

Pontificia Universidad Católica del Perú
Facultad de Derecho



**Análisis de Licitación Pública convocada bajo la modalidad de concurso oferta:
Verificación del cumplimiento del Principio de Eficiencia en las contrataciones
públicas y del procedimiento establecido en la norma para la ejecución y pago
de prestaciones adicionales de obra**

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título de **Abogada**

Autor

Gabriela Roxana Chavez García

Revisor

Moscol Salinas, Alejandro Martín

Lima, 2021

RESUMEN

La Licitación Pública objeto de análisis, fue convocada bajo la modalidad de concurso oferta y por un plazo de ejecución de 180 días calendario. Esta modalidad de contratación consiste en que el contratista debe cumplir con la elaboración del Expediente Técnico de Obra y la ejecución de la obra respecto de la cual elaboró el Expediente.

Sin embargo, la ejecución de esta contratación fue deficiente debido a la falta de diligencia de la Entidad, el contratista no cumplió con ejecutar las prestaciones dentro del plazo establecido, y aun cuando la ampliación del plazo contractual se realizó de acuerdo a lo previsto en el artículo 175 de su Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado¹ vigente al momento de los hechos; el plazo otorgado en la ampliación del plazo para la ejecución de la obra no habría razonable.

En ese sentido, se realiza un análisis respecto al cumplimiento del principio de eficiencia en las contrataciones públicas pues, la atención de la necesidad pública no se dio en la oportunidad prevista en un inicio sino en un total de 562 días calendario.

Asimismo, se analiza si la Entidad debe efectuar el pago de las prestaciones adicionales de obra teniendo en cuenta el artículo 41 de la Ley de Contrataciones con el Estado y el artículo 207 del Reglamento, ambos vigentes al momento de los hechos.

Palabras clave: Concurso Oferta, ampliación de plazos, principio de eficiencia, adicionales de obra.

¹ Aprobado mediante Decreto Supremo N°184-2008-EF.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
I. Justificación de la elección de la resolución	2
II. Antecedentes	3
III. Hechos relevantes del caso.....	3
IV. Marco Jurídico.....	11
V. Instituciones y problemas jurídicos	12
1. En la Licitación Pública, materia de análisis, realizada bajo la modalidad de concurso oferta ¿Se vulneraría el Principio de Eficiencia de las contrataciones públicas, como consecuencias de la reiterada ampliación del plazo de ejecución contractual?.....	12
1.1. Contratación pública bajo la modalidad de Concurso Oferta	13
1.1.1. Contrato de consultoría de obra	16
1.1.1.1. Plazo de vigencia contractual y de ejecución del contrato de Consultoría de Obra.....	17
1.1.2. Contrato de obra pública.....	19
1.1.2.1. Plazo de ejecución del contrato de ejecución de obra	21
1.2. ¿La ampliación de plazos en la ejecución del contrato fue razonable, con forme a la norma y, en consecuencia, acorde con el principio de eficiencia de las contrataciones públicas?.....	25
1.2.1. Principio de Eficacia en la Contratación Pública.....	27
2. ¿La solicitud de adicionales a la obra, se realizó de acuerdo al procedimiento establecido en el numeral 41 de la LCE, 207 del RLCE, y en consecuencia debería ser reconocida su ejecución?	31
VI. Conclusiones.....	36
VII. Recomendaciones.....	37
VIII. Bibliografía	37

DEDICATORIA

A Karina García Soto, mi madre, por su apoyo incondicional, motivación e infinito amor durante esta etapa tan importante en mi vida.

A Aquilina Soto, mi abuela, por acompañarme siempre, y brindarme fortaleza y motivación para alcanzar mis metas.

A Roberto García, mi abuelo, por su sabiduría y amor incondicional.

AGRADECIMIENTOS

A Dios por brindarme salud y fortaleza en todo momento.

A mi asesor Alejandro Moscol Salinas, por su apoyo constante durante la investigación realizada.



INTRODUCCIÓN

Mediante la contratación pública, el Estado busca satisfacer una necesidad pública. En ese sentido, esta debe llevarse a cabo siguiendo los principios previstos en la norma, siendo la Entidad pública, la encargada de garantizar ello, debiendo actuar diligentemente durante el procedimiento de selección y en la ejecución contractual.

Así, en el caso bajo análisis, se busca demostrar que la Entidad no habría actuado de forma diligente y garantizando la atención oportuna de la necesidad pública que dio origen a la licitación pública, convocada bajo la modalidad de concurso oferta, para el “Mejoramiento de Infraestructura de los Pozos Termales Zamacola y El Tigre – Distrito de Yura”.

En ese sentido, en primer lugar, se explicará en qué consiste la modalidad de concurso oferta y la normativa aplicable al cómputo de plazo para las prestaciones que contiene el contrato celebrado de acuerdo a aquella modalidad de contratación.

Posteriormente a ello, se desarrollará en qué consiste el principio de eficiencia en la contratación pública de acuerdo a la normativa aplicable a los hechos del caso; para determinar si este fue vulnerado debido a la ampliación de plazos en reiteradas oportunidades.

Finalmente, se analizará si la Entidad se encuentra obligada a efectuar el pago de las prestaciones adicionales ejecutadas por el contratista, teniendo en cuenta la normativa aplicable al omento de ocurridos los hechos del caso.

I. Justificación de la elección de la resolución

La resolución arbitral de carácter complejo fue elegida siguiendo los criterios establecidos en los documentos del curso y porque evidencia un tema recurrente en la ejecución contractual de contratos con el Estado, esto es, la ampliación del plazo.

Si bien es cierto que la norma prevé ciertos supuestos en los que la Entidad se encuentra facultada a otorgar la ampliación del plazo de ejecución, esta debe ser razonable y proporcional a la prestación que se deberá ejecutar en dicho plazo adicional, pues en el caso bajo análisis, la cantidad de días otorgado no sería razonable considerando el plazo previsto en las Bases de la convocatoria.

Asimismo, se advierte una falta en la conducta del supervisor de obra pues, indicó al contratista la ejecución de adicionales de obra, sin contar previamente con la autorización del titular de la Entidad conforme a lo previsto en el artículo 207 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, vigente al momento de los hechos.

Por lo expuesto, se eligió la resolución arbitral debido a que, de acuerdo a los materiales del curso, se identificó que esta cumple con la complejidad requerida y la materia controvertida es afín a la rama del derecho en la que ejerceré la profesión.

II. Antecedentes

1. Con fecha 22 de agosto de 2011, la Municipalidad Distrital de Yura, provincia de Arequipa, convocó la Licitación Pública 01-2011-CEPCBS/MDY para la ejecución de la obra “Mejoramiento de Infraestructura de los Pozos Termales Zamacola y El Tigre – Distrito de Yura”, bajo la modalidad de contratación Concurso Oferta y el sistema de contratación a Suma Alzada, cuyo valor referencial ascendía a S/2,977,815.00 (Dos Millones Novecientos Setenta y Siete Mil Ochocientos Quince con 00/100 soles).
2. Con fecha 03 de octubre de 2011, el Órgano Encargado de las Contrataciones (en adelante, “OSCE”) emitió el Pronunciamiento N°388-2011/DTN mediante el cual se precisó, entre otros puntos, el plazo de ejecución del contrato, pues en un extremo de las Bases se consignaba ciento ochenta (180) días calendario, y en otro, veinte (20) días para la elaboración del expediente técnico y ciento sesenta (160) días para la ejecución de la obra. Así, el OSCE determina uniformizar ambos extremos, quedando el plazo de ejecución del contrato en veinte (20) días calendario para la elaboración del expediente técnico y ciento sesenta (160) días calendario para la ejecución de la obra.
3. Luego de ello, con fecha 18 de octubre de 2011, se adjudicó la Buena Pro al Consorcio Yura Tradición (en adelante, “el Consorcio”) conformado por: RIOGERSA S.R.L., REGALMA S.R.L., CONSTRUCTORA Y SERVICIOS ATENAS E.I.R.L., quienes suscribieron el contrato privado de consorcio con fecha 19 de octubre de 2011, nombrando como representante común a REGALMA S.R.L.

III. Hechos relevantes del caso

Luego de adjudicada la Buena Pro al Consorcio, tuvieron lugar los siguientes hechos:

1. Con **fecha 31 de octubre de 2011**, la Municipalidad Distrital de Yura (en adelante, “la Entidad”) y el Consorcio **suscribieron el Contrato N°012-**

2011-MDY “Contrato de Ejecución de Obra para el mejoramiento de la infraestructura de los Pozos Termales Zamacola y El Tigre – Distrito de Yura”, estableciendo en la cláusula décimo octava la posibilidad de someter a arbitraje las controversias que surjan en la etapa de ejecución contractual dentro del plazo previsto en la norma.

2. Con fecha 26 de diciembre de 2011, el Consorcio entrega a la Entidad el Expediente Técnico de la obra.

Con fecha 10 de enero de 2012, la Entidad devolvió el Expediente Técnico al Consorcio adjuntado el Informe del Supervisor de Obra en el que se señalaban las observaciones que debían ser subsanada.

3. Con fecha 29 de febrero de 2012, el Consorcio remite a la Entidad y al Supervisor de obra el Expediente Técnico Subsanaado. Luego de ello, se realizan observaciones tanto al Expediente Técnico del pozo Zamacola y El Tigre.

4. Con fecha 19 de marzo de 2012, la Entidad solicita al Consorcio la renovación de la carta fianza y se realiza conforme a lo solicitado.

5. Con fecha 20 de junio de 2012, la Entidad remite al Consorcio las observaciones realizadas al Expediente Técnico otorgando el plazo de 10 días calendario para subsanarlas, aun cuando, de acuerdo a lo indicado por el Consorcio, ya había sido aprobado por silencio administrativo.

6. Con fecha 28 de junio de 2012, el Consorcio remite a la Entidad el Expediente Técnico subsanaado.

7. Con fecha 23 de julio de 2012, el supervisor de obra mediante Carta N°66-2012-SC/MDY, informa a la Entidad que se da la conformidad al Expediente Técnico en referencia.

8. Sin embargo, con fecha 6 de agosto de 2012, se celebra el Acta Conciliatoria en el que ambas partes acuerdan: i) presentar nuevamente el Expediente

Técnico y posteriormente a ello, la Entidad debería emitir la resolución de aprobación de expediente, así como de dar el adelanto directo para la ejecución de la obra; ii) suscribir la Adenda del Contrato N°012-2011-MDY.

9. En vista de tal acuerdo, **con fecha 17 de agosto de 2012, mediante Resolución Gerencial N°069-2012-DGUR-MDY, la Entidad aprobó el Expediente Técnico de la obra y el inicio de su ejecución.**
10. Asimismo, **con fecha 21 de agosto de agosto de 2012, se suscribe la Adenda del Contrato N°012-2011-MDY en la que se acuerda: i) La entrega del terreno por parte de la Municipalidad demandada, a realizarse el 22 de agosto de 2012, ii) El otorgamiento de 180 días calendario a favor del Consorcio, como plazo para la ejecución de la obra, que iniciaría el 22 de agosto de 2012 y finalizaría el 28 de enero de 2013.**
11. No obstante, el Consorcio indicó que el terreno fue entregado con fecha 19 de setiembre de 2012 y recién con fecha 25 de setiembre, la Entidad ratificó la Adenda celebrada el 21 de agosto de 2012.
12. **Con fecha 03 de octubre, la Entidad emite la Resolución Gerencial N°93-2012-GDUR-MDY mediante la que se amplía el plazo para la ejecución de obra por causa no atribuible al Consorcio** (no desocupación del pozo El Tigre para iniciar trabajos de demolición), siendo la nueva fecha de término de la obra el 26 de febrero de 2013.
13. Con fecha 10 de octubre de 2012, el Consorcio remite las modificatorias del Expediente Técnico a la Entidad conforme a los solicitado por la supervisión de la obra.
14. Con fecha 17 de enero de 2013, tras reunión técnica de 16 de enero del mismo año, las partes acordaron realizar modificaciones al Expediente Técnico según lo requerido por la Entidad, pero no se aceptó conceder un plazo adicional para ejecutar tales modificatorias.

15. Posteriormente a ello, entre el 25 de enero y el 13 de mayo de 2013 se remitieron a la Entidad cuatro (4) Expedientes de Adicional de obra, de acuerdo a lo requerido por ella y el supervisor de obra.
16. No obstante, el 01 de abril de 2013 la Entidad emitió la Resolución de Alcaldía N°106-2013-MDY mediante la que declaró: i) el incumplimiento de obligaciones contractuales por incumplimiento excesivo de plazos en la ejecución de la obra, ii) la resolución de Contrato N°012-2011-MDY celebrado entre las partes y, iii) la aplicación de penalidades en contra del Consorcio por mora en la prestación.
17. Con fecha **10 de abril de 2013**, el Consorcio y la Entidad, celebraron el Acta de Conciliación N°542-2013 mediante la cual, **acordaron**: i) dejar sin efecto el extremo sobre la resolución del contrato contenido en la Resolución de Alcaldía N°106-2013-MDY, y ii) aprobar la **suscripción de una segunda Adenda al Contrato N°012-2011-MDY, en la que se otorgaría al Consorcio el plazo de 30 días calendario adicionales para culminar la ejecución de la obra.**
18. Es así que, con fecha **15 de abril de 2013, se celebra la Adenda N°2 del Contrato**, se emite la Resolución de Alcaldía N°119-2013-MDY que la aprueba y **se establece como fecha de vencimiento para la ejecución de la obra el 15 de mayo de 2013.**
19. Luego de ello, el Consorcio indica haber finalizado la Obra el 14 de mayo de 2013, anotando este hecho en el Cuaderno de Obra. Al día siguiente, se levanta el Acta de Constatación Notarial, en presencia del Consorcio; mediante esta Acta, el Notario Público dejó constancia que los trabajos realizados en la obra fueron concluidos en su totalidad y dentro del plazo establecido en la Adenda N°2.
20. Con fecha 16 de mayo de 2013, el Consorcio comunicó a la Entidad la conclusión de la obra y solicitó iniciar el procedimiento para su recepción.

21. Sin embargo, con fecha 17 de mayo de 2013, la Entidad comunica al Consorcio mediante Carta Notarial que, de acuerdo a la constatación policial realizada, la obra se encontraba inconclusa, concediendo el plazo de 15 días para culminar la obra.
22. El Consorcio considera que tal Carta no surtiría efectos debido a que: i) no se adjuntó el Acta de Constatación Policial, ii) no se comunicó cuales eran las supuestas partidas inconclusas de la obra, y iii) no se pronunciaba sobre la conclusión de obra que el Consorcio había informado a la Entidad.
23. Con fecha 5 de junio de 2013, la Entidad emite la Resolución de Alcaldía N°171-2013-MDY, mediante la que dispuso: i) declarar el incumplimiento de las obligaciones contractuales del Consorcio, ii) resolver el Contrato N°012-2011-MDY por incumplimiento de obligaciones del Consorcio por haber vencido el plazo para la culminación de obra concedido mediante la Adenda N°02 de fecha 15 de abril de 2013, y iii) hacer efectivo el cobro de la penalidad del 10% del valor total de la obra conforme el artículo tercero de la Resolución de Alcaldía N°106-2013-MDY y el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
24. Se programó la constatación de obra para el día 7 de junio de 2013; sin embargo, a tal acto solo se apersonaron los representantes del Consorcio, por lo que se levantó el Acta de Recepción de Obra con la que se hizo entrega de la obra al Notario, en ausencia de los representantes de la Entidad. Asimismo, se levantó el Acta Policial dejando constancia de la inasistencia de los representantes de la Entidad y del supervisor de la obra.
- 25. Con fecha 10 de junio de 2013, el Consorcio remite Carta Notarial a la Entidad comunicando, entre varios puntos, el cumplimiento y culminación de la ejecución de la obra dentro del plazo concedido, así como su intención de someter a arbitraje la controversia originada.**
26. Con fecha 18 de junio de 2013, se suscribe el Acta de Entrega de Llaves entre el Gerente Municipal, Gerente de Asesoría Legal y el Gerente de Desarrollo

Urbano, el representante del Consorcio y su Gerente de Obra. Mediante dicha Acta se aceptó y se dio plena conformidad a la obra y al acto de entrega de llaves; sin tener ninguna observación referida a la construcción de la obra o la finalización de la misma, de acuerdo a lo que indica el Consorcio.

27. Con fecha 2 de julio de 2013, la Entidad ejecuta la Carta Fianza otorgada por el Consorcio como garantía de fiel cumplimiento
28. Con fecha 02 de agosto de 2013, el Consorcio remite a la Entidad la Carta N°051-2013-JCCC/CONSORCIO YURA TRADICIÓN, mediante la cual se entrega de la Liquidación de Obra.
29. Con fecha 01 de octubre de 2013, la Entidad remite al Consorcio la Carta Notarial N°18/2013-MDY mediante la cual, se señala que la Liquidación de Obra presentada el 2 de agosto contenía errores y que existía un saldo en contra del Consorcio de S/252,996.49.

De acuerdo al Consorcio, no se adjuntó a dicha Carta el detalle de las observaciones a la liquidación de obra, ni se señaló las partidas inconclusas o las omisiones que cometió el Consorcio cuando realizó la Liquidación.

30. Con fecha 09 de octubre de 2013, el Consorcio comunicó a la Entidad que ya habrían transcurrido más de 60 días calendario que otorga la norma para realizar observaciones o elaborar una nueva Liquidación, por lo que la presentada el 2 de agosto de 2013 habría quedado plenamente consentida. En esta misma fecha se realiza la instalación de Árbitro único.

31. Mediante la demanda interpuesta por el Consorcio, se solicita lo siguiente:
 - i. Declarar la nulidad total de la Resolución de Alcaldía N°171-2013-MDY de 5 de junio de 2013.
 - ii. Pago de la Municipalidad de mayores gastos generales (S/452,705.56) generados en dos momentos:

- Desde la presentación del Expediente Técnico a la Entidad demandada para su aprobación con fecha 26 de diciembre de 2011, hasta la celebración del Acuerdo Conciliatorio de inicio formal de Ejecución de la obra el 22 de agosto de 2012 (paralización de 240 días).
 - Desde el 22 de agosto de 2012 hasta el 19 de setiembre de 2012, no se pudo ejecutar la obra por la falta de entrega del terreno donde se ubica el pozo El Tigre (28 días de paralización).
- iii. Aprobación de la recepción de la obra ejecutada y en el mismo sentido, reconozca y cumpla con el pago del monto adecuado según liquidación presentada y aprobada por la Municipalidad, así como el pago de la valorización N°16 aprobada pero adeudada por la Municipalidad.
- a. Pretensión accesoria: Pago de intereses legales hasta el momento efectivo de la cancelación de lo adeudado.
- iv. Devolución a favor del Consorcio del monto dinerario ascendente a S/297, 781.50 por la ejecución indebida de la Carta Fianza N°010294615-005 de 12 de junio de 2013 emitida por SCOTIABANK S.A.
- a. Pretensión accesoria: Pago de intereses legales hasta el momento efectivo de la devolución del importe irregularmente ejecutado por la Municipalidad.
- v. Pago de indemnización por daños y perjuicios ascendente a la suma de S/1,000,000.00 por el menoscabo económico-patrimonial y moral sufrido por el Consorcio a raíz de la indebida ejecución de la Carta Fianza y las consecuencias negativas que viene afrontando ante el sistema financiero y tributario del país.
- El monto solicitado corresponde a:
- S/500,000.00: Daño emergente
 - S/500,000.00: Daño moral

vi. Pago de indemnización por enriquecimiento indebido ascendente a S/100.000.00 que corresponde a:

- Adicional de Obra N°1, por un estimado de S/36,797.69
- Adicional de Obra N°2, por un estimado de S/17,685.89
- Adicional de Obra N°3, por un estimado de S/38,224.93
- Adicional de Obra N°4, por un estimado de S/15,000.00

Todos ellos ejecutados en el desarrollo de la obra, pero no reconocidos, ni pagados hasta la fecha de presentación de la demanda, así como los intereses legales generados hasta la fecha del pago.

vii. Pago a cargo de la Municipalidad demandada de las costas y costos del proceso arbitral.

32. La Entidad contestó la demanda precisando que mediante el Acta de Conciliación N°542-2013, se acordó lo siguiente:

- i) Dejar sin efecto la Resolución de Alcaldía N°106-2013-MDY en el extremo que dispone declarar la Resolución de Contrato
- ii) Se aprobó la suscripción de la adenda por el plazo de 30 días calendarios
- iii) La renuncia del Consorcio a recibir el pago de mayores gastos generales ocasionados con motivo de la ampliación de plazo de 30 días.
- iv) Deja consentir la aplicación de penalidad del 10% señalado en el tercer artículo de la Resolución de Alcaldía N°106-2013-MDY, que se harpa efectiva de forma proporcional de las valorizaciones pendientes en un 50% y el otro 50% en la liquidación de obra
- v) En caso exista un retraso injustificado en el avance de obra acelerado, se aplicará una penalidad conforme a la formula prevista en la norma.

Precisando que en caso se configure la aplicación de penalidad, la misma se aplicará de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento.

En ese sentido, la Entidad indica que al estar dicho consentimiento en un documento con calidad de título ejecutivo (acta de conciliación), no sería posible cuestionar tal hecho al haber quedado firme y consentido.

Asimismo, la Entidad solicita declarar infundada la cuarta pretensión debido a que el artículo 165 de Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que las penalidades se cobran de las garantías de fiel cumplimiento. Además, la Entidad sostiene que no se podían aprobar adicionales, cuando eran de entera responsabilidad del contratista y no de la entidad; por lo que debería desestimarse la sexta pretensión.

IV. Marco Jurídico

De acuerdo a los hechos, la controversia surgió en vista del Contrato de Ejecución de obra celebrado en atención de la Licitación Pública N.º 1-2011-CEPCBS/MDY para la ejecución de la obra “Mejoramiento de Infraestructura de los Pozos Termales Zamacola y El Tigre – Distrito de Yura” bajo la modalidad Concurso oferta y el sistema a Suma Alzada, convocada y adjudicada en el año 2011.

En consecuencia, la normativa aplicable al caso objeto de estudio es la siguiente:

- Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N°1017, en adelante “LCE”.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N°184-2008-EF, en adelante “RLCE”.

Asimismo, serán aplicables las Opiniones emitidas por el Órgano Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) respecto a la interpretación de la normativa aplicable a esta modalidad de contratación. Sobre este punto, es necesario precisar, que se tomará en cuenta solamente aquella interpretación acorde a la regulación aplicable a los hechos del caso objeto de análisis.

- Opinión N°100-2012/DTN, sobre el concurso oferta
- Opinión N°015-2015/DTN, sobre la entrega del terreno como requisito para el inicio del plazo de ejecución de una obra.
- Opinión N°151-2015/DTN, sobre prestaciones adicionales en obras ejecutadas bajo la modalidad de Concurso Oferta
- Opinión N°180-2015/DTN, sobre ampliaciones de plazo que se deriven de la aprobación de prestaciones adicionales en una obra ejecutada bajo la modalidad de concurso oferta.

- Opinión N°189-2017/DTN, sobre la aplicación de lo dispuesto en el numeral 143.4 del artículo 143 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- Opinión N°037-2018/DTN, sobre las prestaciones adicionales en los contratos de obra.
- Opinión N°049-2018/DTN, sobre el pago en contratos de obra ejecutados bajo la modalidad de concurso oferta
- Opinión N°084-2018/DTN, sobre la modalidad de ejecución contractual de concurso oferta
- Opinión N°136-2018/DTN, sobre la culminación del contrato de obra bajo la modalidad de ejecución contractual de concurso oferta
- Opinión N°140-2018/DTN, sobre la Liquidación de un contrato de obra bajo la modalidad de ejecución contractual de concurso oferta
- Opinión N°139-2019/DTN, sobre las prestaciones adicionales en obras ejecutadas bajo la modalidad de concurso oferta
- Opinión N°138-2019/DTN, sobre las modificaciones de un Contrato de Obra ejecutado bajo la modalidad de concurso oferta bajo el sistema a suma alzada
- Opinión N°032-2021/DTN, sobre la ampliación de plazo en los contratos ejecutados bajo la modalidad de llave en mano y concurso oferta.
- Opinión N°040-2019/DTN, sobre el plazo de vigencia contractual

V. Instituciones y problemas jurídicos

De acuerdo al análisis de los hechos y la normativa aplicable se han identificado los siguientes problemas e instituciones jurídicas aplicables al caso objeto de estudio:

1. En la Licitación Pública, materia de análisis, realizada bajo la modalidad de concurso oferta ¿Se vulneraría el Principio de Eficiencia de las contrataciones públicas, como consecuencias de la reiterada ampliación del plazo de ejecución contractual?

Para responder a la pregunta planteada, en primer lugar, se explicará en qué consiste la contratación pública bajo la modalidad del concurso oferta; luego de ello, se explicará los supuestos de ampliación de plazo previstos en la norma; y finalmente se explicará si esta ampliación reiterativa vulneraría el Principio de Eficiencia de las contrataciones públicas.

1.1. Contratación pública bajo la modalidad de Concurso Oferta

De acuerdo al numeral 2, del artículo 41 del RLCE, la modalidad de concurso oferta consiste en lo siguiente:

Artículo 41*.-Modalidades de Ejecución Contractual

Cuando se trate de bienes u obras, las bases indicarán la modalidad en que se realizará la ejecución del contrato, pudiendo ésta ser:

(...)

- 1. Concurso oferta: Si el postor debe ofertar la elaboración del Expediente Técnico, ejecución de la obra y, de ser el caso el terreno. Esta modalidad sólo podrá aplicarse en la ejecución de obras que se convoquen bajo el sistema a suma alzada y siempre que el valor referencial corresponda a una Licitación Pública. Para la ejecución de la obra es requisito previo la presentación y aprobación del Expediente Técnico por el íntegro de obra.*

Del artículo citado se observa que, esta modalidad de contratación contiene dos obligaciones principales a cargo del contratista: i) elaboración del Expediente Técnico de obra, y ii) ejecución de la obra; esta última se llevará a cabo, por el íntegro de la obra, cuando el Expediente Técnico de obra haya sido presentado y aprobado, por la Entidad.

En ese sentido, mediante la Opinión N°136-2018/DTN, de fecha 4 de setiembre de 2018, la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado – OSCE ha establecido que los contratos celebrados bajo esta modalidad de contratación tienen como finalidad la ejecución de una obra, siendo necesario la ejecución de prestaciones de distinta naturaleza, entre ellas, la consultoría de obra y la ejecución de la obra en sí misma, además:

Considerando que las prestaciones que debía ejecutar un contratista en un contrato de obra bajo la modalidad de concurso oferta eran independientes y de ejecución sucesiva, y que la Entidad debía verificar que el Expediente Técnico proyectado por el contratista cumpliera con lo solicitado en el contrato; el numeral 2) del artículo 41 del anterior Reglamento establecía

como requisito previo al inicio de la ejecución de la obra, **que primero se elabore y apruebe el Expediente Técnico por el íntegro de la obra.** (OSCE, 2018, p. 2).

Asimismo, en dicha Opinión, el OSCE citando a Manuel De la Puente considera que las obligaciones contractuales en esta modalidad son de distinta naturaleza, independientes y de ejecución sucesiva, siendo posible realizar un símil con la figura jurídica del derecho civil de los contratos coligados, en donde existe una yuxtaposición de varios contratos pero, se dirigen a alcanzar una sola finalidad.

Así también, mediante la Opinión N°084-2018/DTN, de fecha 14 de junio de 2018, la Dirección Técnico Normativa precisó que la ejecución de las prestaciones en esta modalidad de contratación es sucesiva, siendo la ejecución de la primera (elaboración del Expediente Técnico) una condición indispensable para la ejecución de la segunda (Ejecución de la obra), pues considera que el plazo para la elaboración del expediente técnico de obra se computaba desde el día siguiente de la suscripción del contrato pero, el plazo de ejecución de la obra iniciaba desde el día siguiente de verificarse los requisitos del artículo 184 del RLCE, y siempre y cuando se haya aprobado previamente el expediente técnico de obra. En este sentido, el OSCE considera que ambas prestaciones serían «independientes y de ejecución sucesiva, constituyendo la ejecución de la primera condición indispensable para el inicio de la ejecución de la segunda» (OSCE, 2018, p. 2).

De lo expuesto, se puede afirmar lo siguiente; en la contratación pública bajo la modalidad del Concurso Oferta, el contratista debe realizar al menos dos obligaciones² independientes entre sí, pero de ejecución sucesiva, es decir, se debe cumplir con la primera para poder realizar la segunda.

Por otro lado, mediante la Opinión N°032-2021/DTN, de fecha 23 de marzo de 2021, el OSCE establece como otra característica de este tipo de contratos que, las prestaciones que debe ejecutar el contratista, son típicas de otros

² Conforme al RLCE y las Opiniones citadas, el contratista deberá cumplir con entrega del terreno cuando así se prevea en el contrato, pero siempre deberá elaborar el Expediente de Contratación y ejecutar la obra respecto de la cual elaboró dicho Expediente.

contratos nominados pues, la elaboración del expediente técnico constituye la prestación del contrato de consultoría de obra y la ejecución de obra corresponde a la prestación de un contrato de obra.

Así, mediante esta Opinión, el OSCE señala que esta modalidad se asemeja a la figura de los contratos mixtos pues, considera que no se trataría de una «pluralidad de contratos unidos entre sí, sino de un contrato unitario, pero cuyos elementos esenciales de hecho están regulados, en todo o en parte, por disposiciones relativas a diversas especies típicas de contrato» (OSCE, 2021, p. 3). De este modo, se señala que no existirían varios contratos unidos entre sí, sino uno solo, dirigido a una finalidad única, en consecuencia, considera que resultaría aplicable la “tesis de la combinación de las normas”.

De acuerdo a esta Opinión, se aplicaría la regulación correspondiente a la consultoría de obras y a la ejecución de obras, a las contrataciones públicas bajo la modalidad del concurso oferta pues, su naturaleza es compatible con la de aquellas, al contener la ejecución de ambas prestaciones para cumplir con la finalidad del contrato: la ejecución de una obra pública.

Lo anterior, sería denominado como la “tesis de la combinación de las normas”, Morón Urbina, citado por la Dirección Técnico Normativa del OSCE en la Opinión citada previamente, define esta tesis conforme a lo siguiente:

Por la tesis de la combinación de normas, partiendo del hecho de que en el contrato coexisten elementos de diversos contratos típicos, las prestaciones deben mantener su independencia y desintegrar “teóricamente” el contrato, regulando su ejecución por las normas propias de esos diferentes contratos típicos que lo conforman, aplicándose de modo agregado cada regla. De esta manera convergen en regular al contrato mixto, conjuntamente, las reglas de los distintos contratos típicos que lo conforman dado que el contrato unitario se separa o descompone en sus prestaciones o elementos a fin de buscar la disciplina típica que corresponde a cada uno. (Morón, 2016, p.114; OSCE, 2021, p. 3)

En ese sentido, es conveniente describir brevemente en que consiste el contrato de consultoría de obra y el de ejecución de obra, precisando el

inicio del cómputo del plazo de ejecución que resultaría aplicable teniendo en cuenta lo expuesto hasta este punto.

1.1.1. Contrato de consultoría de obra

Morón Urbina y Aguilera, describen al contrato de consultoría como aquel que cuyo objeto consiste en la prestación de servicios altamente calificados y relacionados a actividades de carácter intelectual (Morón & Aguilera, 2017, p. 66-67). En ese sentido, nuestro ordenamiento prevé dos tipos de contratos de consultoría: consultoría en general y consultoría de obra, esta última consiste en la supervisión de obra o en la elaboración del expediente técnico de obra (ETO).

De acuerdo a los autores, la elaboración del expediente técnico de obra «comprende la identificación de riesgos, memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrajes, presupuesto, valor referencial, calendario de avance de obra valorizado, fórmulas polinómicas, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental y otros complementarios» (Morón & Aguilera, 2017, p.67).

De este modo, se puede decir que la consultoría de obra para la elaboración del Expediente técnico, consiste en la prestación de una obligación de hacer de acuerdo al expertiz del contratista, pues debe estructurar la obra que se construirá con posterioridad.

De forma similar a lo indicado por Morón Urbina y Aguilar, la Dirección Técnico Normativa del OSCE, mediante la Opinión N°189-2017/DTN, ha señalado que el «Expediente Técnico de Obra» **es el conjunto de documentos** de ingeniería y arquitectura que definen, principalmente, las características, alcance y la forma de ejecución de una obra, así como las condiciones del terreno en el que esta debe ejecutarse» (OSCE, 2017, p.3)

Ahora bien, habiendo definido en que consiste la obligación que el Contratista debe prestar en el contrato de Consultoría de obra para la elaboración del Expediente Técnico, resulta oportuno desarrollar la posición

del OSCE respecto al inicio del plazo de vigencia de este tipo de contrato, con la finalidad de dar respuesta a la pregunta principal de este acápite³.

1.1.1.1. Plazo de vigencia contractual y de ejecución del contrato de Consultoría de Obra

De acuerdo a lo desarrollado en el punto 1.1., los contratos celebrados bajo la modalidad de concurso oferta contienen prestaciones independientes de ejecución sucesiva, siendo aplicable la tesis de la combinación de las normas, según la cual, a cada prestación que forma parte de este contrato unitario, se aplicarían las normas que resulten compatibles con su naturaleza. En ese sentido, en la consultoría de obra para la elaboración del Expediente Técnico de Obra (ETO), serían aplicables las normas que regulan este tipo de contratos nominados.

Así, para identificar el plazo de vigencia contractual resulta aplicable el artículo 149 del RLCE, cuyo texto establece lo siguiente:

Artículo 149°.-Vigencia del Contrato

El contrato tiene vigencia desde el día siguiente de la suscripción del documento que lo contiene o, en su caso desde la recepción de la orden de compra de servicio.

(...)

En el caso de ejecución y consultoría de obras, el contrato rige hasta el consentimiento de la liquidación y se efectúe el pago correspondiente.

Asimismo, para identificar el plazo de ejecución contractual resulta aplicable el artículo 151 del RLCE, cuyo texto establece lo siguiente:

Artículo 151°.- Cómputo de plazos

Durante la vigencia del contrato, los plazos se computan en días calendario, excepto en los casos en los que el Reglamento indique lo contrario.

El plazo de ejecución contractual se computa en días calendario desde el día siguiente de la suscripción del contrato o desde el día siguiente de cumplirse las condiciones establecidas en las Bases.

³ Es decir, determinar si la ampliación del plazo, en reiteradas oportunidades, vulneraría el principio de eficiencia en las contrataciones públicas.

De los artículos citados previamente, se puede identificar que el Reglamento precisa la oportunidad de inicio de ambos plazos pero, respecto al final del cómputo de dichos plazos, solo se pronuncia respecto del plazo de vigencia del contrato pues, el plazo para la ejecución de la prestación es determinado por la Entidad para la atención oportuna de la necesidad pública que motivó la contratación. Esto guarda coherencia con lo establecido por el OSCE respecto a la diferencia entre ambos tipos de plazos pues, el plazo de ejecución de la prestación estaría contenido en el plazo de vigencia del contrato, conforme se precisa en la Opinión N°040-2019/DTN, el plazo de ejecución contractual corresponde al periodo en que el contratista debe cumplir con las prestaciones a su cargo; sin embargo, el contrato se mantiene vigente hasta que la Entidad verifique el cumplimiento de la prestación, emita la conformidad de la prestación y realice el pago correspondiente. En ese sentido, se considera que el plazo de vigencia del contrato es distinto al plazo de ejecución contractual «toda vez que este último corresponde al período en que el contratista debe cumplir con ejecutar las prestaciones a su cargo; en ese sentido, el plazo de ejecución contractual está comprendido dentro del plazo de vigencia del contrato» (OSCE, 2019, p.3).

Dicho lo anterior, en el caso materia de análisis, el Contrato N°012-2011-MDY fue suscrito, entre la Municipalidad Distrital de Yura y el Consorcio Yura Tradición, con fecha 31 de octubre de 2011, determinando el plazo de ejecución contractual de 20 días para la elaboración del ETO y 160 días para la ejecución de la obra.

En ese sentido, de acuerdo a los artículos 149 y 153 del RLCE y la Opinión del OSCE citada previamente, se entiende que el cómputo del plazo de ejecución de la prestación correspondiente a la elaboración del ETO iniciaría el 01 de noviembre de 2011 y culminaría el 20 de noviembre del mismo año.

Sin embargo, el Consorcio habría incumplido con ejecutar esta prestación dentro del plazo establecido pues, de acuerdo a los hechos, la primera entrega del ETO se realizó con fecha 26 de diciembre de 2011, es decir 56

días después de suscrito el contrato y 36 días después del plazo de ejecución previsto en el mismo.

Este hecho podría haber dado lugar a la aplicación de la penalidad por mora hasta el límite del 10% previsto en el artículo 165 del RLCE, pues el Contratista estaría ejecutando la prestación fuera del plazo establecido para ello; o en caso se llegue a acumular este límite, la Entidad podía resolver el contrato, conforme con lo previsto en el numeral 2 del artículo 168 del RLCE.

No obstante, la Entidad no aplicó dichas penalidades ni decidió resolver el contrato, en consecuencia, en contrato se mantuvo vigencia entre las partes, aprobando el ETO con fecha 17 de agosto de 2012, mediante Resolución Gerencial N°069-2012-DGUR-MDY.

Ahora bien, considero que la decisión de la Entidad de no aplicar la penalidad por mora muestra una falta de diligencia de su parte por garantizar la atención oportuna del interés público pues, este es un mecanismo previsto en la norma precisamente para desincentivar el incumplimiento por parte del contratista.

Respecto a mantener la vigencia del Contrato entre las partes, considero que esta decisión responde a conseguir la realización de la finalidad última que tiene la celebración de este tipo de contratos pues la Entidad busca la ejecución de una obra y no solamente la elaboración del ETO; por lo cual, en vista de la necesidad de ejecutar la obra la Entidad tomó la decisión de mantener la vigente el contrato a pesar de la demora del Contratista en la ejecución de esta primera prestación.

1.1.2. Contrato de obra pública

Al respecto, Morón y Aguilera consideran que en este tipo de contratos el contratista se encarga de realizar «una o más prestaciones de ingeniería civil, sujeta a medidas por el resultado sobre inmuebles y a un proyecto o expediente técnico previamente aprobado. A cambio, la entidad se obliga a

pagar al contratista una retribución económica» (Morón & Aguilera, 2017, p. 63). De lo señalado por ambos autores, se puede afirmar que la ejecución de la obra requiere previamente de un Expediente técnico aprobado, pues este contiene las indicaciones según las cuales se debe ejecutar la obra.

Asimismo, dichos autores consideran que en la ejecución de obra bajo la modalidad de concurso oferta:

los postores deben formular sus propuestas considerando la información que consta en los estudios con los que se obtuvo la viabilidad, que forma parte de las bases del proceso de selección respectivo. (...) una vez suscrito el contrato el contratista debe elaborar el expediente técnico sujetándose a los parámetros previstos en los estudios. El concurso oferta solo podrá aplicarse en la ejecución de obras que se convoquen bajo el sistema a suma alzada y siempre que el valor referencial corresponda a una licitación pública. (Morón & Aguilera, 2017, p. 63).

De este modo, se puede observar que, bajo esta modalidad, el contratista debe cumplir con la obligación de elaborar el Expediente técnico, teniendo en consideración los estudios realizados por la Entidad, para, posteriormente, ejecutar la obra sobre la cual ha elaborado tal Expediente.

De acuerdo a lo descrito hasta este punto, si bien esta modalidad de contratación podría otorgar ventajas a la Entidad, pues la elaboración del Expediente y posterior ejecución de la obra se realizaría por un mismo sujeto⁴, quien obtendría mayor familiaridad con el proyecto al participar en las dos etapas, y en consecuencia, la Entidad podría obtener un mejor resultado; se debe tener en consideración que en este tipo de contratación la Entidad realiza un estudio básico de ingeniería según el cual el Contratista debe elaborar el Expediente Técnico; en consecuencia, se podría decir que en esta modalidad de ejecución contractual en particular, «el postor oferta expediente técnico y ejecución de obra, con lo cual, el contratista se vuelve el único responsable por las deficiencias que se encuentren en el expediente

⁴ Persona jurídica o Consorcio como en este caso.

técnico, intentando por tanto trasladarle al contratista el riesgo de los eventuales errores del mismo» (Campos & Hinojosa, 2008, p. 307). La relevancia de lo señalado por este autor recae en que el OSCE todavía no ha regulado, mediante la Directiva correspondiente, la distribución de riesgos en esta modalidad de contratación; por lo cual se podría generar un desequilibrio en la asignación de riesgos pudiendo afectar a una de las partes.

En este caso, la Municipalidad Distrital de Yura, provincia de Arequipa, requería la obra de “Mejoramiento de Infraestructura de los Pozos Termales Zamacola y El Tigre – Distrito de Yura”, para lo cual convocó a una Licitación Pública bajo la modalidad de concurso oferta y el sistema de suma alzada, conforme a lo previsto en la norma. El plazo previsto en las Bases fue de 20 días calendario para la elaboración del Expediente Técnico y 160 días calendario para la ejecución de la obra.

El ganador de la Buena Pro fue el Consorcio⁵ Yura conformado por RIOGERSA S.R.L., REGALMA S.R.L., CONSTRUCTORA Y SERVICIOS ATENAS E.I.R.L., quienes suscribieron el contrato privado de consorcio con fecha 19 de octubre de 2011, nombrando como representante común a REGALMA S.R.L.

Ahora bien, habiendo definido en que consiste la obligación que el Contratista debe prestar en el contrato de Ejecución de obra, resulta oportuno precisar el inicio del plazo de vigencia de este tipo de contrato, con la finalidad de dar respuesta a la pregunta principal de este acápite⁶.

1.1.2.1. Plazo de ejecución del contrato de ejecución de obra

De acuerdo a lo expuesto en el numeral 1.1.1.1., se entiende que el plazo de vigencia del contrato sería el mismo pues se trata de un contrato celebrado

⁵ Sobre la figura jurídica del consorcio, es oportuno señalar que, de acuerdo a Martín Mateo, esta consiste en la agrupación de sujetos para atender fines o intereses determinados de manera conjunta; no implica la pérdida de personalidad jurídica de sus integrantes y pueden tener o no tener contabilidad independiente dependiendo del acuerdo de las partes que lo conforman (Martín, 1970, p. 10-11).

⁶ Es decir, determinar si la ampliación del plazo, en reiteradas oportunidades, vulneraría el principio de eficiencia en las contrataciones públicas.

bajo la modalidad de concurso oferta que contiene dos prestaciones independientes y de ejecución sucesiva; por lo cual, habiendo explicado el cómputo del plazo de la primera prestación (elaboración del ETO) corresponde ahora realizar la precisión respecto del plazo de ejecución de la segunda prestación, es decir la ejecución de la obra.

Al respecto, el artículo 184 del RLCE establece lo siguiente:

Artículo 184.- Inicio del plazo de ejecución de obra

El inicio del plazo de ejecución de obra comienza a regir desde el día siguiente de que se cumplan las siguientes condiciones:

1. Que se designe al inspector o al supervisor, según corresponda;
2. Que la Entidad haya hecho entrega del expediente técnico de obra completo;
3. Que la Entidad haya hecho entrega del terreno o lugar donde se ejecutará la obra;
4. Que la Entidad provea el calendario de entrega de los materiales e insumos que, de acuerdo con las Bases, hubiera asumido como obligación;
5. Que se haya entregado el adelanto directo al contratista, en las condiciones y oportunidad establecidas en el artículo 187°.

Las condiciones a que se refieren los numerales precedentes deberán ser cumplidas dentro de los quince (15) días contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato.

Si la Entidad no cumple con lo dispuesto en los numerales precedentes por causas imputables a ésta, el contratista podrá iniciar el procedimiento de resolución del contrato dentro del plazo de quince (15) días de vencido el plazo previsto en el párrafo anterior.

Ahora bien, a diferencia del plazo de ejecución de la primera prestación (elaboración del ETO) del contrato, en el caso de la ejecución de obras, la norma establece ciertas condiciones que deben cumplirse para el inicio del cómputo del plazo para su ejecución.

En ese sentido, en el caso bajo análisis, se tiene que el ETO se aprobó con fecha 17 de agosto de 2012; por lo cual, se puede decir que la condición establecida en el inciso 2 del artículo 184, se cumpliría.

Respecto a la entrega del terreno, el Consorcio afirma que con fecha 21 de agosto de 2012 se suscribió la Adenda del Contrato, mediante la cual se acordó entregar del terreno⁷ el 22 de agosto de tal año y ampliar el plazo de ejecución de la obra por 180 días calendario.

Respecto a este punto, el artículo 13 de la Ley establece que, en el caso de obras, además, se deberá contar con la disponibilidad física del terreno o lugar donde se ejecutará la misma y con el expediente técnico aprobado, debido cumplir con los requisitos establecidos en el Reglamento. En relación a este punto, el OSCE, mediante la Opinión N°015-2015/DTN, ha precisado lo siguiente:

El carácter disponible del terreno implica que esté listo para usarse o utilizarse; es decir, que el contratista pueda ejecutar la obra libremente, sin que terceros puedan impedir dicha ejecución.

En esa medida, para considerar cumplido el requisito señalado en el numeral anterior –y, de esta manera, garantizar la disponibilidad del terreno–, se debe realizar la entrega de la **totalidad** del terreno donde se ejecutará la obra; es decir, la Entidad le debe entregar al contratista todos los lotes o áreas que formen parte del mismo, debiendo realizar, previamente, las gestiones que correspondan cuando dichos lotes o áreas no pertenezcan a la Entidad.

Sin perjuicio de lo expuesto, es importante señalar que, si bien la entrega de la totalidad del terreno es uno de los requisitos para iniciar el plazo de ejecución de la obra, no es posible considerar que dicho plazo no se inició cuando el contratista empezó a ejecutar la obra pese a no encontrarse disponible la totalidad del terreno, pues, de conformidad con la propia conducta del contratista al iniciar la ejecución de la obra, se habrían producido las condiciones necesarias para el inicio del plazo de ejecución de obra.

Lo indicado anteriormente no impide que, durante la ejecución de la obra, el contratista solicite las ampliaciones de plazo que correspondan, de existir

⁷ Se debe tener en cuenta que la ejecución de la obra recaía en dos pozos termales: Zamacola y El Tigre.

áreas de terreno cuya falta de disponibilidad afecte la ruta crítica del programa de avance de obra. (OSCE, 2015, p.2)

De lo expuesto, se advierte que la entrega del terreno en el cual se ejecutará la obra se refiere a la disponibilidad y acceso que tendrá el Contratista al mismo, para poder ejecutar la obra. En este caso, de acuerdo a los hechos, la Entidad entregó el terreno correspondiente al pozo Zamacola con fecha 19 de setiembre de 2021 para que el Contratista pueda llevar a cabo la obra. Sin embargo, respecto al pozo El Tigre, no se puede considerar que fue entregado en dicha fecha pues, como indica el Consorcio, este se encontraba ocupado; por lo cual, la Entidad no pudo iniciar con la ejecución de la obra.

De acuerdo a la Opinión citada anteriormente, este hecho no podría llevarnos a considerar que dicho plazo no se inició cuando el contratista empezó a ejecutar la obra pese a no encontrarse disponible la totalidad del terreno, pues, de conformidad con la propia conducta del contratista al iniciar la ejecución de la obra en el pozo Zamacola, se habrían producido las condiciones necesarias para el inicio del plazo de ejecución de obra.

En ese sentido, se puede decir que la condición prevista en el inciso 3 del numeral 186 también se cumpliría.

Respecto a las condiciones establecidas en el inciso 1, 4 y 5 de dicho artículo, de acuerdo a los hechos, la Entidad contaba con un supervisor de obra desde la ejecución de la primera prestación; la Entidad no se comprometió a entregar materiales y se entregó el adelanto en el plazo previsto.

Por lo cual se concluye que el plazo inicialmente previsto de 160 día para la ejecución del contrato hubiera comenzado el 19 de setiembre de 2012, fecha en la que se entregó el terreno correspondiente al pozo Zamacola.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo señalado por el OSCE en la Opinión citada previamente, iniciar la ejecución de la obra aun cuando no se ha realiza la entrega total del terreno no quita la posibilidad del Contratista de solicitar la ampliación del plazo para la ejecución del contrato.

En este caso, mediante Resolución Gerencial N°93-2012-GDUR-MDY de fecha 03 de octubre de 2012, se decide ampliar el plazo para la ejecución de la obra por 180 días calendario.

En vista de lo expuesto hasta este punto, es necesario identificar si la ampliación de plazos realizada tanto para la ejecución de la elaboración del ETO y de la obra, resulta ser razonable y acorde con el principio de eficiencia de las contrataciones pública; para lo cual, se procederá a desarrollar los supuestos previstos en la norma para la ampliación del plazo en este tipo de contratos y luego a evaluar si este sería razonable y conforme con aquel principio.

1.2. ¿La ampliación de plazos en la ejecución del contrato fue razonable, con forme a la norma y, en consecuencia, acorde con el principio de eficiencia de las contrataciones públicas?

Sobre este punto, el numeral 6 del artículo 41 de la LCE, prevé lo siguiente:

Artículo 41°.- Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones

(...)

41.6 El contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el cronograma contractual.

En relación a ello, el artículo 175 del RLC, aplicable a la contratación de servicios de consultoría de obra⁸, establece las siguientes causales para la ampliación del plazo:

Artículo 175.- Ampliación de plazo contractual

Procede la ampliación del plazo en los siguientes casos:

1. Cuando se aprueba el adicional, siempre y cuando afecte el plazo.
En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado.
2. Por atrasos o paralizaciones no imputables al contratista.
3. Por atrasos o paralizaciones en el cumplimiento de la prestación del contratista por culpa de la Entidad; y,
4. Por caso fortuito o fuerza mayor

⁸ De acuerdo a lo señalado en el Opinión N°032-2021/DTN, de fecha 23 de marzo de 2021.

Asimismo, el artículo 200 del RLCE, prevé los supuestos en los que el contratista podrá solicitar la ampliación de plazos en el caso de la ejecución de obras:

Artículo 200°.- Causales de ampliación de plazo

De conformidad con el artículo 41° de la Ley, el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por cualquiera de las siguientes causales ajenas a la voluntad del contratista, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente al momento de la solicitud de ampliación:

1. Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista
2. Atrasos y/o paralizaciones en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad.
3. Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado.
4. Cuando se aprueba la prestación adicional de obra. En este caso el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado.

De acuerdo a lo previsto en estos artículos, se puede decir la ampliación de plazos en la ejecución contractual debe contar con una justificación prevista en la norma para que sea legítima; por lo que no puede ocurrir la ampliación de plazos por simple decisión de las partes, pues la contratación pública está dirigida a la satisfacción del interés general, por lo que la actuación de la Entidad y del Contratista, se encuentra sujeta a este y no a la voluntad de las partes, como sucede en los contratos de derecho privado.

En ese sentido, mediante la Dirección Técnico Normativa del OSCE mediante la Opinión N°032-2021/DTN, de fecha 23 de marzo, se señala lo siguiente:

De lo anotado puede advertirse que la figura de “ampliación de plazo” en la normativa de contrataciones del Estado, **tiene como finalidad procurar el correcto cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista, cuya ejecución no fue posible debido a situaciones no imputables a él, a través del otorgamiento –previo cumplimiento de los requisitos previstos en la normativa de contrataciones del Estado- de un plazo adicional al originalmente previsto en el contrato y en esa medida alcanzar la finalidad pública que subyace a la contratación.** Ello contribuye también con el mantenimiento del equilibrio de la relación existente –desde el inicio del contrato– entre el conjunto de derechos del contratista y el conjunto de obligaciones a su cargo.

Esta facultad no se limitaba a alguna de las prestaciones involucradas en el contrato, sino que podía ser aplicada para todas ellas, pues como se indicó anteriormente, las circunstancias que viabilizaban su aplicación, podían presentarse tanto en los contratos que

tenían como objeto la adquisición de bienes o prestación de servicios de general, como en aquellos referidos a la ejecución de obras.

De lo manifestado se concluye que, en la medida que la anterior normativa de contrataciones del Estado estableció la figura de la ampliación de plazo sin distinguir tratamientos especiales en razón de las prestaciones contenidas en el contrato -(por el contrario, regulaba condiciones y procedimientos para su debida aplicación integral) y en razón de que la finalidad de la ampliación de plazo es la correcta ejecución de las prestaciones a cargo del contratista y la consecución de la finalidad pública perseguida por la Entidad contratante, las Entidades Públicas no tenían facultad para establecer medidas que resultaran contrarias a dichas disposiciones. (OSCE, 2021, p. 5-6).

De lo expuesto, se puede decir que la ampliación de plazos tiene como finalidad procurar el correcto cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista cuando suceden hechos ajenos a su voluntad; sin embargo, como lo precisa la Opinión en el último párrafo de la cita, la Entidad no tendría facultad para establecer medidas contrarias a lo previsto en la norma respecto a los supuestos de ampliación del plazo. Esto último, a consecuencia de la sujeción de la actuación de la administración al principio de legalidad.

No obstante, la contratación pública debe cumplir, adicionalmente, con otros principios y no solamente el de legalidad para la satisfacción del interés general, que se busca alcanzar, precisamente, mediante el objeto de la contratación.

De este modo, uno de estos principios es el de Eficiencia; a continuación, se desarrollará este principio con mayor detenimiento.

1.2.1. Principio de Eficacia en la Contratación Pública

De acuerdo a lo previsto en el literal f) del numeral 4 de la LCE (vigente al momento de los hechos), el principio de Eficiencia se refiere a lo siguiente:

Artículo 4°.-Principios que rigen las contrataciones

Los procesos de contratación regulados por esta norma y su Reglamento se rigen por los siguientes principios, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público:

(...)

f) Principio de Eficiencia: Las contrataciones que realicen las Entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y

con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles. Las contrataciones deben observar criterios de celeridad, economía y eficacia.

Al respecto, en la norma vigente actualmente⁹ se prevé el principio de eficacia y eficiencia que resulta más preciso respecto del previsto en la norma vigente en el momento de sucedidos los hechos del caso bajo análisis, pues la eficiencia puede ser entendida como subespecie de la eficacia.

De acuerdo a Morón y Aguilera, conforme al principio de eficacia y eficiencia el proceso de contratación pública que adopte la Entidad y las decisiones que se tomen durante su ejecución debe orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la entidad, de forma que se garantice la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos (Morón & Aguilera, 2017, p. 81). Así, se puede afirmar que el principio de Eficiencia en las contrataciones está dirigido a orientar la actuación de las partes con la finalidad de satisfacer el interés general de forma oportuna y adecuada.

En relación a ello, se puede mencionar que el principio de eficacia, como principio de Buen Gobierno, se refiere a una actuación de alta calidad por parte de la Administración al mínimo costo posible. Así, Alberto Castro indica lo siguiente:

Thus, as a legal principle, effectiveness must be understood from two perspectives. On the one hand, the perspective of fulfilling objectives based on optimal use of resources; and on the other, the perspective of means takes into account the procedures employed to achieve results, which must be proportional. Therefore, from a legal perspective, efficiency can be defined as a subspecies of effectiveness. (Castro, 2019, p.233)

Además, en relación al mejor uso de los recursos públicos, se debe tener en consideración el principio de Valor por Dinero, según el cual no solo es relevante el

⁹ Decreto Supremo N°082-2019-EF, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado.

Decreto Supremo N°344-2018-EF, que aprueba el Reglamento de la Ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado.

precio pagado por la prestación del contratista sino los costos que implica la contratación, en este caso el costo de oportunidad por ejemplo o el de mantenimiento. De este modo, será un adecuado uso de recursos públicos cuando el Valor sea mayor al Dinero.

Teniendo en cuenta lo expuesto hasta este punto, para determinar si la reiterativa ampliación de plazos en la contratación objeto de análisis, afecta el cumplimiento del principio de eficiencia; en primer lugar, se debe tener en cuenta que el Contratista debe cumplir con la prestación de dos obligaciones sucesivas entre sí: i)elaborar el ETO, y ii) Ejecución de la obra; asimismo, la facultad de solicitar la ampliación de plazos por parte del Contratista cuando se ha producido un hecho ajeno a su voluntad, tiene como finalidad permitir el correcto cumplimiento del contrato; en tercer lugar, la norma no ha previsto la facultad de las Entidades de establecer medidas contrarias a las disposiciones de ampliación del plazo por parte del Contratista; finalmente, la actuación de la administración y la contratación pública se rigen no solo por el principio de legalidad sino también por el principio de eficiencia, entre otros. Según el principio de eficiencia, se busca garantizar la satisfacción del interés general de manera oportuna y con el mejor uso de los recursos públicos.

Por lo tanto, en el caso bajo análisis, las Bases de la convocatoria objeto de análisis, establecían el plazo de 180 días calendario para la ejecución total del contrato, a razón de 20 días para la elaboración del ETO y 160 días para la ejecución de la obra; sin embargo, de acuerdo a los hechos, se debe tener en cuenta lo siguiente:

- La suscripción del contrato se realizó el 31 de octubre de 2011; por lo cual, el plazo de 20 días para la elaboración del ETO culminaba el 20 de noviembre de 2011. Sin embargo, el Contratista realizó la primera entrega del ETO con fecha 26 de diciembre de 2011, es decir 36 días después de culminado el plazo establecido.
- Luego de realizadas las correcciones solicitadas, la Entidad aprobó el ETO con fecha 17 de agosto de 2012, es decir, 290 días después de suscrito el contrato el Contratista cumple con ejecutar la primera prestación.
- El 17 de agosto de 2012 se da inicio a la obra; sin embargo, el terreno es entregado parcialmente el 19 de setiembre de 2012 mediante Resolución N°93-2012-

GDUR-MDY. Desde esta fecha iniciaría el cómputo del plazo para la ejecución de la obra.

- Mediante la Resolución N°93-2012-GDUR-MDY, la Entidad también dispuso la ampliación del plazo para la ejecución de la obra, por la no desocupación del pozo el Tigre; sin embargo, se otorgó 180 días adicionales, es decir se amplió el plazo por la misma cantidad de días que el plazo inicial del contrato el cual incluía la elaboración del ETO y la ejecución de la obra.
- Con fecha 01 de abril de 2013, la Entidad decide resolver el contrato por incumplimiento del plazo acordado pues, la ampliación otorgada vencía el 26 de febrero de 2013; sin embargo, luego de la celebración de un Acta de Conciliación, con fecha 15 de abril de 2013 se deja sin efecto dicha declaratoria resolución y se otorga la ampliación del plazo para la ejecución de la obra hasta el 15 de mayo de 2013.
- Finalmente, el Contratista habría cumplido con la ejecución del contrato suscrito el 31 de octubre de 2011, recién el 14 de mayo de 2013.

En ese sentido, se puede concluir que la satisfacción del interés general no se habría realizado conforme a los principios aplicables a la contratación pública pues, si bien podría haber una causal prevista en la norma para conceder la ampliación de plazo, no resulta razonable ampliar el plazo para la ejecución de la obra por 180 días cuando, esta cantidad de días fue prevista en un inicio para la ejecución total del contrato, a razón de 20 días para la elaboración del ETO y 160 días para la ejecución de la obra. Sobre todo, teniendo en cuenta los hechos del caso, tal ampliación se realizó a causa de la falta de desocupación del pozo El Tigre, entendiendo que el terreno correspondiente al pozo Zamacola ya se había entregado y el contratista había podido avanzar con la ejecución de la obra en dicho terreno; por lo cual, ampliar el plazo por 180 días sería desproporcional pues resultaría ser un plazo mayor al necesario de acuerdo al avance de la obra en aquel momento.

En ese sentido, se concluye que se la ampliación de plazos no sería razonable y en consecuencia se habría vulnerado el principio de eficiencia en las contrataciones.

2. ¿La solicitud de adicionales a la obra, se realizó de acuerdo al procedimiento establecido en el numeral 41 de la LCE, 207 del RLCE, y en consecuencia debería ser reconocida su ejecución?

Para dar respuesta a esta pregunta, es preciso citar lo establecido en la LCE y su Reglamento.

Así, de acuerdo al artículo 41 de la LCE, se pueden realizar prestaciones adicionales hasta un límite del quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, en estos casos los pagos correspondientes son aprobados por el Titular de la Entidad.

En caso las prestaciones adicionales excedan este límite, y hasta un máximo del cincuenta (50%) del monto original del contrato, se podrán realizar prestaciones adicionales con la autorización del Titular de la Entidad y, para la ejecución y pago, se deberá contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y no la comprobación de que se cuentan con los recursos necesarios.

Además, el numeral 41.5 de este artículo establece que “la decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a arbitraje (...)”; en vista de la artículo el árbitro a cargo de la controversia objeto de análisis, no se pronunció sobre este punto; sin embargo, consideramos relevante su desarrollo para identificar la ejecución de las prestaciones adicionales se llevaron a cabo siguiendo el procedimiento previsto en la norma.

Así, el artículo 207 del RLCE establece lo siguiente:

Artículo 207°.- Prestaciones adicionales de obras menores al quince por ciento (15%)

Solo procederá la ejecución de prestaciones adicionales de obra cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestario y la resolución del Titular de la Entidad y en los casos en que sus montos, restándoles los presupuestos deductivos vinculados, sean iguales o no superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original.

(...)

Cuando se apruebe la prestación adicional de obra, el contratista estará obligado a ampliar el monto de la garantía de fiel cumplimiento.

En relación a ello, el artículo 208 del RLCE prevé el supuesto de prestaciones adicionales cuando su valor excede el límite establecido en el artículo 207 del mismo cuerpo normativo:

Artículo 208°.- Prestaciones adicionales de obras mayores al quince por ciento (15%)

Las prestaciones adicionales de obras cuyos montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original, luego de ser aprobadas por el titular de la Entidad, requieren previamente, para su ejecución y pago, la autorización expresa de la Contraloría General de la República.

En ese sentido, si bien está permitida la ejecución de prestaciones adicionales, la norma establece un límite a esta para salvaguardar la disposición del presupuesto público, razón por la cual se requiere de la intervención de la Contraloría General de la República cuando se excede tal límite.

Por otro lado, el OSCE mediante la Opinión N°180-2015/DTN, ha precisado lo siguiente:

Quando se trata de obras contratadas bajo el sistema a suma alzada, el postor se obliga a realizar el íntegro de los trabajos que resulten necesarios para la ejecución de las prestaciones requeridas por la Entidad, en el plazo y por el monto ofertados en sus propuestas técnica y económica, respectivamente; a su vez, la Entidad se obliga a pagar al contratista el monto o precio ofertado en su propuesta económica. De ello se desprende, que en el caso de obras ejecutadas bajo el sistema a suma alzada, existe -como regla general- la invariabilidad del precio pactado.

(...)

No obstante ello, debe considerarse que, en el caso de obras ejecutadas bajo la modalidad de concurso oferta -si bien se encuentran dentro de los alcances del sistema a suma alzada-, la potestad de aprobar prestaciones adicionales se reduce a aquellas situaciones en las que, para alcanzar la finalidad del contrato, la Entidad requiere modificar, por causas no atribuibles a las partes, las características técnicas y/o condiciones originales de ejecución del contrato establecidas en las Bases y/o aquellas que resulten aplicables en función a la normativa que

regula el objeto de la convocatoria¹⁰, pues los planos y especificaciones técnicas definitivas no forman parte de los documentos del proceso de selección, en tanto su elaboración es una de las actividades desarrolladas por el contratista al formular el expediente técnico.

Dicho lo anterior, es importante precisar que, aún cuando el segundo párrafo del numeral 41.2 del artículo 41 de la Ley permite a las Entidades aprobar prestaciones adicionales de obra por deficiencias o errores del expediente técnico, dicha prerrogativa no resulta aplicable a las obras convocadas bajo la modalidad de concurso oferta, dado que en ellas el contratista es proyectista y ejecutor de obra a la vez, por lo que asume entera responsabilidad por su diseño, debiendo asumir económicamente los errores que en él se adviertan. (OSCE, 2015, p.3)

De lo expuesto, se puede decir que, la ejecución de prestaciones adicionales será posible cuando esta no responda a fallas en la elaboración del expediente y siempre que el objetivo sea la satisfacción de la finalidad pública pues, debido al sistema de suma alzada.

Asimismo, mediante la Opinión N°151-2015/DTN, el OSCE preció lo siguiente:

De conformidad con lo indicado en los artículos 207 y 208 del Reglamento y en concordancia con el primer y segundo párrafos de la Única Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley, como parte de las formalidades o requisitos para aprobar la ejecución de una prestación adicional de obra, además de la certificación de crédito presupuestario y encontrarse dentro de los límites establecidos, es necesario que el titular de la Entidad o el Directorio –en el caso de empresas–, haya emitido una resolución o acuerdo, según corresponda, autorizando dicha ejecución y, de ser necesario, que la Contraloría General de la República haya emitido la autorización correspondiente. (OSCE, 2015, p.3)

Por lo cual, se entiende que, para la ejecución de adicionales previamente, se requiere la aprobación del titular de la Entidad, debido a la disposición de presupuesto público que tal prestación adicional implica. Esto también se menciona en la Opinión N°037-2018/DTN, conforme al siguiente detalle:

Una Entidad podía ordenar al contratista la ejecución de prestaciones adicionales de obra, hasta el quince por ciento (15%) del monto del contrato original, cuando estas no se encontraban previstas en el expediente técnico ni en el contrato original y siempre que su

¹⁰ De conformidad con el cuarto párrafo del artículo 13 de la Ley, “*Las especificaciones técnicas deben cumplir obligatoriamente con los reglamentos técnicos, normas metrológicas y/o sanitarias nacionales, si las hubiere. (...)*”. (El subrayado es agregado).

ejecución hubiese sido “*indispensable y/o necesaria*” para alcanzar la finalidad de este contrato.

(...) se advierte que la ejecución de prestaciones adicionales implicaba, necesariamente, la ejecución de presupuestos adicionales que se encontraban fuera del alcance del contrato original, e involucraban la erogación de mayores recursos públicos, motivo por el cual resultaba indispensable que para su ejecución se contara previamente con la autorización del Titular de la Entidad, único funcionario que era competente para brindar tal autorización. (OSCE, 2018, p.2)

Dicho lo anterior, en el caso bajo análisis, el Contratista señala que ejecutó cuatro (4) prestaciones adicionales a la obra por requerimiento de la Entidad. Asimismo, señala que dicha ejecución se realizó confiando en el acuerdo verbal entre el representante de la Entidad (supervisor de obra) y el Contratista; según el cual, este último entendió que las prestaciones adicionales serían aprobadas por la Entidad para efectuar el pago correspondiente.

Sin embargo, la Entidad no emitió la aprobación de tales prestaciones adicionales y, en consecuencia, no reconoce el pago de ellas a favor del Contratista. Es por ello, que se demandó a la Entidad por enriquecimiento ilícito.

Ante ello, resulta pertinente desarrollar el concepto de autotutela administrativa para dar respuesta a la pregunta sobre este tema

1.1. Autotutela Administrativa

De acuerdo a Osterling y Castillo Freyre, “la autotutela es uno de los instrumentos con los que cuenta la Administración para cumplir con sus fines. En términos generales podemos hablar de autotutela declarativa, que es aquella por la cual se presume la validez de los actos administrativos, otorgando a las decisiones administrativas una presunción de legalidad (...)” (Osterling y Castillo 2001: 1344).

De este modo, se puede decir que bajo este instrumento la actuación de la Administración goza de una presunción *iuris tantum*, respecto de la legalidad de las decisiones que adopte en relación con los administrados.

Asimismo, de la Quadra-Salcedo precisa lo siguiente respecto a la autotutela administrativa:

“(…) el principio de legalidad y el “principio” de autotutela -o la instrumento de la autotutela- no son principios contrapuestos, sino principios o instituciones que contemplan la realidad del ordenamiento administrativo desde perspectivas diferentes: el primero contempla desde la perspectiva del modo cómo la Administración se somete al Derecho; el segundo lo contempla desde la perspectiva del modo cómo la Administración se relaciona con la justicia y con los ciudadanos.

(…), el hecho de que la Administración se beneficie de la autotutela (...) Significa sólo que las normas y actos administrativos se presuman legítimos y por tanto son, por eso mismo, ejecutivos y susceptibles de ejecución forzosa.

(…) la autotutela de que disfruta la Administración en sus actuaciones sujetas a Derecho Administrativo, no la ejerce en defensa de intereses propios, sino en defensa de los intereses generales”. (De la Quadra – Salcedo 2014: 3)

De lo citado hasta este punto, se puede afirmar que la autotutela de la administración brinda una protección a los actos realizados por ella, pues se presume que son legítimos y acorde al ordenamiento jurídico. Consideramos que esta presunción de legalidad esta relacionada con el principio de buena fe.

Respecto a este principio, Laborde Goñi señala lo siguiente:

“Constituye un límite flexible al ejercicio de potestades discrecionales, pero ello no significa que los ámbitos reglados del ejercicio del poder público queden exentos de su referencia.

(…)

Otro ámbito en que rige la buena fe es el de la contratación pública que realiza la Administración Pública con diversas personas jurídicas. Tal rectoría está presente tanto en los procedimientos de selección de los contratantes, como en la conformación y ejecución del contrato”. (Laborde 2016: 65-69)

En ese sentido, se puede afirmar que el comportamiento de la Administración en la contratación pública debe observar este principio, pues de lo contrario se podría afectar al Contratista.

Asimismo, Huapaya Tapia citando a Gonzales Pérez, considera que la buena fe de la administración frente al ciudadano «consiste en la legítima confianza de que ésta no va ejercitar sus derechos y prerrogativas más allá del límite trazado por las exigencias del interés general – no del interés de la Administración como tal, ni tampoco del mero interés en la legalidad – y siempre dentro del marco del ordenamiento jurídico» (Huapaya, 2013, p.318). Por lo tanto, se puede afirmar que la actuación de la Administración no puede exceder los límites previstos en la norma, en perjuicio del contratista.

En este caso, la administración solicitó la ejecución de prestaciones adicionales sin haber emitido previamente la resolución que las aprobaba, el Consorcio Yura ejecutó dichas prestaciones adicionales confiando en la legitimidad del acuerdo verbal con la Entidad. Sin embargo, posteriormente, la Entidad no reconoce por escrito tales prestaciones adicionales y en consecuencia, el contratista alega que se habría producido un enriquecimiento ilícito.

Al respecto, se debe precisar que la norma establece que, previamente a la ejecución de adicionales, se debe contar con la aprobación expresa de la Entidad, en este caso el contratista ejecutó dichas prestaciones sin contar con la aprobación de la entidad sino únicamente con la orden del supervisor de obra. Este último no cuenta con la legitimidad para autorizar dicha ejecución ni con la autoridad para decidir sobre su aprobación. Por lo cual, la Entidad no puede ser responsable frente a la actuación del supervisor, pues las prestaciones adicionales implican la erogación adicional de presupuesto público.

En ese sentido, se concluye que la Entidad no debería asumir el pago de adicionales, sin perjuicio de la posibilidad de que el supervisor de obra incurra en responsabilidad frente a el contratista por haber ordenado la ejecución de adicionales sin contar, previamente, con la autorización correspondiente según la norma.

VI. Conclusiones

La Entidad Pública debe garantizar la atención oportuna de la necesidad pública de la contratación, la ampliación de plazos debería ser razonable y proporcional a las prestaciones que se van a ejecutar.

VII. Recomendaciones

Las Entidades públicas deben justificar las decisiones adoptadas en el marco de las contrataciones públicas con la finalidad de transparentar su comportamiento y verificar si realmente este está orientado a la satisfacción del interés público.

VIII. Bibliografía

- Campos Medina, Alexander; Hinojosa Sobrevilla, Luis Martín. (2008). El contrato de obra pública: Lo que no dice la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pero debería decir. *Revista de derecho administrativo*(5), 297-308.
- Castillo Freyre, M., & Osterling Parodi, F. (2001). Disposiciones Generales. En M. Castillo Freyre, & F. Osterling Parodi, *Tratado de las Obligaciones* (Vol. XVI, págs. 1344-1345). Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Castro, A. (2019). The principles of Good Governance . En A. Castro, *Principles of Good Governance and the Ombudsman. A comparative study on the normative functions of the institution in a modern constitutional state with a focus on Peru* (págs. 231-236).
- De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T. (2014). La autotutela Administrativa. 1-29.
- Laborde Goñi, M. (2016). El principio de la buena fe como rector del ejercicio de la función pública. *Revista de Derecho Público*(50), 65-69.
- López Ramón, F. (1988). Límites constitucionales de la autotutela administrativa. *Revista de Administración Pública*(115), 57-97.
- López Santa María, J. (1998). Las Cadenas de Contratos o Contratos Coligados. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 159-166.
- Martín Mateo, R. (1970). El consorcio como institución jurídica. *Revista de administración Pública*(61), 9-42.
- Morales Hervías, R. (2002). Contribución a la teoría de los contratos conexos. *Derecho y Sociedad*(19), 119-138.
- Morón Urbina, J. C., & Aguilera, Z. (2017). Estructura de los principales contratos administrativos típicos. En J. C. Morón Urbina, & Z. Aguilera, *Aspectos Jurídicos de la Contratación Estatal* (págs. 62-67). Lima : Fondo Editorial PUCP.
- Morón Urbina, J. C., & Aguilera, Z. (2017). Los principios administrativos en la contratación estatal. En J. C. Morón Urbina, & Z. Aguilera, *Aspectos Jurídicos de la Contratación Estatal* (págs. 81-82). Lima: Fondo Editorial PUCP .

Oelckers Camus, O. (2010). El principio de la autotutela administrativa como privilegio de la administración pública. 121-136.

Puente y Lavalle, M. (1999). Las "Cláusulas Exhorbitantes". *THEMIS Revista de Derecho*(39), 7-11.

Ramón, H. T. (2013). Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura (con especial referencia al marco jurídico de promoción de la inversión privada e. *IUS EL VERITAS*(46), 307-318.





LAUDO DE DERECHO

Demandante:

CONSORCIO YURA TRADICIÓN
En adelante el Contratista, el Consorcio o el Demandante

Demandado:

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE YURA
En adelante la Municipalidad, la Entidad o el Demandado.

Árbitro Único:

Ricardo León Pastor

Secretaría Arbitral:

Claudia Elorrieta Muñiz

RESOLUCIÓN N° 51

Lima, 28 de setiembre de 2015.

ANTECEDENTES

EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL.

1. El 31 de octubre de 2011, las partes suscribieron el Contrato N° 012-2011-MDY: "Contrato de Ejecución de Obra para el mejoramiento de la Infraestructura de los Pozos Termales Zamacola y El Tigre – Distrito de Yura"(en adelante, El Contrato). En la cláusula décimo octava de dicho contrato se estipuló que:

"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 144°, 170°, 175°, 177°, 199°, 201°, 209°, 210° y 211° del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley.”

INSTALACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO.

2. El 9 de octubre de 2013, se realizó la Instalación del Árbitro Único; en dicha oportunidad, el Árbitro se ratificó en señalar que no tiene ningún tipo de incompatibilidad con las partes y que se desenvolvería con imparcialidad, independencia y probidad en el procedimiento arbitral.

NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE.

3. Aplican las reglas procesales establecidas en el Acta de Instalación y, en su defecto, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley de Contrataciones el Estado y su Reglamento, aprobados por Decreto Legislativo N° 1017 y Decreto Supremo N° 184-2008-EF, respectivamente (en adelante, la Ley y su Reglamento).
4. En caso de deficiencia o vacío en las reglas que anteceden, el Árbitro Único está facultado para establecer reglas adicionales, respetando el principio de legalidad y resguardando el derecho constitucional al debido proceso y derecho de defensa.

EL PROCESO ARBITRAL:

LA DEMANDA

5. El 28 de octubre de 2013, el Consorcio presentó su escrito de demanda, complementada mediante escrito de 24 de febrero de 2014. La demanda fue planteada en los siguientes términos:

PETITORIO

El Consorcio formuló las siguientes pretensiones:

6. Primera.- La nulidad total de la Resolución de Alcaldía N° 171-2013-MDY de 5 de junio de 2013, la misma que resuelve i) Declarar el incumplimiento de nuestras obligaciones contractuales en la Ejecución de la obra "Elaboración de expediente Técnico y Ejecución de la Obra mejoramiento de la Infraestructura de los Pozos Termales Zamácola y el Tigre – Distrito de Yura"; ii) Resolver el contrato N° 012-2011-MDY derivado del concurso oferta Licitación Pública N° 001-2011-MDY por supuesto incumplimiento de obligaciones contractuales a nuestro cargo; y iii) Hacer efectivo el cobro

de penalidad del 10% del valor total de la obra conforme al artículo tercero de la resolución de Alcaldía N° 106-2013-MDY y lo dispuesto en el Art. 165 del reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

7. Segunda.- El pago de la Municipalidad de mayores gastos generales en una suma estimada de S/. 452 705.56 (Cuatrocientos Cincuenta y Dos Mil Setecientos Cinco y 56/100 Nuevos Soles), a razón de S/. 1,689.20 (Un Mil Seiscientos Ochenta y Nueve y 20/100 Nuevos Soles) por día, generados en dos momentos: i) El primero desde la presentación del Expediente Técnico a la Entidad demandada para su aprobación con fecha 26 de diciembre de 2011, hasta el momento que se celebró el acuerdo conciliatorio de inicio formal de la Ejecución de la obra 22 de agosto de 2012, paralización de obra imputable a la Municipalidad por un periodo de tiempo de 240 días, tiempo en el que se evidenció la paralización del personal, maquinarias, equipos, proveedores y almacenes del Consorcio durante ocho meses; ii) El segundo momento desde el 22 de agosto de 2012 hasta el 19 de septiembre de 2012, paralización de la obra por causas imputables a la Municipalidad por un periodo de tiempo de 28 días calendario, plazo en el que no se pudo ejecutar la obra por falta de entrega del terreno donde se ubica el pozo EL TIGRE por personal de la Municipalidad demandada.
8. Tercera.- La aprobación de la recepción de la obra ejecutada y, en el mismo sentido, reconozca y cumpla con el pago del monto adeudado según liquidación presentada y aprobada por la Municipalidad, así como el pago correspondiente a la valorización N° 16 debidamente aprobada pero todavía adeudada por la Entidad demandada, en un monto estimado de S/. 401 429.58 (Cuatrocientos Un Mil Cuatrocientos Veintinueve y 58/100 nuevos soles).
 - a. Como pretensión accesoria a la tercera pretensión principal, que se ordene el pago de los intereses legales que se generen hasta el momento efectivo de cancelación de las contraprestaciones adeudadas.
9. Cuarta.- La devolución a favor del Consorcio del monto dinerario ascendente a S/. 297 781.50 (Doscientos noventa y siete mil setecientos ochenta y uno con 50/100 nuevos soles) correspondiente a la ejecución indebida de la Carta Fianza N° 010294615-005 de 12 de junio de 2013 emitida por SCOTIABANK S.A.
 - a. Como pretensión accesoria de la cuarta pretensión principal, el Consorcio solicita que se ordene el pago de los intereses legales que

se generen hasta el momento efectivo de devolución del importe irregularmente ejecutado por la Municipalidad demandada.

10. Quinta.- El pago de una Indemnización por daños y perjuicios ascendente a la suma estimada de S/. 1'000 000.00 (Un millón y 00/100 nuevos soles) por el menoscabo económico-patrimonial y moral sufrido por los miembros del Consorcio a raíz de la indebida ejecución de la Carta Fianza N° 010294615-005 de fecha 12 de junio de 2013 emitida por SCOTIABANK S.A. y las consecuencias negativas que actualmente viene afrontando ante el sistema financiero y tributario del país. De la suma total señalada, corresponde a daño emergente el monto estimado de S/. 500 000.00 (Quinientos Mil y 00/100 nuevos soles); por Daño Moral el monto estimado de S/. 500 000.00 (Quinientos Mil y 00/100 nuevos soles).
11. Sexta.- El pago de una Indemnización por enriquecimiento indebido ascendente a la suma estimada de S/. 100,000.00 (Cien Mil y 00/100 nuevos soles), monto correspondiente y debidamente sustentado en:
- a. Adicional de Obra N° 1, por un estimado de S/. 36,797.69
 - b. Adicional de Obra N° 2, por un estimado de S/. 17,685.89
 - c. Adicional de Obra N° 3, por un estimado de S/. 38,224.93
 - d. Adicional de Obra N° 4, por un estimado de S/. 15,000.00

Todos ellos efectivamente ejecutados en el desarrollo de la obra pero no reconocidos, ni pagados hasta la fecha de presentación de la demanda, así como los intereses legales que se generen hasta la fecha en que se realice su pago efectivo.

12. Séptima.- El pago a cargo de la Municipalidad demandada de las costas y costos que se determinen y originen a causa del presente proceso arbitral.

FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA DEMANDA

Antecedentes:

13. El 19 de Octubre de 2011, se constituyó el Consorcio Yura Tradición conforme al contrato privado de Consorcio suscrito por los consorciados Riogersa S.R.L., Regalma S.R.L., Constructora y Servicios Antenas E.I.R.L. con la finalidad de participar en la Licitación Pública N° 001-2011-CEPCBS ofertada por la Municipalidad Distrital de Yura, de la provincia y región de Arequipa, a fin de ejecutar la obra de "Mejoramiento de Infraestructura de los Pozos Termales Zamácola y El Tigre - Distrito de Yura".

14. El 18 de octubre de 2011, luego de presentarse a proceso de selección, el Comité Especial les adjudicó la Buena Pro para la ejecución de la obra "Mejoramiento de Infraestructura de los Pozos Termales Zamácola y El Tigre - Distrito de Yura".
15. El 31 de octubre de 2011, se suscribió el Contrato N° 012-2011-MDY con la Entidad para la ejecución de la obra "Mejoramiento de Infraestructura de los Pozos Termales Zamácola y El Tigre - Distrito de Yura".
16. A pesar de la firma del contrato en octubre de 2011, se presentaron varias contingencias y observaciones en la culminación del Expediente Técnico de la obra, lo que conllevó a la celebración de Acta Conciliatoria el 6 de agosto de 2012 entre la Municipalidad demandada y el Consorcio, acordando la ampliación del plazo para el levantamiento de observaciones del Expediente Técnico de la obra así como el compromiso de suscribir la Adenda respectiva al Contrato N° 012-2011-MDY.
17. El 21 de Agosto de 2012, se celebró la Adenda de Contrato N° 012-2011-MDY, en la que se acordó: i) La entrega del terreno por parte de la Municipalidad demandada, a realizarse el 22 de agosto de 2012; ii) El otorgamiento de 180 días calendario a favor del Consorcio, como plazo para la ejecución de la obra (20 días para la elaboración del expediente técnico y 160 días para el término de la obra), plazo que culminaba el 28 de enero de 2013; manteniéndose sin cambio alguno las demás cláusulas contenidas en el contrato N° 012-2011-MDY.
18. Del mismo modo, a través de Resolución Gerencial N° 93-2012-GDUR-MDY de 3 de octubre de 2012, se aprobó la ampliación del plazo N° 01 para la ejecución de obra por un periodo de 28 días calendarios; ello en razón a que el Consorcio experimentó retraso en la ejecución de la ruta crítica de la obra por razones ajenas a su voluntad (falta de desocupación del pozo EL TIGRE para iniciar trabajos de demolición); siendo la nueva fecha de término de la obra el 26 de febrero de 2013.
19. El 1 de abril de 2013, luego de haber denegado solicitudes de aprobación de plazos y trabajos adicionales efectivamente ejecutados en la obra, la Municipalidad mediante Resolución de Alcaldía N° 106-2013-MDY de 1 de abril de 2013, resolvió: i) El incumplimiento de obligaciones contractuales, por supuesto incumplimiento excesivo de plazos en la ejecución de la obra; ii) La resolución del contrato N° 012-2011-MDY derivado de la Licitación Pública N° 001-2011-CEPCBS/MDY; iii) La aplicación de una penalidad en contra de la empresa contratista Consorcio Yura Tradición por mora en la prestación.

20. Sin embargo, mediante Acta de Conciliación N° 542-2013 de 10 de abril de 2013 se dejó sin efecto el extremo sobre resolución de contrato contenido en la Resolución de Alcaldía N° 106-2013-MDY; y se resolvió aprobar la suscripción de una nueva Adenda al contrato derivado de la Licitación Pública N° 001-2011-CEPCBS/MDY, otorgando al Consorcio un plazo de 30 días calendario adicionales para culminar la ejecución de la obra. De esta forma, con fecha 15 de abril de 2013 se celebró la Adenda N° 02 del Contrato N° 012-2011-MDY, la que fue aprobada mediante Resolución de Alcaldía N° 119-2013-MDY de la misma fecha.

Fundamentos respecto de la primera pretensión principal:

21. El 5 de junio de 2013 la Municipalidad emitió la Resolución de Alcaldía N° 171-2013-MDY (Anexo 1-G), mediante la cual se resolvió, lo siguiente: i) Declarar el incumplimiento de nuestras obligaciones contractuales en la Ejecución de la obra "Elaboración de expediente Técnico y Ejecución de la Obra mejoramiento de la Infraestructura de los Pozos Termales Zamacola y el Tigre – Distrito de Yura"; ii) Resolver el Contrato N° 012-2011-MDY derivado del concurso oferta N° 001-2011-MDY, por supuesto incumplimiento de obligaciones contractuales a nuestro cargo; y iii) Hacer efectivo el cobro de penalidad del 10% del valor total de la obra conforme al artículo tercero de la resolución de Alcaldía N° 106-2013-MDY y lo dispuesto en el Art. 165 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
22. Tal resolución de contrato carece de validez, toda vez que se basa en simples alusiones a un aparente incumplimiento de nuestras obligaciones contractuales, ignorando físicamente la obra ejecutada, la misma que no fue objeto de observación y haciendo caso omiso a las comunicaciones y anotaciones de efectivo cumplimiento de la culminación de la obra dentro del plazo oportuno.
23. Recuérdese que el 15 de abril de 2013, se celebró la Adenda N° 02, mediante la cual se amplió el plazo de ejecución contractual y se estableció como fecha de vencimiento para la ejecución de obra el día 15 de mayo de 2013. El Consorcio concluyó la obra el día 14 de mayo de 2013, lo que fue consignado en el asiento N° 196 del Cuaderno de Obra.
24. A través de Acta de Constatación Notarial emitida por Notario Público de Arequipa, Dr. Cesar Fernández Dávila, el 15 de mayo de 2013 a horas 7.30 a.m., se verificó que los trabajos realizados en la obra fueron concluidos en su totalidad y dentro del plazo legal acordado según Adenda N° 02 adjuntando a tal Constatación, el panel fotográfico respectivo de la obra, en el cual se acredita que la obra ha sido concluida, por lo que

- correspondía llevar a cabo el trámite administrativo de recepción de obra para dar por concluido el contrato; o en su defecto realizar las observaciones por el Comité Receptor designado por la demandada.
25. A través de Carta Notarial notificada el 16 de mayo de 2013, el Consorcio comunicó directamente a la Municipalidad la conclusión la obra y le requirió iniciar el proceso de recepción de obra correspondiente.
 26. La Municipalidad el 17 de mayo de 2013, mediante carta notarial, sobre la base a una constatación policial (Comisaría de Yura), responde alegando que los trabajos de la obra se encontraban inconclusos, concediendo el plazo de 15 días calendarios para culminar la obra.
 27. Dicha carta no surte ningún efecto legal debido a que: i) Nunca se les adjuntó el "Acta de Constatación Policial", ii) Tampoco se les comunicó cuáles eran las supuestas partidas inconclusas de la obra (requisito necesario para observar una entrega de obra) iii) Se da inicio a un procedimiento de resolución de contrato, en forma arbitraria y sin ningún asidero legal, debido a que no se pronuncia sobre la "conclusión de obra" que, según el Consorcio, informó y acreditó en forma debida.
 28. El 5 de junio de 2013, la Municipalidad remitió la Resolución de Alcaldía N° 171-2013-MDY, sustentando el íntegro de su contenido en dos documentos: i) la Carta 078-2013-SC-MDY de supervisor de obra, y ii) el Informe N° 364-2013-GHR/GDUR, de la Gerencia de Desarrollo Urbano y Rural.
 29. En la Carta 078-2013-SC-MDY, señalaron que la supervisión de obra hizo llegar a la Municipalidad el Informe Especial N° 10 de la obra, en el que se señala que después de la verificación efectuada el 17 de mayo de 2013 se constató que la obra se encontraba inconclusa; sin embargo, según señala el Consorcio: i) Nunca se les ha citado, ni han participado en esa verificación; ii) Tampoco se les ha corrido traslado del Informe del Supervisor de obra conteniendo el detalle de partidas inconclusas; iii) No se les ha notificado ni se les ha indicado hasta la fecha, cuál sería la parte inconclusa de la obra, o cuáles serían las partidas que faltarían concluir.
 30. En el Informe N° 364-2013-GHR/GDUR, la Gerencia de Desarrollo Urbano y Rural concluyó que existen partidas que no se han ejecutado y que no se ha seguido el procedimiento técnico administrativo para la recepción de obra; sin embargo, según indica el Consorcio: i) Hasta la fecha tampoco la Gerencia de Desarrollo Urbano les ha notificado cuáles son esas partidas inconclusas; ii) El supuesto alejamiento del procedimiento técnico para la recepción de obra no es responsabilidad atribuible al Consorcio, toda vez que éste sí cumplió con lo establecido en la Ley y el Reglamento de la Ley

de Contrataciones con el Estado, consignando la anotación de conclusión de la obra en el cuaderno de obra e informando directamente a la Municipalidad sobre tal circunstancia.

31. Con la Resolución de Alcaldía N° 171-2013-MDY, la demandada declaró la resolución del Contrato de obra N° 012-2011-MDY, atribuyendo incumplimiento de obligaciones contractuales al Consorcio por haber vencido el plazo para culminación de obra concedido en Adenda N° 02, aprobada por Resolución de Alcaldía N° 119-2013-MDY, ambas de fecha 15 de abril de 2013.
32. Como se ha mencionado, el 5 de junio de 2013, la Municipalidad remitió la Carta Notarial N° 013-2013-MDY, a través de la cual declaró también el incumplimiento de las obligaciones contractuales del Consorcio y la resolución del contrato de obra, señalando el 7 de junio de 2013 fecha para la constatación física e inventario de obra.
33. En esa fecha el Consorcio se presentó a la constatación; sin embargo, ni los representantes de la Municipalidad, ni la Supervisión de Obra, se presentaron a la diligencia programada, por lo que; a través de Constatación Notarial de la misma fecha, emitida por Notario Público de Arequipa, Dr. César Fernández Dávila, se procedió a levantar el Acta de Recepción de Obra con la que hicieron entrega de la misma al Notario. De igual manera levantaron el Acta Policial con la que dejaron constancia de la ausencia de los representantes de la Municipalidad y de la Supervisión de obra.
34. Del mismo modo, a través de cartas de 10 de junio de 2013 comunicaron a la Municipalidad el efectivo cumplimiento y culminación de la ejecución de obra dentro del plazo concedido, su inconformidad con resolución de contrato comunicando su intención de someter a arbitraje la controversia originada, así como la solicitud de abstención para la ejecución de la carta fianza que ofrecieron como garantía de fiel cumplimiento de la obra, Del mismo modo manifestaron haber hecho entrega de la obra a Notario Público de Arequipa, Dr. César Fernández Dávila, por lo que cualquier desperfecto o afectación de la obra con posterioridad a dicha fecha era responsabilidad de la misma Municipalidad.
35. El 18 de junio de 2013 la Municipalidad a través de su Gerente Municipal, su Gerente de Asesoría Legal y su Gerente de Desarrollo Urbano, suscribieron junto al representante del Consorcio y su Gerente de obra, un acta de entrega de llaves, y en la que aceptan y dan plena conformidad a la obra y al acto de entrega de llaves, sin tener ninguna observación referida a la construcción de la obra o la finalización de la misma. Asimismo, la

Municipalidad se comprometió a efectuar el pago de la Valorización N° 16 de la obra en referencia, por un monto estimado de S/. 401 429.58 (Cuatrocientos un mil cuatrocientos veintinueve con 58/100 nuevos soles); Según el Consorcio, dicha acta se emitió tras haber realizado constatación física y prueba de llaves de ingreso a distintas áreas en la obra, así como en plena atención a la constatación física de la obra llevada a cabo en fecha 13 de junio de 2013 a horas 9.45 am, con intervención del Sr. Notario Público de Arequipa, Dr. Cesar Fernández Dávila.

Fundamentos respecto de la segunda pretensión principal:

36. Existieron periodos en los que Consorcio se vio imposibilitado de iniciar o continuar la ejecución de la obra por motivos y razones atribuibles a la Municipalidad. Ello ha generado no solo el retraso efectivo de la obra, sino además el pago de mayores gastos generales, como el continuo pago de contraprestaciones económicas y remuneraciones asumidas con el personal ya contratado, el pago de la maquinaria que ha sido alquilada para la ejecución de la obra, durante el tiempo de suspenso de la ejecución del proyecto y el constante desembolso para el pago de almacenes a terceros.
37. Anteriormente, 10 de noviembre de 2011 a través de Carta N° 025-2011-GDUR/MDY, la Municipalidad señaló que había entregado el perfil del proyecto que serviría para la elaboración de los estudios definitivos y consecuente ejecución de la obra a nuestro cargo; no obstante, no adjuntó a tal comunicación el referido documento.
38. El 5 de diciembre de 2011, mediante Carta N° 01-2011-JCCC/ CONSORCIO YURA TRADICIÓN, el Consorcio requirió a la Municipalidad nuevamente que haga entrega del perfil del proyecto, a fin de proceder con la elaboración del estudio definitivo del expediente técnico de la obra.
39. El 26 de diciembre de 2011, a través de Carta N° 03-2011-JCCC/CONSORCIO YURA TRADICIÓN, luego de recibido el perfil requerido, el Consorcio hizo entrega a la demandante del Expediente Técnico de la obra dentro del plazo legal (20 días calendario), por lo que, desde tal fecha en adelante debían continuar con la ejecución de obra. No obstante, según señala el Consorcio, la Municipalidad, apoyada en su Supervisión de obra, efectuó observaciones y requerimientos carentes de motivación que resultaron entorpeciendo y dilatando injustificadamente el plazo de ejecución de la obra.
40. El 10 de enero de 2012, se les notificó la Carta N° 003-2012-GDU/MDY, mediante la cual la Municipalidad les devolvió el Expediente Técnico

adjuntando el Informe del Supervisor de Obra en el que se señalaba que existían observaciones al expediente que se habían presentado oportunamente, se pronunciaba sobre el pago de multas y penalidades que no correspondían.

41. El 16 de enero de 2012, a través de Carta N° 005-2012-JCCC/CYT remitida a la Municipalidad se levantaron las observaciones al Expediente Técnico y se absolvieron las apreciaciones que la Supervisión efectuó.
42. El 29 de febrero de 2012, no existiendo nuevas observaciones, se procedió a hacer nueva entrega del Expediente Técnico a través de Carta al Supervisor N° 003-2012-JCCC/CYT, y de carta a la Municipalidad del 28 de febrero de 2012; a fin de que la Municipalidad pudiera emitir el Expediente Técnico debidamente aprobado para continuar con la ejecución de la obra.
43. Desde el 29 de febrero de 2012 hasta el 22 de Agosto de 2012, Consorcio se vio imposibilitado de proceder con la ejecución de la obra a raíz de varios requerimientos tardíos y subjetivos de la demandada pese a que se superó el tiempo establecido en el Reglamento para su aprobación, uno de esos requerimientos fue efectuado en la Carta N° 012-2012-GDUR/MDY de 19 de marzo de 2012, en la que la Municipalidad solicitó la renovación de carta fianza, sin remitir el expediente técnico aprobado; ante ello se respondió que la carta fianza todavía no se encontraba próxima a vencer; sin embargo, la renovaron.
44. De igual modo, el 19 de marzo de 2012, a través de Carta N° 013-2012-GDUR/MDY, la Municipalidad solicitó preparar la documentación necesaria para obtener Certificados de Inexistencias de Restos Arqueológicos (CIRA) en la zona donde se ejecutaría la obra, sin remitir el Expediente Técnico aprobado o en su perjuicio alguna observación. Al respecto, respondieron que las licencias autorizaciones, permisos y similares para la ejecución de la obra eran responsabilidad de la Entidad; y que sin embargo, prestarían ayuda para ello; asimismo, en dicha comunicación dejaron constancia que las demoras en que se venía incurriendo para la aprobación del Expediente Técnico que era responsabilidad de la Entidad, lo que consecuentemente generó gastos que el Consorcio tuvo que asumir.
45. Mediante Carta notarial N° 001-2011 de 31 de mayo de 2012 (cuya numeración no coincide con la fecha en que es emitida), la Municipalidad remitió observaciones tardías y pese a que el Expediente Técnico ya había sido aprobado por la inactividad de la administración, atribuyendo responsabilidad al Consorcio por no haber presentado el expediente técnico cuando sí se había hecho.

46. El 20 de junio de 2012, a través de la Carta N° 056-2012GDUR/MDY, la Municipalidad adjuntó nuevamente observaciones de la supervisión (pese a que el expediente ya había sido aprobado por silencio administrativo) y les otorgó un plazo de 10 días calendario para el levantamiento de las observaciones. Dentro del plazo señalado, mediante Carta de 28 de junio de 2012 levantaron las observaciones y requirieron a la Municipalidad a través de carta N° 06-2012-JCCC/CONSORCIO YURA TRADICION para que haga entrega del Expediente Técnico aprobado.
47. El Consorcio señala que, actuando con buena fe, solicitaron a la Municipalidad celebrar un acuerdo conciliatorio a fin de no seguir retrasando el inicio de ejecución de la obra; por lo que a través del Acta de Compromiso de 6 de Agosto de 2012 se acordó que se presentara nuevamente el Expediente Técnico a cargo del Consorcio y la obligación a cargo de la Gerencia de Desarrollo Urbano y Rural de la Municipalidad demandada, de emitir resolución de aprobación del expediente, así como de dar el adelanto directo para la ejecución de la obra. Es así que mediante Resolución Gerencial N° 069-2012-DGUR-MDY de 17 de agosto de 2012, la Municipalidad aprobó el Expediente Técnico de la obra y la ejecución de la obra.
48. El 21 de Agosto de 2012, celebraron la Adenda al Contrato con la Municipalidad en la que modificaron el plazo de ejecución de la obra, desde el 22 de agosto de 2012 hasta el 28 de enero de 2013 (160 días calendario para ejecución de la obra), Adenda que es ratificada por Resolución de Alcaldía N° 384-2012-MDY de 25 de septiembre de 2012. Por tanto, desde la presentación del Expediente Técnico el 26 de diciembre de 2011, hasta que la entidad lo aprobó e el 17 de agosto de 2012, han transcurrido ocho meses efectivos, en los que el personal del Consorcio tuvo que estar paralizado, se tuvo que alquilar equipo que no era usado para la ejecución de la obra, debiendo incluso efectuar los pagos de las obligaciones ya asumidas con el personal de trabajo y con proveedores desde la firma del contrato para el inicio de la ejecución de las obras referidas.
49. Pese a que se señaló que se hizo entrega del terreno para la ejecución de la obra a la firma de la Adenda al Contrato N° 012-2011-MDY de fecha 22 de agosto de 2012, no se les hizo la entrega del terreno hasta el 19 de septiembre de 2012. Ello, según señala el Consorcio, se constata en los Asientos de Residente signados en el Cuaderno de Obra (Asientos N° 01, 05, 07, 09, 13, 21, 22, 23, 25, 29) y en las distintas comunicaciones realizadas a la Municipalidad solicitando desocupación y entrega al contratista en forma inmediata del pozo EL TIGRE (Carta N° 07-2012-JCCC/CONSORCIO

YURA TRADICION y Carta N° 12-2012-JCCC/CONSORCIO YURA TRADICION de fecha 20 de septiembre de 2012).

50. El 10 de octubre de 2012, a través de las Cartas 018-2012-JCCC/CONSORCIO YURA TRADICION y 019-2012-JCCC/CONSORCIO YURA TRADICION; producto de la falta de entrega del terreno, requirieron a la supervisión de la demandada y a la misma Gerencia de Desarrollo Urbano y Rural de la Municipalidad, nueva ampliación de plazo para la ejecución de la obra. Sin obtener respuesta, reiteraron el requerimiento de ampliación de plazo N° 01 a la Gerencia de Desarrollo Urbano y Rural, mediante cartas 020-2012-JCCC/CONSORCIO YURA TRADICION de 15 de octubre de 2012 (Anexo 2-O); y N° 022-2012-JCCC/CONSORCIO YURA TRADICION de 7 de diciembre de 2012.
51. Indica el Consorcio que recién el 19 de setiembre de 2013, la Municipalidad entregó el terreno para la ejecución de la obra al contratista, por lo que en dicha fecha recién se inicia el plazo de ejecución de obra de conformidad con lo establecido en el artículo 184; sin embargo, la Municipalidad inició el plazo de ejecución de obra el 22 de agosto de 2012, por lo que los mayores gastos generales deben ser pagados por la Municipalidad.

Fundamentos respecto de la tercera pretensión principal:

52. La entidad hasta la fecha no ha reconocido la liquidación de obra que le entregó Consorcio dentro del plazo legal correspondiente y tampoco ha efectuado el pago de la Valorización N° 16 debidamente reconocida al momento de firma de acta de entrega de llaves y recepción de obra.
53. El 2 de agosto de 2013, Consorcio remitió a la entidad la carta N° 051-2013-JCCC/CONSORCIO YURA TRADICION, con la que hicieron entrega de la Liquidación de Obra, la entidad no planteó observaciones ni alcanzó la elaboración una nueva liquidación de obra.
54. Lo único que comunicó la entidad fue la carta notarial N° 18-2013-MDY de 1 de Octubre de 2013, en la que señaló que esa liquidación tenía errores. El supervisor de obra, a través de la carta N° 130-2013-SC/MDY de la misma fecha informó que la liquidación sufría de errores, omisiones y otros y que existía un saldo en contra del Consorcio de S/. 252 996.49 nuevos soles.
55. Sin embargo, a dicha carta notarial la Municipalidad no adjuntó detalle de observaciones a la liquidación de obra, ni señaló las partidas inconclusas o las omisiones. Lo que la Municipalidad adjuntó fue un documento denominado "Liquidación Final de Cuentas" que es un cálculo



matemático sin mayor detalle ni especificación alguna sobre la Liquidación de obra que presentó el Consorcio.

56. Ese documento se aparta del procedimiento regular establecido en el Art. 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado y no tiene relevancia alguna para efectos de acreditar haber comunicado observaciones pertinentes para su debido levantamiento y es un acto de liberalidad del supervisor en forma ajena al procedimiento.
57. Han transcurrido más de los 60 días calendario que concede la norma para que la entidad realice observaciones o elabore una nueva Liquidación de Obra, sin que se haya cumplido con hacerlo, por lo que debe considerarse que el Expediente de Liquidación de Obra presentado el 2 de agosto de 2013 a través de Carta N° 051-2013-JCCC/CONSORCIO YURA TRADICION ha quedado plenamente consentido, y así se lo hizo conocer el Consorcio a la Entidad a través de la Carta de 9 de octubre de 2013 con Reg. 5954.
58. Asimismo, mediante carta de la misma fecha, con Reg. 5955 pusieron en conocimiento de la entidad que el documento denominado "Liquidación Final de Cuentas" no guarda relación alguna con la liquidación de obra que presentó el Consorcio y que además considera como partidas unas denominadas "gastos notariales, gastos de arbitraje y otros" que no pueden serles atribuidos debido a que se encuentra pendiente de resolver el proceso arbitral iniciado ante OSCE.

Fundamentos respecto de la cuarta pretensión principal:

59. La Municipalidad ejecutó la Carta Fianza N° 010294615-005 de 12 de junio de 2013 emitida por SCOTIABANK que entregaron como garantía del fiel cumplimiento, aun cuando mediante carta de 10 de junio de 2013 con Reg. N° 3273 advirtieron a la Entidad para que no la ejecutara hasta que se resolvieran las controversias existentes en la vía de arbitraje (Carta Fianza N° 010294615-004 de fecha 18 de marzo de 2013 emitida por SCOTIABANK).
60. A pesar de haberse iniciado el Proceso de Arbitraje y de haber puesto en conocimiento a la entidad demandada de tal proceso, ésta a través de Carta Notarial N° 014-2013/A/MDY de la misma fecha y Carta notarial N° 018-2013/A/MDY de fecha 02 de julio de 2013, solicitó irregularmente al SCOTIABANK la ejecución de la Carta Fianza N° 010294615-004 y de la Carta Fianza N° 010294615-005, así como el requerimiento de pago de S/. 297, 781.50 nuevos soles, a fin de resarcir el supuesto incumplimiento de la contratista y garantizar los daños y perjuicios ocasionados a la entidad.

61. En resumen, según el Consorcio, se ha ejecutado la Carta Fianza a pesar de haber sido renovada hasta por un plazo de 90 días calendario y se ejecutó habiéndose iniciado el presente proceso arbitral, sin haber quedado firme la Resolución Gerencial N° 171-2013 materia de impugnación en este proceso.

Fundamentos respecto de la quinta pretensión principal:

62. Producto de la indebida ejecución de la carta fianza referida, no solo se le ha producido un daño patrimonial ante la Entidad Financiera que emitió la carta fianza y ante la administración tributaria por imposibilidad de pago del fraccionamiento mantenido con tal institución, sino también, una afectación extra-patrimonial sufrida por el Consorcio, a través del desprestigio y el daño a la imagen y la buena reputación de cada una de las empresas consorciadas.
63. La irregular ejecución de la Carta Fianza por la Entidad demandada es un hecho antijurídico toda vez que tal acto se efectuó en plena contravención a la normativa vigente (Arts. 170, 210 y 217 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado) y sobre supuestos de hecho falsos (aparente incumplimiento de nuestras obligaciones contractuales por haberse vencido el plazo para ejecutarlas); cuando en realidad, la culminación de la obra se hizo en forma plena y se cumplió con efectuar el procedimiento necesario para la recepción de obra, como ha quedado plenamente acreditado.
64. El daño ocasionado por la indebida ejecución de la carta fianza ha generado un daño patrimonial, evidenciado en el daño emergente provocado por la generación de deuda financiera por el monto ejecutado en la Carta Fianza N° 010294615-005, deuda ascendente al monto de S/. 297 781.50 nuevos soles (Conforme a reporte de Estado de deuda emitido por SCOTIABANK). Del mismo modo, por intentar satisfacer la deuda financiera creada por la Municipalidad demandada, no pudieron seguir cumpliendo con el Fraccionamiento entonces vigente con la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) (Conforme Reporte de Deuda Tributaria y pérdida de Fraccionamiento), lo que ha originado su calidad de deudores tributarios a punto de ingresar a procedimiento de Ejecución Coactiva por la SUNAT.
65. Señala igualmente el Consorcio que el menoscabo extra-patrimonial se traduce en la afectación a la imagen y la buena reputación de cada uno de nuestros miembros, así como del Consorcio en general. Este daño se acredita con la pérdida de respaldo y trato financiero dentro de la entidad SCOTIABANK, pues su calidad de clientes está a punto de ser considerada

dentro del área de Banca Especial, lo que supone la privación de servicios financieros, del respaldo bancario para realizar negocios frente a terceros y la generación de un estado de pérdida que perturba cualquier posibilidad de negocio o celebración de contrato en adelante.

66. El nexo causal supone observar que la generación del daño acreditado está en la ejecución de la carta fianza por quien la tenía otorgada a su favor; es decir, la entidad demandada. De tal forma que, existe una causa adecuada entre la indebida ejecución de la garantía de fiel cumplimiento y el menoscabo patrimonial y extra-patrimonial originado; y dado que la conducta antijurídica la despliega el mismo Alcalde de la Municipalidad demandada, actuando en ejercicio de sus funciones, se genera un factor de atribución de responsabilidad objetiva, contenida en el Art. 1970 del C.C. concordado con el Art. 1981 del C.C.
67. En tal sentido, señala el Consorcio, que existe responsabilidad atribuible a la Entidad demandada en virtud a los daños ocasionados a su empresa y el consecuente desprestigio que le causa afectando su imagen y buena reputación dentro del mercado; razón por la que solicita la indemnización estimada en S/. 1 000 000.00 (Un millón con 00/100 nuevos soles).

Fundamentos respecto de la sexta pretensión principal:

68. Señala el Consorcio que durante el proceso se han ejecutado Adicionales de Obra N° 1, 2, 3 y 4 por lo que corresponde el reconocimiento y pago de una Indemnización por enriquecimiento indebido, dado que es la Municipalidad quien se ve beneficiada con las obras efectivamente ejecutadas pero no reconocidas ni pagadas a su favor, lo que ocasiona un perjuicio económico no reparado.
69. Mediante carta N° 017-2012-JCCC/CONSORCIO YURA TRADICION de 10 de octubre de 2012, se hizo entrega de las modificatorias al Expediente Técnico conforme a lo solicitado por la supervisión. Del mismo modo, a través de carta N° 025-2012-JCCC/CONSORCIO YURA TRADICION de 19 de diciembre de 2012, se hizo entrega de calendarios acelerados de obra conforme a lo requerido por la entidad a raíz de las modificaciones solicitadas; y con carta N° 010-2013-GDUR/MDY de 17 de enero de 2013 emitida por la demandada, tras reunión técnica de 16 de enero de 2013, se acordó realizar modificaciones al Expediente Técnico de conformidad con los requerimientos de la demandada; pero, en forma contradictoria, no accedió a conceder ampliación de plazo alguna; es decir, la entidad demandada, a pesar de haber solicitado realizar modificatorias el expediente técnico y de aceptarlas, pretendió que se efectúen sin

conceder plazo adicional que permita su ejecución dentro de un tiempo razonable.

70. Señala el Consorcio que las obras adicionales fueron efectivamente trabajadas previos pedidos expresos de la misma Entidad; y por tanto, fueron debidamente comunicadas a la Entidad demandada de la siguiente forma:

- o El 25 de enero de 2013 a través de carta N° 029-2012-JCCC/CONSORCIO YURA TRADICIÓN, se hizo entrega a la entidad del expediente adicional de Obra N° 01; no obstante, en fecha 06 de febrero de 2013, la entidad deniega el Expediente de Adicional de Obra con Resolución Gerencial N° 015-2013-G.D.U.R.-MDY.
- o El 15 de febrero de 2013 a través de carta N° 030-2012-JCCC/CONSORCIO YURA TRADICIÓN, dirigida a supervisor de obra, y a través de carta N° 031-2012-JCCC/CONSORCIO YURA TRADICIÓN dirigida al alcalde de la entidad demandada, hicieron entrega de los Expedientes Adicionales de Obra N° 01 y 02; no obstante, el 19 de febrero de 2013, la Municipalidad denegó nuevamente el Expediente de Adicional de Obra N° 01 y vinculante 01 con Resolución Gerencial N° 024-2013-G.D.U.R.-MDY; y el 22 de febrero de 2013 denegó el Expediente de Adicional de Obra N° 02 y ampliación de plazo con Resolución Gerencial N° 026-2013-G.D.U.R.-MDY.
- o El 22 de febrero de 2013 a través a través de carta N° 034-2012-JCCC/CONSORCIO YURA TRADICIÓN, dirigida a supervisor de obra, y a través de carta N° 035-2012-JCCC/CONSORCIO YURA TRADICIÓN, dirigida al Alcalde de la entidad demandada, hicieron entrega del Expediente de Adicional de Obra N° 03; no obstante, el 4 de marzo de 2013 la Municipalidad denegó este expediente adicional de obra N° 03 a través de la Resolución Gerencial N° 031-2013-G.D.U.R.-MDY;
- o El 6 de marzo de 2013 a través de carta N° 038-2013-JCCC/CONSORCIO YURA TRADICION, se entregó a la supervisión de obra el modelo planteado para modificación de textura de caminería principal a solicitud del Gerente de Desarrollo Urbano de la Entidad, Arq. Gian Carlo Huertas.

- o El 14 de marzo de 2013, a través de Carta N° 041-2013-JCCC/CONSORCIO YURA TRADICION se entregó a la supervisión de obra los planos de modificación del pozo EL TIGRE, en firme cumplimiento de los requerimientos realizados por el mismo supervisor de obra.
- o En la misma fecha a través de carta dirigida al supervisor de obra el Consorcio señaló que a través de los asientos N° 134, 138, 139, 140, 144 y 145 del cuaderno de obra dieron cuenta oportuna de una filtración y capa freática que hacía necesaria la realización de trabajos adicionales en el Pozo Zamácola, y el Supervisor de obra solicitó expresamente llevar a cabo las modificaciones necesarias así como presentar los expedientes de adicionales de obra para su evaluación; sin embargo, el 21 de marzo de 2013 con Resolución Gerencial N° 048-2013-G.D.U.R.-MDY se denegó también Ampliación de plazo N° 03.

71. Según indica el Consorcio, los trabajos efectivamente realizados dentro del proyecto y sobre los cuales existía pleno conocimiento, aceptación e incluso órdenes previas de la misma entidad, no fueron reconocidos por ésta, sino más bien fueron denegados aprovechando de la buena fe con que procedió el Consorcio en todo momento siguiendo sus indicaciones. Lo mismo ocurrió con el Expediente de Adicional de obra N° 04, pues el 13 de mayo de 2013 a través de cartas N° 048-2013-JCCC/CONSORCIO YURA TRADICION se presentó tal Expediente Técnico dejando constancia que se hacía de acuerdo a lo solicitado por la supervisión y en coordinaciones con la misma Entidad demandada; sin embargo a través de carta notarial N° 075-2013-GDUR/MDY de 30 de mayo de 2013, se devolvió el expediente adicional señalándose, que existían observaciones de carácter técnico y documentación faltante.

72. Señala el Consorcio que no solo existe una negativa de la entidad a recibir o aceptar los expedientes adicionales de obra, a pesar de haberles sido requeridos por ella misma previo cumplimiento y ejecución efectiva de tales obras adicionales, sino que además la negativa a recibir los adicionales consiste en no reconocer los gastos adicionales que supone ello para el Consorcio así como los plazos adicionales que resultan. Ello no solo ha causado perjuicio económico por haber tenido que asumir el íntegro de la inversión económica de tales adicionales debidamente considerados en el Expediente Técnico Final de la Obra, sino que desde otro punto, ha generado un enriquecimiento sin causa para la misma entidad, razón por la que solicitan se ordene a la Municipalidad que acepte los adicionales de obra N° 01, 02, 03 y 04, así como el pago de una

Indemnización por el enriquecimiento de la entidad a costa del perjuicio económico del Consorcio.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA Y RECONVENCIÓN

73. El 11 de marzo de 2014, la Municipalidad absolvió el traslado de la demanda, la contestó, planteó excepciones y reconvención.

Fundamentos respecto de las excepciones:

Respecto de las Excepciones de Falta de Legitimidad para Obrar y Representación Insuficiente del Demandante:

74. Señala la Municipalidad que suscribió contrato con el Consorcio Yura Tradición, que está formado por las empresas Riogersa S.R.L, Regalma S.R.L. y Constructora y Servicios Atenas S.R.L.; asimismo en dicho documento se señala que el representante común, es el Sr. Juan Carlos Castillo Carpio, representante de REGALMA S.R.L.
75. De igual manera, indica la Municipalidad que el representante común del Consorcio es una persona jurídica; en consecuencia, la representación de las personas jurídicas se da con la vigencia de poder que acredita su representación de la referida empresa, documento se acredita por Registros Públicos.
76. Por otro lado, señala la Municipalidad que, conforme se desprende de la Ley 26789 en su artículo 1, el Gerente o Administrador, según el caso, de sociedades mercantiles o civiles, goza de las facultades generales y especiales de representación procesal señalada en los artículos 74 y 75 del Decreto Legislativo N° 768, Código Procesal Civil, por el sólo mérito de su nombramiento, salvo estipulación estatutaria en contrario o limitación impuesta mediante acuerdo en Junta General de Accionistas o Socios; la misma que para causar efectos deberá estar inscrita pero dicha representatividad debe constar y estar inscrita en el registro correspondiente; por lo que para acreditar dicho acto ésta constituye una forma *ad probationem*; constituyendo ello prueba del acto y la representación, tal como lo señala el artículo 144 del código civil.
77. El representante solicita proceso de arbitraje en contra de la Municipalidad; sin embargo este representante legal del consorcio representa a una persona jurídica y, por lo tanto, debe cumplir con acreditar que efectivamente es el representante legal de la Empresa Regalma S.R.L.; en ese sentido, señala la Municipalidad que existe una representación defectuosa pues en la demanda de arbitraje no obran

documentos que lo acrediten legalmente al representante como tal; por lo tanto deberá presentar un documento que contenga el poder o la designación como gerente o administrador y gozar de los derechos que atribuye la Ley N° 26789 en su artículo 1.

Respecto de la Excepción de Caducidad:

78. Señala la Municipalidad que de acuerdo a las cláusulas del contrato, para poder resolver cualquier controversia proveniente de la resolución del contrato se tendría presente la normatividad señalada en La ley y Reglamento de ley de Contrataciones del Estado; dicha facultad respetando el plazo señalado en el artículo 170° tercer párrafo que indica que: "Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida."
79. De igual manera señala la Municipalidad que se debe tener presente que en el primer párrafo del artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado se establece que: "Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad".
80. Por lo tanto, señala la Municipalidad que teniendo en cuenta que estamos ante plazos de caducidad es necesario e indispensable indicar que las consecuencias de la caducidad se expresan en el artículo 2003° del Código Civil (aplicable al presente caso puesto que es permitido por acordado en el Acta de Audiencia de Arbitro Ad Hoc) señalando que la caducidad extingue el derecho y las acción correspondiente; asimismo el artículo 2004° del citado cuerpo legal, señala que los plazos de caducidad los fija la ley sin admitir pacto en contrario.
81. Con relación al presente arbitraje, señala la Municipalidad que emitió la Resolución de Alcaldía N° 171-2013; mediante la cual se resuelve contrato con el Consorcio y ello es comunicado a dicha parte mediante Carta Notarial N° 013-2013-MDY de fecha 05 de junio del 2013, dejando habilitado su derecho.

82. Atendiendo, ello, se tenía que el plazo de caducidad para que pueda solicitar arbitraje era de quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución; en este caso dicho plazo se contabilizaría a partir del día 6 de junio del 2013, precluyendo dicho plazo a los 15 días hábiles.
83. Con fecha 10 de junio del 2013, mediante Carta N° S/N con N° de Exp. Adm. 3273; el Contratista da respuesta a las cartas notariales 13 y 14 de la Entidad, no pudiendo dichas cartas tomarse como un pedido de arbitraje por vulneración a los artículos 218° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
84. Según la Opinión N° 061-2012/DTN de la Dirección técnica del OSCE, precisa que:
- "...En consecuencia, cuando la resolución del contrato se derive del incumplimiento en la elaboración del expediente técnico, se aplicará el plazo de caducidad establecido para servicios, de conformidad con el artículo 170 del Reglamento. En cambio, cuando la resolución del contrato se origine por el incumplimiento de obligaciones derivadas de la ejecución de la obra, se aplicará el plazo de caducidad establecido para obras, según lo dispuesto por el artículo 209 del Reglamento..."
85. En ese sentido, la Municipalidad solicita que la demanda sea archivada por haber quedado consentida y por ende se declare fundada la excepción de caducidad de las pretensiones entabladas para con la Municipalidad.

Respecto de la Excepción de Cosa Juzgada:

86. La Municipalidad interpone la Excepción de Cosa Juzgada respecto a la primera pretensión principal, numeral III (Cobro de Penalidad) y la cuarta Pretensión Principal.
87. Señala la Municipalidad que en mérito del Acta de Conciliación N° 542-2013 tramitada con el Exp. N° 551-2013-CCFJ, ante los hechos expuestos y las propuestas formuladas se arribó al acuerdo conciliatorio por el cual la entidad: a) Deja sin efecto la Resolución de Alcaldía N° 106-2013-MDY, en el extremo que dispone declarar la Resolución de Contrato derivado de la Licitación Pública N° 001-2011-CEPCBS/MDY; b) Aprobó la suscripción de Adenda por el plazo de 30 días calendarios al Contrato derivado de la Licitación Pública N° 001-2011-CEPCBS/MDY a efecto de evitar los perjuicios y daños a la infraestructura de la obra en mención; por lo que de manera excepcional se procede a su suscripción conforme a los informes que

antecedentes y sustentan el acuerdo, los que forman parte integrante del acta.

88. Asimismo, el Consorcio Yura Tradición, debidamente acreditado por su representante legal Juan Carlos Castillo Carpio, procedió a renunciar a los mayores gastos generales ocasionados con motivo de la ampliación de plazo de 30 días calendarios, adicionales al Contrato derivado de la Licitación Pública N° 001-2011-CEPCBS/MDY; b) Deja consentir la aplicación de penalidad del 10% señalada en el artículo tercero de la Resolución de Alcaldía N° 106-2013-MDY, la misma que se hará efectiva de forma proporcional de las valorizaciones pendientes en un 50% y el otro 50% en la liquidación de obra; c) En caso exista un retraso injustificado en el avance de obra acelerado, se aplicará una penalidad conforme a la siguiente fórmula: La penalidad diaria, equivale al 0.10 por el monto que falta valorizar, sobre el 0.15 multiplicado por los 30 días de ampliación. Además se precisó que en caso se configure la aplicación de penalidad, la misma se aplicará de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento derivado de la Licitación Pública N° 001-2011-CEPCBS/MDY, conforme al monto que corresponda.
89. Por lo que al estar dicho consentimiento, en un documento con calidad de título ejecutivo no se puede en sede arbitral solicitar su cuestionamiento ya que ha quedado firme y consentida, de acuerdo a lo señalado por el Artículo 18° de la Ley de Conciliación (Ley N° 26872) y el Artículo 688° del Código Procesal Civil, pues, las actas de conciliación constituyen Título Ejecutivo.

Fundamentos respecto de la contestación de demanda:

Respecto de la primera pretensión de la demanda:

90. El proceso convocado para la elaboración de expediente técnico y ejecución de obra a suma alzada, derivado del proceso de selección (Licitación Pública N° 001-2011-MDY), se ha realizado mediante una Licitación Pública N° 001-2011-MDY (Concurso - Oferta).
91. Señala la Municipalidad que, en el artículo 41° del Reglamento de Contrataciones del Estado, se establece que la modalidad de ejecución contractual denominada, Concurso Oferta, implica que el postor debe ofertar la elaboración del Expediente Técnico, ejecución de la obra y, de ser el caso el terreno. Esta modalidad sólo podrá aplicarse en la ejecución de obras que se convoquen bajo el sistema a suma alzada y siempre que el valor referencial corresponda a una Licitación Pública. Para la ejecución

de la obra es requisito previo la presentación y aprobación del Expediente Técnico por el íntegro de la obra.

92. Indica también la Municipalidad que, de lo expuesto, se tiene que la Entidad se ha visto perjudicada por el retraso del Consorcio en la subsanación de observaciones relativas al expediente técnico presentado, las cuales se han realizado en varias oportunidades; por lo que debido a ello la entidad se ve obligada a efectuar los requerimientos notariales.
93. El pedido de nulidad de la resolución de alcaldía no procede, pues proviene de una conciliación, a efecto de que la obra no se vea dañada, y como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales se procedió a resolver el contrato, todo, ello dentro del marco de los artículos 169, 170 y 209.
94. Respecto de la penalidad no se advierte argumento alguno del Consorcio que rebata tal posición de la entidad; por ello, no resulta posible ser sometida al fuero arbitral por estar con la calidad de firme, tal y como se puede ver del Acta de Conciliación N° 542-2013 tramitada con el Expediente N° 551-2013-CCFJ, por el que, el Consorcio, debidamente acreditado en ese momento por su representante legal Juan Carlos Castillo Carpio, procedió a renunciar a los mayores gastos generales ocasionados con motivo de la ampliación de plazo de 30 días calendarios, adicionales al Contrato derivado de la Licitación Pública N° 001-2011-CEPCBS/MDY y dejaba expresa constancia de que: "...b)Deja consentir la aplicación de penalidad del 10% señalada en el artículo tercero de la Resolución de Alcaldía N° 106-2013-MDY, la misma que se hará efectiva de forma proporcional de las valorizaciones pendientes en un 50% y el otro 50% en la liquidación de obra". Lo, que denota, el consentimiento, de la aplicación de la penalidad, por el incumplimiento de sus obligaciones laborales (retraso injustificado en la ejecución de la obra).
95. Señala la Municipalidad que Consorcio acepta su retraso y su incumplimiento, tal y como se declaró mediante Resolución de Alcaldía N° 106-2013-MDY, artículo tercero; y, por el peligro en la demora de los trabajos en ejecución, la entidad optó por resolver el contrato y proceder conforme al artículo 44° de la Ley de Contrataciones.

Respecto de la segunda pretensión de la demanda:

96. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 202° del Reglamento, la ampliación de plazo en los contratos de obra tiene como consecuencia que el contratista reciba un pago por mayores gastos generales. Siendo que el reconocimiento de gastos generales derivados de una ampliación

de plazo aprobada se sujeta a los procedimientos y requisitos establecidos en los artículos 258° al 262° del Reglamento y su aprobación o conformidad es de competencia de la Entidad, independientemente de la cuantía del gasto general total que corresponda reconocer al contratista; en el presente caso estamos, en una obra que fuera ejecutada bajo el sistema de contratación de suma alzada, la cual resulta aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos y especificaciones técnicas respectivas. El postor formulará su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución. (Artículo 40 del reglamento).

97. Sólo en el caso que la ampliación de plazo sea generada por la paralización de la obra por causas no atribuibles al contratista, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso. Se debe tener presente que de los momentos referidos por el contratista en ninguno se ha justificado ni menos acreditado por qué se habría generado los gastos generales, sólo limitándose a simplemente decirlos; que de acuerdo al fundamento 3.4 el propio contratista reconoce las contingencias presentadas las que consideramos al ser atribuidas al mismo por retraso en sus obligaciones no corresponde reconocer concepto alguno por gastos generales. Al árbitro único anota que no hay contestación respecto a la tercera pretensión de la demanda.

Respecto de la Cuarta pretensión:

98. Mediante Acta de Conciliación N° 542-2013 tramitada con el Exp. N° 551-2013-CCFJ, la Entidad, dejó sin efecto la Resolución de Alcaldía N° 106-2013-MDY, en el extremo que dispone declarar la Resolución de Contrato derivado de la Licitación Pública N° 001-2011-CEPCBS/MDY, aprobó la suscripción de Adenda por el plazo de 30 días calendarios al Contrato derivado de la Licitación Pública N° 001-2011-CEPCBS/MDY a efecto de evitar los perjuicios y daños a la infraestructura de la obra en mención, como medida excepcional. Asimismo el Consorcio procedió a renunciar a los mayores gastos generales ocasionados con motivo de la ampliación de plazo de 30 días calendarios, adicionales al Contrato derivado de la Licitación Pública N° 001-2011-CEPCBS/MDY; y en el punto b): "...Deja consentir la aplicación de penalidad del 10% señalada en el artículo tercero de la Resolución de Alcaldía N° 106-2013-MDY, la misma que se hará efectiva de forma proporcional de las valorizaciones pendientes en un 50% y el otro 50% en la liquidación de obra...".

99. Señala la Municipalidad que ello es expresamente reconocido y aceptado en escrito de demanda; debiendo desestimarse esta pretensión, debido a que dado los antecedentes y lo prescrito en el Artículo 165° del Reglamento, las penalidades se cobran de las garantías de fiel cumplimiento.

100. Por ello, ante el derecho habilitado de la entidad, para ejecutar dicha carta fianza, es que se actuó conforme al reglamento, máxime, que el propio contratista dejó consentir dicha situación, y ahora no puede desconocerlo; por ello, solicitan, se proceda a desestimar esta pretensión.

Respecto de la quinta pretensión:

101. El Consorcio no ha tomado en cuenta que a través de Acta de Conciliación N° 542-2013, la entidad dejó sin efecto la Resolución de Alcaldía N° 106-2013-MDY en el extremo que dispone declarar la Resolución de Contrato derivado de la Licitación Pública N° 001-2011-CEPCBS/MDY, aprobó la suscripción de Adenda por el plazo de 30 días calendarios al Contrato derivado de la Licitación Pública N° 001-2011-CEPCBS/MDY a efecto de evitar los perjuicios y daños a la infraestructura de la obra en mención, como medida excepcional.

102. Asimismo el Consorcio renunció a los mayores gastos generales ocasionados con motivo de la ampliación de plazo de 30 días calendarios, como se ha mencionado antes.

Respecto de la sexta pretensión:

103. La Municipalidad señala que si bien, como regla general, el contratista debe proyectar y ejecutar la obra respetando los plazos y el precio pactados originalmente, en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad, una entidad puede aprobar el expediente técnico con un plazo distinto al contratado para la ejecución de una obra bajo la modalidad de concurso oferta; en este supuesto, dicho plazo reemplazará al plazo original para todos sus efectos, siempre que con ello no se afecte el precio de la ejecución de la obra. Ello conforme la OPINIÓN N° 093-2013/DTN (Entidad: Ministerio del Interior, Asunto: Modificación del plazo de ejecución de obra en la elaboración del expediente técnico).

104. En el caso de obras ejecutadas bajo la modalidad de concurso oferta, dado el sistema bajo el que estas se ejecutan, la potestad de la Entidad para aprobar prestaciones adicionales o reducciones de obra se reduce a aquellas situaciones en las que se produzcan modificaciones en

los planos o especificaciones técnicas por causas no imputables al contratista –dado que es responsabilidad de este la correcta elaboración de dichos documentos–, no siendo posible la aprobación de prestaciones adicionales o reducciones de obra por la ejecución de mayores o menores metrados, respectivamente, debido a que una obra ejecutada bajo el sistema a suma alzada se liquida considerando únicamente los metrados contratados. En ese sentido, no se puede aprobar adicionales, cuando eran de entera responsabilidad del contratista y no de la entidad; por ello, debe en este extremo desestimarse la presente demanda.

Reconvención:

105. La Municipalidad plantea las siguientes pretensiones reconvencionales:

- El pago por parte de la demandada de S/. 347 781.50 Nuevos Soles (Trescientos Cuarenta y Siete Mil Setecientos Ochenta y uno con 50/100 nuevos soles) a favor de la Municipalidad, por concepto de Indemnización de Daños y Perjuicios, desglosados de la siguiente manera:
 - S/. 297,781.70 Nuevos Soles por concepto de daño patrimonial (lucro cesante y daño emergente).
 - S/. 50,000.00 Nuevos Soles por concepto de daño extrapatrimonial (daño moral).
- El pago de los intereses legales generados desde el momento en que se produjo el daño, los mismos que deberán ser liquidados vía ejecución de laudo arbitral; así como el pago de las costas y costos del presente proceso.

Antecedentes de la reconvención:

106. Mediante la Carta N° 092-2012-SC/MDM, emitida por el Ing. Helbert Oviedo Miranda, Jefe de Supervisión de la obra en referencia, se señala que si bien el contratista ha entregado el Expediente Técnico dentro del plazo determinado en las bases (20 días calendarios), este ha sido materia de observación en varias oportunidades, y los hechos se han dado conforme al siguiente detalle: precisa que en un primer momento con fecha del 27 de Diciembre del 2011, la Municipalidad, mediante carta N° 008-2012-GDUR/MDY entrega el expediente técnico para la Revisión del Levantamiento de Observaciones a la supervisión de obra; siendo el 6 de Febrero del 2012, mediante carta N° 019-2012-SC/MDY, que la Supervisión solicita Reunión de Trabajo al Contratista.

107. El 29 de Febrero del 2012 el contratista mediante carta N° 003-2012-JCCC/CYT, presenta el Expediente Técnico a la Supervisión, y mediante Carta N° 040-2012-SC/MDY se observa el expediente técnico del pozo Zamacola.
108. Con Carta N° 041-2012-SC/MDY dirigida a la Municipalidad la Supervisión realiza observaciones al pozo el Tigre.
109. Mediante la Carta N° 060-2012-SC/MDY dirigida a la Municipalidad se realizan las observaciones al expediente técnico y el 23 de Julio de 2012, a través de la carta N° 066-2012-SC/MDY, el supervisor de obra informa a la Municipalidad que se da la conformidad al expediente técnico en referencia.
110. El 21 de agosto del 2012, se procede a la firma del acta de entrega del terreno para la ejecución de la obra. El supervisor precisó que se había generado un desfase para dar la conformidad y aprobación del expediente técnico; concluyendo por ello que en la elaboración de bases y su integración no se habían tomado todas las consideraciones para dar el inicio y culminación del plazo de ejecución para la elaboración del expediente técnico; concluyendo por ello que el inicio para la ejecución de la obra, obedece a la demora en el tiempo que se había tomado el Contratista para el levantamiento de observaciones, precisando en tal sentido que, de conformidad con el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el contrato para la ejecución de la obra se encontraba vigente, tomando como fecha de inicio el 1 de noviembre del 2011 hasta liquidación y cancelación de la obra; por lo que estando a lo descrito finalmente recomienda que se continúe con todo el procedimiento para la ejecución de obra y cumplir con los objetivos materia de contratación.
111. Dentro de los términos contractuales así como las Bases del proceso en referencia, no se advierte especificación alguna respecto del plazo para el levantamiento de las observaciones del expediente técnico y para proceder a la ejecución de obra, considerando que dicho proceso de selección es bajo la modalidad de concurso oferta; no se contó con la aprobación del expediente técnico, resultando imposible la ejecución de la obra.
112. El supervisor de obra, Ingeniero Helbert Oviedo Miranda, aprobó el expediente técnico el 23 de julio de 2012, se da la condición necesaria que permite dar inicio al cómputo de los plazos de ejecución de la obra en mención, establecido en el numeral 10.2, del Contrato N° 012-2011-MDY.

113. El 8 de agosto del 2012, el Contratista solicitó una audiencia de conciliación a la entidad y el 17 de agosto de los 2012 ambas partes llegaron a un acuerdo conciliatorio en el que, ante el desfase de tiempo ocasionado producto de las reiterativas observaciones formuladas por el supervisor de obra, se aprobó la ampliación del plazo contractual para la ejecución de la obra, comprometiéndose a suscribir la adenda al Contrato.
114. Mediante Acta de Entrega de Terreno de 21 de agosto de 2012, se señala que el plazo de ejecución de la obra, se llevará a cabo a partir del día 22 de agosto del 2012 y culminará el 28 de enero del 2013, conforme a los 180 días calendarios, pactados según Contrato.
115. Mediante Acta de Conciliación N° 542-2013 tramitada con el Exp. N° 551-2013-CCFJ, ante los hechos expuestos y las propuestas formuladas se arribó al acuerdo conciliatorio mencionado varias veces antes.
116. Mediante Informe N° 303-2013-GHR/GDUR/MDY emitido por la Gerencia de Desarrollo Urbano y Rural, se informa el incumplimiento de adenda de contrato y acta de conciliación por parte del Consorcio, sustentándose en que existían partidas que no se habían ejecutado y se encontraban en ejecución superando el plazo otorgado según acta de conciliación, lo que ameritaba que se cobrara la penalidad según la formula referida en el acta de conciliación y que, ante el incumplimiento por parte del contratista en la culminación de la obra del plazo de 30 días calendarios, no se podría tramitar la valorización N° 16, siendo la penalidad del 10% del valor de la obra según acta de conciliación; por lo que, en su opinión técnica, consideraba que debía ejecutarse la Carta de Fiel Cumplimiento en salvaguarda de la Entidad y que además solicita se proceda conforme al artículo 169° del Reglamento.
117. Mediante el Informe Especial N° 008-2013-SC/MDY emitido por la Supervisión de Obra (Supercon E.I.R.L.), se concluye que el término del plazo otorgado en la conciliación había sido el 15 de mayo de 2013; por ello, ante el incumplimiento del término de ejecución de obra otorgado en Acta de conciliación, concluye se le debía resolver el contrato definitivamente al Consorcio.
118. Mediante constatación policial signada con Reg. N° 77 del Cuaderno de Ocurrencias, solicitada por la Supervisión de Obra, el policía instructor de la comisaria de Yura pudo constatar *in situ* que los trabajos de la obra se encontraban inconclusos, conforme al detalle que se advierte.

119. Mediante la Carta N° 078-2013-SC/MDY, la Supervisión de Obra, hace llegar el Informe Especial N° 10 en el que señala que después de la conciliación, el plazo de 30 días calendario inició el 16 de abril de 2013 y concluyó el 15 de mayo de 2013, y la obra que no había sido culminada después de la verificación realizada por la supervisión el 17 de mayo del 2013; además el contratista había incumplido el Contrato, por lo que se consideró conveniente seguir el procedimiento que se indica en el artículo 169° del Reglamento, notificándolo con un plazo no menor a los 15 días calendarios, para que culmine la obra; por lo que bajo dicho contexto concluye que la obra no se ha concluido dentro del plazo otorgado, en la adenda y en el acta de conciliación; para cuyo efecto recomienda la resolución definitiva del contrato, se ejecute la carta fianza de Fiel Cumplimiento del Contratista y que en el menor plazo se aplique el artículo 209° del Reglamento y se determine la modalidad para culminar los trabajos del saldo de obras por ejecutar.

120. Mediante el Informe N° 364-2013-GHR/GDUR/MDY, presentado por la Gerencia de Desarrollo Urbano Rural, se concluye que existen partidas que no se han ejecutado y se ha superado el plazo otorgado según conciliación, adenda al contrato y resolución de alcaldía; y que dicho incumplimiento por parte de la empresa contratista determina que no se podrá tramitar la valorización N° 16; asimismo, señala que se ha verificado la ausencia de la dirección técnica que recae en el residente de obra, que la recepción de obra a la Entidad se efectúa por el supervisor de obra previa anotación en el cuaderno de obra (lo que no había sucedido), desconociendo el procedimiento técnico administrativo al remitir una carta notarial y que esa carta no surte para el caso concreto ningún efecto legal; asimismo, solicita se cobre las penalidades por incumplimiento de plazos.

121. Señala la Municipalidad que por los motivos expuestos se procedió con la resolución y puesto que se consintió la resolución de Alcaldía 106-2013, la Entidad estaba habilitada a la ejecución de la carta fianza.

Fundamentos de la reconvenición:

122. Señala la Municipalidad que en una acción de Indemnización de Daños y Perjuicios importa la acreditación de los siguientes presupuestos: **a) Un comportamiento activo u omisivo imputable al demandado**, constituido por la aptitud del sujeto de derecho de ser responsable por los daños que ocasiona; **b) la ilicitud o antijuricidad**, entendida como la violación a un mandato o una prohibición; **c) que el demandante haya sufrido un perjuicio**, elemento entendido como el daño o efecto negativo derivado de la lesión de un interés protegido; **d) el factor de atribución** en virtud del

cual debe indemnizarse; e) haya un nexo de causalidad o relación de causalidad entre el comportamiento y el daño.

123. Según menciona la Municipalidad, su pretensión se deriva del incumplimiento deliberado de las obligaciones contractuales por parte del Consorcio, en la medida que éste tenía la obligación en una primera fase de la elaboración del Expediente Técnico de la obra por un plazo de 20 días calendario y 60 días para su ejecución. Habiéndose configurado un incumplimiento por parte del Contratista y la Entidad se ha visto perjudicada.

124. Durante el periodo de elaboración del Expediente Técnico se ha tenido una pérdida económica (lucro cesante), sumándose a ello los diferentes gastos en los que se obligó la Entidad a incurrir para lograr su elaboración posteriormente toda vez que al ser una obra de gran envergadura que beneficiaría a la población del Distrito de Yura (promoción de turismo) se vieron obligados a realizar gastos como la contratación de un servicio de consultoría (daño emergente), causándoles además perjuicio por la demora, angustia, protestas de la población, perjudicando la imagen institucional de la Entidad y demás conceptos que ocasionaron la consecución del servicio y posterior ejecución (daño moral), por lo que la magnitud del daño fue mayor e incluso afectó visiblemente la imagen institucional de la Municipalidad.

125. En lo que se refiere al monto indemnizatorio, este debía establecerse en proporción al monto de los daños causados por la demandada, la que debía fijarse en función a la envergadura, monto de la prestación, la misma que fluye en la cláusula segunda del contrato que se adjunta ofrecido en calidad de medio probatorio principal.

ABSOLUCIÓN DE TRASLADO POR PARTE DEL CONSORCIO:

126. El 4 de abril de 2014, el Consorcio absolvió el traslado conferido respecto de las excepciones, contestación de demanda y reconvenición presentadas por la Municipalidad.

127. Respecto de la Excepción de Falta de Legitimidad para Obrar, el Consorcio señala que la Municipalidad argumenta dicha excepción en la falta de facultades del representante de una de las partes de la relación jurídica procesal cuando la representatividad y sus facultades no son materia de discusión en este tipo de Excepción; sin perjuicio de ello, señala que el Consorcio goza de plena legitimidad para obrar en razón a que las pretensiones planteadas se originan en la resolución del contrato celebrado entre ambas partes (el Consorcio y la Municipalidad), con lo

cual existe una identidad entre las partes sustantivas y las partes procesales.

128. Respecto de la Excepción de Representación Insuficiente, señala que no se debe confundir la figura del Consorcio con los integrantes del Consorcio ya que las empresas asociadas mantienen su autonomía, siendo distintas entidades el Consorcio y la empresa Regalma S.R.L.; asimismo señala el Consorcio que en el Contrato de Consorcio se designó como representante legal de éste al señor Juan Carlos Castillo Carpio, otorgándole las facultades de los artículos 74º y 75º del Código Procesal Civil. De igual manera señala que la Municipalidad aprobó las facultades suficientemente otorgadas al señor Castillo al no efectuar ninguna observación y suscribir el contrato; conforme al artículo 37º del Código Procesal Civil y el artículo 10º de la Ley de Arbitraje, su representante tiene poder suficiente para ejercitar los derechos del Consorcio, lo que incluyen la presentación de la demanda.
129. En relación con la Excepción de Caducidad, el Consorcio señala que el plazo de caducidad se computa desde la notificación de la resolución, la que se efectuó con fecha 5 de junio de 2013, venciendo el 26 de junio de 2013; dentro del plazo legal, mediante carta notarial de fecha 10 de junio de 2013 someten a arbitraje la controversia surgida por la resolución del contrato; por lo tanto, se presentó la solicitud de arbitraje dentro de los 15 días hábiles de notificada la resolución del contrato.
130. En relación con la Excepción de Cosa Juzgada, señala el Consorcio que la parte de esa excepción referida a la pretensión de que se declare la nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 171-2013-MDY en el extremo que ordena hacer efectivo el cobro de la penalidad del 10% del valor de la obra, debe declararse improcedente ya que dicha pretensión tiene como objeto la declaración de nulidad y que se deje sin efecto la resolución de Alcaldía y no una parte de ésta; sin embargo, la Excepción se fundamenta en el incumplimiento del Consorcio, es decir en el fondo del arbitraje, cuando no la mencionada excepción no debe discutirse el fondo del asunto.
131. Asimismo señala que si bien consintieron la aplicación de la penalidad del 10% del valor de la obra, mediante la Adenda N° 2 también se especificó la forma de pago (cláusula tercera de la adenda N° 2) por lo que el cobro debió ser conforme a lo acordado y no mediante la ejecución de la carta fianza; señala el Consorcio también que la penalidad ha sido cancelada conforme se advierte de las valorizaciones presentadas y la Liquidación de Obra, por lo que no correspondía resolver mediante Resolución de Alcaldía

el cobro de penalidad cuando ésta ya estaba siendo cancelada según acuerdo.

132. Respecto de la reconvenición, solicitan que se declare infundada y expresan los fundamentos de su posición.

AUDIENCIA DE FIJACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISION DE MEDIOS PROBATORIOS

133. Mediante Resolución N° 12 de 21 de mayo de 2014, se citó a las partes a la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el 2 de junio de 2014. En la fecha y hora programada, se llevó a cabo la diligencia.

DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

134. De conformidad con lo establecido en el numeral 18) del Acta de Instalación, el Árbitro Único procedió a fijar como puntos controvertidos los siguientes.

135. En primer lugar, en relación a las Excepciones planteadas por la Municipalidad mediante escrito de fecha 11 de marzo de 2014:

1. Determinar si corresponde o no al Árbitro Único declarar fundada o no la Excepción de Falta de Legitimidad para Obrar planteada por la Entidad.
2. Determinar si corresponde o no al Árbitro Único declarar fundada o no la Excepción de Representación Insuficiente del Demandante planteada por la Entidad.
3. Determinar si corresponde o no al Árbitro Único declarar fundada o no la Excepción de Caducidad planteada por la Entidad.
4. Determinar si corresponde o no al Árbitro Único declarar fundada o no la Excepción de Cosa Juzgada planteada por la Entidad.

136. Asimismo, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por ambas partes en sus escritos de fechas 11 de marzo de 2014 y 28 de abril de 2014.

137. Respecto al fondo de la controversia, se fijaron los siguientes puntos controvertidos de la demanda:

1. Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare la nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 171-2013-MDY de fecha 05 de junio de 2013.
2. Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Municipalidad el pago de Mayores Gastos Generales a favor del Consorcio en una suma ascendente a S/. 452, 705.56 (Cuatrocientos Cincuenta y Dos Mil Setecientos Cinco y 56/100 Nuevos Soles), a razón de S/. 1,689.20 (Un Mil Seiscientos Ochenta y Nueve y 20/100 Nuevos Soles) por día, generados en dos momentos: i) El primero desde la presentación del Expediente Técnico a la Entidad demandada para su aprobación con fecha 26 de diciembre de 2011, hasta el momento que se celebró el acuerdo conciliatorio de inicio formal de la Ejecución de la obra 22 de agosto de 2012; ii) El segundo momento desde el 22 de agosto de 2012 hasta el 19 de septiembre de 2012, plazo en el que no se pudo ejecutar la obra por falta de entrega del terreno donde se ubica el pozo El Tigre por la Municipalidad.
3. Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Municipalidad que ésta tenga por aprobada la recepción de la obra ejecutada y que asimismo, ordene a dicha parte el pago del monto adeudado según liquidación final presentada por el Consorcio y aprobada por la Municipalidad; así como el pago correspondiente a la Valorización N° 16, por un monto estimado de S/. 401, 429.58 (Cuatrocientos Un Mil Cuatrocientos Veintinueve y 58/100 nuevos soles).
4. En caso se declare fundado el punto 3) precedente, determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Municipalidad el pago al Consorcio de los intereses legales que se generen hasta el momento efectivo de cancelación de las contraprestaciones adeudadas.
5. Determinar si corresponde o no al Árbitro Único ordenar a la Municipalidad la devolución a favor del Consorcio del monto ascendente a S/. 297 781.50 (Doscientos noventa y siete mil setecientos ochenta y uno con 50/100 nuevos soles), por concepto de ejecución indebida de la Carta Fianza N° 010294615-005 de fecha 12 de junio de 2013 emitida por SCOTIABANK S.A.
6. En caso se declare fundado el punto 5) precedente, determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Municipalidad el pago al Consorcio de los intereses legales que se generen hasta el momento efectivo de la devolución del importe ejecutado por la Municipalidad.
7. Determinar si corresponde o no al Árbitro Único ordenar a la Municipalidad el pago a favor del Consorcio de un monto ascendente a S/. 1'000, 000.00 (Un millón y 00/100 Nuevos Soles), por concepto de daños y perjuicios ocasionados por el menoscabo económico-patrimonial y moral sufrido por

los miembros del Consorcio a raíz de la ejecución de la Carta Fianza N° 010294615-005 de fecha 12 de junio de 2013 emitida por SCOTIABANK S.A. y las consecuencias negativas que actualmente viene afrontando ante el sistema financiero y tributario del país. A razón de S/. 500, 000.00 (Quinientos Mil y 00/100 nuevos soles) por Daño Emergente y S/. 500, 000.00 (Quinientos Mil y 00/100 nuevos soles) por Daño Moral.

8. Determinar si corresponde o no al Árbitro Único ordenar a la Municipalidad el reconocimiento y pago de un monto estimado de S/. 100,000.00 (Cien Mil y 00/100 nuevos soles), por concepto de Indemnización por Enriquecimiento Indebido por trabajos efectivamente ejecutados pero no reconocidos, ni pagados; así como, los intereses legales que se generen hasta la fecha de pago efectivo. El mencionado monto se subdivide en los siguientes conceptos:
- a. Adicional de Obra N° 1, por un estimado de S/. 36,797.69
 - b. Adicional de Obra N° 2, por un estimado de S/. 17,685.89
 - c. Adicional de Obra N° 3, por un estimado de S/. 38,224.93
 - d. Adicional de Obra N° 4, por un estimado de S/. 15,000.00

138. Puntos controvertidos de la reconvenición: Determinar si corresponde o no al Árbitro Único ordenar al Consorcio el pago a favor de la Municipalidad de un monto ascendente a S/. 347 781.50 Nuevos Soles (Trescientos Cuarenta y Siete Mil Setecientos Ochenta y uno con 50/100 nuevos soles), por concepto de Indemnización de Daños y Perjuicios; así como, los intereses legales generados desde el momento en que se produjo el daño, los que deberán ser liquidados vía ejecución de laudo arbitral. El mencionado monto se subdivide en los siguientes conceptos:

- a. S/. 297,781.70 Nuevos Soles por concepto de daño patrimonial (lucro cesante y daño emergente).
- b. S/. 50,000.00 Nuevos Soles por concepto de daño extrapatrimonial (daño moral).

139. Determinar a qué parte corresponde el pago de las costas y costos del presente arbitraje.

140. Se admitieron los medios probatorios documentales ofrecidos por el Consorcio en su escrito de demanda presentado el 28 de octubre de 2013, complementado mediante escrito de fecha 24 de febrero de 2014, detallados en el acápite "7. MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS", que son los documentos que obran en los puntos Anexo 1-A) al Anexo 3-X) y del Anexo 4-B) al Anexo 4-C).

141. Asimismo, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Consorcio en los puntos Anexo 3-Y) al Anexo 4-A) del acápite "7. MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS", consistentes en la exhibición de los siguientes documentos:

- (i) Expediente de Adicional de Obra N° 01.
- (ii) Expediente del Adicional de Obra N° 02.
- (iii) Expediente del Adicional de Obra N° 03.

142. Al respecto, el Árbitro Único otorgó a la Municipalidad un plazo de diez (10) días hábiles a fin de que cumpliera con exhibir la referida documentación.

143. Asimismo, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Consorcio en su escrito del 24 de febrero de 2014, consistentes en las Cartas N° 39-2013-JJC./CONSORCIO YURA TRADICIÓN y Carta N° 40-2013-JCC./CONSORCIO YURA TRADICIÓN.

144. De igual manera, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Consorcio en el mencionado escrito del 24 de febrero de 2014, consistentes en la exhibición de los siguientes documentos:

- (i) Copia de la Carta N° 02-2012-SC/MDY
- (ii) Copia del Informe N° 01-2011-MDY del Supervisor de Obra

145. Al respecto, el Árbitro Único otorgó a la Municipalidad un plazo de diez (10) días hábiles a fin de que cumpliera con exhibir la referida documentación.

146. Se admitieron también los medios probatorios documentales ofrecidos por la Municipalidad en su escrito de contestación de demanda y reconvención presentado el 11 de marzo de 2014, detallados en el acápite "V. ANEXOS", que son los documentos que obran en los literales A) al G) y del literal I) al J), con excepción de las fotografías que acompañan al anexo I), de acuerdo a lo establecido en la Resolución N° 10 de fecha 14 de mayo de 2014.

147. Mediante Resolución N° 43, se tuvo por no admitidos los siguientes medios probatorios ofrecidos por la Municipalidad: Constatación de la Jueza de Paz del Distrito de Yura, Dra. Giovana Ramos Peña del día 07 de junio de 2013 a horas 11:000 a.m. y las fotografías que se adjuntan a la Constatación Notarial del notario Cesar Fernández Dávila Barreda de fecha 13 de junio de 2013.

148. Mediante Resolución N° 23 de 18 de setiembre de 2014, el Árbitro Único resolvió tener presente la conducta procesal de la Municipalidad al haber incumplido con la exhibición de los documentos que se le solicitó exhibir en la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos.

ARCHIVO DE LA RECONVENCIÓN:

149. Mediante Resolución N° 25 se dispuso el archivo de la reconvencción planteada por la Municipalidad, debido a la falta de pago de los honorarios arbitrales generados con la presentación de la reconvencción.

PERICIA DE OFICIO:

150. Mediante Resolución N° 20 de 20 de agosto de 2014, el Árbitro Único dispuso la actuación de una pericia de oficio, designándose al ingeniero civil Luis Vásquez de Rivero como perito. El 26 de noviembre de 2014, el perito presentó su dictamen pericial.
151. Ambas partes absolvieron el traslado del dictamen pericial, El 10 de marzo de 2015, se llevó a cabo la Audiencia de Sustentación de Pericia.
152. En la Resolución N° 20 se dispuso que la pericia de oficio abordaría los siguientes temas:
1. En caso se declarase fundada la segunda pretensión principal de la demanda, determinar si los Mayores Gastos Generales que estarían a favor del Consorcio ascienden a S/. 452, 705.56 (Cuatrocientos Cincuenta y Dos Mil Setecientos Cinco y 56/100 Nuevos Soles), a razón de S/. 1,689.20 (Un Mil Seiscientos Ochenta y Nueve y 20/100 Nuevos Soles) por día, generados en dos momentos: i) El primero desde la presentación del Expediente Técnico a la Entidad demandada para su aprobación con fecha 26 de diciembre de 2011, hasta el momento que se celebró el acuerdo conciliatorio de inicio formal de la Ejecución de la obra 22 de agosto de 2012; ii) El segundo momento desde el 22 de agosto de 2012 hasta el 19 de septiembre de 2012; plazo en el que, según señala el Consorcio, no se pudo ejecutar la obra por falta de entrega del terreno donde se ubica el pozo El Tigre por la Municipalidad; de ser el caso, determinar el monto correcto que correspondería.
 2. En caso se declarase fundada la tercera pretensión principal de la demanda, determinar si es correcto el monto señalado por el Consorcio según liquidación final presentada por dicha parte; así como el pago correspondiente a la Valorización N° 16; por un monto estimado de S/. 401,

429.58 (Cuatrocientos Un Mil Cuatrocientos Veintinueve y 58/100 nuevos soles) y, de ser el caso, calcular los montos correctos que corresponderían.

3. En caso se declarase fundada la sexta pretensión principal de la demanda, determinar si es correcto el monto estimado de S/. 100,000.00 (Cien Mil y 00/100 nuevos soles), que se subdivide en los siguientes conceptos:
 - e. Adicional de Obra N° 1, por un estimado de S/. 36,797.69
 - f. Adicional de Obra N° 2, por un estimado de S/. 17,685.89
 - g. Adicional de Obra N° 3, por un estimado de S/. 38,224.93
 - h. Adicional de Obra N° 4, por un estimado de S/. 15,000.00

Y si dichos montos corresponden a trabajos efectivamente ejecutados pero no reconocidos, ni pagados; de ser el caso, determinar los montos correctos que corresponderían.

153. Al respecto, el perito presentó su informe pericial con las siguientes conclusiones:

154. Sobre el punto i), señala el perito lo siguiente:

155. Respecto de la demora de la Entidad en aprobar el expediente técnico:

- a. De acuerdo al artículo 184° del Reglamento de Contrataciones el inicio del plazo de ejecución de obra rige desde que se cumplen los requisitos señalados en dicho artículo, los que se deberán cumplir dentro de los 15 días de la firma del contrato; al vencimiento de dicho plazo, el Contratista tiene derecho al resarcimiento por daños debidamente acreditados hasta por un monto de 5/10.000 del monto del Contrato por día, con un tope de 5/10.00.
- b. El levantamiento final de las observaciones por parte del contratista en relación con el expediente técnico, según la documentación es el 28 de junio de 2012 y la entrega y aprobación de este por la Entidad, acto sin el cual el contratista no podía iniciar la ejecución de la obra ocurrió por Resolución Gerencial N° 062-2012 DGUR-MDY de fecha 17 de agosto de 2012.
- c. En ese sentido, el número de días entre la entrega final y aprobación del expediente por la Entidad (28/06/2012 al 17/08/2012) es de 50 días calendario. En ese sentido, según el Reglamento, el monto equivaldría a $5/1000 \times 50 = 250$ del monto, pero el tope es de 75/10,000 (es decir, sólo 15 días, hasta el 13 de julio); en ese sentido, el monto a resarcir sería $(75/10,000) \times 2,977.815 = S/. 22, 333.50$ incluido IGV.

d. El monto anterior está supeditado al análisis jurídico que haga el árbitro ya que las facturas adjuntadas corresponden a 21 facturas giradas durante el año 2013, ninguna en el tramo afectado (28/06/2012 – 17/08/2012); asimismo, ninguna de las facturas corresponde a ítem de gastos generales variables.

156. Respecto del lapso entre el 22/08/2012 al 19/09/2012: Demora en la entrega del terreno:

- a. Obra en el expediente un documento denominado Acta de Entrega de fecha 21 de agosto de 2012 pero, según señala el Contratista, dejó constancia en los asientos 1, 5, 7 y 9 y 30 del Cuaderno de Obra que recién el 20/09/2012 se entregó el área del pozo El Tigre.
- b. En ese sentido, el retraso en la entrega del terreno fue de 30 días calendario (desde el 20/08/2012 al 20/09/2012); de acuerdo al Reglamento, el resarcimiento sería de (5/10,000) por 30 días de monto del contrato, lo que equivaldría a 150/10,000), pero el Reglamento establece un tope de 75/10,000; por lo tanto, el monto de resarcimiento sería $(75/10,000) \times 2,977,815 = S/. 22,333.50$ incluido IGV. Dicho monto está supeditado al análisis jurídico del árbitro ya que las facturas presentadas corresponden a 21 facturas giradas en el año 2013, ninguna en el tramo afectado (entre el 28/006/2012 y el 17/08/2012) y ninguna de las facturas corresponde a los ítems de gastos generales variables.

157. Respecto del punto iii):

- a. El contratista señala que las obras adicionales fueron efectivamente trabajadas previos pedidos expresos de la Entidad y fueron entregados, habiendo sido éstos denegados por la Entidad.
- b. Respecto del adicional N° 1, en el asiento N° 90 de 26/11/2013 punto 5, el supervisor solicita las modificaciones del plano del "Muro colindante con la edificación existente así como las alturas del proyecto, con las firmas del proyectista y especialistas, de lo contrario, no se autorizará su ejecución"; es decir, el supervisor exigió los planos modificatorios del Muro de Contención (Adicional N° 1), trabajo no considerado en el proyecto original; de acuerdo al tipo de trabajo de los adicionales N° 1, 2 y 3 se tendría que haber paralizado la obra si se esperaba a la aprobación de los adicionales.
- c. Respecto del Adicional N° 2, correspondiente al sistema de drenaje del pozo Zamacola, en el asiento N° 118 (puntos a, b, c y d) el supervisor solicita al residente los planos de modificaciones de los pozos El Tigre y Zamacola y se reitera y deja constancia de que no se han presentado las modificaciones de: a) La piscina del pozo Zamacola, que correspondería a la implementación del drenaje en dicho pozo denominado adicional N° 2;

- (b) el pozo El Tigre, que corresponde al mejoramiento del drenaje de dicho pozo, denominado adicional N° 3; (c) la falta de costo y presupuesto de las adicionales y deductivos vinculantes; es decir, el supervisor exigió al Contratista la presentación de la documentación técnica de los adicionales N° 1, 2 y 3.
- d. Respecto de la ejecución o no de dichos trabajos (adicionales N° 1, 2, 3 y 4) el Supervisor indica en su informe de Liquidación de Cuentas que el contratista no incluyó la ejecución de varias partidas de las diferentes obras además de los trabajos referentes a los pozos habiéndose realizado modificaciones sustanciales que eran necesarias; asimismo, señala que los expedientes técnicos de adicionales y deductivos vinculados a las modificaciones al proyecto fueron presentados de acuerdo a las normas vigentes y estándares por lo que no fueron aprobados, habiendo sido realizados sin aprobación de la entidad y sin la supervisión bajo su responsabilidad.
- e. Las resoluciones denegatorias de los adicionales N° 1, 2 y 3 no establecen como motivo lo que señaló el supervisor (errores en los expedientes técnicos), en el caso del adicional N° 4 este sí fue devuelto al contratista por errores en su elaboración.
- f. En ese sentido, se tiene que el Supervisor exigió al contratista la presentación de los expedientes para los adicionales 1, 2 y 3 que, según el informe del supervisor, fueron ejecutados y no cancelados, el perito señala que, desde un punto de vista técnico, de no haberse ejecutado los adicionales, para esperar su aprobación se tendría que haber paralizado la obra; en consecuencia, los montos de los adicionales serían:
- a) Adicional N° 1 = S/. 36,797.69 (ya está deducido el deductivo)
 - b) Adicional N° 2 = S/. 17,685.89 incluido IGV
 - c) Adicional N° 3 = S/. 38,224.93
- Total = S/. 92,708.51 incluido IGV
- g. Respecto del Adicional N° 4 no correspondería pues el expediente fue devuelto por la entidad al contratista.

158. Respecto del punto ii) señala el perito lo siguiente:

- a. Señala el perito que el contratista no ha presentado la liquidación ni ha indicado el monto de esta.
- b. Respecto de la aprobación o no de la valorización final N° 16, según el artículo 197° del Reglamento, tanto el inspector como el contratista deben estar de acuerdo en la elaboración de las valorizaciones y suscribirlas, lo que no se cumple en el presente caso.
- c. Respecto de la recepción de la obra, hay 3 actas de constatación notarial además del acta de "Entrega de Llaves"; al respecto, sin

entrar a hacer un análisis de las formalidades, en caso el árbitro no considere aprobar los adicionales N° 1, 2 y 3 ni el acta del 7 de junio sino la del 13 de junio y tampoco los mayores gastos generales o resarcimiento por demora en el expediente técnico y entrega del terreno, debe considerarse la segunda alternativa de liquidación.

- d. Respecto de la penalidad: de acuerdo a la liquidación de contrato efectuada por el contratista (anexo 2-b), el contratista aceptó la penalidad de S/. 297,781.50 incluido IGV, monto que será considerado en las liquidaciones.
- e. El contratista adjunta su liquidación del contrato de obra considerando un saldo a favor de S/. 717,782.88 incluido IGV; a su vez, la Entidad señala un saldo a cargo del contratista de S/. 252,946.29.
- f. Para efectos de determinar las dos alternativas de la liquidación final de la obra se tendrá en cuenta los siguientes conceptos:

+ Penalidad a cargo del contratista = S/. 252,357.20 + igv

+ Valorización N° 16 = S/. 466,373.16 + igv

+ En el caso de la valorización N° 16 se está considerando un monto de S/. 401,429.58 como monto total, menos el 50% de la penalidad reconocida por el contratista.

+ Adicionales 1, 2 y 3 = S/. 92,708.51 incluido igv (monto adicional menos deductivo)

+ Mayores gastos generales o resarcimiento por demora en probación de expediente técnico = S/. 22,333.55 incluido IGV.

+ Resarcimiento por demora en la entrega del terreno para la obra S/. 22,333.50 incluido IGV

+ Pagos efectuados por la entidad, tramitados y cancelados.

159. Primera alternativa:

Item	Concepto	Monto según pericia	Montos Cancelados	Saldos o Diferencias a pagar
1.00	<u>Monto de valorizaciones</u>			
	• Valorización acumulada hasta el numero 15	1'967,427.53	1'967,427.53	0
	• Valorización N° 16	466,373.16	0	466,373.16
2.00	<u>ADELANTOS</u>			
	- Efectivo	0	0	0
	- Materiales	0	0	0
3.00	<u>RESARCIMIENTO</u>			
	- Por retardo exp. tecnico	18,926.70	0	18,926.70
	- Por demora entrega de terrenos	18,926.70	0	18,926.70
4.00	<u>PENALIDAD: a cargo de contratista</u>			
	- Monto acordado	-252,357.20	0	-252,357.20
5.00	<u>ADICIONALES 1 2 Y 3</u>			
	- Monto	78,566.50	0	78,566.50
	SUB TOTAL	2,297,863.39	1'967,427.53	330,435.86
	Mas IGV			59,478.45
			Total	S/.389,914.31

El monto de S/. 389,914.31 incluido IGV sería a favor del contratista.

160. Segunda alternativa:

Item	Concepto	Monto según pericia	Montos Cancelados	Saldo a Pagar
1.00	<u>Valorizaciones</u> - Valorización acumulada hasta la 15	1'967,427.53	1'967,427.53	0
2.00	<u>Adelantos</u> - Efectivo y Materiales	0	0	0
3.00	<u>Resarcimientos</u> - Por demora aprobación de exp. Técnico y entrega de terreno	0	0	0
4.00	<u>PENALIDAD</u> - Monto Acordado	-252,357.20	0	- 252,357.20
5.00	<u>ADICIONALES 1 2 3</u> Monto	0	0	0
	<u>SUB TOTAL</u>	1'715.070.33	1'967,427.53	-
				252,353.20
	<u>MAS IGV</u>			-45,423.57
		TOTAL S/.		- 297,776.77

El monto de S/. 297,776.77 es a cargo del contratista.

161. En su absolución a la pericia, el Consorcio señala sobre el adicional N° 4, que el hecho de que el expediente haya sido devuelto por la Entidad no implica que dichos trabajos no se hayan ejecutado ya que, conforme al expediente del mencionado adicional se advierte que la entidad solicitó los trabajos realizados, los que constan en los asientos 167, 169, 180, 181, 185 y 189 del cuaderno de obra.

162. Respecto de las dos alternativas de liquidación efectuadas por el perito, Consorcio sostiene que la segunda alternativa no era objeto de la pericia ya que no se solicitó al perito pronunciarse sobre el informe de liquidación del supervisor y tampoco se ha formulado alguna pretensión referida a la segunda alternativa.
163. Respecto de la primera alternativa, Consorcio manifiesta que no se tomó en cuenta los reajustes del precio por fórmula polinómica que sí se encontraban en la liquidación final de obra presentada por el contratista, no existiendo fundamentación para dicha omisión.
164. El perito no solicitó la liquidación final del contratista, pero sí se encuentra en el expediente (anexo 2 - V).
165. Por su parte, la Municipalidad absuelve el traslado del peritaje solicitando, respecto del resarcimiento por demora de la entidad en aprobar el expediente técnico, que se señale la base legal utilizada para el cálculo, si se ha considerado la adenda N° 2 del contrato mediante la que el contratista renunció a los mayores gastos generales generados por la ampliación de plazo. También pide que se precise si ha tomado en cuenta el procedimiento regulado en el artículo 204° para el pago de gastos generales variables; finalmente, solicita que se aclare la incongruencia de por qué se ha concluido un resarcimiento a favor del contratista si los documentos que sustentan la demora no corresponden al periodo afectado por haber sido girados en el año 2013.
166. Respecto de los mayores gastos generales debido a la demora en la entrega del terreno, la Municipalidad solicita que se precise cuál es la base legal utilizada para el cálculo, si se ha considerado la adenda N° 2, si se tomó en cuenta el procedimiento regulado en el artículo 204° y se aclare la incongruencia de por qué se ha concluido un resarcimiento a favor del contratista si los documentos que sustentan la demora no corresponden al periodo afectado por haber sido girados en el año 2013.
167. Respecto de los adicionales N° 1, 2, y 3, el perito señala que de haber esperado su aprobación se hubiera tenido que paralizar la obra; al respecto la Municipalidad solicita que se aclare si se ha considerado lo dispuesto en la quinta disposición final de la Ley de Contrataciones, en la que se señala que sólo procederá la ejecución de obras adicionales cuando se cuente, previamente, con disponibilidad presupuestal, con aprobación del titular de la entidad; asimismo, solicita que se precise si se ha considerado el asiento 140 del Residente en el que participaron el residente, el gerente municipal y el representante del contratista desestimando los adicionales y manteniendo los trabajos previstos en el

contrato; asimismo, solicita que se indique qué documentos se utilizó para llegar a la conclusión de que dicho adicionales habían sido ejecutados.

168. Respecto de la valorización final N° 16, señala la entidad que se aprecia que se está dando la conformidad, lo que implica que la obra ha sido ejecutada en su totalidad, por lo que se debe precisar qué instrumentos se ha utilizado para arribar a la conclusión de que la valorización es correcta, además, indicar si se ha tomado en cuenta que la valorización N° 16 fue observada e incluso el demandante ha señalado que la entidad elaboró una nueva liquidación en la que la valorización N° 16 no es correcta.
169. Finalmente, solicita que se precise a qué concepto corresponde el monto de S/. 252,357.20 indicado en la fila 4.00 columna "saldo a pagar".
170. Respecto de las observaciones formuladas por Consorcio, el perito absolvió de la siguiente manera:
- a. Sobre el adicional N° 4 el contratista no ha presentado documento alguno que demuestre que ha ejecutado dicho adicional, como un acta de conformidad o una recepción, además nunca fue aprobado por la entidad.
 - b. Respecto de la liquidación, la segunda alternativa está supeditada al análisis jurídico del árbitro.
171. Respecto de las observaciones de la Municipalidad, el perito absolvió de la siguiente manera:
- a. El dictamen sólo corresponde a cuestiones técnicas, de acuerdo al artículo 184° del Reglamento la demora de una de las 5 condiciones indicadas en dicho artículo da lugar a un resarcimiento, está sujeto al análisis jurídico.
 - b. La adenda que menciona la entidad nunca fue proporcionada por la entidad.
 - c. El artículo 204° se refiere únicamente al trámite de la valorización de mayores gastos generales que supuestamente ya han sido acordados, no corresponde a este caso.
 - d. Sobre las facturas, en el aspecto técnico si corresponde, en el aspecto formal no corresponde al periodo afectado, queda supeditado al análisis jurídico.
 - e. El perito no es competente en temas legales.
 - f. Sobre la valorización N° 16, en la segunda acta notarial del 7/06/013 se deja constancia de que la obra está concluida, siendo éste el

- factor para considerar la valorización N° 16, lo que queda supeditado al análisis jurídico.
- g. El monto señalado en la quinta observación es el saldo a cargo del contratista a favor de la entidad.

172. El 22 de octubre de 2014, la Municipalidad planteó una solicitud de nulidad de todo lo actuado. Mediante Resolución N° 33 de 28 de noviembre de 2014, se declaró infundado el pedido de nulidad planteado. Asimismo, mediante Resolución N° 39 de 20 de febrero de 2014, se declaró infundado el recurso de reconsideración planteado por la Municipalidad contra la Resolución N° 33.

ALEGATOS, AUDIENCIA DE INFORMES ORALES, CIERRE DE LA INSTRUCCIÓN Y PLAZO PARA LAUDAR

173. Mediante la Resolución N° 45, se otorgó a las partes un plazo de diez (10) días hábiles para presentar sus alegatos escritos. Mediante Resolución N° 47 se tuvo presentes los alegatos escritos presentados por ambas partes y se citó a Audiencia de Informes Orales.

174. El 30 de junio de 2015 se llevó a cabo la audiencia de Informes Orales.

175. Mediante Resolución N° 49 se declaró el cierre de la instrucción del presente arbitraje y se fijó el plazo para laudar en treinta días hábiles, prorrogados por un plazo igual. Ha llegado el momento de laudar.

ANÁLISIS

CUESTIONES PRELIMINARES:

176. Antes de entrar a considerar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:
- El Árbitro Único se instaló de conformidad con lo establecido en el convenio arbitral suscrito entre las partes, así como al amparo de la normativa vigente.
 - El Demandante presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos. Asimismo, la Demandada fue debidamente emplazada con la demanda ejerciendo plenamente su derecho de defensa, al contestar la demanda.
 - Ambas partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraron pertinentes, así como para

expresar sus posiciones de hechos y de defensa sin limitación alguna, habiendo presentado además sus alegatos escritos.

Sobre las excepciones propuestas por la demandada:

Excepciones de Falta de Legitimidad para Obrar y de Representación Insuficiente del Demandante

177. Ya hemos reseñado la fundamentación hecha por la Municipalidad de ambas excepciones en los párrafos 74 al 77 y la contestación planteada por Consorcio en los párrafos 127 y 128.
178. Entendemos que en materia de representación, las reglas establecidas en el acta de instalación del presente arbitraje, no exigen formalidad alguna para la presentación de la demanda y la participación en las actuaciones arbitrales; tampoco la Ley de Contrataciones con el Estado D.Leg. N° 1017 (en adelante, LCE) y el Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado (en adelante, RLCE) aplicables al presente proceso arbitral contienen disposición específica al respecto,.
179. Por ello, resulta de aplicación el artículo 10° del D. Leg. N° 10711, en el que se señala que la facultad para celebrar determinados contratos comprende también la facultad para someter a arbitraje cualquier controversia derivada de dichos contratos.
180. En este proceso arbitral, el señor Juan Carlos Castillo Carpio fue designado como representante del Consorcio en el Contrato de Consorcio suscrito el 19 de octubre de 2011 por parte de los consorciados: Riogersa S.R.L., Regalma S.R.L., Empresa Constructora y Servicios Atenas E.I.R.L. y James Llerena Torres; asimismo, en la adenda al mencionado contrato de consorcio, los consorciados especifican las facultades del representante del Consorcio entre las que se encuentra la de:

¹ Artículo 10.- Representación de la persona jurídica.

1. Salvo pacto o estipulación en contrario, el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica está facultado por su solo nombramiento para celebrar convenios arbitrales, representarla en arbitrajes y ejercer todos los derechos y facultades previstos en este Decreto Legislativo, sin restricción alguna, incluso para actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales.

2. Salvo pacto o estipulación en contrario, la facultad para celebrar determinados contratos comprende también la facultad para someter a arbitraje cualquier controversia derivada de dichos contratos.

"Celebrar, modificar, dejar sin efecto, anular, resolver, rescindir, prorrogar, terminar, disolver, renovar y poner término a toda clase de contratos o actos jurídicos".

181. En virtud de las facultades otorgadas en el Contrato de Consorcio y su adenda antes mencionados, el señor Juan Carlos Castillo Carpio suscribió el Contrato materia del presente arbitraje como representante del Consorcio.
182. Atendiendo a lo mencionado líneas arriba, el señor Castillo Carpio tenía suficientes facultades de representación para suscribir el Contrato materia del presente arbitraje; en consecuencia, atendiendo a lo establecido en el Artículo N° 10 de la Ley de Arbitraje, es claro que ostenta la facultad de someter a arbitraje y plantear la demanda en contra de la Entidad en representación del Consorcio.
183. Asimismo, es importante señalar que, tratándose de consorcios, la Ley General de Sociedades establece que la representación legal del consorcio la ejerce el representante legal designado en el contrato de su propósito, habiendo sido designado para tales efectos el señor Castillo Carpio.
184. Cabe indicar asimismo que el señor Castillo Carpio participó en la audiencia de Instalación del Árbitro Único, acreditando su condición de representante legal del Consorcio con la copia del Contrato de Consorcio; se verifica además que la mencionada persona aparece también como suscriptora de la documentación remitida por el Consorcio a la Entidad de manera previa al inicio del presente proceso arbitral.
185. Por las consideraciones expuestas, las excepciones de Falta de Legitimidad para Obrar y de Representación Insuficiente del Demandante planteadas por la Entidad son infundadas.

Excepción de Caducidad planteada por la Entidad.

186. Como ya hemos reseñado, la Municipalidad basó esta excepción en los argumentos consignados en los párrafos 78 al 85 y el Consorcio contestó de acuerdo a lo argumentado en el párrafo 129.
187. Para dilucidar este punto, recordaremos que la resolución del contrato fue efectuada por la Municipalidad mediante Resolución de Alcaldía N° 171-2013-MDY y notificada al Consorcio el 5 de junio de 2013.

188. Posteriormente, el 10 de junio de 2013, Consorcio notificó a la Municipalidad sometiendo a arbitraje las controversias entre las partes. Señaló:

"Al no encontrarnos conformes con la resolución de contrato realizada por la Municipalidad, les indicamos que conforme lo establecido en el artículo 222° del Reglamento de Contrataciones del Estado, así como lo señalado en el Convenio Arbitral establecido en la cláusula décimo octava del Contrato de ejecución de obra suscrito con la Municipalidad **sometemos a arbitraje la controversia surgida por supuesta resolución de contrato, aplicación de penalidad, aceptación y aprobación de los adicionales y deductivos, liquidación del contrato de obra y entrega de la obra**, para lo cual designamos como nuestro árbitro al dr. José Alejandro Suárez Zanabria con CAA 0308, otorgándoles un plazo de 10 días para la designación correspondiente, caso contrario se procederá conforme lo establecido en el Reglamento" (énfasis agregado).

189. De la lectura del texto citado, se observa claramente que el Consorcio dio inicio al arbitraje con la solicitud ante la entidad de someter a arbitraje las controversias surgidas entre las partes; cabe señalar asimismo que dicha solicitud fue presentada a los 3 días hábiles de recibida la Resolución que resolvió el Contrato.

190. Sobre el punto, el artículo 209° del RCE establece:

"En caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el contrato, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida."

191. En ese sentido, atendiendo a lo señalado en la mencionada norma, el plazo con el que cuenta la parte que se encuentra en desacuerdo con la resolución del Contrato es de 10 días hábiles desde que le fue comunicada la resolución; por lo que, en el presente caso, al haber transcurrido 3 días hábiles desde que el Consorcio fue notificado por la Entidad con la Resolución de Alcaldía N° 171-2013-MDY en la que se resuelve el contrato, la parte demandante solicitó el arbitraje dentro del plazo establecido para tales efectos, por lo que la mencionada resolución no ha quedado consentida.

192. Por las consideraciones anteriores, la excepción de caducidad es infundada.

Excepción de Cosa Juzgada planteada por la Entidad.

193. La Municipalidad expresó lo conveniente en la reseña de los párrafos 86 al 89 y Consorcio contestó según el resumen de los párrafos 130 y 131.

194. En primer lugar, consideramos pertinente delimitar qué es la cosa juzgada y cuales son los requisitos para determinar si nos encontramos ante una cosa juzgada.

195. Auxiliados por la doctrina legal, hacemos una amplia cita de Don Sergio Natalino Casassa Casanova², quien señala lo siguiente:

"Entendemos por cosa juzgada aquel efecto especial que la ley le asigna a sentencias y a ciertos autos que las sustituyen, en virtud del poder de jurisdicción del Estado.

Cuando hablamos de efectos especiales nos referimos a dos, tanto de índole procesal como material, esto es, su inmutabilidad y definitividad. A mayor explicación, Monroy Cabra (1) precisa que el efecto procesal de la cosa juzgada impide a los jueces revisar procesos que han sido decididos. De otro lado, el efecto material se refleja en la definitividad de declaración de certeza de la sentencia, haciéndola indiscutible en nuevos procesos. (...)

Elementos de la Cosa Juzgada

(...), el artículo 452 del Código Procesal Civil dispone que existirán procesos idénticos cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar sean los mismos. Es aquí donde resulta necesario hacer una observación a la redacción del artículo. Cuando hablamos de petitorio nos referimos al objeto de la pretensión materia del proceso anterior (...). En ningún momento se hace referencia a extender el concepto de petitorio al de la causa de pedir, y he aquí el problema que genera, ya que importa una forzosa interpretación de algunos autores, intentando corregir este defecto señalando que el petitorio no puede desligarse de la fundamentación de la pretensión procesal (Alsina, H. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, 1961. Ediar Soc. Anon. Editores, Buenos Aires- Argentina, pág. 147).

² CASASSA, Sergio Natalino. *La Cosa Juzgada: Límites y Efectos*. [en línea]. Procesal Civil: Alexander Rioja Bermúdez. [fecha de consulta: 31 de julio de 2015]. Disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2010/01/20/la-cosa-juzgada-limites-y-efectos/>.

Con relación al interés para obrar como elemento para determinar la identidad de los procesos tenemos ciertos reparos. El interés para obrar como causa privada que tiene la parte importa más que nada la causa de la acción, la que es inherente al ámbito subjetivo de la misma, por lo que no compartimos el criterio que dicho presupuesto procesal material o condición de la acción se considere como un elemento para la cosa juzgada.

Descritos los elementos de la cosa juzgada nos referiremos a ellos brevemente, a fin de aclarar ciertos conceptos y relacionarlos con la resolución transcrita. (...)

Iniciemos por verificar los límites objetivos de la cosa juzgada, empezando por tratar al petitorio, o también llamado por algunos tratadistas como el objeto del litigio – no entender el concepto de objeto en un sentido corporal, sino como la utilidad o ventaja que con ella se pretende – definiéndolo como el bien que se pide concretamente en la demanda. En otras palabras, es el derecho que se reclama. (...)

Siguiendo con los límites objetivos tenemos que desarrollar – necesariamente – a la causa de pedir o causa petendi. Azula Camacho, señala que por causa petendi se entiende a la razón de la pretensión, o sea el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio (Azula Camacho, Manual de Derecho Procesal T. I, 2002. Themis, Bogotá – Colombia pag. 302). El mismo autor aclara el concepto citando a Devis Echandía, cuando afirma que la causa petendi es la razón de hecho que se enuncia en la demanda como fundamento de la pretensión. (...)"

196. En primer lugar, citaremos lo solicitado por el Consorcio en la primera pretensión principal, numeral III (Cobro de Penalidad) y la cuarta Pretensión Principal:

"Primera pretensión principal, numeral III (Cobro de Penalidad):

Que se declare la nulidad total de la Resolución de Alcaldía N° 171-2013-MDY de fecha 05 de junio de 2013, la misma que resuelve (...) iii) Hacer efectivo el cobro de penalidad del 10% del valor total de la obra conforme al artículo tercero de la resolución de Alcaldía N° 106-2013-MDY y lo dispuesto en el Art. 165 del reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado".

"Cuarta Pretensión Principal:

Que se ordene a la Municipalidad demandada la devolución a favor de la demandante del monto dinerario ascendente a S/. 297 781.50 (Doscientos noventa y siete mil setecientos ochenta y uno con 50/100 nuevos soles)

correspondiente a la ejecución indebida de la Carta Fianza N° 010294615-005 de fecha 12 de junio de 2013 emitida por SCOTIABANK S.A".

197. De una revisión del petitorio y los fundamentos de las mencionadas pretensiones, se observa que lo solicitado se origina directamente de la resolución del contrato efectuada por la Municipalidad, en la que se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de Consorcio.

198. Recordaremos que la Municipalidad sostuvo que Consorcio no cumplió con finalizar la obra dentro de los 30 días calendario establecidos en la Conciliación (15 de mayo de 2013) y por dicho motivo dispuso hacer efectiva la penalidad del 10%.

199. Como también hemos reseñado antes, mediante Audiencia de Conciliación de 10 de abril de 2013, ambas partes decidieron:

- a) Dejar sin efecto la Resolución de Alcaldía N° 106-2013-MDY en el extremo que dispone declarar la resolución del Contrato.
- b) Aprobar la suscripción de una Adenda al Contrato por el plazo de 30 días calendario a efectos de evitar los perjuicios y daños a la infraestructura de la obra; en ese sentido, se conceden 30 días adicionales al Contrato.
- c) El Consorcio renuncia a los mayores gastos generales que dicha ampliación de plazo pudiera generar.
- d) El Consorcio deja consentir la aplicación de la penalidad del 10 % señalada en la Resolución de Alcaldía N° 106-2013-MDY, la que se haría efectiva de forma proporcional de las valorizaciones pendientes en un 50% y el otro 50% en la liquidación de la obra.
- e) En caso existiera un retraso injustificado en el avance de obra acelerado, se aplicaría una penalidad de acuerdo al detalle establecido en dicha acta.

200. En el presente caso la Municipalidad ha practicado dos resoluciones contractuales distintas. La primera, atribuyendo a Consorcio un retraso que originó la resolución del contrato inicial efectuado por la Resolución de Alcaldía N° 106-2013-MDY, que posteriormente fue dejada sin efecto, y la segunda, por el retraso atribuido al Consorcio que originó la última resolución contractual mediante la Resolución de Alcaldía N° 171-2013-MDY.

201. Se trata de dos incumplimientos distintos atribuidos al Contratista en diferentes momentos y por distintas causales.

202. En las pretensiones antes citadas (primera pretensión principal, numeral iii. y cuarta Pretensión Principal), no se busca que el árbitro único se pronuncie sobre el "incumplimiento" atribuido al Contratista mediante Resolución de Alcaldía N° 106-2013-MDY en el que ya se había establecido incluso una forma específica del cobro de la penalidad del 10% del Contrato que fue generada por dicho primer "incumplimiento" atribuido al Contratista; sino que se busca que el árbitro se pronuncie respecto de lo que llamaremos el "segundo incumplimiento" del Contratista que generó la emisión de la Resolución de Alcaldía N° 171-2013-MDY por, según señala la Entidad, el incumplimiento en el plazo establecido en la Adenda del Contrato para culminar la obra.

203. Al no tratarse del mismo petitorio u objeto de la primera pretensión principal, numeral iii. y la cuarta pretensión principal con lo dispuesto en la conciliación, corresponde declarar infundada la Excepción de Cosa Juzgada solicitada por la Entidad.

ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS RELACIONADOS CON LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare la nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 171-2013-MDY de fecha 05 de junio de 2013.

204. Con relación a esta primera pretensión, la fundamentación del Consorcio ha sido resumida en los párrafos 21 al 35 y de la Municipalidad en los párrafos 90 al 95.

205. En primer lugar, debemos tener presente el procedimiento a seguir una vez que se culmina una obra según el RCE. El artículo 210° establece lo siguiente:

"1. En la fecha de la culminación de la obra, el residente anotará tal hecho en el cuaderno de obras y solicitará la recepción de la misma. El inspector o supervisor, en un plazo no mayor de cinco (5) días posteriores a la anotación señalada, lo informará a la Entidad, ratificando o no lo indicado por el residente.

En caso que el inspector o supervisor verifique la culminación de la obra, la Entidad procederá a designar un comité de recepción dentro de los siete (7) días siguientes a la recepción de la comunicación del inspector o supervisor. Dicho comité estará integrado, cuando menos, por un representante de la Entidad, necesariamente ingeniero o arquitecto, según corresponda a la naturaleza de los trabajos, y por el inspector o supervisor.

En un plazo no mayor de veinte (20) días siguientes de realizada su designación, el Comité de Recepción, junto con el contratista, procederá a verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas y efectuará las pruebas que sean necesarias para comprobar el funcionamiento de las instalaciones y equipos.

Culminada la verificación, y de no existir observaciones, se procederá a la recepción de la obra, teniéndose por concluida la misma, en la fecha indicada por el contratista. El Acta de Recepción deberá ser suscrita por los miembros del comité y el contratista.

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

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

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

3. En caso que el contratista o el comité de recepción no estuviese conforme con las observaciones o la subsanación, según corresponda, anotará la discrepancia en el acta respectiva. El comité de recepción elevará al Titular de la Entidad, según corresponda, todo lo actuado con un informe sustentado de sus observaciones en un plazo máximo de cinco (5) días. La Entidad deberá pronunciarse sobre dichas observaciones en igual plazo. De persistir la discrepancia, ésta se someterá a conciliación y/o arbitraje, dentro de los quince (15) días siguientes al pronunciamiento de la Entidad.

4. Si vencido el cincuenta por ciento (50%) del plazo establecido para la subsanación, la Entidad comprueba que no se ha dado inicio a los trabajos

correspondientes, salvo circunstancias justificadas debidamente acreditadas por el contratista, dará por vencido dicho plazo, ésta intervendrá y subsanará las observaciones con cargo a las valorizaciones pendientes de pago o de acuerdo al procedimiento establecido en la directiva que se apruebe conforme a lo establecido en el tercer párrafo del artículo 206.

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

6. Está permitida la recepción parcial de secciones terminadas de las obras, cuando ello se hubiera previsto expresamente en las Bases, en el contrato o las partes expresamente lo convengan. La recepción parcial no exime al contratista del cumplimiento del plazo de ejecución; en caso contrario, se le aplicarán las penalidades correspondientes.

7. Si por causas ajenas al contratista la recepción de la obra se retardara, superando los plazos establecidos en el presente artículo para tal acto, el lapso de la demora se adicionará al plazo de ejecución de la misma y se reconocerá al contratista los gastos generales debidamente acreditados, en que se hubiese incurrido durante la demora.

8. Si en el proceso de verificación de la subsanación de las observaciones, el comité de recepción constata la existencia de vicios o defectos distintas a las observaciones antes formuladas, sin perjuicio de suscribir el Acta de Recepción de Obra, informará a la Entidad para que ésta solicite por escrito al contratista las subsanaciones del caso, siempre que constituyan vicios ocultos".

206. Asimismo, en el artículo 209º del RCE se establece lo siguiente respecto de la resolución del Contrato de Obra:

"La resolución del contrato de obra determina la inmediata paralización de la misma, salvo los casos en que, estrictamente por razones de seguridad o disposiciones reglamentarias de construcción, no sea posible.

La parte que resuelve deberá indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días. En esta fecha, las partes se reunirán en presencia de Notario o Juez de Paz, según corresponda, y se levantará un acta. Si alguna de ellas no se presenta, la otra levantará el

acta, documento que tendrá pleno efecto legal, debiéndose realizar el inventario respectivo en los almacenes de la obra en presencia del Notario o Juez de Paz, dejándose constancia del hecho en el acta correspondiente, debiendo la Entidad disponer el reinicio de la obras según las alternativas previstas en el artículo 44 de la Ley.

Culminado este acto, la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad y se procede a la liquidación, conforme a lo establecido en el artículo 211.

En caso que la resolución sea por incumplimiento del contratista, en la liquidación se consignarán las penalidades que correspondan, las que se harán efectivas conforme a lo dispuesto en los artículos 164 y 165.

En caso que la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, actualizado mediante las fórmulas de reajustes hasta la fecha en que se efectuó la resolución del contrato.

Los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del contrato, como los notariales, de inventario y otros, son de cargo de la parte que incurrió en la causal de resolución, salvo disposición distinta del laudo arbitral.

En caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el contrato, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida.

En caso que, conforme con lo establecido en el tercer párrafo del artículo 44 de la Ley, la Entidad opte por invitar a los postores que participaron en el proceso de selección que dio origen a la ejecución de la obra, teniendo en cuenta el orden de prelación, se considerará los precios de la oferta de aquel que acepte la invitación, incorporándose todos los costos necesarios para su terminación, debidamente sustentados, siempre que se cuente con la disponibilidad presupuestal".

207. Atendiendo a las normas antes citadas, analizaremos si el procedimiento de resolución del contrato efectuado mediante Resolución de Alcaldía N° 171-2013-MDY, emitido como consecuencia de que el Contratista informó sobre la conclusión de la obra del Contrato ha sido correcto y por lo tanto válido.

208. Como ya se ha reseñado antes, mediante la Adenda N° 2 de 15 de abril de 2013, se dispuso, entre otras cosas, otorgar al Contratista un plazo de ejecución de 30 días calendario, que rigen desde el día siguiente de suscripción de la Adenda para garantizar la culminación de la obra, la renuncia del Consorcio a los mayores gastos generales que dicha ampliación de plazo pudiera generar y el consentimiento del Consorcio sobre aplicación de la penalidad del 10 % señalada en la Resolución de Alcaldía N° 106-2013-MDY, la que se haría efectiva de forma proporcional de las valorizaciones pendientes (16 y 17) en un 50% y el otro 50% en la liquidación de la obra.
209. Asimismo, se puede observar en los "vistos" de la Resolución de Alcaldía N° 171-2013-MDY, que dicho documento se emitió sobre la base de lo siguiente:
- i) Dictamen Legal N° 145-2013-GAJ/MDY emitido por la Gerencia de Asesoría Jurídica.
 - ii) Carta N° 078-2013-SC/MDY presentada por la Supervisión de Obra.
 - iii) Acta de Conciliación de Obra (se refiere al Acta de Conciliación N° 542-2013).
 - iv) Resolución del Contrato (en la parte de "vistos" al parecer se hace referencia a la resolución que se iba a efectuar en la misma Resolución de Alcaldía N° 171-2013-MDY).
210. Sin embargo, en el texto de la mencionada Resolución de Alcaldía N° 171-2013-MDY se hace referencia a otros documentos y no a los señalados en los "vistos", a saber:
- i) Informe N° 303-2013-GHR/GDUYR/MDY emitido por la Gerencia de Desarrollo Urbano y Rural.
 - ii) Informe Especial N° 008-2013-SC/MDY emitido por la Supervisión de Obra.
 - iii) Constatación Policial signada con Registro N° 77 solicitada por la Supervisión de Obra.
 - iv) Informe N° 364-2013-GHR/GDUR/MDY emitido por la Gerencia de Desarrollo Urbano y Rural.
211. Consorcio ha señalado que sólo se le puso en conocimiento la Resolución de Alcaldía N° 171-2013-MDY y no de los documentos mencionados en los dos párrafos anteriores.
212. La Municipalidad no ha cumplido con probar que haya notificado al Contratista con dichos documentos; en ese sentido, el árbitro deduce que estos no fueron puestos en conocimiento del Contratista, con lo cual, la única posibilidad que la Entidad otorgó al Contratista para conocer cuál

- era su incumplimiento con relación al Contrato fue la misma Resolución de Alcaldía N° 171-2013-MDY en la que se dispone la resolución del contrato.
213. En dicha resolución de alcaldía la Municipalidad señaló que el Consorcio declaró en su carta notarial de 16 de mayo de 2013, que había concluido con la obra dentro del plazo contractual (15 de mayo de 2013); pero que ello no se ajustaba a la realidad. En esa resolución de alcaldía la Municipalidad menciona la constatación policial N° 77 de 17 de mayo de 2013 mediante la cual el policía instructor pudo constatar que los trabajos de la obra se encontraban inconclusos.
214. En una constatación policial una parte contractual no puede formular observaciones válidas a la ejecución de la obra encargada a su contraparte, para ello hay un procedimiento regulado en el RLCE. Además, dicha contratación policial no fue puesta en conocimiento del Contratista.
215. Los demás documentos a los que se hace referencia en la Resolución de Alcaldía N° 171-2013-MDY no fueron puestos en conocimiento del Consorcio por lo que no corresponde emitir un pronunciamiento sobre estos como medios probatorios, debiéndose tener presente que ellos no han sido puestos en conocimiento del árbitro único.
216. De otro lado, la Municipalidad ha presentado en su escrito de contestación de demanda la constatación notarial de 13 de junio de 2013, en la que se señalan diversos hechos con indicación del ingeniero Supervisor de Obra en los que se daría cuenta de que el Contratista no habría culminado con los trabajos de la obra.
217. Para la resolución del contrato efectuada mediante Resolución de Alcaldía N° 171-2013-MDY no se utilizó como documento de sustento dicha constatación notarial pues esta última fue realizada en fecha posterior a la resolución contractual.
218. Además, el notario que emitió la constatación señaló que no se habían constatado hechos falsos en las actas notariales de fechas 15 de mayo de 2012 y 7 de junio de 2013 (efectuadas por el Contratista) ya que la constatación notarial se limita a los hechos referidos por el Consorcio.
219. ¿La Municipalidad resolvió válidamente el contrato (Resolución de Alcaldía N° 171-2013-MDY)?
220. En el artículo 168° del RCE se establece cuales son las 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.
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".

221. Asimismo, en el artículo 169° del RCE se establece el siguiente procedimiento de resolución de un 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 resolverá 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.

La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución

total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento.

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

222. De un análisis de lo establecido en los artículos 168° y 169°, contrastado con lo señalado en la Resolución de Alcaldía N° 171-2013-MDY, podemos observar que el motivo expresado por la Municipalidad para la resolución del contrato no es la acumulación de penalidad máxima sino el incumplimiento de las obligaciones contractuales; sin embargo, no se señala cual es el incumplimiento señalado.

223. Asimismo, de una revisión de la carta s/n-2013-MDY, notificada al Consorcio el 20 de mayo de 2013, no se advierte tampoco que se haya señalado expresamente cuales eran los incumplimientos en los que había incurrido el Consorcio para que estos pudieran ser subsanados en los quince (días otorgados; sí se hace referencia a la constatación policial N° 77 pero, según señala el Consorcio, esta no le fue notificada tampoco y la Municipalidad no lo niega ni prueba lo contrario.

224. De igual manera, en la carta N° 013-2013-MDY, notificada al Consorcio el 6 de junio de 2013, la Entidad declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales y resuelve el contrato citando a la Constatación Física e Inventario de Obra para el 7 de junio de 2013 a las 11:30 a.m.; sin embargo, en dicha carta tampoco se señala cuales son los incumplimientos a los que se refiere la Municipalidad.

225. En ese contexto, la Municipalidad no podía resolver válidamente el contrato alegando incumplimiento por parte del Contratista, pues al no haber cumplido la misma Entidad con indicar expresamente los errores o los incumplimientos a ser corregidos o subsanados, no podía exigir su cumplimiento. En consecuencia, la Resolución de Alcaldía N° 171-2013-MDY es nula por falta de motivación.

226. Cabe señalar incluso que el 18 de junio de 2013, se llevó a cabo entre la Municipalidad y el Contratista el Acta de Entrega de Llaves del Contrato del presente arbitraje, como consecuencia de la Constatación Física de la Obra efectuada el 13 de junio, con presencia del notario y se dejó constancia de que la Entidad procedería con el trámite de pago que correspondía a la valorización N° 16 de la obra (que era la última valorización).

227. Es decir, incluso la misma Municipalidad confirmó a través del Acta de Entrega de Llaves de la Obra que la obra estaba concluida ya que no planteó ninguna observación.

228. Atendiendo a todo lo señalado, declararemos fundada la primera pretensión principal de la demanda.

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Municipalidad el pago de Mayores Gastos Generales a favor del Consorcio en una suma ascendente a S/. 452,705.56 (Cuatrocientos Cincuenta y Dos Mil Setecientos Cinco y 56/100 Nuevos Soles), a razón de S/. 1,689.20 (Un Mil Seiscientos Ochenta y Nueve y 20/100 Nuevos Soles) por día, generados en dos momentos: i) El primero desde la presentación del Expediente Técnico a la Entidad demandada para su aprobación con fecha 26 de diciembre de 2011, hasta el momento que se celebró el acuerdo conciliatorio de inicio formal de la Ejecución de la obra 22 de agosto de 2012; ii) El segundo momento desde el 22 de agosto de 2012 hasta el 19 de septiembre de 2012, plazo en el que no se pudo ejecutar la obra por falta de entrega del terreno donde se ubica el pozo El Tigre por la Municipalidad.

229. Con relación a la segunda pretensión, la fundamentación del Consorcio ha sido resumida en los párrafos 36 al 51 y de la Municipalidad en los párrafos 96 y 97.

230. Recordaremos que, con relación al primer momento (desde la presentación del Expediente Técnico a la Entidad demandada para su aprobación con fecha 26 de diciembre de 2011, hasta el momento que se celebró el acuerdo conciliatorio de inicio formal de la Ejecución de la obra 22 de agosto de 2012), el Consorcio señala que, existieron periodos de tiempo en los que se vieron imposibilitados de iniciar o continuar la efectiva ejecución de la obra por motivos y razones atribuibles a la Municipalidad y que han generado no solo el retraso efectivo de la obra, sino además el pago de mayores gastos generales, como el continuo pago de contraprestaciones económicas y remuneraciones asumidas con el personal ya contratado, el pago de la maquinaria que ha sido alquilada para la ejecución de la obra, durante el tiempo de suspenso de la ejecución del proyecto y el constante desembolso para el pago de almacenes a terceros.

231. Sobre el "primer momento" repasemos la OPINIÓN N° 019-2015/DTN³:

³ Cabe señalar respecto de las Opiniones emitidas por el OSCE que, de acuerdo a la "Tercera Disposición Complementaria Final del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, las opiniones mediante las cuales el OSCE absuelve consultas de carácter general sobre la normativa

"(...)si bien la modalidad de concurso oferta tiene como finalidad última la ejecución de una obra, para alcanzarla es necesario ejecutar varias prestaciones de naturaleza distinta: (i) la elaboración del expediente técnico de obra, (ii) la ejecución de la obra en sí y, de ser el caso, (iii) la obtención del terreno; debiendo considerarse que la ejecución de dichas prestaciones es independiente y sucesiva.

Sobre el particular, dadas las distintas prestaciones involucradas en los contratos bajo la modalidad de concurso oferta, estos pueden asimilarse a lo que, en la doctrina civil, se denomina como contratos coligados o conexos, los cuales "(...) son constituidos por la yuxtaposición de varios contratos, distintos entre sí, que se unen para alcanzar una finalidad determinada."⁴ (El subrayado es agregado).

Así, surge la necesidad de determinar qué normas resultan aplicables a cada una de las prestaciones involucradas en la ejecución de una obra bajo la modalidad de concurso oferta, ya que la normativa de contrataciones del Estado no regula de manera específica la ejecución de los contratos celebrados bajo dicha modalidad de ejecución contractual.

Ahora bien, teniendo en consideración la naturaleza de las distintas prestaciones involucradas en los contratos celebrados bajo la modalidad de concurso oferta, y el análisis sistemático de la normativa de contrataciones del Estado, es necesario establecer como regla general que a cada prestación involucrada en este tipo de contratos se le deben aplicar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que sean compatibles con su naturaleza⁵.

de contrataciones del Estado tienen carácter vinculante desde su publicación en el portal institucional del OSCE. Asimismo, se debe tener en cuenta que el criterio establecido en las opiniones conservará su carácter vinculante mientras no sea modificado mediante otra opinión posterior, debidamente sustentada o por norma legal.

Asimismo, los pronunciamientos emitidos por el OSCE en el marco de su competencia, constituyen precedente administrativo cuando aquellos así lo establecen. El criterio interpretativo establecido en el pronunciamiento conservará su vigencia mientras no sea modificado mediante otro pronunciamiento posterior, debidamente sustentado o por norma legal". (Comunicado 014-2012-OSCE/PRE: Sobre las opiniones y pronunciamientos emitidos por el OSCE).

⁴ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general*, Lima: Palestra Editores, 2003, Segunda Edición, Tomo I, Pág. 157.

⁵ A manera de ejemplo, puede señalarse que en lo referente al pago al contratista prima la naturaleza de cada una de estas prestaciones ejecutadas. Así, para el pago de las prestaciones correspondientes a la elaboración del expediente técnico se aplica lo previsto en la regulación de

En esa medida, en las obras convocadas bajo la modalidad de concurso oferta, para la elaboración de dicho expediente se aplicarán las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que regulan servicios, y para la ejecución de la obra se aplicarán las disposiciones especiales que regulan la ejecución de obras". (énfasis agregado).

232. El árbitro Único coincide con lo señalado en la mencionada opinión, en ese sentido, atendiendo a que el primer momento por el que se solicitan los mayores gastos (desde la presentación del Expediente Técnico a la Entidad demandada para su aprobación con fecha 26 de diciembre de 2011, hasta el momento que se celebró el acuerdo conciliatorio de inicio formal de la Ejecución de la obra 22 de agosto de 2012) está relacionado con la ejecución del servicio de elaboración del Expediente Técnico de la Obra, corresponde utilizar las normas relacionadas con los contratos de servicios para poder determinar si corresponden o no los mayores gastos solicitados.

233. Con la Adenda y la Resolución de Alcaldía N° 384-2012-MDY se dispuso la ampliación del plazo para el levantamiento de observaciones al Expediente Técnico; sin embargo, no se llegó a ningún acuerdo sobre si esa ampliación de plazo para el levantamiento de observaciones generaba mayores gastos generales o no y tampoco se hace ninguna referencia a la generación de mayores gastos por la demora de la Entidad en aprobar el Expediente o si podía hacer diversas observaciones a este. Cabe señalar que nada de esto se pactó tampoco en el contrato de obra.

234. El RCE no prevé el pago de mayores gastos por la demora de la Entidad en aprobar el Expediente, tampoco se señala si existe o no la posibilidad de realizar diversas y sucesivas observaciones al Expediente Técnico y si eso genera para el Contratista mayores gastos generales.

235. Sin embargo, el artículo 175° del RCE establece que los gastos generales que se generen por una ampliación de plazo deberán ser debidamente acreditados por el Contratista y ello no ha ocurrido en el presente caso ya que no se ha presentado medio probatorio alguno que demuestre los gastos generales en los que habría incurrido el Consorcio como consecuencia del plazo entre la presentación del Expediente Técnico y su aprobación.

servicios del Reglamento (artículos 180 y 181), mientras que para el pago de las prestaciones correspondientes a la ejecución de la obra se aplica lo previsto en la regulación de obras del Reglamento (artículo 197).

236. Es un principio general del derecho probatorio que quien alega algo debe probarlo, principio que es recogido en el acta de instalación del presente proceso arbitral en la regla N° 12. El Consorcio demandante no ha cumplido con ello en este punto.
237. En ese sentido, al no encontrarse establecido que la ampliación de plazo para el levantamiento de observaciones al Expediente Técnico genera mayores gastos y, asimismo, al no encontrarse estos probados, no corresponde reconocer monto alguno al Contratista por los días que van del 26 de diciembre de 2011, hasta el momento que se celebró el acuerdo conciliatorio de inicio formal de la Ejecución de la obra 22 de agosto de 2012.
238. De otro lado, corresponde ahora emitir un pronunciamiento respecto del segundo momento al que se refiere la pretensión de gastos generales generados desde el 22 de agosto de 2012 hasta el 19 de septiembre de 2012, plazo en el que no se pudo ejecutar la obra por falta de entrega del terreno donde se ubica el pozo El Tigre.
239. En la Adenda al Contrato de 21 de agosto de 2012, se estableció que la Entidad entregaría el terreno al Contratista el 22 de agosto de 2012. Asimismo, obra en el expediente el Acta de Entrega de Terreno suscrita entre el Gerente de Desarrollo Urbano y Rural, el Residente de Obra y el Supervisor en la que se señala que no existe impedimento alguno para el inicio de los trabajos, por lo que se procede a efectuar la Entrega del Terreno.
240. Sin embargo, obra también en el Expediente la carta N° 12-2012-JCCC./CONSORCIO YURA TRADICIÓN de 20 de setiembre de 2012 en la que se solicita la Ampliación del Plazo N° 1 por 28 días calendario por causas no atribuibles al Contratista que afectaban la ruta crítica del programa de ejecución de la obra (falta de entrega del Pozo El Tigre por parte de la Municipalidad).
241. Al respecto, mediante Carta N° 18-2012-jccc./CONSORCIO YURA TRADICIÓN. Se señala que habiendo transcurrido los plazos establecidos de acuerdo al artículo 201° del RCE sin una respuesta de la Entidad, se tiene por ampliado el plazo solicitado; es decir, la ampliación de plazo había quedado consentida.
242. Mediante Resolución Gerencial N° 93-2012-G.D.U.R.-MDY de 3 de octubre de 2012, la Entidad aprobó por consentimiento la Ampliación del



Plazo N° 01 para la ejecución de la obra por un plazo de 28 días calendario.

243. Al respecto, en el artículo 200° del RCE se establece lo siguiente respecto de las causales de ampliación de plazo:

"De conformidad con el artículo 41 de la Ley, el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por las siguientes causales, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente:

1. Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.
2. Atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad.
3. Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado.
4. Cuando se aprueba la prestación adicional de obra. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado".

244. Asimismo, en el 202° del RCE se establece como efectos de la modificación del plazo contractual los siguientes:

"Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de obras adicionales que cuentan con presupuestos específicos".

245. Queda claro que la norma establece como consecuencia de la ampliación de plazo, la obligación en la Entidad de pagar los mayores gastos generales variables al Contratista; en ese sentido, nace el derecho del Contratista de calcular y reclamar a la Entidad el monto que corresponda de los mayores gastos generales.

246. Teniendo en cuenta ello, corresponde analizar hasta qué momento pueden solicitarse los mayores gastos generales. Al respecto, en la Opinión N° 012-2014/DTN, se señala lo siguiente:

"(...) el procedimiento de pago de los mayores gastos generales no establece un plazo perentorio para que el contratista, a través de su representante, formule y presente la valorización de mayores gastos generales; pudiéndose inferir de ello que la referida disposición tiene por finalidad otorgarle al contratista la flexibilidad necesaria para acreditar los mayores gastos generales que le correspondan.

En esa medida, el contratista puede presentar su valorización de mayores gastos generales en cualquier momento posterior a la aprobación de la ampliación de plazo correspondiente. (...)

En virtud de lo expuesto, una vez aprobada una ampliación de plazo, el contratista puede solicitar el pago de los mayores gastos generales originados por dicha ampliación, en cualquier momento posterior a la aprobación de la ampliación de plazo correspondiente, pudiendo incluso requerirlos hasta en la etapa de liquidación final de obra". (agregado nuestro).

247. El árbitro Único se encuentra de acuerdo con dicho criterio ya que la normativa de contrataciones del Estado, no contempla plazo alguno de prescripción para la solicitud de pago alguno por gastos generales, por lo que el contratista puede solicitar el pago de los mayores gastos generales en cualquier momento posterior a la aprobación de la ampliación del plazo correspondiente, pudiendo incluso requerirlos hasta en la etapa de liquidación final de obra.

248. Atendiendo a que la ampliación de plazo otorgada por la Entidad fue efectuada debido al retraso que había generado la falta de entrega parcial del terreno por parte de la Municipalidad al Contratista, corresponde determinar los mayores gastos generables variables que serán iguales al número de días correspondientes a la ampliación, multiplicados por el gasto general variable diario.

249. De acuerdo con el Expediente de Liquidación de Obra presentado por el Consorcio en su demanda, el gasto general diario asciende a S/. 1,689.11 (sin incluir IGV), monto que no ha sido negado por la Municipalidad; dicho monto, multiplicado por el número de días por los que se otorgó la Ampliación de Plazo N° 1 (28 días), resulta en una suma ascendente a S/. 47,547.05 (Cuarenta y siete mil quinientos cuarenta y siete y 05/100 Nuevos Soles) sin incluir IGV.

250. Atendiendo a lo señalado precedentemente, corresponde declarar fundada en parte la segunda pretensión principal de la demanda.

251. A continuación, se desarrollará el octavo punto controvertido a fin de determinar si los adicionales de obra solicitados deberán estar o no comprendidos dentro de la Liquidación de Obra:

Determinar si corresponde o no al Árbitro Único ordenar a la Municipalidad el reconocimiento y pago de un monto estimado de S/. 100,000.00 (Cien Mil y

00/100 nuevos soles), por concepto de indemnización por Enriquecimiento Indebido por trabajos efectivamente ejecutados pero no reconocidos, ni pagados; así como, los intereses legales que se generen hasta la fecha de pago efectivo. El mencionado monto se subdivide en los siguientes conceptos:

- a. Adicional de Obra N° 1, por un estimado de S/. 36,797.69
- b. Adicional de Obra N° 2, por un estimado de S/. 17,685.89
- c. Adicional de Obra N° 3, por un estimado de S/. 38,224.93
- d. Adicional de Obra N° 4, por un estimado de S/.15,000.00

252. Al respecto, tenemos que en el artículo 41.5° de la LCE se establece expresamente que la decisión de a Entidad de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales no podrá ser sometida a arbitraje.

253. Siendo materia no arbitrable no podemos pronunciarnos al respecto.

254. Si el Contratista entiende que le asiste el derecho a una restitución por los gastos efectuados en la consecución de tales obras adicionales, tiene expedita la vía que corresponda, que no es la arbitral.

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Municipalidad que ésta tenga por aprobada la recepción de la obra ejecutada y que asimismo, ordene a dicha parte el pago del monto adeudado según liquidación final presentada por el Consorcio y aprobada por la Municipalidad; así como el pago correspondiente a la Valorización N° 16, por un monto estimado de S/. 401, 429.58 (Cuatrocientos Un Mil Cuatrocientos Veintinueve y 58/100 nuevos soles).

En caso se declare fundado el punto 3) precedente, determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Municipalidad el pago al Consorcio de los intereses legales que se generen hasta el momento efectivo de cancelación de las contraprestaciones adeudadas.

255. La fundamentación de la tercera pretensión está resumida en los párrafos 52 al 58. La Municipalidad no ha contestado estos argumentos.

256. Ya hemos razonado en torno a la declaración de nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 171-2013-MDY que resolvió el contrato de obra.

257. Una vez que el Contratista informó sobre la conclusión de la obra, correspondía tanto a la Municipalidad como al Consorcio seguir el procedimiento de recepción de la obra establecido en el artículo 210° del RCE.



258. Esto es, una vez que el residente de obra anota en el cuaderno de obras la fecha de culminación, lo que correspondía a la Entidad era designar un comité de recepción de la obra; luego, junto con el Contratista, verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en la obra y, de no existir observaciones, proceder con la recepción de la misma. Asimismo, de existir observaciones, otorgar un plazo para subsanarlas y luego suscribir el acta de recepción de obra.
259. Tal y como hemos señalado en el desarrollo de la primera pretensión de la demanda, la Municipalidad, una vez que se le informó sobre la conclusión de la obra, no planteó observación específica alguna.
260. El 10 de junio de 2013, el Contratista informó a la Entidad que se ha hecho entrega de la obra ante el notario. Seguidamente, el 18 de junio de 2013, los representantes de la Municipalidad y del Consorcio suscribieron el "Acta de Entrega de Llaves de la Obra", señalando que lo hacían como consecuencia de haberse llevado a cabo la diligencia de constatación física de la obra con fecha 13 de junio a horas 9:45 a.m., con intervención del notario Fernández Dávila y se dejó constancia de que la Entidad procedería con el trámite de pago de la valorización N° 16 de la obra.
261. Asimismo, se señaló en dicha acta que después de recorrer todas las instalaciones de la obra, se procedió a verificar el empleo de las llaves y no teniendo observaciones y en señal de conformidad suscribieron el acta.
262. Con el acto anterior quedó firme la recepción de la obra por parte de la Municipalidad, habiendo quedado esta aprobada por la Municipalidad mediante el acta antes señalada.
263. De otro lado, en la mencionada "Acta de Entrega de Llaves de la Obra", la Municipalidad dispuso que se pague al Contratista la Valorización N° 16 presentada. En consecuencia, corresponde a la Entidad realizar el pago ascendente a S/. 401,429.58 (Cuatrocientos un mil cuatrocientos veintinueve y 58/100 Nuevos Soles).
264. El artículo 1244° del Código Civil señala que el interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso de dinero o de cualquier otro bien. Es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago. El artículo 1245° señala que cuando deba pagarse interés sin haberse fijado la tasa, el deudor debe abonar el interés legal. El artículo 1246° añade que si no se ha convenido interés moratorio, el deudor sólo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal.

265. En el presente caso nos encontramos ante la existencia de intereses moratorios, y no compensatorios. Debiendo aplicarse intereses moratorios, de acuerdo a las normas citadas, corresponde reconocer el interés legal.

266. Para la determinación de la fecha de la intimación en mora, a partir de la cual se devenguen los intereses moratorios, se debe tener en cuenta lo señalado por el artículo 1334° del Código Civil, según el cual:

"Artículo 1334°.- En las obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda (...)".

267. Dado que en el presente caso nos encontramos ante una obligación cuyo monto requiere de determinación por el juez o árbitro, los intereses se devengarán desde la citación con la demanda. No obstante, teniendo este proceso carácter arbitral, no existe propiamente una citación con la demanda.

268. Tal situación ocurre con la citación con la demanda en el caso de procesos judiciales, pero en el caso de los procesos arbitrales la situación análoga ocurre cuando, en aplicación del convenio arbitral, una de las partes emplaza a la otra con las pretensiones que serán discutidas en el arbitraje, es decir, con la notificación de la solicitud de arbitraje.

269. Ahora, respecto de la solicitud de que se cumpla con el pago del monto adeudado según la Liquidación de Obra, corresponde señalar que en el artículo 211° del RCE se establece que:

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

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

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

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

En el caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquélla deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje.

Toda discrepancia respecto a la liquidación se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la Ley y en el presente Reglamento, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.

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

No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver". (énfasis agregado)

270. La Liquidación fue presentada por el Consorcio a la Entidad mediante carta N° 51-2013-JCCC./CONSORCIO YURA TRADICIÓN el 2 de agosto de 2013. Asimismo, mediante carta N° 18 de 1° de octubre de 2013, la Entidad remitió al Consorcio una "Liquidación de Cuentas".

271. Sin embargo, al momento de su presentación ya existían controversias pendientes de resolver. En efecto, el Consorcio había solicitado arbitraje mediante carta notarial de 10 de junio de 2013, respecto de la controversia surgida por la resolución del contrato efectuada por la Entidad.

272. En consecuencia, las liquidaciones presentadas por las partes son prematuras e inválidas, ninguna de ellas puede surtir efectos legales ni generar derechos respecto de ninguna de las partes.

273. Sin perjuicio de ello, dejamos constancia de que, con la expedición del presente laudo, las controversias entre las partes relacionadas con el contrato han quedado resueltas, por lo que corresponde al Consorcio proceder a presentar ante la Entidad la Liquidación Final de Obra de acuerdo a lo establecido en el artículo 211° del RCE y a lo establecido en el presente laudo.

Determinar si corresponde o no al Árbitro Único ordenar a la Municipalidad la devolución a favor del Consorcio del monto ascendente a S/. 297 781.50 (Doseientos noventa y siete mil setecientos ochenta y uno con 50/100 nuevos soles), por concepto de ejecución indebida de la Carta Fianza N° 010294615-005 de fecha 12 de junio de 2013 emitida por SCOTIABANK S.A.

En caso se declare fundado el punto 5) precedente, determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Municipalidad el pago al Consorcio de los intereses legales que se generen hasta el momento efectivo de la devolución del importe ejecutado por la Municipalidad.

274. La fundamentación de esta pretensión está resumida en los párrafos 59 a 61 y la contestación en los párrafos 98 a 100.

275. En el artículo 164° del RCE se establece lo siguiente:

"Las garantías se ejecutarán a simple requerimiento de la Entidad en los siguientes supuestos:

1. Cuando el contratista no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento. Contra esta ejecución, el contratista no tiene derecho a interponer reclamo alguno.

Una vez culminado el contrato, y siempre que no existan deudas a cargo del contratista, el monto ejecutado le será devuelto a éste sin dar lugar al pago de intereses. Tratándose de las garantías por adelantos, no corresponde devolución alguna por entenderse amortizado el adelanto otorgado.

2. La garantía de fiel cumplimiento y la garantía adicional por el monto diferencial de propuesta se ejecutarán, en su totalidad, sólo cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. El monto de las garantías corresponderá íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado.

3. Igualmente, la garantía de fiel cumplimiento y, de ser necesario, la garantía por el monto diferencial de propuesta, se ejecutarán cuando transcurridos tres (3) días de haber sido requerido por la Entidad, el contratista no hubiera cumplido con pagar el saldo a su cargo establecido en el acta de conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o en la liquidación final del contrato debidamente consentida o ejecutoriada, en el caso de ejecución de obras. Esta ejecución será solicitada por un monto equivalente al citado saldo a cargo del contratista".

276. Recordemos que la Municipalidad ha señalado que el motivo para ejecutar la carta fianza fue, de acuerdo a lo establecido en el Acta de Conciliación 542-2013, que el Consorcio dejó consentir la aplicación de la penalidad del 10%. De acuerdo a la Adenda N° 2 de 15 de abril de 2013, se estableció que el Consorcio dejaba efectivamente consentir tal penalidad, pero que esta se haría efectiva de una siguiente forma: 25% en la valorización N° 16, 25% en la Valorización N° 17 y el restante 50% en la Liquidación de Obra.
277. En ese sentido, habiéndose establecido entre las partes un método específico para el pago de la penalidad que se dejó consentir, no correspondía a la Entidad ejecutar la carta fianza, pues esa no era la manera que ambas partes habían concertado para el cobro de la mencionada penalidad.
278. Atendiendo a que la Entidad no actuó conforme a la normativa de Contrataciones con el Estado y ejecutó la carta fianza aún cuando no se encontraba bajo supuesto legal alguno facultada para hacerlo, corresponde que dicha parte cumpla con devolver el monto que corresponda de la carta fianza el que deberá ser incluido en el cálculo efectuado en la Liquidación del Contrato de Obra que efectúe el Consorcio.
279. Asimismo, respecto de los intereses, atendiendo al desarrollo de estos señalado en el desarrollo de los puntos controvertidos precedentes, la Municipalidad debe pagar al Consorcio intereses moratorios, con la tasa de interés legal, a partir de la fecha de notificación de la solicitud de arbitraje.
280. En consecuencia, declararemos fundadas la cuarta pretensión principal y su pretensión acumulada.

Determinar si corresponde o no al Árbitro Único ordenar a la Municipalidad el pago a favor del Consorcio de un monto ascendente a S/. 1'000, 000.00 (Un millón y 00/100 Nuevos Soles), por concepto de daños y perjuicios ocasionados por el menoscabo económico-patrimonial y moral sufrido por los miembros del Consorcio a raíz de la ejecución de la Carta Fianza N° 010294615-005 de fecha 12 de junio de 2013 emitida por SCOTIABANK S.A. y las consecuencias negativas que actualmente viene afrontando ante el sistema financiero y tributario del país. A razón de S/. 500, 000.00 (Quinientos Mil y 00/100 nuevos soles) por Daño Emergente y S/. 500, 000.00 (Quinientos Mil y 00/100 nuevos soles) por Daño Moral.

281. La fundamentación de esta pretensión está resumida en los párrafos 62 a 67 y la contestación en los párrafos 101 a 102.
282. Resumiendo, Consorcio ha señalado que, producto de la indebida ejecución de la carta fianza, no solo se le ha producido un daño patrimonial ante la Entidad Financiera que emitió dicha garantía y ante la administración tributaria por imposibilidad de pago del fraccionamiento mantenido con SUNAT, sino también, una afectación extra-patrimonial, a través del desprestigio y el daño a la imagen y la buena reputación de cada una de las empresas consorciadas.
283. De acuerdo al razonamiento sobre la pretensión anterior, al ya haber ordenado la devolución de la carta fianza, ¿corresponde otorgar al Consorcio un monto adicional por los daños y perjuicios ocasionados con la ejecución de dicha garantía?
284. De acuerdo al artículo 1321 del Código Civil, 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 inejecución 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 inejecución".
285. El artículo 1322 ordena que "El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento".
286. También ordena el artículo 1331 que "La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".
287. En el presente caso, el Consorcio pretende una indemnización por los supuestos daños y perjuicios que le habría ocasionado la Municipalidad, al haber ejecutado la carta fianza, lo cual, hemos ya establecido, no se encuentra conforme al procedimiento establecido en el RCE.
288. ¿Qué daños a provocado tal ejecución de garantía? Quien tiene la carga de la prueba según el artículo 1331° del Código Civil, es quien afirma que ha sido perjudicado. Asimismo, se desprende del mismo artículo que quien solicita una indemnización debe probarlo. Así, y estando a lo indicado, queda claro, en primer término, que en

el presente caso arbitral, quien tiene la carga de probar si se le provocó un daño es el Consorcio.

289. Con relación al daño, tenemos que Fischer, citado por los doctores Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre⁶, señala:

"Dentro de ese orden de ideas, Fischer expresa que el daño patrimonial entraña siempre lesión o quebranto de ciertos valores económicos. La suma concreta de dichos valores económicos constituye el patrimonio, cuya lesión entraña un daño patrimonial. El daño, a su vez, se determina mediante una operación de cálculo, comparando la situación real del patrimonio después del evento dañoso y el estado imaginario que representaría si este no hubiese ocurrido. La diferencia resultante indica la existencia del daño y su cuantía.

Fischer concluye señalando que esta fórmula matemática en que se cifra el patrimonio, es indispensable para la determinación del daño patrimonial. Gracias a ella, y sin esfuerzo alguno, podemos reducir el concepto de daño y colocar bajo la protección jurídica aun los que casualmente se hallen más alejados del hecho que los provoca. Basta, para que exista daño patrimonial, que, aun permaneciendo inmunes los valores o bienes positivos, aumenten las deudas o resulte frustrada una ganancia o adquisición".

290. Para el caso de daño emergente, el Contratista ha indicado que este tuvo origen en la ejecución de la carta fianza por parte de la Entidad, lo cual le ocasionó un menoscabo económico – patrimonial al haberse generado una deuda ascendente al monto de la carta fianza y por intentar satisfacer a dicha financiera no pudieron seguir cumpliendo con el fraccionamiento que tenía vigente con la SUNAT.

291. Ya que hemos ordenado la devolución de la carta fianza, resolviendo una pretensión anterior, el daño emergente ahora reclamado ya ha sido resarcido.

292. Por otro lado, si bien el Consorcio ha presentado una "Consulta y Pago de Valores Pendientes" de la SUNAT (Anexo 3 – G de la demanda) en el que se señala que las deudas se encuentran en cobranza coactiva, no ha probado que existiera un fraccionamiento otorgado por la SUNAT y que este se hubiera perdido; sí se muestra que hay deudas en cobranza coactiva pero no se explica en la demanda o se prueba a qué

⁶ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. El daño patrimonial o pecuniario y el daño moral y daño a la persona. En: Tratado de las Obligaciones. Cuarta parte, vol. XVI. Tomo XI. Biblioteca para Leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial 2003 de la Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 231.

corresponden esas deudas y si estas fueron causadas por la ejecución de la carta fianza. Por ello declararemos este extremo infundado.

293. Al respecto, debemos tener en cuenta, respecto del daño moral, lo señalado por don Alfonso Rebaza González⁷:

"La posibilidad de que una persona jurídica sea indemnizada por este concepto ha sido analizada por diversos autores; así, Renato Scognamiglio admite la posibilidad de que la persona jurídica posea derechos extrapatrimoniales, tales como el honor, reputación, prestigio, y otros atributos similares, los cuales merecen la tutela del ordenamiento legal. Tomando en cuenta la aceptación de daño moral adoptada, de entenderla en sentido amplio, estos derechos serían susceptibles de ser tutelados en cuanto a derechos de la personalidad, frente a los cuales subsistirían todos los requisitos exigidos por la reparación del daño moral. A su turno Brebbia, siguiendo a la doctrina francesa, señala que "las personas morales pueden constituirse en sujetos pasivos de un agravio extrapatrimonial siempre que el ataque que origine el daño sea dirigido contra bienes o presupuestos personales de las mismas, de acuerdo a la particular naturaleza del ente colectivo que sirve de sustrato a su personalidad".

(...) El silencio de la Carta Política que nos rige determina que cuando el artículo 2 hace referencia a los derechos de la persona, estos deben entenderse en el sentido amplio del término, es decir, que también se incorpora a las personas jurídicas.

Identificado el daño moral, el primer paso para su cuantificación será determinar si la afectación de los derechos morales agravados tiene consecuencia patrimoniales o no; es decir, lo que el órgano jurisdiccional deberá buscar, en principio, es la posibilidad de "volver las cosas al estado anterior" mediante una reparación simbólica o in natura (publicación de sentencias, imposición de multas, cierre de establecimientos, rectificaciones, etc.) y solo en caso de que esto no fuera posible, condenar al agresor al pago de una suma de dinero.

Sin perjuicio del espíritu de búsqueda de la reparación *in natura* que debe inspirar la decisión del órgano jurisdiccional, no deben dejarse de lado las eventuales repercusiones patrimoniales que pueda originar el daño moral infringido. Aquí interviene el artículo 1332 del Código Civil que permite asignar un monto de acuerdo al criterio prudencial del juzgador, debiéndose tener en

⁷ REBAZA GONZÁLES, Alfonso. "La cuantificación de los daños de imposible probanza con criterio de equidad. Aproximación al artículo 1332 del Código Civil". En: Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi. Lima: Palestra, 2008. p.1067 a 1069.

cuenta que la función asignada al dinero no pretende que el daño desaparezca, ni tampoco formar en la víctima la convicción de que éste nunca se ha producido; por el contrario, la finalidad perseguida busca aliviar las repercusiones dinerarias que haya podido causar el agravio".

294. Pero la prudencia no debe confundirse con la arbitrariedad o la sin razón. Si el Consorcio pide un millón de nuevos soles de indemnización, debe demostrar una estimación racional de cómo llega a definir esa cantidad, y no otra, y debe acreditar con medios probatorios la existencia del daño moral.

295. Es probable que la ejecución de la carta fianza, y que dicha deuda haya tenido que ser refinanciada puede generar un daño al Consorcio poniéndole en una situación especial frente a Scotiabank, ya que podría comprometer el respaldo financiero de dicho banco. Pero esto sólo ha sido aducido mas no probado.

296. Sin la prueba del daño moral generador de responsabilidad, ni criterios delineados por quien pretende un resarcimiento, no podemos estimar la entidad del mismo. Por todo ello declararemos infundada esta pretensión.

Determinar a qué parte corresponde el pago de las costas y costos del presente arbitraje.

297. Considerando el resultado de este laudo, así como lo previsto en el numeral 1) del artículo 73º de la Ley de Arbitraje, que ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, declararemos que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar; y que los gastos comunes (honorarios del árbitro único, de la secretaría arbitral y el perito) sean asumidos por cada parte, por lo que, habiendo pagado la parte demandante el íntegro de dichos montos establecidos en el presente arbitraje, corresponde que la Entidad cumpla con devolver al Consorcio todos los montos que esta última parte pagó y que se encontraban inicialmente a cargo de la Entidad.

Por todas las razones antes expuestas,

DECIDIMOS:

Primero: DECLARAR INFUNDADAS las Excepciones de Falta de Legitimidad para Obrar y Representación Insuficiente del Demandante, Caducidad y de Cosa Juzgada planteadas por la Municipalidad Distrital de Yura.

Segundo: DECLARAR FUNDADA la primera pretensión principal de la demanda; en consecuencia, declaramos nula la Resolución de Alcaldía N° 171-2013-MDY de fecha 5 de junio de 2013.

Tercero: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la segunda pretensión principal de la demanda; en consecuencia, disponemos que la Municipalidad Distrital de Yura pague a favor de Consorcio Yura Tradición el monto de S/. 47,547.05 (Cuarenta y siete mil quinientos cuarenta y siete y 05/100 Nuevos Soles) más IGV, por concepto de Gastos Generales Variables generados por la Ampliación de Plazo N° 1.

Cuarto: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la tercera pretensión principal de la demanda y su pretensión acumulada; en consecuencia, se dispone que la Municipalidad Distrital de Yura pague a favor de Consorcio Yura Tradición el monto de S/. 401,429.58 (Cuatrocientos un mil cuatrocientos veintinueve y 58/100 Nuevos Soles), por concepto de la Valorización N° 16; más los respectivos intereses moratorios, con la tasa de interés legal, a partir de la fecha de notificación de la solicitud de arbitraje. Asimismo, se declara **APROBADA** la recepción de obra por parte de la Entidad y, finalmente, se declara que no corresponde declarar aprobada la Liquidación de Obra presentada por el Consorcio, pues al momento de presentación de dicha liquidación a la Entidad aún quedaban pendientes controversias que están siendo resueltas mediante el presente laudo. Con la expedición del presente Laudo, las controversias entre las partes relacionadas con el contrato han quedado resueltas, **ORDENAMOS** que el Consorcio proceda a presentar ante la Entidad la Liquidación Final de Obra de acuerdo a lo establecido en el artículo 211° del RCE y a lo establecido en el presente laudo.

Quinto: DECLARAR FUNDADAS la cuarta pretensión principal de la demanda y su pretensión acumulada; en consecuencia, disponemos que la Municipalidad Distrital de Yura pague a favor de Consorcio Yura Tradición el monto de S/. 297,781.50 (Doscientos noventa y siete mil setecientos ochenta y uno con 50/100 nuevos soles) correspondiente a la ejecución indebida de la carta fianza N° 010294615-005 de 12 de junio de 2013 emitida por SCOTIABANK S.A.; más los respectivos intereses moratorios, con la tasa de interés legal, a partir de la fecha de notificación de la solicitud de arbitraje; monto que deberá ser incluido en el cálculo efectuado en la Liquidación del Contrato de Obra que efectúe el Consorcio.

Sexto: DECLARAR INFUNDADA la quinta pretensión de la demanda.

Sétimo: DECLARAR QUE CARECE DE OBJETO pronunciarse sobre la sexta pretensión principal de la demanda.

Sétimo: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la séptima pretensión de la demanda, por tanto que cada una de las partes asumirá los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar; y que los gastos comunes (honorarios del árbitro único, de la secretaría arbitral y del perito) serán asumidos por cada parte; por lo que, habiendo pagado la parte demandante el íntegro de dichos montos en el presente arbitraje, corresponde que la Municipalidad Distrital de Yura cumpla con devolver a Consorcio Yura Tradición los montos que esta última parte pagó y que se encontraban inicialmente a cargo de la Municipalidad Distrital de Yura.



RICARDO LEÓN PASTOR
Árbitro Único



CLAUDIA ELORRIETA MUÑIZ
Secretaria Arbitral Ad-Hoc

