraje.

**REGLAS PARA EL PRONUNCIAMIENTO DEL ÁRBITRO ÚNICO
SOBRE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS**

112. El Árbitro Único declaró que la presente enumeración de puntos controvertidos es meramente ilustrativa, constituyendo una referencia que no limita el análisis que deberá realizarse respecto de las controversias y las pretensiones planteadas en el proceso.

ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS:

113. Seguidamente el procedió a admitir los siguientes medios probatorios:

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Contratista en su escrito de demanda arbitral de fecha 21 de julio de 2017 y detallados en el acápite "*IV MEDIOS PROBATORIOS*".

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por la Entidad en su escrito de contestación de fecha 16 de agosto de 2017 y señalados en el acápite "*VI. MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS*".

Pruebas de oficio:

Adicionalmente, el Árbitro Único se reservó el derecho de disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier medio probatorio que considere conveniente, al amparo de lo establecido en el numera 1 del artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071.

Asimismo, el Árbitro Único se reservó la facultad de citar a las partes a cuantas audiencias estime necesarias.

VI. ALEGATOS Y PLAZO PARA LAUDAR

114. Mediante Resolución N° 6, el Árbitro Único, atendiendo al estado del arbitraje, indicó la conclusión de la etapa probatoria y otorgó a ambas partes un plazo a fin de que presenten sus alegatos y

conclusiones finales por escrito y, de ser el caso, soliciten el uso de la palabra.

115. Al respecto, el Contratista y la Entidad presentaron sus alegaciones y conclusiones por escrito reiterando los argumentos desarrollados a lo largo del proceso.
116. En ese sentido, mediante Resolución N° 9, el Árbitro Único tuvo por presentado los alegatos y conclusiones por parte del Contratista y la Entidad y citó a las partes a Audiencia de Informes Orales para el día lunes 30 de octubre de 2017 a las 11:00 horas, a efectos que manifiesten, de forma oral, su posición respecto a la controversia.
117. Al respecto, el lunes 30 de octubre de 2017 a las 11:00 horas, en la sede del arbitraje, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, contando con la asistencia del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social – Proyecto Nacional Tambos y, dejando constancia de la inasistencia de Consorcio Lima pese a ser debidamente notificada.
118. Mediante Resolución N° 20, el Árbitro Único, conforme a lo dispuesto en el numeral 45. del Acta de Instalación, fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles contado a partir del día siguiente de notificada dicha resolución, reservándose el Árbitro Único la facultad de prorrogarlo, hasta por treinta (30) días hábiles adicionales, de considerarlo necesario, a su sola discreción.
119. Mediante Resolución N° 21, conforme con las reglas aplicables al presente arbitraje, el Árbitro Único prorrogó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales, computados a partir del día siguiente de vencido el término original.

VII. ASPECTOS PRELIMINARES

120. El presente laudo se expide de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56° del Decreto Legislativo N° 1071.
121. Estando a lo dispuesto en el mencionado artículo, el Árbitro Único señala que resolverá a partir de los medios probatorios ofrecidos y admitidos, merituando todas las pruebas actuadas, aun cuando estas no sean mencionadas en forma expresa, analizando lo que se ha pretendido demostrar con cada una de dichas pruebas otorgándole un valor probatorio, verificando si respaldan los hechos y pretensiones descritos por las partes.
122. En este estado, el Árbitro Único, antes de analizar las materias controvertidas, procede a confirmar los siguientes aspectos:
- El proceso arbitral se constituyó con arreglo a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones con el Estado y su Reglamento, al que las partes se sometieron incondicionalmente.
 - En el proceso arbitral no se produjo recusación alguna contra el Árbitro Único.
 - Las partes presentaron su demanda y contestación de la demanda, dentro de los plazos establecidos.
 - Las partes han tenido la facultad y el ejercicio pleno a su derecho de defensa, así como para ofrecer y actuar sus medios probatorios, alegatos e informes orales.
 - El Árbitro Único ha procedido a laudar dentro de los plazos legales y acordados con las partes durante el proceso arbitral.



VIII. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

123. De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos de fecha 14 de setiembre de 2017, corresponde al Árbitro Único pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al arbitraje para determinar, en base a la valoración conjunta de ellas, así como a los fundamentos expuestos por cada parte, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del arbitraje.
124. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el juzgador respecto de tales hechos.
125. Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del Principio de “Comunidad o Adquisición de la Prueba”, las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció.
126. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

“... la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o

inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que propuso o lo proporcionó”¹.

127. El Árbitro Único deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en la Ley de Arbitraje y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

“Determinar si corresponde o no declarar nulo y se deje sin efecto la resolución parcial del Contrato N° 027-2014-VIVIENDA-PNT, notificada mediante Carta N° 067-2017-VIVIENDA-OGA-OACP”

Posición del Árbitro Único

128. La pretensión del Contratista contenida en el primer punto controvertido está dirigida a que se declare la nulidad y la ineficacia de la resolución parcial del Contrato efectuada por la Entidad.

129. Al respecto, corresponde indicar que la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato establece lo siguiente:

¹ TARAMONA H., José Rubén. “Medios Probatorios en el Proceso Civil”. Ed.: Rodhas 1994, pág. 35.

“Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40° y el artículo 44° de la Ley de Contrataciones del Estado, y los artículos 167° y 168° de su Reglamento. De darse el caso, “EL MINISTERIO” procederá de acuerdo a lo establecido en los artículos 169° y 209° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.”

130. A su vez, las normas que regulan el ámbito de las contrataciones con el Estado disponen los siguientes artículos:

“Artículo 40.- Cláusulas obligatorias en los contratos

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

(...)

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.

Artículo 44.- Resolución de los contratos

“Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.

Cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

(...).”

131. De igual manera, el Reglamento indica lo siguiente:

“Artículo 167.- Resolución de Contrato

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.

Por igual motivo, se puede resolver el contrato en forma parcial, dependiendo de los alcances del incumplimiento, de la naturaleza de las prestaciones, o de algún otro factor relevante, siempre y cuando sea posible sin afectar el contrato en su conjunto.

Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, 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.

M
f

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 contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169.

Artículo 169.- Procedimiento de resolución de Contrato

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

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

No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del 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.



En el caso de las contrataciones efectuadas a través de la modalidad de Convenio Marco, las comunicaciones antes indicadas se deberán realizar a través del SEACE.

De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento."

132. De todo lo señalado anteriormente, se puede advertir que la normativa de contrataciones del Estado posee un marco normativo destinado a regular la resolución de contrato por incumplimiento. Asimismo, corresponde indicar que dicho marco normativo regula los supuestos de incumplimiento, así como también, el procedimiento a seguir a efectos de resolver un contrato.
133. Puesto que la presente controversia ha surgido de la resolución parcial del Contrato efectuada por la Entidad, corresponde que el Árbitro Único determine si la resolución parcial del Contrato fue realizada siguiendo los lineamientos establecidos en la normatividad para ello.
134. Así, mediante Carta Notarial N° 067-2017-VIVIENDA-OGA-OACP de fecha 2 de febrero de 2017, la Entidad comunicó al Contratista su decisión de resolver parcialmente el Contrato debido a la situación de incumplimiento en la que se encontraba el Contratista, pese a ser requerido anteriormente para el cumplimiento de sus obligaciones mediante la carta notarial N°320-2016-VIVIENDA/PNT notificada el 2 de diciembre de 2016.
135. Al respecto, el numeral 1 del artículo 168 del Reglamento dispone que la Entidad tiene la facultad de resolver el contrato cuando el Contratista *“Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.”*

En relación al incumplimiento:


136. Mediante Carta N°022-2016/CONSORCIOLIMA remitida a la Entidad el 18 de octubre de 2016, el Contratista solicita la recepción de la obra. No obstante, el 28 de octubre de 2016, el Ing. Benjamín Cirilo Limachi Condori emite el Informe N°083-2016-VIVIENDA-PNT-UI-BCLC mediante el cual indica que la ejecución de la obra no se encontraba concluida. Por ello, mediante Carta Notarial N° 318-2016-VIVIENDA-PNT notificada el 23 de noviembre de 2016, la Entidad le comunica al Contratista la improcedencia de continuar con la recepción de la obra.
137. A raíz de lo señalado, consta en los medios de prueba que la Entidad realizó el requerimiento el día 2 de diciembre de 2016 mediante la Carta 320-2016-VIVIENDA-PNT. De modo que, el plazo para subsanar el incumplimiento tenía como fecha de vencimiento el 17 de diciembre de 2016, pues la Entidad otorgó al Contratista 15 días calendario para que cumpla con subsanar sus incumplimientos.
138. Posteriormente, mediante Informe Técnico N° 124-2017-VIVIENDA-PNT-UI² notificado el 16 de enero de 2017, se deja constancia de que, a la fecha de 20 de diciembre de 2016, existían deficiencias en la obra, por lo que el inspector concluye que el Contratista no cumplió con el requerimiento realizado por la Entidad dentro del plazo indicado en la carta notarial de requerimiento. Así, la Entidad procedió a resolver parcialmente el Contrato mediante la Carta N° 67-2017-VIVIENDA-OGA-OACP notificada el día 3 de febrero de 2017.
139. El 15 de febrero de 2017 se efectuó la Constatación física e inventario de la obra, dando como resultado la existencia de


² Anexo 1-Z de la contestación de la demanda

deficiencias, por lo que se indicó que la obra no se encontraba concluida al 100%. De igual manera, mediante el Informe N° 005-2017-VIVIENDA-PNT/blimachi³, de fecha 23 de febrero de 2017, se vuelve a señalar que falta levantar observaciones para que la obra sea entregada en perfectas condiciones. Asimismo, se le comunica al Contratista el cálculo de las penalidades aplicadas.

140. Se tiene que mencionar, además, que si bien el Contratista sostiene inicialmente en su demanda que las observaciones fueron levantadas y que no existe incumplimiento de sus obligaciones⁴, en el mismo escrito, en líneas posteriores, el Contratista reconoce el incumplimiento que la Entidad le atribuye, pues en su escrito de demanda solicita lo siguiente en la segunda pretensión:

“2.- Que, como consecuencia de nuestra primera pretensión, se deje sin efecto cualquier tipo de aplicación de penalidad al Contratista y se permita levantar las observaciones y culminar la obra materia del Contrato N° 027-2014-VIVIENDA-PNT”

141. De acuerdo al texto citado, con la expresión *“y se permita levantar las observaciones y culminar la obra materia del Contrato N° 027-2014-VIVIENDA-PNT”*, el Contratista reconoce, por un lado, la existencia de observaciones relacionadas a la ejecución de la obra y por otro lado, que la obra no se encuentra culminada pues solicita poder culminar con la obra a su cargo. En consecuencia, la propia declaración del Contratista reconoce que no ejecutó la obra al 100%. 

142. El Contratista no ha presentado prueba que acredite fehacientemente haber cumplido con su prestación al 100%, por 

³ Anexo 1A-15 de la contestación de la demanda

⁴ Ver numeral 3 de los “Fundamentos de Nuestras Pretensiones” de la demanda.

lo que no ha cumplido con acreditar lo que alega en el presente arbitraje.

143. Por todo lo indicado, el Árbitro Único concluye que el Contratista si se encontró en una situación de incumplimiento, a la fecha del vencimiento del plazo que le otorgó la Entidad para que realice la subsanación correspondiente.

En relación al procedimiento resolutorio:

144. En cuanto al procedimiento de resolución de contrato regulado en el artículo 169 del Reglamento, se tiene lo siguiente:

“Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

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

145. Acorde a la norma citada, siendo el presente contrato uno de obras, corresponde que la Entidad otorgue un plazo de subsanación de quince (15) días⁵. Si al vencimiento del plazo antes señalado el Contratista continúa en una situación de

⁵ Según la normatividad, este plazo necesariamente se otorga en los casos de obras.

incumplimiento, la Entidad podrá realizar la resolución parcial o total del contrato mediante una carta notarial.

En relación a la notificación del requerimiento efectuado por la Entidad:

146. De la revisión de los medios de prueba aportados, se tiene que la Entidad, mediante Carta Notarial N° 320-2016-VIVIENDA/PNT⁶ notificada el 2 de diciembre de 2016, realizó un requerimiento al Contratista a efectos de que cumpla con sus obligaciones. Por lo que, le otorgó un plazo de quince (15) días.
147. Por su parte, el Contratista indica que dicha carta notarial no le fue entregada, por ello aduce que la notificación no es válida.
148. Al respecto, cabe señalar que la carta notarial en mención fue entregada por el Notario Jaime Murguía Cavero, el día 2 de diciembre de 2016, en el domicilio legal señalado en los antecedentes de la Adenda N° 1 del Contrato⁷. El notario deja constancia de dicha entrega indicando lo siguiente:

“Certifico: Que en la fecha el original de la presente carta notarial ha sido entregada en la dirección indicada por debajo de la puerta, pues luego de varios intentos nadie acudió a nuestro llamado. De lo que doy fe. Siendo el testigo presencial Gerardo Martínez Chávez.-

Lima, 02 de diciembre del 2016.”

149. Es importante mencionar que la notificación de la Carta Notarial N° 320-2016-VIVIENDA/PNT no se rige por la Ley de Procedimiento Administrativo General, toda vez que la carta

⁶ Anexo 1-V de la contestación de la demanda.

⁷ Se modificó el domicilio legal del Contratista a Av. Los Cipreces MZ. M-1 Lt. 09 Urb. Los Olivos de Pro Sector “C”. Anexo 1 K de la contestación de demanda.

mencionada no es una notificación administrativa, sino una notificación notarial y, por lo tanto, se encuentra dentro del marco de regulación del Decreto Legislativo 1049 (Decreto Legislativo del Notariado).

150. Por ello, resulta necesario tomar en consideración lo dispuesto en el artículo 100 del Decreto Legislativo 1049, dispositivo que respalda la validez de la notificación de la Carta Notarial N° 320-2016-VIVIENDA/PNT al establecer lo siguiente:

“El notario certificará la entrega de cartas e instrumentos que los interesados le soliciten, a la dirección del destinatario, dentro de los límites de su jurisdicción, dejando constancia de su entrega o de las circunstancias de su diligenciamiento en el duplicado que devolverá a los interesados.”

151. Asimismo, respecto a lo señalado por el Contratista sobre el hecho de que no fue notificado porque la carta notarial fue dejada debajo de la puerta, es importante indicar que:

“El notario no realiza función jurisdiccional, menos aún de policía, por tanto, su labor no es la de ubicar a la persona (el destinatario), sino la de ubicar la dirección exacta indicada donde se ha consignado como dirección y donde debe ser entregada la carta; dirección que debe ser clara y expresa.”⁸

152. En un supuesto similar, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado indica en su Resolución N° 1217-2016-TCE-S2 lo siguiente:

“El hecho que la carta notarial no haya sido recibida por quien actualmente domicilia en la citada dirección, no quiere

⁸ SALAZAR PUENTE DE LA VEGA, Mercedes. Protocolo Notarial. Grijley. Lima, 2007. P. 414.

decir que dicha notificación no sea válida, en la medida que el notario dejó expresa constancia de que se apersonó a la dirección consignada en el contrato y que existió una "rotunda negativa" para recibir dicho documento. Debe tenerse en cuenta que el domicilio indicado en el contrato es el domicilio válido para realizar las notificaciones relacionadas a la ejecución del mismo, por lo que, si el contratista varía aquel, debe comunicar dicha circunstancia a la Entidad (...) este Colegiado considera que la prelación de modalidades de notificación regulada por el artículo 20 de la LPAG no resulta de aplicación en el presente caso, en la medida que nos encontramos frente a una relación contractual (...)".

153. Por lo expuesto, el Arbitro Único considera que ha quedado acreditado que la Carta Notarial N° 320-2016-VIVIENDA/PNT si fue notificada notarialmente, pues, la función que cumplen los notarios es de "...dar fe de actos o hechos jurídicos y tener constancia de estos". Así, mediante la certificación de entrega, los notarios dejan constancia de que la entrega de la carta notarial fue realizada válidamente, por lo que, el destinatario es notificado efectivamente.

154. En cuanto al contenido del requerimiento, es necesario indicar que la normatividad exige que se precise la obligación incumplida, se otorgue un plazo a fin de que el incumplimiento pueda ser subsanado en dicho periodo y se exprese el apercibimiento de resolver el contrato en caso la situación de incumplimiento persista.

155. Respecto de la comunicación de la obligación incumplida, la Carta Notarial N° 320-2016-VIVIENDA/PNT indica lo siguiente:



“(...) la obra señalada en el asunto, no se encuentra culminada que está con un retraso de sus avances de ejecución de los últimos meses, que conlleva a un avance ejecutado acumulado de 92.48% contra un avance programado acumulado de 100%; lo que implica que vuestra representada a la fecha viene incurriendo a demoras injustificadas en la ejecución de la obra.”

156. Del fragmento citado se tiene que la Entidad comunicó al Contratista la obligación que estaba siendo incumplida, pues le indica que, a la fecha en que se realiza el requerimiento, el Contratista viene incurriendo en demoras injustificadas en la ejecución de la obra a su cargo. Además de ello, líneas más abajo indica al Contratista que se encontraba afecto a la aplicación de penalidades por mora en la ejecución de la obra al 100%. Por lo que, a criterio del Árbitro Único, queda demostrado que la Entidad cumplió con comunicar al Contratista sobre la obligación incumplida.

157. En cuanto al otorgamiento del plazo, el artículo 169 del Reglamento dispone que, en el caso de obras, la Entidad deberá otorgar un plazo de quince (15) días, lo cual queda acreditado pues la Entidad cumplió con otorgar quince (15) días calendario al Contratista a fin de que cumpla con ejecutar su prestación al 100%.

158. Respecto del apercibimiento de resolver el contrato en caso el incumplimiento persista, el tercer párrafo de la Carta N° 320-2016-VIVIENDA/PNT señala lo siguiente:

“(...) se le requiere para que en un plazo de quince (15) días calendarios de recibida la presente, cumpla con sus obligaciones contractuales y concluya al 100% la ejecución

M
f

de la obra a su cargo, de acuerdo a lo indicado en el expediente técnico; bajo apercibimiento de Resolver parcialmente el Contrato (...)”.

159. El texto citado demuestra que la Entidad efectuó el apercibimiento de resolución parcial del Contrato exigido por la normatividad, requisito indispensable que faculta a la Entidad a resolver el Contrato cuando verifique que la situación de incumplimiento no ha sido revertida dentro del plazo otorgado.
160. Por todo lo expuesto, queda acreditado que el requerimiento efectuado por la Entidad cumple con lo previsto en las normas aplicables. De modo que, corresponde afirmar que el Contratista si fue notificado válidamente vía notarial sobre el requerimiento el 2 de diciembre de 2016. Así, queda acreditado que la Entidad cumplió con lo dispuesto en el artículo 169 del Reglamento respecto al requerimiento.

En relación a la Resolución Parcial del Contrato:

161. Al respecto, el procedimiento de resolución establecido en el artículo 169 del Reglamento exige como requisito el envío de dos cartas notariales. La primera referida al requerimiento y la segunda relacionada a la comunicación de la resolución del contrato.
162. De la revisión de los medios de prueba aportados, se tiene que la Entidad envió la Carta Notarial N° 67-2017-VIVIENDA-OGA-OACP⁹ el día 2 de febrero de 2017 a las 14:10 horas, mediante la cual comunica al Contratista su decisión de resolver parcialmente el Contrato debido a que, a la fecha, el Contratista no habría

⁹ Anexo 1-Y de la contestación de la demanda.

cumplido con subsanar el incumplimiento de sus obligaciones relacionadas a la ejecución de la obra a su cargo.

163. El Contratista no cuestiona la validez de la notificación de la carta notarial en mención, por el contrario, reconoce la recepción de la misma en su escrito de demanda, texto que se reproduce a continuación:

“29) Con CARTA N° 67-2017-VIVIENDA-OGA-OACP, el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento envía vía notarial y recibida el 03.02.2017, se nos comunica la decisión de resolver parcialmente el contrato (...)”

164. Además de ello, ha quedado acreditado que el Contratista remitió la Carta N°005-2017/CONSORCIOLIMA¹⁰ de fecha 6 de febrero de 2017 a la Entidad, mediante la cual solicita la reconsideración de la decisión de resolver parcialmente el Contrato. Por tanto, corresponde indicar que el Contratista fue notificado válidamente sobre la resolución parcial del Contrato.

165. Por todo lo expuesto, el Árbitro Único resuelve declarar infundada la presente pretensión. Por lo tanto, no corresponde declarar la nulidad e ineficacia de la resolución parcial del Contrato efectuada por la Entidad.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

“Como consecuencia de lo anterior, determinar si corresponde o no se deje sin efecto cualquier tipo de aplicación de penalidad al Contratista y se permita levantar las observaciones realizadas y culminar a la obra materia del Contrato N° 027-2014-VIVIENDA-PNT.

¹⁰ Carta presentada como medio de prueba por el Contratista en su escrito de demanda. (Medio probatorio 4.4 de la demanda).

166. El Contratista solicita mediante su segunda pretensión, se deje sin efecto la aplicación de penalidades, debido a que el Contrato fue resuelto parcialmente de forma indebida. No obstante, corresponde señalar que el Árbitro Único resolvió infundada la primera pretensión principal de la demanda, por lo que, la resolución parcial del Contrato es válida y surte efectos.
167. Respecto a las penalidades, corresponde tener en consideración lo dispuesto en la normatividad sobre ello. Así, el artículo 48 de la Ley dispone lo siguiente:

“Artículo 48.- Intereses y penalidades

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

El contrato establecerá las penalidades que deberán aplicarse al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento.”

168. De igual manera, el Reglamento regula las penalidades en los artículos que se reproducen a continuación:

“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

M
✍

necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta.

En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto}}{F \times \text{Plazo en días}}$$

Donde F tendrá los siguientes valores:

a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios y ejecución de obras: $F = 0.40$.

b) Para plazos mayores a sesenta (60) días:

b.1) Para bienes y servicios: $F = 0.25$.

b.2) Para obras: $F = 0.15$.

Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.

Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, la Entidad podrá resolver el contrato por incumplimiento.

Para efectos del cálculo de la penalidad diaria se considerará el monto del contrato vigente.

Artículo 166.- Otras penalidades

En las Bases se podrán establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo precedente, siempre y cuando sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, 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. Estas penalidades se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora.”

169. De todo lo indicado se advierte que la normatividad dispone la aplicación de penalidades para los casos de retraso por mora, así como también para otros supuestos. Además, establece una fórmula determinada, la cual debe ser utilizada a efectos de realizar el cálculo de penalidades.
170. En el presente caso, mediante Informe N° 005-2017-VIVIENDA-PNT/blimachi¹¹ de fecha 23 de febrero de 2017, se le comunica al Contratista la aplicación de penalidades debido al retraso en la ejecución de la totalidad de la obra a su cargo, incluso se observa un cuadro con el cálculo de las penalidades. Cabe mencionar, que consta en los medios de prueba que la Entidad venía comunicando al Contratista sobre la aplicación de penalidades antes y después de la resolución parcial del Contrato. Se concluye lo anterior, toda vez que, al momento de efectuar el requerimiento, la Entidad le comunicó al Contratista que estaba afecto a la aplicación de penalidades por el retraso en la ejecución de la obra.
171. De la revisión de todos los medios aportados, se tiene que el Contratista no ha logrado acreditar fehacientemente el por qué deben dejarse sin efecto las penalidades aplicadas por la Entidad. No solo ello, sino que en el desarrollo de la primera pretensión se pudo determinar la existencia de incumplimientos atribuidos al Contratista.
172. Puesto que la carga de la prueba corresponde a quien alega los hechos, el Árbitro Único declara infundada la presente pretensión. Por tanto, corresponde no dejar sin efecto las penalidades aplicadas al Contratista. Asimismo, no corresponde

¹¹ Anexo 1A-15 de la Contestación de la Demanda.

ordenar que se permita al Contratista el levantamiento de observaciones ni corresponde ordenar que culmine la obra.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

“Determinar si corresponde o no que se ordene al Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social – Proyecto Nacional Tambos el pago de la Valorización N° 06, por la suma de S/ 32,937.33 (Treinta y dos mil novecientos treinta y siete con 33/100 Soles), más los intereses legales, por avances de ejecución de obra”

Posición del Árbitro Único

173. El Contratista solicita, mediante su tercera pretensión, que se ordene a la Entidad el pago de la Valorización N° 06, por la suma de S/ 32,937.33 (Treinta y dos mil novecientos treinta y siete con 33/100 Soles). Asimismo, demanda el pago de los intereses correspondientes.
174. El Contratista alega que la Entidad no cumplió con realizar el pago correspondiente a la Valorización N° 6. Por su parte, la Entidad indica que si efectuó el pago correspondiente.
175. Al respecto, mediante Carta N° 15-2016-VIVIENDA-PNT-RRMR, de fecha 9 de septiembre de 2016, el inspector presenta la Valorización N° 6 correspondiente al mes de agosto del mismo año. No obstante, mediante Carta Notarial N° 316-2016-VIVIENDA-PTN, de fecha 21 de noviembre de 2016, la Entidad comunica al Contratista la improcedencia del pago de la Valorización N° 6, toda vez que existía una disconformidad respecto del monto indicado en la valorización. Posteriormente, el Contratista envió una nueva factura indicando un monto menor

M
f

al señalado en la Valorización antes presentada. Sin embargo, mediante Carta N° 001-2017/CONSORCIOLIMA, de fecha 16 de enero de 2017, el Contratista reingresó la Valorización N° 6 por un monto de s/35,286.27 (treinta y cinco mil, doscientos ochenta y seis con 27/100 soles). Así, vía correo electrónico se le indicó al Contratista que la valorización asciende al monto de s/32,937.33 (Treinta y dos mil, novecientos treinta y siete con 33/100 soles). Finalmente, el 23 de febrero de 2017, vía correo electrónico, el Ing. Benjamin Cirilo Limachi Condori le remite al Contratista la Valorización N° 6 por el monto de s/32,937.33 (Treinta y dos mil, novecientos treinta y siete con 33/100 soles).

176. Respecto del pago, la Entidad manifiesta que si efectuó la cancelación del monto correspondiente a la Valorización N° 6. Para ello, adjunta como medio probatorio el comprobante de pago N° 2017-4419¹² de fecha 20 de marzo de 2017.
177. El comprobante de pago presentado por la Entidad indica el monto de s/32,937.33 (Treinta y dos mil, novecientos treinta y siete con 33/100 soles), monto que corresponde a la Valorización N° 6. Cabe resaltar, que el comprobante de pago contiene un sello que indica que dicho importe fue debidamente cancelado el 22 de marzo de 2017.
178. Respecto de lo alegado por la Entidad, consta en este proceso arbitral, que el Contratista no ha cuestionado, mediante escritos posteriores, la validez del comprobante de pago de la Valorización N° 6 presentado por la Entidad. Por lo que, corresponde concluir que no ha logrado acreditar la falta de pago de dicha Valorización.
179. Por todo lo expuesto, el Árbitro Único considera que la presente pretensión debe declararse infundada. Por tanto, no corresponde ordenar a la Entidad el pago de s/32,937.33 (Treinta y dos mil,

¹² Anexo 1A-8 de la Contestación de la demanda.

novcientos treinta y siete con 33/100 soles) por concepto de la Valorización N° 6.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:

“Determinar si corresponde o no que se ordene al Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social – Proyecto Nacional Tambos el pago a favor de Consorcio Lima por concepto de indemnización por daños y perjuicios (Daño emergente y lucro cesante) por la suma de S/ 30,000.00 (Treinta Mil con 00/100 Soles), al haberse efectuado una indebida resolución parcial del contrato”

Posición del Árbitro Único

180. Mediante el escrito de demanda, el Contratista solicita que el Árbitro Único ordene a la Entidad el pago de s/30,000.00 (Treinta mil con 00/100 soles) a favor del Contratista por concepto de penalidad.

181. El artículo 1321 del Código Civil, aplicable de manera supletoria al presente contrato, establece que

“Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución.

Si la inexecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída”.

M

ψ

182. Como lo prevé el citado artículo 1321 del Código Civil, para que exista obligación de indemnizar se debe acreditar la concurrencia de: el elemento antijurídico, la imputabilidad, el daño y el nexo causal.

183. Respecto al elemento antijurídico, supone la actuación contraria a derecho que sustenta la obligación de indemnizar. En el ámbito de los contratos, la inejecución de una obligación convencional o legal.

En este caso, el Contratista alega que la Entidad resolvió el Contrato de forma indebida, pues indica no se cumplió con lo previsto en la ley para dichos efectos. No obstante, al desarrollar el primer punto controvertido referido a la primera pretensión de la demanda, se concluyó que la resolución parcial del Contrato efectuada por la Entidad fue realizada conforme a ley y no de forma indebida pues, la Entidad actuó siguiendo los lineamientos establecidos en la normatividad. Por ende, la actuación de la Entidad no ha sido contraria a derecho y en consecuencia, no se cumple con la existencia del elemento antijurídico.

184. En cuanto al nexo causal, cabe indicar que se refiere a la relación que debe existir entre el daño y el elemento antijurídico. Al respecto, se determinó en el punto precedente la falta de existencia del elemento antijurídico. Por lo tanto, no puede acreditarse la relación entre el daño y la supuesta conducta antijurídica, toda vez que no hay elemento antijurídico. En consecuencia, no existe nexo causal.

185. En el caso del daño, referente al perjuicio ocasionado, este debe ser cierto y, además, debidamente probado. Al respecto, fluye del expediente que el Contratista no ha logrado acreditar el daño sufrido, no solo ello, sino que no ha proporcionado medios de

M

f

prueba que justifiquen el monto que solicita por concepto de indemnización.

186. Finalmente, con respecto a la imputabilidad, al no existir elemento antijurídico, no corresponde determinar la existencia de imputabilidad.

187. Por lo tanto, el Árbitro Único considera que la pretensión indemnizatoria debe ser declarada infundada. Por ende, no corresponde ordenar a la Entidad el pago de s/30,000.00 (Trinta mil con 00/100 soles) a favor del Contratista por concepto de indemnización.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO:

“Determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de los gastos arbitrales, costas y costos resultantes del arbitraje.”

Posición del Árbitro Único

188. En lo referido a determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de los gastos arbitrales, costas y costos resultantes del arbitraje, el Árbitro Único considera lo siguiente:

1. Respecto de los costos del arbitraje, el artículo 70° de la Ley de Arbitraje¹³ establece que el Árbitro Único fijará en el laudo los costos del arbitraje.

2. Asimismo, se debe tener en cuenta que, el numeral 1 del

¹³ Al respecto, dicho artículo establece que los costos del arbitraje comprenden:

- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.
- b. Los honorarios y gastos del secretario.
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

artículo 73° de la Ley de Arbitraje, que dispone que:

“El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.”

189. De la revisión del Convenio Arbitral celebrado entre las partes, se advierte que las mismas no han pactado nada en relación a los costos del arbitraje, por lo que corresponde que la distribución de los mismos sea determinada por el Árbitro Único, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
190. Así, el Árbitro Único estima que ambas partes han tenido motivos atendibles para litigar, habiéndose presentado una diferencia interpretativa con contenido y posiciones diversas. Por lo que, corresponde que el pago de los gastos arbitrales, costas y costos resultantes del arbitraje sean asumidos por cada una de las partes.
191. En ese sentido, mediante Acta de Instalación, se fijó como honorarios netos del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral las sumas de S/ 3,819.00 (Tres mil ochocientos diecinueve y 00/100 Soles) y S/ 1,793.00 (Un mil setecientos noventa y tres y 00/100 Soles) respectivamente, las mismas que debían ser asumidas por ambas partes en proporciones iguales, siendo del cargo de las mismas el pago correspondiente del Impuesto a la Renta. Siendo esto así, cada parte debió asumir el pago de s/3,049.99 (Tres mil cuarenta y nueve con 99/100 soles) incluido impuestos, por

M

g

concepto de costos y costas del proceso arbitral.

192. Conforme con lo anterior, habiendo la Entidad pagado en subrogación los honorarios netos del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral, conforme se dejó constancia en su oportunidad mediante Resoluciones N° 14 y N° 18, respectivamente, corresponde que el Contratista reembolse a la Entidad la suma de s/3,049.99 (Tres mil cuarenta y nueve con 99/100 soles).

IX. LAUDO

Estando a las consideraciones precedentes, en Derecho y dentro del plazo correspondiente, el Árbitro Único **RESUELVE:**

Primero: Declarar INFUNDADA la primera pretensión de la demanda y, en consecuencia, NO CORRESPONDE declarar la nulidad y/o dejar sin efecto la resolución parcial del Contrato.

Segundo: Declarar INFUNDADA la segunda pretensión de la demanda y, por tanto, NO CORRESPONDE dejar sin efecto la aplicación de cualquier tipo de penalidad al Contratista. Asimismo, no corresponde permitir al Contratista el levantamiento de observaciones ni culminar la obra a su cargo.

Tercero: Declarar INFUNDADA la tercera pretensión de la demanda y, en consecuencia, NO CORRESPONDE ordenar a la Entidad el pago de la Valorización N° 6 equivalente a S/. 32,937.33, y no corresponde ordenar intereses legales.

Cuarto: Declarar INFUNDADA la cuarta pretensión de la demanda y, en consecuencia, NO CORRESPONDE ordenar a la Entidad el pago de una indemnización por daños y perjuicios a

favor del Contratista, cuyo monto asciende a la suma de S/ 30,000.00, por conceptos de daño emergente y lucro cesante.

Quinto: FÍJESE los honorarios netos del árbitro único y de la Secretaría Arbitral las sumas de S/ 3,819.00 (Tres mil ochocientos diecinueve y 00/100 Soles) y S/ 1,793.00 (Un mil setecientos noventa y tres y 00/100 Soles) respectivamente, más impuestos, según la liquidación de honorarios y gastos administrativos practicados en el presente arbitraje, los mismos que deben ser asumidas por ambas partes en proporciones iguales. Siendo esto así, Consorcio Lima debe reembolsar al Proyecto Nacional Tambos (ahora Programa Nacional Plataformas de Acción para la Inclusión Social del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social -MIDIS), la suma de s/3,049.99 (Tres mil cuarenta y nueve con 99/100 soles).

Sexto: INDÍQUESE que, adicionalmente a la notificación en los domicilios procesales de ambas partes, el presente Laudo Arbitral será notificado a través del portal electrónico del Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado - SEACE.-

Notifíquese a las partes.-

ALFREDO FERNANDO SORIA AGUILAR

Árbitro Único

FRELIA IRIS FERRÚA PÉREZ

Secretaria Arbitral Ad Hoc

