

Expediente N° 039-2018/MARC/ADM/GMC

CONSORCIO VIAL THAMY

vs.

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MOROCOCHA

LAUDO

Miembros del Tribunal Arbitral:

Fernando Cantuarias Salaverry (Presidente)
Nilton César Santos Orcón (Árbitro)
Jorge Pedro Morales Morales (Árbitro)

Secretaría Arbitral:

Miguel Santa Cruz Vital

Lima, 25 de agosto de 2021

ÍNDICE

I. ANTECEDENTES.....	3
II. INICIO DEL PROCESO Y REGLAS APLICABLES.....	3
III. PRELIMINARES.....	6
CONSIDERACIONES	
IV. DEMANDA, AUDIENCIAS Y ACTUADOS ARBITRALES.....	6
CONSIDERANDO.....	11
V. PRELIMINARES.....	11
CUESTIONES	
VI. ANÁLISIS DE LA PRIMERA Y DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL.....	11
VII. ANÁLISIS DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.....	17
VIII. ANÁLISIS DE LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL.....	21
IX. ANÁLISIS DE LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL.....	24
X. ANÁLISIS DE LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL.....	26
XI. DISTRIBUCIÓN DE LOS HONORARIOS DEL TRIBUNAL, LOS GASTOS ADMINISTRATIVOS Y LOS GASTOS LEGALES.....	28
XII. PARTE RESOLUTIVA.....	29
LAUDA.....	29

Resolución N° 26

Lima, 25 de agosto de 2021

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

1. El 23 de junio de 2016 se suscribió el Contrato N° 001-2016-GM/MDM para la ejecución de la obra “Creación del servicio de transitabilidad desde el tramo 00+000KM al 02+400KM de la carretera Pucará-Nueva Morococha del distrito de Morococha, provincia de Yauli-La Oroya, departamento de Junín: Trazo nuevo-carretera Pucará-Nueva Morococha (00+000KM al 01+240KM) del distrito de Morococha-Yauli-Junín” (en adelante, “CONTRATO”) entre CONSORCIO VIAL THAMY (en adelante, “CONSORCIO”) y la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MOROCOCHA (en adelante, “MUNICIPALIDAD”).
2. En la ejecución del CONTRATO surgieron controversias entre las partes que son objeto del presente proceso arbitral.

II. INICIO DEL PROCESO Y REGLAS APLICABLES

Inicio del Proceso Arbitral y designación de los Árbitros

3. Surgidas las controversias, las partes designaron a sus árbitros. El CONSORCIO designó al abogado Nilton César Santos Orcón y la MUNICIPALIDAD al abogado Jorge Pedro Morales Morales. Los árbitros nombraron como Presidente del Tribunal Arbitral al abogado Fernando Cantuarias Salaverry.

Reglas del Arbitraje

4. El 16 de noviembre de 2018, se otorgó el Acta de Instalación de Tribunal Arbitral Ad Hoc en el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE):



Fecha de Inicio del Arbitraje ¹ :	10 de octubre de 2017	Expediente: I446-2018
Partes:	CONSORCIO VIAL THAMY	MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MOROCOCHA
DNI / RUC:	20534158069	20146501487
Contrato:	Contrato N° 001-2016-GM/MDM, para la ejecución de la obra: "Creación del servicio de transitabilidad desde el tramo 00+000KM al 02+400KM de la carretera Pucará-Nueva Morococha del distrito de Morococha, provincia de Yauli-La Oroya, departamento de Junín: Trazo nuevo-Carretera Pucará-Nueva Morococha, (00+000KM al 01+240KM) del distrito de Morococha -Yauli -Junín"	
Monto del Contrato S/:	S/.4' 567, 890.00	
Cuantía de la Controversia S/:	S/. 516,006.82	
Tipo de Proceso de Selección:	Licitación Pública	
N° Proceso de selección:	001-2016-MDM/CS	
Valor Referencial S/:	S/.4 567 890.00	
Fecha de convocatoria:	21/04/2016	
N° de la Convocatoria:	1	
N° de ítem:	1	

5. Mediante Resolución N° 5 de 21 de mayo de 2019, se tuvo por cumplida a la MUNICIPALIDAD en su obligación de registrar el presente arbitraje en el SEACE.
6. Debido a la emergencia sanitaria del COVID-19, este arbitraje se suspendió desde el 15 de marzo de 2020, conforme a lo dispuesto en los diversos Decretos Supremos que fueron emitidos por el Poder Ejecutivo.
7. Mediante Resolución N° 16 de 7 de agosto de 2021, el Tribunal Arbitral dispuso incluir las siguientes reglas aplicables a este arbitraje:

Quinto. – Si bien en las reglas del proceso inicialmente establecidas, se dispuso que las notificaciones y presentación de documentos se realizara de manera física; el Tribunal Arbitral considera que, continuar con la aplicación de dicha regla, implicaría un riesgo en la salud de los participantes en el proceso. El Colegiado considera que, en adelante, la presentación de escritos y la notificación de actuaciones arbitrales será realizada de manera virtual.

Sexto. – De otro lado, en atención a las restricciones para las reuniones de personas, las audiencias que se celebran en la sede de la Secretaría Arbitral van a encontrar una limitación, por lo que, salvo indicación contraria del Tribunal Arbitral, aquellas serán llevadas a cabo de manera virtual.

Séptimo. – A partir de ello, se considera pertinente incluir como nuevas reglas las siguientes:

1. Disponer como regla general que las notificaciones de las actuaciones arbitrales que se generen en el presente proceso, incluyendo el laudo arbitral, se considerarán efectuadas el día en que la Secretaría Arbitral o el Tribunal Arbitral remita la respectiva comunicación a los correos electrónicos de las Partes. Los plazos serán computados a partir del día siguiente hábil de recibida la comunicación.

2. Todas las decisiones del Tribunal Arbitral incluyendo el laudo arbitral serán suscritas haciendo uso de firma digital o firma electrónica de ser posible. En caso de no contar con ninguna de las firmas mencionadas, podrá hacerse uso de la firma manuscrita escaneada, la cual tendrá la misma validez que la firma manuscrita.
3. La notificación del laudo arbitral se realizará de manera virtual tal como se ha indicado en los numerales previos. Sin embargo, podrá realizarse de forma física, únicamente si la situación sanitaria por la que atraviesa el país es superada.
4. Los escritos de las Partes se remitirán por correo electrónico acompañados de los anexos documentales, así como cualquier otra prueba que sea aportada. Tanto los escritos como las pruebas, de ser posible, deberán presentarse preferiblemente en formato MS Word o PDF con la función de búsqueda completamente habilitada. Todos estos deben ir acompañados de un índice de todos los documentos adjuntos. Si el volumen de los anexos hiciera dificultoso o imposible su remisión por correo electrónico, la parte deberá subirlo a una plataforma (Dropbox, Drive o similares) y remitir el enlace desde el cual pueda accederse a ellos.
5. Todas las comunicaciones realizadas entre las Partes y el Tribunal Arbitral se enviarán simultáneamente por correo electrónico a los representantes y abogados de las Partes y al Tribunal Arbitral en las direcciones señaladas en la presente Resolución, con copia a la Secretaría Arbitral:

ÁRBITROS	CORREO ELECTRÓNICO
FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY	fcantuar@gmail.com
NILTON CÉSAR SANTOS ORCÓN	santosorcon@gmail.com
JORGE PEDRO MORALES MORALES	jorgepmorales@gmail.com
PARTES	CORREO ELECTRÓNICO
CONSORCIO VIAL THAMY	clayasociados@gmail.com
MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MOROCOCHA	jorgeluisorecontreras@hotmail.com
SECRETARÍA ARBITRAL	CORREO ELECTRÓNICO
MIGUEL SANTA CRUZ VITAL	mstacruz@marcperu.com

6. De considerarlo necesario y **de manera excepcional**, el Tribunal Arbitral podrá requerir que las Partes presenten copias adicionales en físico en la Sede de la Secretaría Arbitral, las cuales serán requeridas a través de la Secretaría.
7. Las comunicaciones se entenderán realizadas en plazo si el correo electrónico es enviado antes de la finalización del plazo otorgado en cada caso, el cual, en ausencia de previsión explícita contraria, será a las 23:30 horas de Lima del día de vencimiento.

8. En atención a las circunstancias, las Partes se encontrarán habilitadas para solicitar las ampliaciones de plazo que consideren necesarias, siendo el Tribunal Arbitral quien estudiará los pedidos a fin de no afectar el desarrollo del proceso arbitral.
9. Las audiencias se celebrarán de manera virtual por medio de las plataformas electrónicas que sean dispuestas por el Tribunal Arbitral.
10. El Tribunal Arbitral citará a las partes de manera previa, sin embargo, será responsabilidad exclusiva de las partes encontrarse conectadas en la fecha y hora que sea dispuesto. Para este caso, la Secretaría Arbitral se encargará de realizar todas las coordinaciones pertinentes para su participación, pudiendo establecer reuniones de prueba, a pedido de las Partes, entre otras acciones que permitan el mejor desarrollo de estas.
11. Para asegurar que las Partes sean debidamente informadas de la realización de las audiencias, la Secretaría Arbitral enviará, con la debida anticipación, un correo electrónico con la citación a la audiencia virtual que deberá indicar: (i) el vínculo de conexión a la plataforma a emplearse; (ii) las instrucciones para la conexión; y (iii) la forma en que las Partes deben acreditar la identidad y la calidad en la que intervienen en la audiencia.
12. Previamente a la realización de la audiencia, las Partes deben enviar una lista de participantes, indicando el sustento de su participación y, de ser necesario, acreditando su representación a los correos electrónicos indicados en la regla N° 5 del séptimo fundamento de la Resolución.
13. El Tribunal Arbitral, como corresponde, fijará las reglas, así como los protocolos, que deben observarse para la realización de las audiencias.

III. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

8. El Tribunal Arbitral advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.
9. El Tribunal Arbitral deja expresa constancia de que en el proceso arbitral se ha actuado de conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 43° de la Ley de Arbitraje, en el que se señala que:

“El Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva, la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarias”.

IV. DEMANDA, AUDIENCIAS Y ACTUADOS ARBITRALES

10. Mediante escrito de 14 de diciembre de 2018, CONSORCIO presentó su demanda, siendo sus pretensiones las siguientes:

1.- Que, el Tribunal Arbitral declare **AMPLIADO EL PLAZO** solicitado por el contratista recurrente, como ampliación de ampliación de plazo N° 03, por 57 días calendario, desde el 12 de junio de 2017 al 07 de agosto de 2017, **POR CONSENTIMIENTO**, el mismo que fue solicitado mediante la **CARTA N° 036-2017 CONSORCIO VIAL THAMY/Ge**, el 09 de agosto de 2017.

2.- Que, a consecuencia de que se declare ampliado la solicitud de ampliación de plazo N° 03, la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MOROCOCHA** cumpla con el **PAGO POR MAYORES GASTOS GENERALES**, a nuestro favor por la suma de **S/. 159, 363.17 (CIENTO CINCUENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS SESENTA Y TRES Y 17/10 SOLES)** desde el **12 de junio del 2017 hasta el 03 de agosto del 2017** en que la entidad comunicó al contratista su decisión de resolver el contrato.

3.- Se deje sin efecto la penalidad por mora ascendente a **S/. 456,789.00 (CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL Y 00/100 SOLES)**, aplicada por la entidad demandada.

4.- Que se declare sin efecto la Resolución del contrato de Obra declarado por la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MOROCOCHA** mediante la **RESOLUCIÓN GERENCIAL N° 123-2017-GM/MDM**, notificada el **03 de agosto de 2017**, con la **CARTA N° 082-2017-GM/MDM, (ANEXO 1.G)**, y como consecuencia de ello, se disponga la continuidad de la ejecución de la obra.

5.- Que la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MOROCOCHA** Cumpla con honrar el pago de las **partidas ejecutadas valorizadas hasta el día 03 de agosto del 2017** en que la entidad decidió resolvernos el contrato de obra, constatado por la entidad en el **ACTA DE CONSTATAción E INVENTARIO DEL 15 DE AGOSTO DEL 2018**, por la suma de **S/. 533,619.36 (QUINIENTOS TREINTA Y TRES MIL SEISCIENTOS DIECINUEVE Y 36/100 SOLES)**, incluido IGV.

6.- Que el Tribunal Arbitral ordene a **LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MOROCOCHA**, Restablezca el statu quo de la siguiente Carta fianza de fiel cumplimiento, es decir devuelva a la entidad **FINANCIERA TFC S.A.** el importe total de la carta fianza ejecutada por la entidad:

Carta Fianza N° 130177, y sus renovaciones (Carta fianza N° 130177.1, Carta fianza N° 130177.2, Carta fianza N° 130177.3, Carta fianza N° 130177.4), emitidas por FINANCIERA TFC S.A., por el monto de S/. 456,789.00 como Garantía de Fiel Cumplimiento, para la ejecución de la Obra: "CREACION DEL SERVICIO DE TRANSITABILIDAD DESDE EL TRAMO 00+000 KM AL 02+400 KM DE LA CARRETERA PUCARA - NUEVA MOROCOCHA, DISTRITO DE MOROCOCHA -YAULI-JUNIN; TRAZO NUEVA CARRETERA PUCARA-NUEVA MOROCOCHA (00+000KM AL 1+240KM) DEL DISTRITO DE MOROCOCHA -YAULI-LA OROYA"

Devolución del importe de la carta fianza ejecutada que debe hacerse, y reestablecerse la vigencia de la citada Garantía, hasta la liquidación del contrato de obra, o hasta que esta quede consentida según corresponda de acuerdo al RLCE, debiendo el contratista mantener vigente la garantía con la renovación constantemente antes de su vencimiento.

7.- Que, la municipalidad emplazada reconozca y pague los gastos administrativos, los gastos correspondientes a los honorarios del arbitraje, los gastos generados por asesoramiento en que incurrió e incurrirá el consorcio Recurrente, el pago de las costas y costos, los cuales deberán ser saldados en su totalidad por la emplazada **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MOROCOCHA**, al tener razones suficientes para haber solicitado la presente conciliación.

11. Mediante Resolución N° 1 de 26 de diciembre de 2018, el Tribunal Arbitral identificó que la demanda fue presentada en oportunidad debida, pero al no haberse adjuntado algunos anexos, se otorgó un plazo adicional para estos efectos.

12. Mediante escritos del CONSORCIO de 20 y 22 de marzo de 2019, se cumplió con adjuntar los anexos propuestos en la demanda y, además, se subsanó un error en la liquidación de gastos generales presentados en la demanda.
13. Mediante Resolución N° 6 de 21 de mayo de 2019, el Tribunal Arbitral admitió a trámite la demanda.
14. Mediante Resolución N° 7 de 22 de julio de 2019, el Tribunal Arbitral dejó constancia que la MUNICIPALIDAD no contestó la demanda.
15. Al no haber hasta este momento cancelado los costos arbitrales, mediante Resolución N° 8 de 22 de julio de 2019, el Tribunal Arbitral dispuso suspender el arbitraje y otorgó plazo final para el pago respectivo.
16. Mediante Resolución N° 10 de 6 de enero de 2020, se levantó la suspensión del arbitraje.
17. Mediante escrito presentado el 24 de febrero de 2020, CONSORCIO modificó su sexta pretensión, con el siguiente tenor:

el Tribunal Arbitral ordene a **LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MOROCOCHA**, cumpla con mantener en una cuenta bancaria el importe de la siguiente **CARTA FIANZA DE FIEL CUMPLIMIENTO EJECUTADA:**

Carta Fianza N° 130177, y sus renovaciones (Carta fianza N° 130177.1, Carta fianza N° 130177.2, Carta fianza N° 130177.3, Carta fianza N° 130177.4), emitidas por FINANCIERA TFC S.A., por el monto de S/. 456,789.00 como Garantía de Fiel Cumplimiento, para la ejecución de la Obra: "CREACION DEL SERVICIO DE TRANSITABILIDAD DESDE EL TRAMO 00+000

KM AL 02+400 KM DE LA CARRETERA PUCARA - NUEVA MOROCOCHA, DISTRITO DE MOROCOCHA - YAULI-JUNIN; TRAZO NUEVA CARRETERA PUCARA-NUEVA MOROCOCHA (00+000KM AL 1+240KM) DEL DISTRITO DE MOROCOCHA - YAULI-LA OROYA"

Cuenta bancaria con el importe ejecutado que la Entidad demandada deberá mantener intangible hasta que la liquidación del contrato de obra quede consentido o en caso se haya practicado la liquidación final y se determine un saldo a favor del contratista y este someta a controversia la liquidación, la Entidad deberá devolver el importe de la garantía de fiel cumplimiento retenida en la cuenta bancaria.

18. Mediante Resolución N° 15 de 28 de febrero de 2020, se admitió a trámite la modificación de la demanda y se otorgó a la MUNICIPALIDAD plazo para que lo absuelva.
19. Debido a la emergencia sanitaria del COVID-19, este arbitraje estuvo suspendido por varios meses. Además, la MUNICIPALIDAD solicitó en varias oportunidades a este Colegiado que se mantuviera la suspensión debido, además, a que no se había designado a un nuevo procurador.

20. Mediante Resolución N° 19 de 26 de noviembre de 2020, se levantó la suspensión de este arbitraje.

21. Mediante Resolución N° 20 de 6 de enero de 2021, se establecieron los puntos controvertidos y se admitieron los medios probatorios, de la siguiente manera:

Primer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare ampliado el plazo solicitado por el CONSORCIO VIAL THAMY, como ampliación de plazo N° 03, por 57 días calendario, desde el 12 de junio de 2017 al 07 de agosto de 2017, por consentimiento, el mismo que fue solicitado mediante la Carta N° 036-2017 CONSORCIO VIAL THAMY/Ge, el 09 de agosto de 2017.

Segundo Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MOROCOCHA pagar por mayores gastos generales, a favor del CONSORCIO VIAL THAMY, la suma de S/. 159, 363.17 (Ciento cincuenta y nueve mil trescientos sesenta y tres con 17/100 soles) desde el 12 de junio del 2017 hasta el 03 de agosto del 2017.

Tercer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad por mora ascendente a S/. 456,789.00 (Cuatrocientos cincuenta y seis mil setecientos ochenta y nueve mil con 00/100 soles), aplicada por la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MOROCOCHA.

Cuarto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la resolución del contrato de obra declarado por la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MOROCOCHA mediante la Resolución General N° 123-2017-GM/MDM, notificada el 03 de agosto de 2017, con la Carta N° 082-2017-GM/MDM, (ANEXO 1.G), y como consecuencia de ello, se disponga la continuidad de la ejecución de la obra.

Quinto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MOROCOCHA pagar las partidas valorizadas hasta el día 03 de agosto del 2017, por la suma de S/.

533,619.36 (Quinientos treinta y tres mil seiscientos diecinueve con 36/100 soles) incluido IGV.

Sexto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MOROCOCHA, cumpla con mantener en una cuenta bancaria el importe ejecutado de la Carta fianza N° 130177, y sus renovaciones (Carta fianza N° 130177.1, Carta fianza N° 130177.2, Carta fianza N° 130177.3, Carta fianza N° 130177.4), emitidas por FINANCIERA TFC S.A., por el monto de S/. 456,789.00 como Garantía de Fiel Cumplimiento.

De otro lado, considerando lo dispuesto en el numeral 30 del Acta de Instalación del 16 de noviembre de 2018, el Tribunal Arbitral precisa a las partes que los medios de prueba presentados, al no haber sido cuestionados en su oportunidad, se encuentran incorporados a estos actuados.

22. Mediante Resolución N° 21 de 10 de febrero de 2021, con el acuerdo de las partes, se amplió el siguiente punto controvertido:

Séptimo Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad el pago de las costas y costos del presente proceso arbitral.

23. Ante el pedido de las partes, la Audiencia de Ilustración de Hechos fue reprogramada en varias oportunidades, llevándose adelante, con la participación de las dos partes, el 2 de junio de 2021. Al final de esta Audiencia, el Tribunal Arbitral otorgó a las partes un plazo final para que puedan ofrecer el mérito exclusivo de documentos.

24. Mediante escrito de 9 de junio de 2021, la MUNICIPALIDAD ofreció el mérito de prueba documental. Mediante escrito de 25 de junio de 2021, CONSORCIO se pronunció acerca de estos medios probatorios.

25. Mediante Resolución N° 24 de 1 de julio de 2021, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por la MUNICIPALIDAD, se cerró la etapa probatorios y se otorgó a las partes plazo para la presentación de sus alegatos escritos finales.

26. La MUNICIPALIDAD presentó sus alegatos escritos finales mediante escrito de fecha 15 de julio de 2021. El CONSORCIO hizo lo propio en la misma fecha.

27. El 10 de agosto de 2021, se llevó adelante la Audiencia de Informes Orales, con la participación de las dos partes.
28. Mediante Resolución N° 25 de 18 de agosto de 2021, se dispuso traer los actuados para laudar dentro del plazo de treinta (30) días hábiles, contado desde el día siguiente de notificada, prorrogable por treinta (30) días hábiles adicionales. El plazo original vencerá el próximo 30 de setiembre de 2021.
29. Por tanto, este Colegiado procede a laudar dentro del plazo reglamentario correspondiente.

CONSIDERANDO:

V. CUESTIONES PRELIMINARES

30. Antes de entrar a analizar las materias controvertidas, corresponde confirmar lo siguiente:
- Este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral celebrado entre las partes, la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aplicables y la Ley de Arbitraje.
 - CONSORCIO presentó su demanda dentro del plazo dispuesto y ejerció plenamente su derecho de defensa. La MUNICIPALIDAD fue debidamente emplazado con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa.
 - Las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar las pruebas ofrecidas oportunamente.
 - El Tribunal Arbitral ha realizado las Audiencias necesarias para que las partes sustenten en profundidad sus posiciones.
 - Las partes han tenido la facultad de presentar sus alegatos escritos e informar oralmente.
 - El Tribunal Arbitral está procediendo a laudar dentro del plazo dispuesto en el presente proceso arbitral.

VI. ANÁLISIS DE LA PRIMERA Y DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

1.- Que, el Tribunal Arbitral declare **AMPLIADO EL PLAZO** solicitado por el contratista recurrente, como ampliación de ampliación de plazo N° 03, por 57 días calendario, desde el 12 de junio de 2017 al 07 de agosto de 2017, **POR CONSENTIMIENTO**, el mismo que fue solicitado mediante la **CARTA N° 036-2017 CONSORCIO VIAL THAMY/Ge**, el 09 de agosto de 2017.

2.- Que, a consecuencia de que se declare ampliado la solicitud de ampliación de plazo N° 03, la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MOROCOCHA** cumpla con el **PAGO POR MAYORES GASTOS GENERALES**, a nuestro favor por la suma de **S/. 159, 363.17 (CIENTO CINCUENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS SESENTA Y TRES Y 17/10 SOLES)** desde el 12 de junio del 2017 hasta el 03 de agosto del 2017 en que la entidad comunicó al contratista su decisión de resolver el contrato.

Puntos controvertidos:

Primer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare ampliado el plazo solicitado por el **CONSORCIO VIAL THAMY**, como ampliación de plazo N° 03, por 57 días calendario, desde el 12 de junio de 2017 al 07 de agosto de 2017, por consentimiento, el mismo que fue solicitado mediante la Carta N° 036-2017 **CONSORCIO VIAL THAMY/Ge**, el 09 de agosto de 2017.

Segundo Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MOROCOCHA** pagar por mayores gastos generales, a favor del **CONSORCIO VIAL THAMY**, la suma de **S/. 159, 363.17 (Ciento cincuenta y nueve mil trescientos sesenta y tres con 17/10 soles)** desde el 12 de junio del 2017 hasta el 03 de agosto del 2017.

Posición del CONSORCIO

31. El **CONSORCIO** afirma que, conforme al **CONTRATO**, el plazo de ejecución inicial de la obra fue de 120 días calendario (Anexo 1.C de la demanda). El plazo inicial dio inicio el 15 de noviembre de 2016, pero debido a diversas circunstancias, como consta de la carta N° 038-2017-CCS&PAHAJEFÉ DE SUPERVISIÓN (Anexo 1-N de la demanda), se prorrogó su vigencia hasta el 12 de junio de 2017.
32. Luego afirma que debido a defectos del expediente técnico (estudios geotécnicos), ocurrieron deslizamientos de talud en la obra, lo que habría generado atrasos y afectación de la ruta pública, al no poderse ejecutar partidas como colocado de afirmado granular base y obras de arte (cunetas) al no contar con opinión técnica de la **MUNICIPALIDAD**, como consta de su solicitud de ampliación de plazo (Anexo 1.H de la demanda) notificada por vía notarial a la Supervisión el 9 de agosto de 2017.
33. Afirma además que se trata de una ampliación de plazo parcial.

34. También afirma que como la MUNICIPALIDAD resolvió de manera sorpresiva el CONTRATO el 3 de agosto de 2017, recién en ese momento se habría habilitado los 15 días para solicitar la ampliación de plazo parcial (artículo 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado). Además, conforme a esta norma, la solicitud se puede presentar después de concluido el plazo de ejecución contractual, siempre dentro de los 15 días de concluida la circunstancia invocada, lo que se habría seguido en este caso.
35. Por último, destaca que como la MUNICIPALIDAD no se pronunció, la solicitud se encuentra aprobada o consentida, conforme al marco normativo, como se le hizo saber mediante carta N° 39-2017-CONSORCIO VIAL THAMY/RL (Anexo 1.P de la demanda).
36. Como consecuencia de ello, el CONSORCIO afirma que su Segunda Pretensión Principal, referida a los gastos generales también resulta procedente.

Posición de la MUNICIPALIDAD

37. Esta parte afirma que la solicitud de ampliación de plazo N° 3 no ha cumplido con lo dispuesto por el Reglamento de Ley de Contrataciones del Estado, más precisamente el artículo 170.
38. Es más, el CONSORCIO no solicitó una ampliación de plazo, sino que simplemente corrió traslado de un informe de ampliación de plazo realizado por el Residente. Además, no se cuantifica y/o sustenta la solicitud.
39. Adicionalmente, la solicitud se presentó cuando el plazo de ejecución contractual ya había vencido el 24 de junio de 2017 y, cuando, además, el CONTRATO ya había sido resuelto.
40. También observa que la supuesta causal se referiría a una consulta efectuada al Supervisor en el Asiento N° 95 del Cuaderno de Obra de 13 de junio de 2017, la cual aparece que no fue absuelta por el Supervisor, habiendo tenido el CONSORCIO que acudir a la MUNICIPALIDAD, lo que no se hizo (artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado). Por tanto, la MUNICIPALIDAD no tenía como pronunciarse.
41. Además, los 15 días que la ley ordena para cuantificar la ampliación de plazo corren desde concluida la circunstancia invocada, lo que no es el 3 de agosto de 2017 como pretende el CONSORCIO.
42. También se afirma que para declarar procedente una ampliación de plazo, no es suficiente el acaecimiento de alguna de las causales del artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que modifique la Ruta Crítica, sino que el contratista también deberá observar las formalidades y procedimiento previstos en el artículo 170. Sin embargo, en la demanda se ha

presentado una programación GANTT donde se tiene incorporado partidas no contractuales y obviando partidas contractuales, no demostrando así el impacto a la ruta crítica.

43. Por último, observa que los gastos generales son consecuencia de la ampliación de plazo, que no procede en este caso.

Posición del Tribunal Arbitral

44. Lo primero que este Colegiado destaca, es que las partes han confirmado que las normas aplicables son la Ley N° 30225 (en adelante, LCE) y el Decreto Supremo N° 350-2015-EF (en adelante, RELCE).
45. En segundo lugar, las dos partes han confirmado que el plazo de ejecución del CONTRATO venció el 24 de junio de 2017.
46. Mediante carta N° 036-2017-CONSORCIO VIAL TAHMY/Ge de 9 de agosto de 2017 (Anexo 1.H de la demanda), el CONSORCIO solicitó la ampliación de plazo N° 3 por 57 días calendario (12 de junio al 7 de agosto de 2017) por defectos en el expediente técnico:

de 2017 al 07 de agosto de 2017, por defectos del expediente técnico considerando que durante la ejecución de la obra se presentaron deslizamientos de talud desde el Km 0+720 al Km 1+000 por las **deficiencias del expediente técnico** al no contar con los estudios geotécnicos correspondientes y así prevenir los acontecimientos suscitados **con tratamientos técnicos especiales en dicho tramo**. El suceso de este deslizamiento de talud perjudicó la ruta crítica de la obra al no poder ejecutar partidas dependientes tales como colocado de afirmado granular base en este kilometraje y obras de arte como cunetas; las cuales siguen paralizadas hasta la fecha al **no contar con opinión técnica por parte de la entidad**; entendiéndose que esta **ampliación de plazo es con causal abierta** es una PARCIAL de conformidad con lo dispuesto por el 5° párrafo del Art. 179 del RLCE.¹, considerando que esta

47. CONSORCIO afirma que conforme al artículo 170 del RELCE, ya no se requiere que la solicitud se sustente dentro del plazo de vigencia del contrato, sino que únicamente se exige que lo sea dentro de los 15 días hábiles de concluida la circunstancia invocada.
48. El CONSORCIO culmina afirmando que como la MUNICIPALIDAD no se pronunció, conforme a lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 170 del RELCE, se debe considerar ampliado el plazo por 57 días calendario.
49. En otras palabras, lo que el CONSORCIO solicita es que este Colegiado se pronuncie únicamente acerca de si aplica o no lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 170 del RELCE.

50. Sobre este particular, las normas aplicables son los artículos 169 y 170 del RELCE:

“Artículo 169.- Causales de ampliación de plazo

El contratista puede solicitar la ampliación de plazo pactado por cualquiera de las siguientes causales ajenas a su voluntad, 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. Cuando es necesario un plazo adicional para la ejecución de la prestación adicional de obra. En este caso, el contratista amplía el plazo de las garantías que hubiere otorgado.
3. Cuando es necesario un plazo adicional para la ejecución de los mayores metrados que no provengan de variaciones del expediente técnico de obra, en contratos a precios unitarios.

Artículo 170.- Procedimiento de ampliación de plazo

Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, el contratista, por intermedio de su residente debe anotar en el cuaderno de obra, el inicio y el final de las circunstancias que a su criterio determinen ampliación de plazo. **Dentro de los quince (15) días siguientes de concluida la circunstancia invocada, el contratista o su representante legal solicita, cuantifica y sustenta su solicitud de ampliación de plazo** ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente.

El inspector o supervisor emite un informe que sustenta técnicamente su opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remite a la Entidad y al contratista en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, contados desde el día siguiente de presentada la solicitud. La Entidad resuelve sobre dicha ampliación y notifica su decisión al contratista en un plazo máximo de diez (10) días hábiles, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe o del vencimiento del plazo, bajo responsabilidad. De no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo señalado, se tiene por aprobado lo indicado por el inspector o supervisor en su informe.

Si dentro del plazo de quince (15) días hábiles de presentada la solicitud, la entidad no se pronuncia y no existe opinión del supervisor o inspector, se considera ampliado el plazo solicitado por el contratista.

Cuando las ampliaciones se sustenten en causales que no correspondan a un mismo periodo de tiempo, sea este parcial o total, cada solicitud de ampliación de plazo debe tramitarse y resolverse independientemente.

En tanto se trate de circunstancias que no tengan fecha prevista de conclusión, hecho que debe ser debidamente acreditado y sustentado por el contratista de obra, y no se haya suspendido el plazo de ejecución contractual, el contratista puede solicitar y la Entidad otorgar ampliaciones de plazo parciales, a fin de permitir que el contratista valore los gastos generales por dicha ampliación parcial, para cuyo efecto se sigue el procedimiento antes señalado.

La ampliación de plazo obliga al contratista, como condición para el pago de los mayores gastos generales, a presentar al inspector o supervisor un calendario de avance de obra valorizado actualizado y la programación CPM correspondiente, considerando para ello solo las partidas que se han visto afectadas y en armonía con la ampliación de plazo concedida, en un plazo que no puede exceder de siete (7) días contados a partir del día siguiente de la fecha de notificación al contratista de la aprobación de la ampliación de plazo. El inspector o supervisor debe elevarlos a la Entidad, con los reajustes que puedan concordarse con el contratista, en un plazo máximo de siete (7) días, contados a partir del día siguiente de la recepción del nuevo calendario presentado por el contratista. En un plazo no mayor de siete (7) días, contados a partir del día siguiente de la recepción del informe del inspector o supervisor, la Entidad debe pronunciarse sobre dicho calendario, el mismo que, una vez aprobado, reemplaza en todos sus efectos al anterior.

De no pronunciarse la Entidad en el plazo señalado, se tiene por aprobado el calendario elevado por el inspector o supervisor.

(...)" (El énfasis es nuestro)

51. El CONSORCIO afirma que ha cumplido con este marco legal y que la MUNICIPALIDAD no se pronunció dentro del plazo establecido, ya que, aun cuando solicitó, sustentó y cuantificó la ampliación de plazo dentro de los 15 días hábiles de concluido el evento (en este caso una causal abierta según afirma), la MUNICIPALIDAD no manifestó su decisión.

52. ¿Cuándo afirma el CONSORCIO que concluyó el evento a efectos de contabilizar los 15 días hábiles que el RELCE exige para solicitar, sustentar y cuantificar la solicitud de ampliación de plazo?

53. El CONSORCIO lo sustenta así:

15. En nuestro caso, la causal invocada como ampliación de plazo, esto es los defectos del expediente técnico que ocasionaron la paralización de la ejecución de ciertas partidas por el deslizamiento del terreno, no había cesado, incluso no han cesado hasta la actualidad porque es una ampliación de plazo con causal abierta, sin embargo, considerando que la entidad de manera repentina decidió resolver el contrato mediante comunicación del 03 de agosto del 2017, es que a partir de esta fecha, contabilizamos los 15 días para solicitar nuestra ampliación de plazo N° 03, por lo que al haber presentado nuestra solicitud a la supervisión mediante carta notarial del 09 de agosto del 2017 (ANEXO 1.H), se entiende que hemos presentado nuestra solicitud dentro del término dispuesto por el RLCE.
54. Es decir, para el CONSORCIO la fecha de cierre de la causal abierta se habría dado el 3 de agosto de 2017, oportunidad en la que la MUNICIPALIDAD resolvió el CONTRATO.
55. Es recién días después de haberse resuelto el CONTRATO, que recién el CONSORCIO solicita, sustenta y cuantifica su solicitud de ampliación de plazo N° 3.
56. Para cuando el CONSORCIO realiza esta solicitud, el CONTRATO ya se encontraba resuelto.
57. Siendo que el CONTRATO ya había sido resuelto, no es legal ni contractualmente posible solicitar ninguna ampliación de plazo, simplemente porque el CONTRATO ya ha dejado de existir.
58. Es más, no es legal y contractualmente viable pretender que, aun cuando el CONTRATO está resuelto, la contraparte (en este caso, la MUNICIPALIDAD) se pronuncie acerca del pedido de la ampliación de plazo N° 3 y, además, se le aplique la sanción dispuesta en el tercer párrafo del artículo 170 del RELCE.
59. El CONTRATO se encontraba resuelto, la MUNICIPALIDAD no tenía contractual ni legalmente nada de qué pronunciarse acerca de la ejecución contractual.
60. Por tanto, esta primera pretensión es INFUNDADA.
61. Respecto de la segunda pretensión, referida a los gastos generales, esta sigue la suerte de su antecesora, ya que si no se ha reconocido la existencia de una ampliación de plazo, no cabe reconocer gastos generales.

VII. ANÁLISIS DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

3.- Se deje sin efecto la penalidad por mora ascendente a S/. 456,789.00 (CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL Y 00/100 SOLES), aplicada por la entidad demandada.

Punto controvertido:

Tercer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad por mora ascendente a S/. 456,789.00 (Cuatrocientos cincuenta y seis mil setecientos ochenta y nueve mil con 00/100 soles), aplicada por la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MOROCOCHA.

Posición del CONSORCIO

62. Esta parte afirma que mediante carta N° 038-2017-CCS&PAHAJEFE DE SUPERVISIÓN, el Supervisor de la obra comunicó al CONSORCIO que tenía un supuesto retraso injustificado y le comunicó la aplicación de penalidades por mora por la suma de S/ 456,789.00 (Anexo 1.N de la demanda).
63. El 3 de agosto de 2017, la MUNICIPALIDAD mediante Carta N° 082-2017-GM/MDM hace saber al CONSORCIO el contenido de la Resolución Gerencial N° 123-2017-GM/MDM, con la que se aplica una penalidad por mora al CONSORCIO por la suma de S/ 456,789.00 y, como consecuencia de ello, resuelve el CONTRATO (Anexo 1.D de la demanda).
64. El CONSORCIO afirma que la solicitud de ampliación de plazo N° 3 por 57 días calendario ha sido aprobado por consentimiento negativo, por lo que no existe razón para que la MUNICIPALIDAD le aplique una penalidad por mora.
65. En todo caso, el CONSORCIO afirma que ha probado que el mayor tiempo transcurrido (atraso) en la ejecución de la obra hasta el momento de la resolución contractual, no le resulta imputable, toda vez que el atraso obedeció a defectos del Expediente Técnico que afectaron la ruta crítica de la obra, como consta en la fundamentación de la solicitud de ampliación de plazo N° 3 (Anexo 1.H de la demanda).

Posición de la MUNICIPALIDAD

66. Esta parte destaca que a través de la carta N° 038-2017-CCS&PAHATEFE DE SUPERVISION de 13 de julio de 2017, el Supervisor hace saber al CONSORCIO que desde el 24 de junio de 2017, fecha de conclusión para la

ejecución de obra y hasta el 12 de julio de 2017, en 18 días ha acumulado el máximo del 10% de penalidad por mora por retraso injustificado de ejecución de obra (numeral 2.0 de las penalidades del CONTRATO).

67. Insiste además que el plazo contractual ya había concluido el 24 de junio de 2017, pero la solicitud de ampliación de plazo se formalizó el 9 de agosto de 2017. Entre esas fechas la ejecución de la obra estaba atrasada y solo cuando se le informa al CONSORCIO que estaba en mora, decide tramitar una presunta ampliación de plazo, cuando ya inevitablemente se había producido la acumulación de penalidad por mora.
68. Además, no se ha cumplido con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 133 del Reglamento de Ley de Contrataciones del Estado, porque ya se habían vencido todos los plazos para la ejecución de la obra. En este orden la contratista no ha acreditado de modo objetivo y sustentado que el mayor tiempo no le resulta imputable. La sola presentación de la carta N° 034-2017-CONSORCIO VIAL THAMY/HEBC-RL, mediante la cual solicita la absolución de consultas referidas al expediente técnico, no justifica lo objetivamente sustentado, como requisito para evitar la aplicación de penalidades; más aún que el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, regula el procedimiento en estos casos, a fin de evitar las demoras que afecten el normal desarrollo en la ejecución del proyecto.

Posición del Tribunal Arbitral

69. El primer argumento del CONSORCIO consiste en afirmar que la solicitud de ampliación de plazo N° 3 por 57 días calendario ha sido aprobado por consentimiento negativo, por lo que no existe razón para que la MUNICIPALIDAD le aplique una penalidad por mora.
70. Como este Colegiado ya se ha pronunciado, declarando infundada la primera pretensión del CONSORCIO, este argumento no se sostiene.
71. El segundo argumento del CONSORCIO, es que habría probado que el mayor tiempo transcurrido (atraso) en la ejecución de la obra hasta el momento de la resolución contractual, no le resulta imputable, toda vez que el atraso obedeció a defectos del Expediente Técnico que afectaron la ruta crítica de la obra, como consta en la fundamentación de la solicitud de ampliación de plazo N° 3 (Anexo 1.H de la demanda).
72. Sobre este particular, lo primero que este Colegiado observa, es que el Supervisor, a través de la carta N° 038-2017-CCS&PAHATEFE DE SUPERVISION de 13 de julio de 2017, hizo saber al CONSORCIO que desde el 24 de junio de 2017, fecha de conclusión para la ejecución de obra y hasta el 12 de julio de 2017, en 18 días había acumulado el máximo del 10% de penalidad por mora por retraso injustificado de ejecución de obra.

73. Habiendo el CONSORCIO acumulado el máximo de penalidad por mora conforme a lo dispuesto en el artículo 133 del RELCE, que no ha sido discutido por el CONSORCIO en este arbitraje, la MUNICIPALIDAD, conforme nuevamente a lo dispuesto en el artículo 135 inciso 2) del RELCE, procedió a resolver el CONTRATO.

74. El último párrafo del artículo 133 del RELCE dispone que:

“Se considera justificado el retraso, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable.”

Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo”. (El énfasis es nuestro)

75. En este caso, el CONSORCIO afirma que ha acreditado “de modo objetivamente sustentado” que el mayor tiempo transcurrido entre el 25 de junio de 2017 hasta el 12 de julio de agosto de 2017 (oportunidad en la que acumuló el máximo de penalidad por mora en la ejecución de la prestación) no le resulta imputable, a partir de lo siguiente:

atrasos en la obra, respecto al cual, con nuestra **CARTA N° 034- 2017 CONSORCIO VIAL THAMY/HEBC-RL**, dirigida a la entidad, replicamos que el sustento de nuestra ampliación de plazo 03, así reiteramos a la entidad contratante que en la progresiva 0+700 km al 0+100 km, en el sentido Morococha a Pontón, se presentaron deslizamientos por la inestabilidad del terreno que impide la realización de trabajos y **que se ha solicitado la absolución consultas para levantar estos defectos del expediente técnico** y que tanto la entidad como la supervisión a la fecha no levantaban estas consultas, hecho que a causado la inejecución de ciertas partidas involucradas, el cual justifica el atraso.

25. Estos hechos Han sido registraos en nuestra solicitud de ampliación de plazo N° 03 (**ANEXO 1.H**), donde se ha registrado las anotaciones correspondientes en el cuaderno de obra, lo que se replican para el sustento de la presente pretensión, y qué al no haberse la entidad ni la supervisión absuelto las consultas para continuar ejecutando estas partidas, justifican que no podamos concluir la obra dentro del plazo contractual, al estar Paralizada parcialmente la obra, lo que acredita que, el mayor tiempo transcurrido no nos resulta imputable, por tanto

76. Conforme a la LCE y al RELCE, vencido el plazo de ejecución del CONTRATO, inmediatamente el CONSORCIO incurrió en mora automática en el cumplimiento de sus prestaciones.

77. Es por ello que, corresponde exclusivamente al CONSORCIO, la carga de la prueba de demostrar “de modo objetivamente sustentado”, que el retraso no le resulta imputable.
78. Sin embargo, el CONSORCIO no ha asumido su carga probatoria y menos ha demostrado “de modo objetivamente sustentado”.
79. En efecto, su sustento (si alguno) se basa en dos cartas remitidas a la MUNICIPALIDAD que únicamente argumentan la posición del CONSORCIO, pero que no sustentan objetivamente la no imputabilidad del retraso.
80. Por tanto, esta pretensión debe ser declarada infundada.

VIII. ANÁLISIS DE LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

4.- Que se declare sin efecto la Resolución del contrato de Obra declarado por la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MOROCOCHA** mediante la **RESOLUCIÓN GERENCIAL N° 123-2017-GM/MDM**, notificada el **03 de agosto de 2017**, con la **CARTA N° 082-2017-GM/MDM, (ANEXO 1.G)**, y como consecuencia de ello, se disponga la continuidad de la ejecución de la obra.

Punto controvertido:

Cuarto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la resolución del contrato de obra declarado por la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MOROCOCHA mediante la Resolución General N° 123-2017-GM/MDM, notificada el 03 de agosto de 2017, con la Carta N° 082-2017-GM/MDM, (ANEXO 1.G), y como consecuencia de ello, se disponga la continuidad de la ejecución de la obra.

Posición del CONSORCIO

81. El CONSORCIO afirma que la MUNICIPALIDAD decidió resolver el CONTRATO, debido a: (i) aplicación máxima de penalidad; y (ii) porque el CONSORCIO tiene insolvencia económica.
82. Sobre (i), el CONSORCIO considera que no existió atraso alguno debido a que la ampliación de plazo N° 3 está aprobada y, en todo caso, no existía razón alguna para imponerle penalidad por mora, porque la demora no le resultaba imputable. Por tanto, no correspondía resolver el CONTRATO por esta causal.
83. Respecto a (ii), el CONSORCIO afirma que la MUNICIPALIDAD debió requerirla previamente.

84. Además, la MUNICIPALIDAD resolvió el CONTRATO mediante carta simple y no por conducto notarial como lo ordena el artículo 136 del RELCE.

Posición de la MUNICIPALIDAD

85. La MUNICIPALIDAD considera que la notificación de la Resolución Gerencial N° 123-2017-GM/MDM con Carta N° 082-2017-GM/MDM de fecha 3 de agosto de 2017 ha sido válido toda vez que el contratista ha tenido conocimiento de la resolución del CONTRATO; prueba de ello es que el contratista ha sometido a resolución de controversias, así mismo ha dado por válido dicho documento, cuando el demandante utiliza la resolución del CONTRATO para establecer como fecha de fin de la causal para cuantificar su ampliación de plazo N° 3, así como para cuantificar los mayores gastos generales.

86. Además, al haber transcurrido el plazo contractual sin que la obra haya concluido en el plazo contractual, correspondía aplicarse la penalidad por mora y, al arribarse al máximo dispuesto en la Ley, para resolver no se necesitaba un requerimiento previo (artículo 136 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado)

87. Respecto a la afirmación del CONSORCIO que la resolución del CONTRATO se tramitó mediante carta simple, la MUNICIPALIDAD destaca que en el distrito de Morococha no existe notario público, por lo que quien hace las veces de tal es el Juez de Paz, conforme ha sido regulado por el artículo 17 de la Ley N° 29824, Ley de Justicia de Paz, quien ha diligenciado la carta.

88. Además, la comunicación mediante la vía notarial tiene solo efecto comunicativo o de notificación, a fin de poner en conocimiento de la decisión de la entidad municipal, no así para otorgarle validez a la decisión de la entidad municipal; cuanto más cuando se ha comunicado el acto resolutorio de la entidad.

Posición del Tribunal Arbitral

89. El CONSORCIO afirma que la MUNICIPALIDAD decidió resolver el CONTRATO, debido a: (i) aplicación máxima de penalidad; y (ii) porque el CONSORCIO tiene insolvencia económica.

90. En la Resolución Gerencial N° 123-2017-GM/MDM de 1 de agosto de 2017, mediante la cual se resuelve el CONTRATO, se señala expresamente que:

Que, el artículo 165 del Reglamento regula la penalidad por mora de la siguiente manera: "En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso,(...) Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta.", así mismo el propio artículo 165 del Reglamento precisa que la Entidad solo podrá aplicar la penalidad por mora hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente. En relación con lo señalado, el artículo 168 del Reglamento establece que cuando el contratista haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, la Entidad podrá resolver el contrato, dejando sin efecto las obligaciones de las partes.

91. No existe pues duda en este Colegiado, que la MUNICIPALIDAD resolvió el CONTRATO por haber el CONSORCIO acumulado el máximo de penalidad por mora en la prestación, conforme a lo dispuesto en la parte pertinente del artículo 136 del RELCE:

"(...) La Entidad puede resolver el contrato sin requerir previamente el cumplimiento al contratista, cuando se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En estos casos, basta comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato (...)"

92. Debe tenerse presente, además, que este Colegiado ha desestimado la pretensión primera del CONSORCIO y no ha reconocido la existencia de una ampliación de plazo N° 3 por 57 días calendario. Por tanto, al momento que la MUNICIPALIDAD resolvió el CONTRATO, el CONSORCIO había superado largamente el máximo de penalidad por mora.

93. Por otro lado, el CONSORCIO afirma que el tiempo transcurrido entre el vencimiento del plazo contractual (24 de junio de 2017) y la fecha en la que se notifica la resolución del CONTRATO (3 de agosto de 2017), el retraso se encontraría justificado.

94. Sobre este particular, este Colegiado a propósito de la tercera pretensión principal del CONSORCIO ha desestimado este argumento.

95. Resta por analizar un último argumento del CONSORCIO, que es el referido a que la MUNICIPALIDAD resolvió el CONTRATO mediante carta simple y no por conducto notarial como lo ordena el artículo 136 del RELCE.

96. Sobre este particular, la MUNICIPALIDAD ha afirmado que en el distrito de Morococha no existe notario, por lo que la carta se tramitó por el Juez de Paz, conforme al artículo 17 de la Ley N°29824, Ley de Justicia de Paz.

97. Si bien, este marco legal ampara el argumento de la MUNICIPALIDAD y el CONSORCIO no ha negado tal afirmación, este Colegiado observa que en la copia de la Resolución Gerencial N° 123-2017-GM/MDM presentado tanto por el CONSORCIO (Anexo 1.D de la demanda) y por la MUNICIPALIDAD (Anexo B-13 del escrito de 9 de junio de 2021), no consta que la misma haya sido diligenciada por un Juez de Paz.

98. Sin perjuicio de ello, este Colegiado considera que la falta de diligenciamiento por la vía notarial no vicia el acto.

99. Dicho requisito es para garantizar la prueba del acto, pero se convalida cuando el receptor, en este caso, el CONSORCIO, confirma, como de hecho ha sucedido en este caso, que efectivamente recepcionó la comunicación de la MUNICIPALIDAD resolviendo el CONTRATO el 3 de agosto de 2017.

100. Es más, el propio CONSORCIO pretendió sustentar su pedido de ampliación de plazo N° 3 (más precisamente el plazo de 15 días hábiles para solicitar y sustentar dicho pedido) a partir justamente del 3 de agosto de 2017, fecha en la que reconoció haber recibido la comunicación resolviendo el CONTRATO.

101. En consecuencia, y a falta de disposición expresa y particular contenida en la LCE y en el RELCE, este Colegiado considera que resultan aplicables a este caso, lo dispuesto en los artículos 14.2.3 y 15 de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General:

“(…) 14.2 Son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, los siguientes:

(…)

14.2.3 El acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado.

Artículo 15.- Independencia de los vicios del acto administrativo

Los vicios incurridos en la ejecución de un acto administrativo, o en su notificación a los administrados, son independientes de su validez”.

102. En base a estos argumentos, corresponde declarar infundada esta pretensión.

IX. ANÁLISIS DE LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

5.- Que la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MOROCOCHA Cumpla con honrar el pago de las partidas ejecutadas valorizadas hasta el día 03 de agosto del 2017 en que la entidad decidió resolernos el contrato de obra, constatado por la entidad en el ACTA DE CONSTATAción E INVENTARIO DEL 15 DE AGOSTO DEL 2018, por la suma de S/. 533,619.36 (QUINIENTOS TREINTA Y TRES MIL SEISCIENTOS DIECINUEVE Y 36/100 SOLES), incluido IGV.

Punto controvertido:

Quinto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MOROCOCHA pagar las partidas valorizadas hasta el día 03 de agosto del 2017, por la suma de S/. 533,619.36 (Quinientos treinta y tres mil seiscientos diecinueve con 36/100 soles) incluido IGV.

Posición del CONSORCIO

103. El CONSORCIO afirma que existen partidas ejecutadas y valorizadas hasta el 3 de agosto de 2017, por la suma de S/ 533,619.33, de acuerdo a la prueba presentada en su escrito N° 4.
104. Luego, afirma que la liquidación que ha presentado la MUNICIPALIDAD no cumpliría lo dispuesto en el artículo 179 del RELCE, ya que existen controversias pendientes de resolver.
105. Además, se afirma que la MUNICIPALIDAD no ha propuesto defensa contra su pretensión.

Posición de la MUNICIPALIDAD

106. La MUNICIPALIDAD afirma que funcionarios de la anterior administración realizaron una liquidación parcial de corte, tal y como ha sido señalado en la ilustración de hechos, hecho totalmente distinto a la liquidación de contrato que señala el artículo 179 del RELCE, con el fin de efectuar la constatación física de la obra, así como los gastos financieros incurridos hasta la fecha de la notificación de la resolución de contrato, documento en el cual se establece que se tiene saldo a cargo del contratista por la suma de S/ 1,649,004.52, del cual se tiene establecido pagos en demasía en las valorizaciones pagadas por la suma de S/ 946,618.28, saldo de amortización por adelantos tanto el directo como en materiales por la suma de S/ 702,326.24. y obra valorizada realmente ejecutada por S/ 7,280,124.24 y se tiene pagado la suma de S/ 2,929,128.76.
107. Por otro lado, confirma que en la entidad no obra trámite alguno de valorización de obra pendiente de pago, por lo que no corresponde al Tribunal Arbitral haga las veces de Supervisor y de la Entidad para verificar las partidas

"VALORIZADAS HASTA EL 3 DE AGOSTO DE 2017 y menos aún obligue su pago.

108. Reitera que no se ha cumplido con el trámite correspondiente y no ha sido materia de verificación alguna de parte de la Entidad.

Posición del Tribunal Arbitral

109. El artículo 177 del RELCE dispone lo siguiente:

“Artículo 177.- Resolución del Contrato de Obras

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 debe 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 y el supervisor o inspector, según corresponda, se reúnen en presencia de notario o juez de paz, **y se debe levantar un acta donde se detallan los avances de obra realmente ejecutados, así como realizar el inventario de materiales, insumos, equipamientos o mobiliarios respectivos en el almacén de obra**. Si alguna de las partes no se presenta, la otra lleva adelante la constatación e inventario y levanta el acta, documento que tiene pleno efecto legal.

Culminado este acto, la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad y se **procede a su liquidación**.

(...)”. (En énfasis es nuestra)

110. El CONSORCIO ampara esta pretensión, en lo siguiente:

39. Esta ACTA DE CONSTATACIÓN E INVENTARIO ha sido levantada por La Entidad, conforme a la copia del acta que debe requerirle su colegiado, y es en atención a ello que estamos presentando ante vuestro despacho, LAS PARTIDAS EJECUTADAS VALORIZADAS HASTA EL DÍA 03 DE AGOSTO DEL 2017 EN QUE LA ENTIDAD DECIDIÓ RESOLVERNOS EL CONTRATO DE OBRA, constatado en el ACTA DE CONSTATACIÓN E INVENTARIO DEL 15 DE AGOSTO DEL 2018, por lo que se debe ordenar a la entidad nos pague la suma de S/. 533,619.36 (QUINIENTOS TREINTA Y TRES MIL SEISCIENTOS DIECINUEVE Y

111. Según el CONSORCIO, a partir del Acta de Constatación e Inventario que se levantó luego de la resolución del CONTRATO, existirían partidas ejecutadas hasta el 3 de agosto de 2017, que este Colegiado debería disponer su pago.

112. No se está pues frente a valorizaciones (que se tramitan durante la ejecución del CONTRATO), sino, al parecer, partidas que habrían sido valorizadas ni pagadas que constarían en el Acta de Constatación e Inventario.
113. Si efectivamente, como afirma el CONSORCIO, existen partidas ejecutadas que no han sido valorizadas, corresponde, conforme a lo dispuesto en el artículo 177 del RELCE que sean consideradas en la Liquidación del CONTRATO.
114. Por tanto, no corresponde que, previo a la Liquidación, se ordene el pago de partidas, salvo que estuvieran contenidas en valorizaciones, lo que no es el caso.
115. En consecuencia, esta pretensión es infundada.

X. ANÁLISIS DE LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

6.- Que el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MOROCOCHA, cumpla con mantener en una cuenta bancaria el importe de la siguiente CARTA FIANZA DE FIEL CUMPLIMIENTO EJECUTADA:

- **Carta Fianza N° 130177, y sus renovaciones (Carta fianza N° 130177.1, Carta fianza N° 130177.2, Carta fianza N° 130177.3, Carta fianza N° 130177.4), emitidas por FINANCIERA TFC S.A., por el monto de S/. 456,789.00 como Garantía de Fiel Cumplimiento, para la ejecución de la Obra: "CREACION DEL SERVICIO DE TRANSITABILIDAD DESDE EL TRAMO 00+000 KM AL 02+400 KM DE LA CARRETERA PUCARA - NUEVA MOROCOCHA, DISTRITO DE MOROCOCHA -YAULI-JUNIN; TRAZO NUEVA CARRETERA PUCARA-NUEVA MOROCOCHA (00+000KM AL 1+240KM) DEL DISTRITO DE MOROCOCHA - YAULI-LA OROYA"**

Cuenta bancaria con el importe ejecutado que la Entidad demandada deberá mantener intangible hasta que la liquidación del contrato de obra quede consentido o en caso se haya practicado la liquidación final y se determine un saldo a favor del contratista y este someta a controversia la liquidación, la Entidad deberá devolver el importe de la garantía de fiel cumplimiento retenida en la cuenta bancaria.

Punto controvertido:

Sexto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MOROCOCHA, cumpla con mantener en una cuenta bancaria el importe ejecutado de la Carta fianza N° 130177, y sus renovaciones (Carta fianza N° 130177.1, Carta fianza N° 130177.2, Carta fianza N° 130177.3, Carta fianza N° 130177.4), emitidas por

FINANCIERA TFC S.A., por el monto de S/. 456,789.00 como Garantía de Fiel Cumplimiento.

Posición del CONSORCIO

116. El CONSORCIO identifica que entregó la carta fianza N° 130177, como garantía de fiel cumplimiento (Anexo 1.E de la demanda), la cual fue renovada (Anexo 1.F de la demanda).
117. Luego afirma que la MUNICIPALIDAD habría ejecutado indebidamente la carta fianza, conforme a la carta notarial N° 084-2017-GM/MDM de 7 de agosto de 2017 (Anexo 1.K de la demanda), porque la resolución del CONTRATO no estaría consentida.
118. En conclusión, como la ejecución de la carta fianza habría sido temeraria, se tiene que garantizar que el monto ejecutado se mantenga en una cuenta intangible hasta la liquidación de la obra.

Posición de la MUNICIPALIDAD

119. Esta parte considera que no es posible materialmente la devolución de la carta fianza y sus renovaciones a la Financiera TFC.
120. Además, el tribunal arbitral deberá valorar la idoneidad de los documentos presentados en la demanda arbitral.

Posición del Tribunal Arbitral

121. Lo primero que este Colegiado destaca, es que la pretensión del CONSORCIO se reduce a solicitar que el Tribunal Arbitral ordene a la MUNICIPALIDAD que mantenga en una cuenta bancaria el importe ejecutado de la Carta fianza N° 130177, y sus renovaciones (Carta fianza N° 130177.1, Carta fianza N° 130177.2, Carta fianza N° 130177.3, Carta fianza N° 130177.4), emitidas por FINANCIERA TFC S.A., por el monto de S/. 456,789.00 como Garantía de Fiel Cumplimiento.
122. No es pues objeto de análisis si la ejecución de la carta fianza realizada por la MUNICIPALIDAD fue o no correcta.
123. Por tanto, para verificar si es que lo solicitado por el CONSORCIO se encuentra o no arreglado a derecho, este debería estar sustentado en alguna disposición de la LCE o en el RELCE.

124. Sin embargo, el CONSORCIO no ha sustentado en norma alguna su pedido y este Colegiado no ha identificado norma alguna contenida en la LCE o en el RELCE que sustente el pedido del CONSORCIO.
125. En consecuencia, esta pretensión es infundada.

XI. DISTRIBUCIÓN DE LOS HONORARIOS DEL TRIBUNAL, LOS GASTOS ADMINISTRATIVOS Y LOS GASTOS LEGALES

126. Corresponde, finalmente, que este Colegiado se pronuncie acerca de las costas y costos de este arbitraje, que han sido reclamados como Séptima Pretensión por el CONSORCIO (la MUNICIPALIDAD en sus alegatos escritos finales solicita que sean imputadas a su contraparte), cuando lo que corresponde es que estos conceptos sean considerados por este Colegiado en el Laudo, conforme a las disposiciones contenidas en la Ley de Arbitraje.
127. Sobre este particular, lo primero que este Colegiado observa, es que en el convenio arbitral no existe pacto acerca de las costas y costos del arbitraje.
128. Por su parte, el artículo 73° de la Ley de Arbitraje establece que los “costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.
129. El Tribunal Arbitral, atendiendo a que la demanda planteada por el CONSORCIO ha sido desestimada en su totalidad, considera que corresponde al CONSORCIO asumir el cien por ciento (100%) de los honorarios del Tribunal y de la Secretaría Arbitral. En todo caso, este Colegiado observa que el CONSORCIO canceló, en su momento el cien por ciento (100%) de estos costos, razón por la cual no corresponde disponer nada adicional.
130. Fuera de estos conceptos, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los gastos o costos que sufrió; esto es, que cada parte asuma los gastos, costos y costas en que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente arbitraje, como son los honorarios de sus abogados, entre otros.

XII. PARTE RESOLUTIVA

131. El Tribunal Arbitral deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en el artículo 43° de la LEY DE ARBITRAJE y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su

convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.

132. Por las razones expuestas, estando a los considerandos glosados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49° y 50° de la LEY DE ARBITRAJE, y estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, este Tribunal Arbitral, en DERECHO,

LAUDA:

PRIMERO.- Declarar **INFUNDADAS** la Primera y Segunda Pretensión Principal de la demanda del CONSORCIO.

SEGUNDO.- Declarar **INFUNDADA** la Tercera Pretensión Principal de la demanda del CONSORCIO.

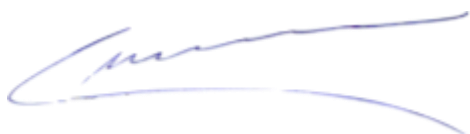
TERCERO.- Declarar **INFUNDADA** la Cuarta Pretensión Principal de la demanda del CONSORCIO.

CUARTO.- Declarar **INFUNDADA** la Quinta Pretensión Principal de la demanda del CONSORCIO.

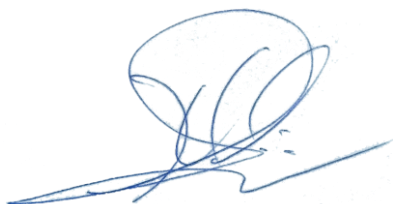
QUINTO.- Declarar **INFUNDADA** la Sexta Pretensión Principal de la demanda del CONSORCIO.

SEXTO.- DISPONER que el CONSORCIO asuma el cien por ciento (100%) de los honorarios del Tribunal Arbitral y del secretario arbitral. Fuera de estos conceptos, cada parte asumirá los gastos o costos que sufrió; esto es, cada parte asumirá los gastos, costos y costas que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios de sus abogados, entre otros.

SÉTIMO.- Habiendo el Poder Ejecutivo ampliado el plazo de la emergencia sanitaria del COVID-19, el Tribunal Arbitral dispone que este Laudo será notificado a las partes por la vía virtual.



FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY
Presidente del Tribunal Arbitral



NILTON CÉSAR SANTOS ORCÓN

Árbitro



JORGE PEDRO MORALES MORALES

Árbitro

