

Tribunal Árbitral:
Juan Manuel Fiestas Chunga
Daniel Triveño Daza
Javier Salazar Soplapuco

LAUDO DE DERECHO E INSTITUCIONAL

RESOLUCIÓN NÚMERO 23

Ayacucho, 18 de noviembre de 2022.

Demandante:

CONSORCIO MANITEA

En adelante, "DEMANDANTE" o "CONSORCIO" o "CONTRATISTA"

Demandado:

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE KIMBIRI

En adelante, "DEMANDADA" o "ENTIDAD".

Tribunal Arbitral:

Juan Manuel Fiestas Chunga (Presidente)

Daniel Triveño Daza

Javier Martín Salazar Soplapuco

Secretaría Arbitral:

María Alejandra Paz Hoyle.



I. **CONVENIO ARBITRAL**

“CLÁUSULA DÉCIMO OCTAVA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 122, 146, 152, 168, 170, 177, 178, 179 y 180 del Reglamento de la ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el inciso 45.2 del artículo 45.2 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.

El arbitraje será institucional y resuelto por TRIBUNAL ARBITRAL, conformado por tres (03) árbitros.

Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 183 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

El Laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el inciso 45.8 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado”.



II. **ACTUACIONES ARBITRALES**

1. Con fecha 4 de enero de 2021, mediante Resolución No. 1 se tuvo por instalado el Tribunal Arbitral conformado por los Drs. Juan Manuel Fiestas Chunga, Daniel Triveño Daza y Javier Salazar Soplapuco, de conformidad con las normas del Reglamento Procesal de Arbitraje 2020 de del Centro de Arbitraje “ARBITRARE” de ARBITRARE SOLUCIONES LEGALES Y ARBITRALES S.A.C.

2. El 27 de enero de 2021, el Consorcio presentó su demanda arbitral, subsanada mediante escrito presentado el 09 de febrero de 2021. Las pretensiones demandadas por el Consorcio son las siguientes:

PRIMERA. Que el tribunal deje sin efecto la resolución de la Gerencia Municipal N° 502-2020-MDK/GM notificada mediante carta notarial N° 014-2020-GMMDK/LC el día 05 de octubre del 2020 que dispone resolver el contrato como consecuencia de la cancelación de la intervención económica de la obra, incumplimientos de la obligaciones contractuales y acumulación máxima de penalidad por mora.

SEGUNDA: Que el tribunal declare que la imposibilidad de ejecutar la prestación a cargo del Consorcio Manitea es imputable a la Municipalidad de Kimbiri, como consecuencia de ello que el contrato queda resuelto de pleno derecho.

TERCERA: Que se condene a la Entidad al pago de los costos arbitrales, los cuales incluirán los honorarios arbitrales y de administración arbitral, de asesoría legal, por gastos financieros; más los intereses que se devenguen hasta la ejecución final del laudo. El monto de los gastos los estimamos en S/. 30,000.00, con cargo a precisar el monto al momento de presentar la demanda.



3. El Tribunal Arbitral, mediante Resolución N° 04, admitió a trámite la demanda y dispuso correr traslado de la misma a la demandada para que, en el plazo de diez (10) días hábiles, la conteste.
4. El 25 de febrero de 2021, el Demandado presentó su escrito de contestación de demanda, y formuló reconvención.
5. Mediante Resolución N° 5 el Tribunal Arbitral dispuso tener por contestada la demanda, y correr traslado de la reconvención. Además, dispuso liquidaciones separadas de los gastos arbitrales.
6. El 23 de marzo de 2021 el Demandante presentó su escrito de absolución de la reconvención planteada por la Entidad.

7. A través de la Resolución N° 6, el tribunal arbitral tuvo por contestada la reconvencción, suspendió el proceso arbitral por falta de pago de los gastos arbitrales, dejó constancia que, dentro del plazo de suspensión, el CONSORCIO MANITEA y la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE KIMBIRI, deben acreditar el pago total de los gastos arbitrales pendientes, y se dejó constancia que en caso una de las partes no cumpla con su obligación, Tribunal podrá disponer el archivo de la demanda o de la reconvencción, según sea el caso.

8. Mediante Resolución N° 7, de fecha abril del 2021, el tribunal arbitral levantó la suspensión del arbitraje, dejó constancia del pago del cincuenta por ciento de los gastos arbitrales que son de cargo del demandante; aprobó a solicitud de este último un calendario para el pago del otro cincuenta por ciento de cargo del demandante y para el pago del cien por ciento de los gastos arbitrales provenientes de la reconvencción. Asimismo, fijó los siguientes puntos controvertidos:

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la Resolución Gerencial N° 502-2020-MDK/GM notificada mediante carta notarial N° 014-2020-GM-MDK/LC el día 05 de octubre de 2020 que dispone resolver el contrato como consecuencia de la cancelación de la intervención económica de la obra, incumplimiento de obligaciones contractuales y acumulación máxima de penalidad por mora (PRIMERA PRETENSION DE LA DEMANDA).

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde que el tribunal declare que la imposibilidad de ejecutar la prestación a cargo del Consorcio Manitea es imputable a la Municipalidad de Kimbiri, como consecuencia de ello que el contrato queda resuelto de pleno derecho

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad al pago de los costos arbitrales los cuales incluirán los honorarios arbitrales y de administración arbitral, de asesoría legal, por gastos financieros; más los intereses que se devenguen hasta la ejecución final del laudo, monto de gastos estimamos en S/. 30,000.00.



Asimismo, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por las partes, todos ellos de tipo documental.

9. Mediante Resolución N° 8, de fecha 28 de mayo del 2021, se dejó constancia del pago de la primera cuota de fraccionamiento por parte del demandante, se dejó constancia que la demandada no canceló la primera cuota de fraccionamiento de los gastos arbitrales derivados de la reconvencción y se le otorgó hasta el 15 de junio para que cancele las dos cuotas de dicho fraccionamiento. Asimismo, se declaró cerrada la etapa probatoria y se otorgó el plazo de cinco días a las partes para que cumplan con presentar sus alegatos, citándose a las partes a una audiencia de informes orales para el 23 de junio del 2021.
10. A través de la resolución N° 9, de fecha 21 de junio de 2021, notificada a las partes el 22 de junio, el tribunal arbitral dispuso agregar al expediente los alegatos presentados por la demandada; y ante la solicitud de la demandada se postergó la audiencia de informes orales; y se otorgó a las partes diez días hábiles para el pago de las cuotas de fraccionamiento pendientes por ambas partes; en el caso de la demandada bajo apercibimiento de excluir las pretensiones de la reconvencción.
11. Mediante resolución N° 10, el tribunal arbitral fijó para el 7 de julio del 2021 la audiencia de informes orales.
12. Mediante resolución N° 14, de fecha 8 de agosto de 2021, el tribunal arbitral hizo efectivo el apercibimiento decretado en la Resolución Nro. 9, en consecuencia: excluyó del presente arbitraje las pretensiones de la reconvencción, así como los puntos controvertidos Nro. 4 y 5 establecidos mediante resolución N° 7, de fecha 26 de abril del 2021; al no haber la Entidad pagado los gastos arbitrales provenientes de la reconvencción. Asimismo, programó la audiencia de informes orales para el 07 de setiembre del 2021.
13. Mediante Resoluciones 15, 16, 17, 18 y 19 se reprogramó sucesivamente la audiencia de informes orales, a solicitud de las partes. Finalmente con fecha 08 de abril del 2022, se realizó la audiencia de informes orales.
14. Mediante presentado el 11 de julio de 2022, se apersonó al proceso el Abog. Iván Rafael Chimpay Prado, en calidad de Procurador Público Municipal de Kimbiri.



15. Mediante Resolución Nro. 20 de fecha 15 de agosto de 2022, se tuvo por apersonado al Procurador Público Municipal, y se otorgó al Consorcio Manitea el plazo de diez (10) días hábiles para que cumpla con efectuar el importe retenido de S/ 383.58 a la cuenta de detracciones del árbitro Triveño Daza.
16. Mediante Resolución Nro. 21 de fecha 05 de setiembre de 2022, notificada a las partes el 14 de setiembre de 2022, se declaró cerrada la instrucción y se fijó plazo para emitir el laudo correspondiente.
17. Mediante Resolución Nro. 22 de fecha 18 de octubre de 2022, se prorrogó por quince días hábiles el plazo para laudar.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1. CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

- (i) Que el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes.
- (ii) Que en ningún momento se recusó a algún árbitro o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en la Decisión Arbitral No. 1 que instaló el proceso.
- (iii) Que el Consorcio Manitea presentó su demanda dentro del plazo dispuesto.
- (iv) Que el Demandado cumplió con contestar la Demanda Arbitral y en el plazo establecido.
- (v) Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos establecidos en la normativa aplicable para el caso.

2. MARCO LEGAL APLICABLE

2.1. Desde el punto de vista sustantivo, teniendo en consideración que la Licitación Pública N° 04-2018-MDK/CS-1 del cual proviene EL CONTRATO, fue



convocado el 13 de julio del 2018, según información publicada en el portal del SEACE, la normativa aplicable al presente arbitraje es la siguiente: la Constitución Política del Perú, la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Ley N° 30225, modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, así como las Directivas del OSCE.

2.2. Asimismo, desde el punto de vista procesal, y considerando la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje, se aplican al arbitraje las reglas establecidas en la Resolución N° 01, el Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje y el Decreto Legislativo N° 1071.

2.3. Finalmente, conforme a lo dispuesto en la Resolución N° 01, en caso de insuficiencia respecto a las reglas pactadas, el Tribunal Arbitral está facultado para establecer las reglas procesales adicionales que estime necesarias para la adecuada conducción y desarrollo del Arbitraje.

3. MATERIA CONTROVERTIDA

3.1. Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse teniendo en cuenta el mérito de las pruebas aportadas al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de ella, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso.

3.2. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza al Tribunal Arbitral respecto de tales hechos.

3.3. Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje que, en aplicación del Principio de “Comunidad o Adquisición de la Prueba”, las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que los ofreció.



3.4. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

“(…) la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que la propuso o la proporcionó”.¹

3.5. El Tribunal Arbitral deja constancia de que, al emitir el presente laudo ha valorado la totalidad de los medios probatorios pertinentes ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral, valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado, por lo que el tribunal arbitral deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Tribunal Arbitral tuviere respecto de la controversia materia de análisis.



IV. ANALISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la Resolución Gerencial N° 502-2020-MDK/GM notificada mediante carta notarial N° 014-2020-GM-MDK/LC el día 05 de octubre de 2020 que dispone resolver el contrato como consecuencia de la cancelación de la intervención económica de la obra, incumplimiento de obligaciones contractuales y acumulación máxima de penalidad por mora (PRIMERA PRETENSION DE LA DEMANDA).

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

POSICIÓN DEL CONSORCIO

La resolución del contrato se sustenta en una intervención económica inválida.

1. La Municipalidad Distrital del Kimbiri resuelve el contrato bajo el argumento que encontrándose intervenida económicamente la obra, el contratista ha incumplido con las obligaciones estipuladas en la Directiva N° 001-2003/CONSUCO/PRE, vigente a la firma del contrato.
2. La validez de la intervención exige que previamente se cumpla con los requisitos imperativos señalados en la ley, en el reglamento y en las directivas pertinentes situación que no se aprecia en el caso concreto. El incumplimiento de las disposiciones imperativas reguladas en los artículos 173, 174 y la Directiva N° 001-2003/CONSUCO/PRE genera la invalidez de la intervención económica
3. La Directiva N° 001-2003/CONSUCO/PRE en el inciso "c" del apartado VI. Disposiciones Específicas, establece que cuando la Entidad intervenga económicamente la obra por incumplimiento de las estipulaciones contractuales que a su juicio no permitan la terminación de la obra de acuerdo con el expediente técnico y en forma oportuna, deberá requerir al contratista el cumplimiento de sus obligaciones mediante carta notarial otorgándole un plazo no menor de dos días ni mayor de quince días, vencido el cual podrá decidir intervenir económicamente la obra. Además, el requerimiento de cumplimiento depende de si estamos frente a obligaciones esenciales y no esenciales pues tratándose de estas últimas la Entidad antes de intervenir deberá requerir el cumplimiento (02) veces.
4. La Entidad en la Resolución de Gerencia Municipal N° 592-2019-MDK/GM indicó que interviene la obra como consecuencia de incumplimientos contractuales que a su juicio no permitirían la terminación de la obra, por lo que necesariamente debió requerir al contratista vía carta notarial el cumplimiento de las obligaciones a su cargo previo a intervenir la obra.
5. Si no hay una intervención económica válida en los términos señalados por la ley, reglamento y directiva pertinente no es posible resolver el contrato como



consecuencia de una intervención económica que para efectos prácticos nunca existió.

6. En la Resolución de la Gerencia Municipal N° 502-2020-MDK/GM la Entidad señala que el Consorcio Manitea ha incumplido su responsabilidad señalada en la Directiva N° 001-2003/CONSUCO/PRE y salvaguardando los intereses de la Entidad deberá cancelarse la intervención económica y resolverse el contrato. Añade además la Entidad que de acuerdo con la OSELI “se debe cancelar la intervención económica en amparo al literal c) del numeral 7 y el numeral 6) del inciso VI) Disposiciones específicas por lo que se debe resolver de pleno derecho el contrato N° 040-2018-MDK-GM/LOG”.
7. Para la Entidad el incumplimiento del contratista de las disposiciones de la Directiva N° 001-2003/CONSUCO/PRE amerita que se resuelva el contrato de obra pues el art. 135 del reglamento señala que Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista: Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a ser requerido para ello.
8. Por consiguiente, al no existir una intervención económica válida no puede pretenderse que el contratista asuma las obligaciones que de ella se derivan; la resolución contractual no puede ampararse en el incumplimiento por parte del contratista de las disposiciones de Directiva N° 001-2003/CONSUCO/PRE debido a que una intervención que trasgrede las disposiciones de la Directiva que la regula no genera efectos jurídicos válidos, por tanto, no es oponible al contratista. Por lo dicho debe dejarse sin efecto la resolución de la Gerencia Municipal N° 502-2020-MDK/GM, que resuelve el contrato.

La resolución del contrato por acumulación de la penalidad por mora

9. La Entidad en la carta notarial que notifica la resolución del contrato señala de manera expresa que el contratista tiene 38 días de retraso; teniendo en cuenta que la penalidad por mora diaria de acuerdo con la Entidad es de S/ 14,272.00 se habría superado el límite del 10% establecido por el Art. 132 del reglamento al acumular una penalidad por mora de S/542,354.50.



10. La Entidad y el contratista suscribieron un acta de suspensión de plazo de ejecución contractual en el que acuerdan que el plazo se suspende desde el 21 de junio del 2019 hasta que la Entidad designe al supervisor o inspector de la obra. La Municipalidad a través de la resolución de Gerencia Municipal N° 395-2020-MDK/GM remitida a través de carta notarial N°011-2020-MDK/GM (14/agosto/2020) comunica que habiéndose notificado al contratista la designación del inspector de obra debe reiniciar los trabajos el 12 de agosto del 2020. La intervención de la obra se realiza el 12 de octubre del 2019, fecha en la que la obra se encontraba suspendida.
11. El acuerdo de suspensión se suscribe antes de la emergencia sanitaria (21/jun/2019) y se extiende durante la emergencia sanitaria (12/agosto/2020). Los términos en los cuales se acordó la suspensión, debido a la pandemia, son irrealizables; el acuerdo de suspensión no se había suscrito previendo el distanciamiento social forzoso, los lineamientos de cumplimiento obligatorio emitidos por los sectores competentes y la existencia de protocolos con incidencia directa en la maquinaria, herramientas, manos de obra y rendimiento de las partidas que conforman el expediente técnico de obra. Luego del 16 de marzo del 2020, era imposible ejecutar la obra conforme se había acordado inicialmente. El contratista, en aplicación del principio de equidad, no puede asumir a) el impacto en costo y en plazo que significa ejecutar la obra incorporando los protocolos COVID y b) el costo de implementación de las medidas sanitarias.
12. El Consorcio a través de la carta n° 005-2020-CM-JPF/RL del 17 de agosto del 2020 solicita que la Entidad deje sin efecto la resolución de gerencia Municipal N° 395-2020-MDK/GM toda vez que previamente, para reiniciar la ejecución de la obra, dado el cambio de circunstancia, necesariamente la municipalidad debía reconocer el impacto en plazo y en costo derivadas de i) la paralización de obra que se hubiese generado a partir de la Declaratoria del Estado de Emergencia Nacional; (ii) la re-movilización de personal y equipos, así como por las adecuaciones y adaptaciones de los ambientes de trabajo, en caso sean necesarias; (iii) la ejecución de la obra bajo las medidas para la prevención y control frente a la propagación del COVID-19 dispuestas por los sectores



competentes, y toda otra medida que resulte necesaria para la reactivación de la obra y su ejecución, que derive directamente del Estado de Emergencia Nacional.

13. Para tal efecto, la comunicación de reinicio notificada por la Entidad le habilita a solicitar la ampliación excepcional de plazo (SAEP) regulado por el DL 1486 y la directiva 005-2020-OSCE, por lo que a partir del 12 de agosto del 2020, se computa el plazo para que Consorcio Manitea presente a la Entidad la SAEP.
14. El contratista presenta mediante CARTA N° 006-2020-CM-JPF/RL del 27/08/2020 su solicitud de ampliación de plazo excepcional, que es declarada improcedente en todos sus extremos en la RESOLUCIÓN MUNICIPAL N° 478-2020 notificada al contratista el 22 de septiembre del 2020 sustentándose en que el acuerdo de suspensión fue firmado antes del periodo de inmovilización obligatoria por lo que el régimen especial no le es aplicable al contrato.
15. Independiente de sí se aprobó o no la ampliación de plazo, cuando se suscribe un acuerdo de suspensión del plazo de ejecución según el art 153 del DS 356-2017-EF la Entidad asume dos obligaciones esenciales: a) comunicar el reinicio de la obra en los términos acordados en la suspensión y b) comunicar al contratista la modificación de las fechas de ejecución de la obra tomando como base los términos acordados por las partes en el acuerdo de suspensión.
16. Esto quiere decir que incluso antes de declarar improcedente la ampliación excepcional de plazo, es decir desde el 12 de agosto del 2020, la Entidad está OBLIGADA a comunicar al contratista la modificación de las fechas de ejecución de la obra, debiendo prever la afectación a los rendimientos de las partidas producto del cambio en los procesos constructivos como consecuencias de la incorporación de los protocolos Covid en la ejecución de la obra. La modificación de las fechas de ejecución de la obra no se ha comunicado al Consorcio en los términos descritos en este párrafo por lo que resulta totalmente imposible que el contratista pueda reiniciar la ejecución de la obra.
17. Además, el propio art. 6.2 de la Directiva 005-2020-OSCE modificado por Resolución Nro. 069-2020-OSCE/PRE señala que cuando no es aplicable la



ampliación excepcional de plazo las partes aplicarán la modificación convencional a que se refiere el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley 30225. Es evidente que se busca que se incorporen en él: a) el impacto en costo y en plazo que significa ejecutar la obra incorporando los protocolos Covid, y b) el costo de implementación de las medidas sanitarias.

18. El contratista a la fecha está imposibilitado de reiniciar la ejecución de los trabajos como consecuencia del incumplimiento de la obligación mencionada y no se ha modificado el contrato conforme lo exige el art 6.2 de la Directiva.
19. Siendo que el artículo 133 del reglamento establece que únicamente en caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato puede aplicársele una penalidad por mora por cada día de retraso; y habiendo señalado que CONSORCIO MANITEA está imposibilitado de reiniciar la ejecución de los trabajos como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones esenciales de la Entidad que derivan del acuerdo de suspensión de plazo y la no aplicación del art 6.2 de la directiva 005-2020-OSCE a la fecha no se le puede imputar al contratista penalidad por mora alguna, por lo tanto, no es posible que se haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora del 10% y consecuentemente se habilite a la Entidad a resolver el contrato.
20. En consecuencia, corresponde al tribunal arbitral que deje sin efecto la resolución de la Gerencia Municipal N° 502-2020-MDK/GM.

La resolución del contrato trasgrede el procedimiento de resolución de contrato establecido en el art 136 del reglamento.

21. La inobservancia de dicho procedimiento conlleva a que se deje sin efecto la resolución planteada por alguna de las partes.
22. De acuerdo al artículo 136 cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada debe requerir mediante carta notarial que las ejecute tratándose de obras en un plazo de 15 días, bajo apercibimiento de resolver el contrato, claro está que se debe determinar inequívocamente cuales son los incumplimientos de manera que no son aceptable formulas genéricas tales como incumplimiento de las especificaciones técnicas, o errores en los



procesos constructivos, debe por tanto señalarse de manera clara en que partida y en qué forma objetivamente se aprecian los incumplimientos.

23. Para la resolución válida del contrato en los términos del artículo 136 debe existir una relación directa entre el requerimiento notarial de cumplimiento de obligaciones y la carta notarial que comunica la resolución del contrato. En el caso concreto no existe la relación directa que exige el art 136.
24. Mediante Carta notarial n° 012-2020-GM-MDK remitida por la Entidad el 02 de septiembre del 2020, la Municipalidad Distrital de Kimbiri requiere al contratista el cumplimiento de la oferta técnica propuesta, sincere las valorizaciones presentadas y subsane las partidas ejecutadas por incumplimiento de especificaciones técnicas del expediente técnico, sin embargo, la resolución de la Gerencia Municipal N° 502-2020-MDK/GM agrega incumplimientos no previstos en Carta notarial n° 012-2020-GM-MDK como el supuesto incumplimiento del literal c) del numeral 7 y el numeral 6) del inciso VI) Disposiciones específicas de la Directiva N° 001-2003/CONSUCO/PRE, la resolución por cancelación de la intervención económica de la obra y la resolución como consecuencia de la acumulación máxima de la penalidad por mora.
25. Es evidente entonces que se ha vulnerado el artículo 136. Asimismo, se ha trasgredido también la exigencia del art. 136 de determinar inequívocamente en el requerimiento notarial de cumplimiento cuales son las obligaciones que el contratista ha incumplido, pese a ser esta exigencia imperativa la Entidad de manera superficial señala que el contratista incumple su oferta técnica propuesta pues el personal ofertado no se encuentra en obra, afirma la Entidad que en las valorizaciones 08 y 09 se ha valorizado partidas y metrados no ejecutadas, aun cuando el supervisor ha aprobado dichas valorizaciones, sin precisar indubitablemente el sustento de tal afirmación, de igual manera que indica que en las valorizaciones 03, 04, 05, 06, se han valorizado partidas con incumplimiento de especificaciones técnicas sin precisar de manera objetiva cuáles son las especificaciones técnicas incumplidas.



26. Es vital que en el requerimiento notarial de cumplimiento de obligaciones la Entidad determine indubitablemente cuales son los incumplimientos del contratista a efectos de que este puede dentro del plazo legal previsto cumpla con sus obligaciones, si no es inequívoca la imputación de los incumplimientos el contratista no puede cumplir con aquello que se le requiere o bien no podrá ejercer válidamente su derecho de oponerse a los incumplimientos atribuidos por la Entidad.
27. La Carta notarial n° 012-2020-GM-MDK, contiene adjunto el informe N° 236-2020-OSELI/MDK, documento técnico que sustenta los incumplimientos del contratista. En él se establece en el apartado 3.1 que el contratista no cumple con su oferta técnica toda vez que el personal ofertado no se encuentra en obra. Dicho incumplimiento se avala en un informe emitido por el monitor del Pronied que data del 21 de marzo del 2019 en el que se deja constancia que el residente de obra no se encontraba presente cuando se estaban ejecutando partidas como las de vaciado de muro de contención, encofrado de canal en rampa de acceso a la I.E, entre otros.
28. Al respecto el monitor de la Pronied no forma parte de la relación contractual, no se ha previsto en el contrato y/o bases integradas que ejerce funciones de control, en otros términos, sus informes de ninguna manera pueden servir como sustento para imputar incumplimiento al contratista. El control del personal ofertado por el contratista y su presencia en obra naturalmente le corresponde al supervisor
29. Nótese lo precariedad del informe N° 236-2020-OSELI/MDK: El 02 de septiembre del 2020 se le requiere al contratista que cumpla con el personal ofertado a partir de un informe del monitor, ajeno al contrato, que describe un hecho (la inasistencia del residente) que data del 21 de marzo del 2019, más de un año y medio después.
30. La Entidad trasgrede el art 1362° del Código Civil, el cual establece que “los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse de acuerdo a las reglas de la buena fe y la común intención de las partes”. Hasta para imputar incumplimientos las partes deben guiarse por las reglas buena fe.



31. Asimismo, la obra se está ejecutando bajo el sistema a suma alzada, en dicho sistema conforme el art 14.1° del reglamento el postor formula su oferta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución, para cumplir con el requerimiento.
32. Conforme las reglas del art 166° del reglamento las valorizaciones en el caso de las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada, durante la ejecución de la obra, se formulan en función de los metrados ejecutados contratados (art 166.3°); distinto de lo que sucede en las obras contratadas a precios unitarios en la que se valoriza hasta el total de los metrados realmente ejecutados (art 166.4)
33. Por otra parte, debe tenerse en cuenta como bien lo expone la OPINIÓN N° 023-2018/DTN que la aplicación del sistema de contratación a suma alzada determinaba que la Entidad debía pagar el precio total de los metrados contratados -correspondientes al periodo de valorización y en la oportunidad prevista - aun cuando los metrados efectivamente ejecutados resultaban menores o mayores a los contemplados en el expediente técnico.
34. En atención a todo lo dicho en el informe N° 236-2020-OSELI/MDK nuevamente se evidencia la precariedad al momento de imputar incumplimientos. La Entidad sin tener en consideración que la obra se ha contratado bajo el sistema a suma alzada y que las valorizaciones se formulan en función de los metrados ejecutados contratados, afirma que el contratista ha incumplido con sus obligaciones al valorizar metrados no ejecutados lo que ha ocasionado que se le abonen pagos ilegítimos, por lo que solicita el “sinceramiento de las valorizaciones”
35. En primer lugar, no cabe duda que para la Entidad la valorización debió estar en función de los metrados realmente ejecutados lo que es un error pues no estamos frente al sistema a precios unitarios, como bien se ha dicho en sistema a suma alzada se valoriza los metrados ejecutados contratados, ello conlleva a que durante un periodo en específico de la valorización los metrados realmente ejecutados sean menores a los metrados ejecutados contratados, aun en ese escenario la Entidad debe pagar la valorización en el plazo respectivo pues al



- decidir que la obra se contrate a suma alza , asume el riesgo que el contratista ejecute menores metrados a los contemplados en el expediente técnico.
36. En segundo lugar, la Entidad no realiza una diferencia inequívoca entre partidas no ejecutadas y metrados no ejecutados, pese ello imputa incumplimientos y requiere al contratista “el sinceramiento de las valorizaciones” para la Entidad del análisis del informe N° 236-2020OSELI/MDK en realidad el requerimiento de sinceramiento de valorizaciones implica que el contratista ejecute los metrados que a su juicio no se han ejecutado, tal situación resulta imposible toda vez que si por ejemplo en una partida se han previsto mayores metrados que los que realmente deben ser ejecutados, el contratista tendrá como reiteradamente se ha dicho derecho al pago por la totalidad de los metrados contratados aun cuando la ejecución de estos sea menor. En todo caso la Entidad que es la que imputa el incumplimiento debió señalar específicamente cuales a su consideración son los metrados mínimos necesarios que en una partida determinada debieron ser ejecutados por Consorcio Manitea
37. Por último, la Entidad olvida que la propia norma establece en el artº 168 del reglamento, que si surgieran discrepancias respecto de la formulación, aprobación o valorización de los metrados entre el contratista y el inspector o supervisor o la Entidad, según sea el caso, estas se resuelven en la liquidación del contrato, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida, por lo que el “sinceramiento de las valorizaciones” que requieren al contratista por mandato de la ley se resuelven en la liquidación del contrato.
- Incumplimiento de las especificaciones técnicas.**
38. La Entidad mediante fórmulas genéricas imputa al consorcio incumplimientos relacionados a supuestas trasgresiones a las especificaciones técnicas del expediente técnico relacionadas con la resistencia del concreto y deficiencias en los procesos constructivos, no precisa de manera certera en qué partidas se aprecia los defectos en la resistencia del concreto ni en qué partidas se aprecia las deficiencias en los procesos constructivos, ni cómo objetivamente esos incumplimientos atribuidos al Consorcio Manitea se materializan en la realidad, teniendo en cuenta que tratándose de una obra, cuando algunas de las partes



atribuye incumplimiento debe realizar un análisis detallado cuya base es el expediente técnico de obra, en tanto que es el que delimita las obligaciones de ambas partes.

39. Resulta evidente que no se ha cumplido con el requisito del art 136 de determinar inequívocamente los supuesto incumplimientos requeridos notarialmente al contratista.
40. En atención a lo dicho en los párrafos precedentes el tribunal arbitral debe declarar fundada en su oportunidad la primera pretensión formulada por el contratista.

POSICION DE LA ENTIDAD.

41. Mediante Informe 447-2020-OSELI/MDK del 28 de septiembre de 2020, el Arquitecto Armengol Quispe Pillaca, director de la Oficina de Supervisión y Evaluación de Inversiones, solicita resolver el contrato N° 040-MDK-GM/LOG, por responsabilidad de la Contratista en el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, acumulación de la máxima penalidad y cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida, y cancelar la intervención económica.
42. En Contrato fue firmado con un presupuesto de S/ 5'395,000.00 y un plazo de ejecución de 240 días calendarios, teniendo fecha de inicio de obra el 24 de octubre de 2018 y fecha de término el 20 de junio de 2019. Por Resolución de Gerencia Municipal N° 339-2019-MDK/GM de fecha 28 de junio de 2019 se aprueba la ampliación de plazo N° 01 por 12 días calendarios, modificándose la fecha de término al 02 de julio de 2019; sin embargo mediante Acta de Acuerdo de Paralización de Obra aprobado mediante Resolución de Gerencia Municipal N° 387-2019-MDK/GM, las partes suspenden la ejecución de la obra a partir del 21 de junio de 2019 hasta que se designe al supervisor.
43. Mediante Resolución de Gerencia Municipal N° 395-2020-MDK/GM se aprueba el reinicio de la referida obra con fecha 12 de agosto de 2020 y como fecha de término el 23 de agosto de 2020; este acto se notificó al contratista con Carta Notarial N° 011-2020-MDWGM el 14 de agosto de 2020.



44. Mediante Carta Notarial N° 012-2020-GM-MDK/LC de fecha 04 de septiembre de 2020 se requirió al Contratista a fin de que cumpla con su oferta técnica propuesta, sincere las valorizaciones presentadas con metrados y/o partidas no ejecutados y subsane las ejecutadas con incumplimiento de especificaciones técnicas del expediente técnico, derivado del peritaje elaborado por el Ing. Percy Azpur Gómez en merito al Contrato N° 648-2019-MDK-GM/ULCP de fecha 19 de noviembre de 2019, desprendiéndose del análisis y evaluación de las valorizaciones un avance físico ejecutado valorizado acumulado a costo directo de S/. 1'520,332.03 que representa el 42.15%, este monto afectado y sumado los otros conceptos que corresponden el cálculo del presupuesto total alcanza la suma de S/. 2'158,990.50 que representa el 40.02% resultando el monto del saldo de obra S/. 3'236,009.50.
45. El contratista mediante Carta N° 009-2020-CM-JPF/RL presenta su solicitud de Ampliación de Excepcional de Plazo el 31 de agosto de 2020 por doscientos quince (215) días calendarios, invocando la causal contenida en la Segunda Disposición Complementaria del D.LEG N° 1486 y la Directiva N° 005-2020-OSCE/CD; seguidamente el 10 de septiembre de 2020 se solicitó la subsanación de observaciones dándole un plazo de dos (02) días calendarios al Contratista mediante Carta 180-2020-MDK-GM; el contratista absuelve la observación con Carta N° 0011-2020-CM-JPF/RL presentado el 17 de septiembre de 2020. Seguidamente mediante Resolución de Gerencia Municipal N° 478-2020-MDK/GM de fecha 22 de septiembre de 2020 se resuelve declarar improcedente la solicitud de ampliación excepcional de plazo.
46. En el presente contrato se establecieron diversas cláusulas recíprocas, bajo el sistema se suma alzada; sin embargo, el contratista incumplió con los plazos y con la ejecución de la obra, motivo por el cuál mediante Resolución de Gerencia Municipal N° 502-2020-MDK/GM de fecha 05 de octubre de 2020, se resolvió el contrato en forma total por causales establecidas en el numeral 1 y 2 del artículo 135 del Reglamento de la Ley de Contrataciones.
47. Mediante INFORME N° 236-2020-OSELI/MDK de fecha 28 de agosto del 2020 se requiere cumplimiento de obligaciones esenciales derivado del contrato, y



consiguientemente mediante INFORME N° 0236-2020-OSELI/MDK de fecha 28 de septiembre de 2020 recomienda se resuelva el contrato.

48. Asimismo, conforme al Art. 174 del Reglamento se procedió a realizar la intervención económica de la obra como una medida de prevención de orden técnico, económico y, además con la finalidad de que se pueda garantizar la culminación de la obra, esto debido a la causal de "demoras injustificadas en la ejecución de la obra" en la que se determinó que para el mes de mayo de 2019 se logró un avance físico ejecutado acumulado de 46,76% frente a un avance programado acumulado a la misma fecha de 62.91%, dentro de este contexto la valorización acumulada ejecutada respecto a la valorización acumulada programada es del 74.34% menor al 80 %, y por "caso fortuito fuerza mayor o por incumplimiento de las estipulaciones contractuales que a su juicio no permiten la terminación de los trabajos" el Consorcio Manitea cuenta con un plazo de 12 días calendarios para culminar la obra al 100% y el avance físico de saldo de obra no es posible efectuarlo en el saldo de plazo de 12 días calendarios. Asimismo que, hasta el mes de abril de 2019 se efectuó una valorización de obra acumulada de S/ 2'370,813.44 y considerando la valorización de obra N° 08 del mes de mayo y N° 09 del mes de junio del 2019 que fueron aprobados por el supervisor de obra y deduciendo las valorizaciones de partidas con metrados no ejecutados y/o proyectados, el monto de las valorizaciones aprobadas pendientes de pago resulta la suma de S/ 231,005.29 (pago sujeto a verificación de la calidad técnica de la obra), con un alcance físico ejecutado de 48.23% (S/. 2'601,818.75), quedando un saldo de obra a ejecutar por el monto de S/ 2'793,181.27, que representa el 51.77% estando incurso en lo normado por los artículos 173° y 174° del reglamento, por lo que se resolvió intervenir económicamente la obra; sin embargo, el avance físico ejecutado acumulado, el porcentaje de avance y el saldo por ejecutar determinados al momento de disponer la intervención económica no han sido los reales siendo la valorización acumulada ejecutada respecto a la valorización acumulada programada del 63.61, menor al 80%.

49. Que al haberse reiniciado los trabajos el 12 de agosto de 2020, los 12 días de saldo de plazo se cumplieron el 23 de agosto de 2020; el contratista a la fecha



no ha retomado la ejecución de los trabajos y continuó con el abandono de la obra, que según "Acta de Constatación y Verificación de Obra" de fecha 25 de septiembre de 2020, se constata que la obra no ha reiniciado, no encontró a los especialistas ni al Residente; no se encontró el cuaderno de obra por lo que el Inspector no puede realizar sus anotaciones de los hechos relevantes. Seguidamente con Carta N° 001-2020-AQP-OI/MDK de fecha 25 de septiembre de 2020, pone en conocimiento de la Gerencia Municipal de Kimbiri, sobre el incumplimiento de contrato por parte de la contratista y adjunta el Informe N° 002-2019-AQP-OI/MDK, en la que se concluye que el CONSORCIO MANITEA viene incumpliendo sus obligaciones contractuales, asimismo el ejecutor de obra no se ha constituido al lugar de la obra y no ha reiniciado la ejecución de la obra, por lo que se imposibilitó el acceso del cuaderno de obra.

50. La empresa contratista de manera reiterada y durante el proceso de ejecución de obra, no ha cumplido con su personal técnico (RESIDENTE DE OBRA Y SU ESPECIALISTA) ofertados en su propuesta técnica, siendo aplicable el artículo 36 de la Ley, numeral 36.1; pese a haber sido requerido mediante la Carta Notarial N° 12-2020-GM-MDK/LC no ha cumplido con subsanar dicho requerimiento; siendo causal de resolución de contrato.
51. Que el CONSORCIO MANITEA ha incumplido y sigue incumpliendo sus obligaciones contractuales al no haber realizado el: i) sinceramiento de las valorizaciones presentadas con metrados y/o partidas no ejecutadas y ii) no haber subsanado las partidas ejecutadas con incumplimiento de especificaciones técnicas del expediente técnico, correspondiendo aplicar el artículo 36 de la Ley, numeral 23 causal de resolución de contrato por incumplimiento de obligaciones esenciales por parte del contratista, artículo 135, numeral 1 del Reglamento.
52. Que, el contratista ha incumplido su responsabilidad señalada en la DIRECTIVA N° 001-2003/CONSUCODE/PRE, deberá cancelarse la intervención económica, y RESOLVERSE el contrato.
53. El contratista está en plazo con retraso injustificado afecto a penalidad por mora, el plazo contractual concluyó el 23 de agosto de 2020 y para el computo de la



aplicación de la máxima penalidad es a partir de 24 de agosto de 2020, esta penalidad está amparada en el Art. 132° y 133° del Reglamento, y es causal de Resolución de Contrato cuando se acumula al máximo la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a su cargo que corresponde al 10% del monto del contrato, equivalente a S/ 539,500.00.

54. Que, mediante Opinión Legal N° 334-2020-MDK/DAJ de fecha 02 de octubre del 2020, el Director de la Oficina Asesoría Jurídica, remite la Opinión Legal correspondiente, ante el Gerente Municipal, en sus conclusiones señala, que en el presente caso el contratista se encuentra incurso en las causales de: a) Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, que implica el incumplimiento de su oferta técnica propuesta, la falta de sinceramiento de las valorizaciones presentadas con metrados y/o partidas no ejecutadas y las partidas ejecutadas con incumplimiento de especificaciones técnica del expediente técnico, b) haya llegado a acumular el monto máximo de penalidades por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo, por haber acumulado 38 días de retraso injustificado cuantitativamente equivalente al S/. 524,354.50, es decir representa más del 10% del monto del contrato original.



55. La resolución del Contrato N0 040-MDK-GM/LOG se encuentra fundada en los hechos de:

- a. Incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales.
- b. Acumulación de la máxima penalidad por mora.
- c. Cuando la situación de incumplimiento no puede ser revertida

56. Mediante Carta N° 130-2020-MDK/GM de fecha 07 de agosto de 2020 se notifica a la contratista la designación del Inspector de Obra, asimismo mediante Carta N° 131-2020-MDK/GM de fecha 10 de agosto de 2020 la Entidad cita a la Contratista para la suscripción del Acta de Reinicio de Obra para el 12 agosto de 2020 a horas 08:30 a.m., de lo cual se deja constancia que el Representante Común del Consorcio Manitea Sr. Jahel Palomino Figueroa, asistió a ese acto pero se abstuvo a suscribir dicha acta, argumentando que para firmar dicha acta

debería consultar a su abogado; seguidamente se levantó el Acta de Incumplimiento de Obligaciones Contractuales de la Empresa contratista el 12 de agosto de 2020.

57. Las partidas ejecutadas con incumplimiento de especificaciones técnicas del expediente técnico están relacionadas con la resistencia del concreto y deficiencias constructivas; es de precisar que el contratista no ha cumplido con lo requerido, incumpliendo una obligación esencial, causal de resolución de Contrato.
58. Con respecto a la presentación del cronograma de ejecución de la obra, el contratista no presentó la actualización de calendario y el diagrama GANTT por el otorgamiento de la ampliación de plazo N° 01 por 12 días calendarios que modificó la fecha de término de obra al 02 de julio de 2019; asimismo no presento el calendario y el diagrama de GANTT por las modificaciones de fecha al haberse levantado la paralización que modificó la fecha de término de obra al 23 de agosto de 2020; estos hechos, son considerados como incumplimiento de obligaciones esenciales el cual limitó realizar un adecuado control de obra; toda vez que ya no había ningún impedimento para continuar con la ejecución de la obra presentar su cronograma de ejecución; por lo que el último calendario vigente corresponde al calendario acelerado y el diagrama de GANTT aprobado mediante Resolución de Gerencia Municipal N° 209-2019-MDK/GM de fecha 23 de abril de 2019.
59. El periodo de retraso de la obra se empieza a computar a partir del 24 de agosto de 2020 y al 30 de septiembre de 2020 acumula 38 días calendarios de retraso en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, por lo que ha acumulado el monto equivalente al 10% del monto del contrato vigente, por lo que ya no es necesario efectuar el requerimiento previo. Asimismo, ha paralizado injustificadamente la ejecución de la prestación de la mencionada obra post reinicio de obra.
60. La resolución del Contrato N0040-2018-MDK-GM/LOG, se sustenta en las causales evidenciadas en el Informe N° 236-2020-OSEL1/MDK notificado al contratista mediante Carta Notarial N° 012-2020-GM-MDK/LC; y el Informe N°



- 447-2020-OSEL1/MDK que es parte integrante de la Resolución de Gerencia Municipal N° 502-2020-MDK/GM.
61. La Entidad cumplió con las formalidades establecidas conforme a la normativa de contrataciones del estado (Artículo 153 del Reglamento) para dar reinicio al plazo de ejecución de la obra.
62. El Decreto Legislativo N° 1486 y la DIRECTIVA N° 005-2020-OSCE/CD no es aplicable al CONTRATO N° 040-2018-MDK-GM/LOG, toda vez que la causal de paralización fue distinta a la declaratoria del estado de emergencia declarada por el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, en tal contexto ha correspondido a la Entidad pronunciarse con respecto a los fundamentos técnicos y legales del contratista argumentados en su petitorio de ampliación excepcional de plazo, mas no enmarcar en aspectos no contemplados en la misma. El contratista nunca enmarcó su petición en otros aspectos de la normativa de contrataciones del Estado como es el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley 30225.
63. La Municipalidad Distrital de Kimbiri ha enmarcado la resolución del contrato en las causales y procedimientos previstos en la normativa de Contrataciones del Estado,
64. Estando a lo esgrimido se debe declarar infundada la primera pretensión del contratista, en el entendido que la Entidad actuó de acuerdo a Ley.



ANALISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

65. La primera pretensión de la demanda consiste en que el tribunal arbitral deje sin efecto la Resolución Gerencial N° 502-2020-MDK/GM notificada mediante carta notarial N° 014-2020-GM-MDK/LC el día 05 de octubre de 2020 que resuelve el contrato.
66. En principio, el colegiado observa que en el artículo primero de la parte resolutive de la Resolución Gerencial N° 502-2020-MDK/GM, se resuelve el CONTRATO por las causales previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 135 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, como se aprecia en la siguiente reproducción:

ARTÍCULO PRIMERO.- RESOLVER, en forma total el Contrato N° 040-MDK-GM/LOG, por la ejecución de la Obra "AMPLIACION Y MEJORAMIENTO DE LOS SERVICIOS EDUCATIVOS DE LA INSTITUCION EDUCATIVA N 38896 DE LA LOCALIDAD DE MANITEA ALTA DEL CENTRO POBLADO DE TAHUANTINSUYO LOBO, DISTRITO DE KIMBIRI - LA CONVENCION - CUSCO", por las causales establecidas en el numeral 1 y 2 del artículo 135 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

67. Al respecto, el artículo 135 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable al presente caso, prescribe lo siguiente:

Artículo 135.- Causales de resolución

135.1. La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 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"

68. En tal sentido, para determinar si procede o no dejar sin efecto la Resolución Gerencial N° 502-2020-MDK/GM que resuelve el CONTRATO, el colegiado analizará si los hechos invocados por la Entidad constituyen o no las causales de resolución de contrato antes citadas; y si se ha cumplido o no la forma y el procedimiento previsto en la normativa para resolver válidamente un contrato por dichas causales. Haciéndose presente que en caso de determinarse la configuración de una de las causales de resolución de contrato invocadas por LA ENTIDAD en su Resolución Gerencial N° 502-2020-MDK/GM, no será necesario continuar el análisis de la otra causal pues ello no alterará el resultado.

69. Pese al texto expreso del artículo primero de la Resolución Gerencial N° 502-2020-MDK/GM, el CONTRATISTA señala en primer lugar que LA ENTIDAD resolvió el Contrato por la **cancelación de la intervención de la obra**. El colegiado analizará dicho argumento por razones de ilustración, pues si bien aparece dicha circunstancia en la parte considerativa de la Resolución Gerencial N° 502-2020-MDK/GM, no se menciona en la parte resolutive que la decisión de resolver el CONTRATO se sustente también en ese hecho.

70. Del análisis de los medios probatorios aportados por las partes, se constata que mediante Resolución de Gerencia Municipal N° 592-2019-MDK/GM de fecha



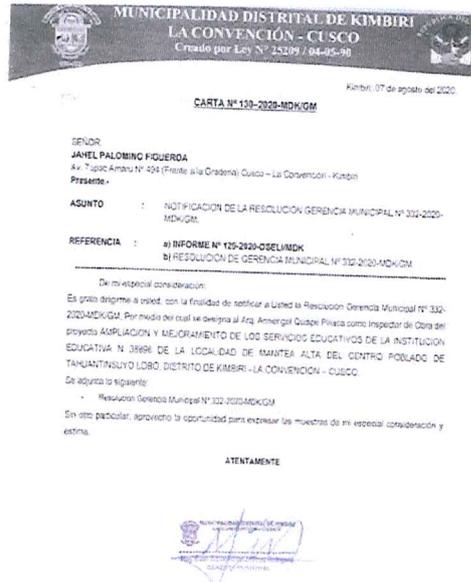
29 de octubre del 2019, La Entidad decidió intervenir la obra por haberse configurado las causales previstas en el artículo 173 y 174 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable al presente caso. Dicha Resolución fue notificada al Contratista el 07 de noviembre del 2019, según consta en la carta N° 551-2019-MDK/GM.

71. El contratista señala en su demanda arbitral que la cancelación de la intervención económica del contrato no tendría validez como causal de resolución del contrato por cuanto la resolución N° 592-2019-MDK/GM que aprueba la intervención económica de la obra, ha sido emitida sin haberse requerido previamente por carta notarial al contratista el cumplimiento de sus obligaciones, otorgándole un plazo no menor de dos días ni mayor de quince días, vencido el cual podrá decidir intervenir económicamente la obra, tal como lo estipula el inciso "c" del apartado VI de la Directiva N° 001-2003/CONSUCODE/PRE, aplicable al presente caso.
72. Al respecto se observa que la mencionada Directiva establece en efecto que antes de ser intervenida la obra por incumplimiento de obligaciones del Contratista, la Entidad debe requerir el cumplimiento de las mismas, y otorgar un plazo para ello. Sin embargo, **la Directiva no establece la sanción de nulidad de la intervención económica de la obra si no se cumple tal requisito.**
73. Asimismo, en este arbitraje ninguna de las partes ha aportado algún medio probatorio que permita establecer que la Resolución N° 592-2019-MDK/GM fue impugnada por el contratista, y que se le dejó sin efecto jurídico, de tal manera que se trata de un acto resolutorio que surtió sus efectos desde su emisión hasta que la misma Entidad decidió la cancelación de la intervención económica de la obra.
74. Adicionalmente, se deja constancia que en este arbitraje las partes no han planteado como controversia la invalidez, ineficacia o nulidad de la Resolución N° 592-2019-MDK/GM, por lo que este colegiado no puede emitir pronunciamiento sobre ello al no constituir un punto controvertido. Y en tanto no hay un pronunciamiento firme que declare la invalidez de la Resolución N° 592-



- 2019-MDK/GM, no es jurídicamente posible declarar la invalidez, ineficacia o nulidad de la intervención económica de la obra.
75. A ello se agrega que el contratista no niega que a la fecha de emisión de la Resolución N° 592-2019-MDK/GM, existía un retraso injustificado en la ejecución de la obra, limitando su cuestionamiento a la intervención económica de la obra al incumplimiento del requerimiento previo que debió hacer la Entidad.
76. Siendo así, la intervención económica de la obra dispuesta mediante la Resolución N° 592-2019-MDK/GM, es oponible al contratista, en tanto antes y durante la intervención económica de la obra existió una situación de atraso injustificado siendo el caso que el monto de la valorización acumulada ejecutada al mes de junio del 2019 era menor al ochenta por ciento del monto de la valorización acumulada programada del nuevo calendario, siendo ello causal de resolución del contrato, conforme a lo previsto en el artículo 173 del Reglamento aplicable al presente caso.
77. **Respecto de la causal de acumulación máxima de penalidad por mora,** corresponde determinar en primer lugar si el contratista incurrió en retraso injustificado en la ejecución de la obra.
78. Ambas partes coinciden en los siguientes hechos relacionados con el asunto en análisis:
- Inicio del plazo de ejecución: 24/10/2018
 - Fin del plazo vigente de ejecución: 02/07/2019
 - Suspensión de plazo de ejecución: 21 de junio de 2019.
 - Motivo de la suspensión de plazo: no se cuenta con supervisor o inspector de obra.
79. En ese estado de cosas, el 07 de agosto de 2020 la Entidad comunicó al Contratista la designación del Inspector de Obra, como se observa en la siguiente reproducción; con lo cual se materializa la condición prevista para el reinicio de la ejecución de la obra:





80. En tal sentido, el 10 de agosto la Entidad convocó al contratista para firmar el acta de reinicio de obra, según se observa en la siguiente reproducción:



81. Habiendo concurrido el representante legal de contratista al lugar de la obra, no suscribió el Acta de Reinicio, como consta en el documento firmado por los representantes de la Entidad y de las autoridades locales:

la suspensión. Asimismo, se establece que la ENTIDAD comunicó al CONTRATISTA la modificación de las fechas de ejecución de la obra: fecha de reinicio: 12 de agosto de 2020, y fecha de culminación de la obra: 23 de agosto de 2020; como aparece en la parte considerativa de la mencionada Resolución:

LOCALIDAD DE MANITEA ALTA DEL CENTRO POBLADO DE TAHUANTINSUYO LOBO, DISTRITO DE KIMBIRI - LA CONVENCION - CUSCO", con fecha 12 de agosto del 2020, estableciendo la modificación de las fechas de ejecución de obra en concordancia con el artículo 153 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, D.S. N° 350-2015-EF y D.S. N° 056-2017-EF, conforme al siguiente detalle:

1. FECHA DE REINICIO DE OBRA : 12 DE AGOSTO DEL 2020
2. PLAZO CONTRACTUAL (Restante) : 12 DIAS CALENDARIOS
3. NUEVA FECHA DE TERMINO DE OBRA : 23 DE AGOSTO DEL 2020

Aclarando que el plazo contractual pendiente es de 12 días calendario contados a partir del 12/08/2020 al 23/08/2020, en concordancia con la ampliación de plazo N° 01 otorgada mediante Resolución de Gerencia Municipal N° 339-2019-MDK/GM.

Lo cual es recogido expresamente en el artículo primero de la citada Resolución:

SE RESUELVE:
ARTÍCULO PRIMERO.- APROBAR el Reinicio de Obra **AMPLIACION Y MEJORAMIENTO DE LOS SERVICIOS EDUCATIVOS DE LA INSTITUCION EDUCATIVA N° 38896 DE LA LOCALIDAD DE MANITEA ALTA DEL CENTRO POBLADO DE TAHUANTINSUYO LOBO, DISTRITO DE KIMBIRI - LA CONVENCION - CUSCO**", teniendo como fecha de reinicio, del 12 de agosto del 2020 y como fecha de término de la obra el 23 de agosto del 2020, con un plazo de ejecución de obra de 12 días calendario, conforme a los fundamentos técnicos y legales esgrimidos en la parte considerativa de la presente resolución y los documentos que obran en autos

Cumplíendose así el requisito de comunicar al contratista la modificación de las fechas de ejecución de la obra tomando como base los términos acordados por las partes en el acuerdo de suspensión.

84. De lo antes analizado se concluye que la Entidad cumplió los requisitos legales previstos en el Art. 153 del Reglamento para el reinicio de la ejecución de obra.
85. Ahora bien, el Contratista manifestó a LA ENTIDAD a través de la carta n° 005-2020-CM-JPF/RL, y plantea en este arbitraje, que el reinicio de ejecución de la obra no era posible en la fecha establecida por LA ENTIDAD, por cuanto la modificación de las fechas de ejecución de la obra debía prever la afectación a los rendimientos de las partidas producto del cambio en los procesos constructivos como consecuencias de la incorporación de los protocolos COVID-19 en la ejecución de la obra. Por su parte, LA ENTIDAD contradice dicha posición. El colegiado procede a analizar este tema controvertido por ser relevante para el análisis.
86. En principio el Decreto Legislativo N° 1486, y Directiva N° 005-2020-OSCE/CD, fueron emitidos para "implementar las medidas dispuestas en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1486,



destinadas exclusivamente a la reactivación de los contratos de obra y sus respectivos contratos de supervisión, **que se encuentran paralizadas por efecto del Estado de Emergencia Nacional, declarado por el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM y sus modificatorias.**" (el resaltado es agregado).

87. En el presente caso la paralización de la obra fue por efecto del Estado de Emergencia Nacional declarado por el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM y/o sus modificatorias, el cual concluyó el 14 de junio del 2020; sino por no haber supervisor o inspector de obra desde el 21 de junio del 2019 hasta el 07 de agosto del 2020.
88. Sin embargo, el último párrafo del numeral 6.2. de la Directiva N° 005-2020-OSCE establece que:

"La ampliación excepcional de plazo que prevé el D.LEG., con los correspondientes gastos generales y costos directos, y el reconocimiento de los costos que implicará implementar las medidas para la prevención y control frente a la propagación del COVID-19, dispuestas por los sectores competentes, **aplica incluso en aquellos casos en que la obra tenía programada su culminación antes de la declaratoria de Estado de Emergencia Nacional, o cuando se haya encontrado con atraso, sin perjuicio de la aplicación de penalidades o los procedimientos de solución de controversias, que sean aplicables por tales atrasos o paralizaciones previas.**" (el resaltado es agregado).



Como se observa, esta disposición autoriza a las Entidades y Contratistas a aplicar la ampliación excepcional de plazo con los correspondientes gastos generales y costos directos, así como reconocer los costos que implicará implementar las medidas para prevenir y controlar la propagación del COVID-19, cuando ocurren dos supuestos:

- a) Cuando la obra tenía programada su culminación antes de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional. Este supuesto no se produce en el presente caso, pues la obra tenía programada su culminación a los doce días después de que sea reiniciada la ejecución de la obra.

- b) Cuando la obra se haya encontrado con atraso. Este supuesto sí se presenta en el presente caso, pues al 21 de junio del 2019, fecha de suspensión de la obra, ésta se encontraba atrasada según el Informe Pericial aportado como medio probatorio por La Entidad en este arbitraje.
89. Siendo así, las disposiciones del Decreto Legislativo N° 1486, y la Directiva N° 005-2020-OSCE/CD si podían ser aplicadas excepcionalmente para el reinicio de la ejecución de obra en el presente caso.
90. Sin embargo, la Entidad declaró improcedente la solicitud de ampliación excepcional de plazo que presentó a La Entidad el 31 de agosto de 2020, como se observa en la Resolución de Gerencia Municipal N° 478-2020-MDK/GM, de fecha 22 de setiembre del 2020:



91. Sin embargo, la Resolución de Gerencia Municipal N° 478-2020-MDK/GM no fue sometida a controversia mediante conciliación y/o arbitraje, habiendo quedado firme y por lo tanto surte todos sus efectos. Debe tenerse presente que la propia Directiva N° 005-2020/OSCE en su numeral 7.3.3., reconoce el derecho del CONTRATISTA a someter a los mecanismos de solución de controversias las discrepancias que tuviera con la evaluación y pronunciamiento respecto de la solicitud de ampliación excepcional de plazo, y costos de la implementación de las medidas para la prevención y control frente a la propagación del COVID-19 dispuestas por los sectores competentes para la reanudación de los trabajos.
92. El colegiado deja constancia, además, que ninguna de las partes ha sometido a decisión de este tribunal arbitral alguna pretensión de invalidez, ineficacia o

nulidad de la mencionada Resolución de Gerencia Municipal N° 478-2020-MDK/GM, por lo que ésta se mantiene incólume no pudiendo el colegiado dejarla sin efectos.

93. En este estado de cosas, cierto es que la Entidad tenían habilitada la opción de ordenar la modificación del Contrato, y el contratista de solicitar dicha modificación, conforme lo permite el artículo 34 de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable al presente caso:

Artículo 34- Modificaciones al contrato

34.1. El contrato puede modificarse en los supuestos contemplados en la Ley y el reglamento, por orden de la Entidad o a solicitud del contratista, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente. En este último caso la modificación debe ser aprobada por la Entidad. Dichas modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad.”

94. Sin embargo, no existe en este expediente ninguna evidencia de que EL CONTRATISTA haya solicitado o requerido a La Entidad la modificación parcial del contrato amparado en la norma legal mencionada.

95. Asimismo, La Entidad no está obligada a modificar de oficio el plazo de ejecución de la obra, pues para ello la Ley de Contrataciones del Estado establece que se requiere de una solicitud del CONTRATISTA:

Artículo 34.- Modificaciones al contrato

34.5. El contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el plazo contractual de acuerdo a lo que establezca el reglamento.

96. El CONTRATISTA también plantea que el reinicio de la ejecución de la obra era imposible en las condiciones existentes al 21 de junio de 2019, por cuanto ante la propagación del COVID-19 era necesario previamente reconocer el impacto de las medidas destinadas a prevenir y controlar dicha propagación. El colegiado observa que el CONTRATISTA planteó esa propuesta a LA ENTIDAD, por lo



cual solicitó la ampliación excepcional de plazo, sin embargo no hizo uso de su derecho de controvertir la decisión denegatoria de LA ENTIDAD, habiendo quedado firme el acto resolutorio de su propósito. El CONTRATISTA tampoco solicitó posteriormente a LA ENTIDAD la modificación del contrato para incorporar esos aspectos, como se tiene establecido en los párrafos que anteceden.

97. En consecuencia, la contratista estaba obligada a reiniciar la obra el 12 de agosto del 2020. Sin embargo, no cumplió y por tanto tampoco culminó el 23 de agosto, último día del plazo vigente de ejecución, incurriendo en atraso injustificado a partir del 24 de agosto de 2020, y en consecuencia afecto a la aplicación de penalidad por mora, la cual al 30 de setiembre de 2020 alcanzó el máximo del 10% permitido por la ley, configurándose la causal de resolución de contrato previsto en el inciso 2 del artículo 135 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable al presente caso.
98. Se debe tener en cuenta que la Entidad, de conformidad con el numeral 1 del artículo 153 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable al presente caso, comunicó al Contratista la modificación de las fechas de ejecución de la obra, en ese sentido, correspondía al Contratista realizar la ejecución de la obra y finiquitarla dentro del plazo restante, es decir, hasta el 23 de agosto de 2020, teniendo en cuenta que la gestión de para el cumplimiento de la obra dentro de los plazos establecidos es obligación del Contratista y el efectuarse posterior a la fecha pactada conlleva a la aplicación de penalidades, las cuales se encuentran previstas en la normativa de contratación pública y el Contrato.
99. Establecida la existencia de esta causal, resulta innecesario analizar si se produjeron o no las otras causales invocadas por la Entidad en la Resolución Gerencial N° 502-2020-MDK/GM que decide resolver el CONTRATO.
100. En cuanto al procedimiento de resolución de contrato establecido en el art 136 del reglamento, el CONTRATISTA plantea la trasgresión ya que en la Carta notarial n° 012-2020-GM-MDK remitida por la Entidad el 02 de setiembre del 2020, la Municipalidad Distrital de Kimbiri requiere al contratista: i) el



cumplimiento de la oferta técnica propuesta, ii) sincere las valorizaciones presentadas, y iii) subsane las partidas ejecutadas por incumplimiento de especificaciones técnicas del expediente técnico; sin embargo, la Resolución de Gerencia Municipal N° 502-2020-MDK/GM agrega incumplimientos no previstos en Carta notarial n° 012-2020-GM-MDK como el supuesto incumplimiento del literal c) del numeral 7 y el numeral 6) del inciso VI) Disposiciones específicas de la Directiva N° 001-2003/CONSUCO/PRE, la resolución por cancelación de la intervención económica de la obra y la resolución como consecuencia de la acumulación máxima de la penalidad por mora.

101. Al respecto, habiéndose establecido que se configuró la causal de resolución de contrato previsto en el inciso 2 del numeral 135.1. del artículo 135 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable al presente caso, resulta innecesario analizar si se produjo la causal de incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales o legales o reglamentarias, prevista en el inciso 1 del numeral 135.1. del artículo 135 del Reglamento, e innecesario analizar si los presuntos incumplimientos injustificados imputados en la Carta notarial n° 012-2020-GM-MDK coinciden con los atribuidos en la Resolución de Gerencia Municipal N° 502-2020-MDK/GM; puesto que para resolver el CONTRATO por la causal de aplicación de penalidad máxima por mora, no se requiere requerir previamente el cumplimiento al contratista, según lo establece el cuarto párrafo del artículo 136 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable al presente caso, bastando con comunicarlo mediante carta notarial:

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.

102. En el presente caso, se verifica que la Resolución Gerencial N° 502-2020-MDK/GM fue notificada al contratista mediante carta notarial en el domicilio contractual, por lo cual se ha cumplido el procedimiento y la formalidad prevista en la normativa.



103. De todo lo antes analizado, se concluye que la primera pretensión de la demanda arbitral es infundada.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde que el tribunal declare que la imposibilidad de ejecutar la prestación a cargo del Consorcio Manitea es imputable a la Municipalidad de Kimbiri, como consecuencia de ello que el contrato queda resuelto de pleno derecho.

POSICION DEL CONTRATISTA.

104. El aislamiento social obligatorio dispuesto por el gobierno nacional ha generado contratiempos en los contratos de obra pública como consecuencia de la implementación de protocolos sanitarios que han ocasionado anomalías en el proceso de ejecución de las actividades inicialmente pactadas.

105. Debido al cambio de circunstancias producto de la emergencia nacional, el reinicio de la obra debe prever la afectación a los rendimientos de las partidas producto del cambio en los procesos constructivos como consecuencias de la incorporación de los protocolos COVID en la ejecución de la obra. Ello no ha sucedido, el contratista se ha visto en la imposibilidad de reiniciar con la ejecución de la obra, no obstante, la Entidad penaliza al contratista aplicándole una penalidad por mora e ilegalmente resuelve el contrato por acumulación del monto máximo de penalidad.

106. El Art. 6.2 de la Directiva N° 005-2020-OSCE modificado por Resolución N° 069-2020-OSCE/PRE señala que cuando no es aplicable la ampliación excepcional de plazo las partes aplicarán la modificación convencional a que se refiere el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley 30225. El art 6.2, ordena a las partes a modificar convencionalmente el contrato, que se incorporen: a) impacto en costo y en plazo que significa ejecutar la obra incorporando los protocolos COVID y b) el costo de implementación de las medidas sanitarias, pese a lo establecido en el referido artículo la Entidad advierte que el contratista no reinicia la ejecución de la obra dejándola en abandono.

107. La Entidad no es consciente que luego del 16 de marzo del 2020, es imposible ejecutar la obra conforme se había acordado inicialmente en el contrato, en



aplicación del principio de equidad, el contratista no puede asumir a) el impacto en costo y en plazo que significa ejecutar la obra incorporando los protocolos COVID y b) el costo de implementación de las medidas sanitarias debido a que ello no forma parte de la propuesta técnico económica ofertada por Consorcio.

108. La Entidad tampoco es consciente que no puede permitir que el contratista ejecute las obra sin la implementación de los lineamientos emitidos por los sectores competentes, se trata de una cuestión de salud pública, por lo que sin la determinación de los protocolos y consecuentemente su incorporación en la ejecución de la obra, el contratista aun cuando se le ha notificado el reinicio del plazo se encuentra imposibilitado de iniciar con la ejecución de las actividades; con sus decisiones arbitrarias e ilegales la Entidad expone el contratista a la comisión del delito de atentado a la seguridad y salud en el trabajo
109. La Entidad se despoja totalmente de las reglas de la buena fe inherente a todo contrato y deliberadamente impide que el contratista pueda cumplir con las obligaciones a su cargo, para tal fin obliga al contratista a que asuma el costo de la implementación de los protocolos COVID y ejecute la obra como si estos no tuvieran incidencia directa en la maquinaria, herramientas, manos de obra y rendimiento de las partidas que conforman la obra, que se traduce en una extensión de plazo y mayores costos que los inicialmente acordados.
110. Se evidencia sin lugar a dudas la imposibilidad de ejecutar la obra a cargo del consorcio que es imputable a la Municipalidad de Kimbiri. El Código Civil en el artículo 1432 determina que en los contratos de prestaciones recíprocas, como lo es el contrato de obra si la prestación resulta imposible y dicha imposibilidad es imputable al acreedor, el contrato queda resuelto de pleno derecho.
111. Al no estar regulado en la ley de contrataciones del estado la figura de la resolución de pleno derecho cuando la prestación resulta imposible por culpa del acreedor es válido recurrir al Código Civil, en consecuencia, resulta totalmente amparable en aplicación del art°1324 del CC que el tribunal arbitral declare que la imposibilidad de ejecutar la prestación a cargo del Consorcio es imputable a la Municipalidad, como consecuencia de ello que el contrato queda resuelto de pleno derecho



POSICION DE LA ENTIDAD

112. La Municipalidad mediante Carta Notarial N° 011-2020-MDK/GM de fecha 14 de agosto de 2020 notifica al contratista la Resolución de Gerencia Municipal N° 395-2020-MDK donde establece APROBAR el Reinicio de Obra el 12 de agosto de 2020 y como fecha de término de la obra 23 de agosto de 2020, con un plazo de ejecución de obra de 12 días calendarios, conforme a los fundamentos técnicos y legales esgrimidos en la parte resolutive de la presente resolución y lo documentos que obran en autos.
113. En tal sentido la Entidad cumplió con las formalidades establecidas conforme a la normativa de contrataciones del Estado (Artículo 153 del reglamento) para dar reinicio al plazo de ejecución de la obra.
114. El contratista ha incumplido sus obligaciones contractuales al no haber realizado el sinceramiento de las valorizaciones presentadas con metrados y/o partidas no ejecutadas y no haber subsanado las partidas ejecutadas con incumplimiento de especificaciones técnicas del expediente técnico, correspondiendo aplicar el artículo 36 de la Ley, numeral 36.1; siendo causal de resolución de contrato por incumplimiento de obligaciones esenciales por parte del contratista, artículo 135, numeral 1 del Reglamento.



PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

115. Al analizarse el primer punto controvertidos, el colegiado ha establecido que el CONTRATISTA solicitó la ampliación excepcional de plazo, sin embargo no hizo uso de su derecho de controvertir la decisión denegatoria de LA ENTIDAD, habiendo quedado firme el acto resolutive de denegó su solicitud de ampliación excepcional de plazo.
116. Asimismo, se ha establecido que el CONTRATISTA tampoco solicitó a LA ENTIDAD la modificación del contrato para modificar el plazo de ejecución y la incorporación de los costos de reiniciar la obra con la implementación de las medidas para prevenir y controlar la propagación del COVID-19.

117. Del mismo modo, se ha establecido que el CONTRATISTA estaba obligado a reiniciar la obra el 12 de agosto del 2020; que sin embargo no cumplió, y por tanto tampoco culminó el 23 de agosto, último día del plazo vigente de ejecución, incurriendo en atraso injustificado a partir del 24 de agosto de 2020, por lo que se encuentra justificada la aplicación de penalidad por mora, la cual al 30 de setiembre de 2020 alcanzó el máximo del 10% permitido por la ley, configurándose la causal de resolución de contrato previsto en el inciso 2 del artículo 135 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable al presente caso.
118. Establecida la existencia de esta causal, resulta innecesario analizar si se produjeron o no las otras causales invocadas por la Entidad en la Resolución Gerencial N° 502-2020-MDK/GM que decide resolver el CONTRATO.
119. En tal sentido, el colegiado concluye que no es posible declarar que la imposibilidad de ejecutar la prestación a cargo del Consorcio Manitea es imputable a la Municipalidad de Kimbiri, y que como consecuencia de ello que el contrato queda resuelto de pleno derecho.
120. En consecuencia, es infundada la segunda pretensión de la demanda.



TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad al pago de los costos arbitrales los cuales incluirán los honorarios arbitrales y de administración arbitral, de asesoría legal, por gastos financieros; más los intereses que se devenguen hasta la ejecución final del laudo, monto de gastos estimamos en S/. 30,000.00.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA.

121. Dado que el Consorcio se ha visto en la necesidad de recurrir al arbitraje como consecuencia de decisiones arbitrarias e ilegales plasmadas la resolución de la Gerencia Municipal N° 502-2020MDK/GM que dispone resolver el contrato como consecuencia de la cancelación de la intervención económica de la obra, incumplimientos de la obligaciones contractuales y acumulación máxima de penalidad por mora corresponde que la Entidad asuma los costos derivados del proceso arbitral.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

122. La Entidad ha actuado de acuerdo a Ley y a los Reglamentos para la resolución del Contrato, por lo que la Entidad no tiene obligación alguna de asumir el pago de los costos arbitrales que genera al acudir y hacer prevalecer su derecho mediante el presente proceso arbitral.

PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

123. El punto controvertido antes citado está relacionado con la asunción de los costos y costas del presente arbitraje.

124. El numeral 2 del artículo 56° del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje, dispone que el Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73° del mismo cuerpo normativo.

125. Por su parte, el referido artículo 73° establece que el Tribunal Arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el Tribunal Arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

126. Sobre este particular, es necesario señalar que, de acuerdo con el artículo 70 de la Ley de Arbitraje, los costos del arbitraje comprenden:

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



127. Que, por su parte, el artículo 56° del Reglamento del Centro, señala en su numeral 2) que, el Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 57°. Este artículo 57 indica lo siguiente:

Artículo 57°.- Condena de costos

1. El Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo si procede la condena para el pago de los costos del arbitraje y **establecerá cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas, teniendo presente, de haberse previsto, lo pactado en el convenio arbitral.**

2. El término costos comprende:

a. Los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral determinados por el Centro de Arbitraje "ARBITRARE".

b. Los gastos administrativos del Centro de Arbitraje "ARBITRARE".

c. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje, de haber sido debidamente solicitados.

d. El costo del asesoramiento pericial o de cualquier otra asistencia requerida por el Tribunal Arbitral conforme a este Reglamento.

e. Los demás gastos originados en las actuaciones arbitrales.

3. Para los efectos de la condena correspondiente se tomará en consideración el resultado o sentido del laudo, **así como la actitud que hubiesen tenido las partes durante el arbitraje, pudiendo penalizar el entorpecimiento o dilación manifiesto practicado por cualquiera de las partes. También se podrá tomar en consideración la pertinencia y cuantía de las pretensiones y si su monto incidió sustancialmente en el incremento de los costos.**



4. Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones, entendiéndose como comunes los honorarios y los gastos del Tribunal Arbitral, los honorarios de los peritos designados por dicho colegiado por propia iniciativa y los gastos administrativos del Centro de Arbitraje "ARBITRARE". (el subrayado es nuestro)
128. Que, en relación a las costas y costos del proceso, se advierte que en el convenio arbitral las partes no han establecido pacto alguno en relación a la asunción de los costos y costas del arbitraje, por lo que le corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse sobre este tema de manera discrecional y con la debida prudencia a fin de establecer si corresponde la atribución de los gastos arbitrales a una de las partes, y en qué medida, o la aplicación de un prorrateo razonable.
129. El Tribunal Arbitral, luego de evaluar el comportamiento procesal de las partes durante el desarrollo del presente arbitraje, así como la base de lo actuado considera que ambas partes han tenido motivos atendibles para litigar y defender sus intereses convencidas de sus posiciones ante la controversia, además, resulta relevante para el Colegiado el hecho de que, debido a la falta de pago de la Demandada, la Demandante ha debido afrontar la totalidad de las provisiones de gastos administrativos en su subrogación; por lo que corresponde que cada parte asuma los costos del arbitraje en partes iguales.
130. En consecuencia, este Tribunal Arbitral determina que cada parte asuma el 50% de los costos y gastos del presente proceso; precisándose que los gastos de defensa deben ser asumidos por cada parte.
131. Siendo así, y verificándose del expediente arbitral que el CONTRATISTA pagó el ciento por ciento de los gastos arbitrales, que comprenden: S/ 55,591.92 de honorarios del tribunal arbitral; y S/ 23,222.45 de gastos administrativos del Centro de Arbitraje, lo que totaliza el importe de S/ 78, 814.37. En consecuencia, corresponde disponer que LA ENTIDAD reembolse al CONTRATISTA el cincuenta por ciento de dicho monto, es decir la cantidad de S/ 39,407.19 (treinta y nueve mil cuatrocientos siete con 19/100 Soles).



Por las razones expuestas, de conformidad con las normativas aplicables, y lo previsto en el Decreto Legislativo N° 1071, el Tribunal Arbitral, en mayoría, dentro del plazo correspondiente, resolviendo en Derecho, emite **LAUDO** conforme a lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la primera pretensión de la demanda arbitral; en consecuencia: NO CORRESPONDE DEJAR SIN EFECTO la Resolución Gerencial N° 502-2020-MDK/GM que dispone resolver el contrato.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la segunda pretensión de la demanda; en consecuencia: NO CORRESPONDE DECLARAR la imposibilidad de ejecutar la prestación a cargo del Consorcio Manitea por causa imputable a la Municipalidad de Kimbiri, y que como consecuencia de ello el contrato queda resuelto de pleno derecho.

TERCERO: DETERMINAR que cada parte asuma el cincuenta por ciento (50%) de los costos y gastos del presente proceso, precisándose que los gastos de defensa deben ser asumidos por cada parte. En consecuencia: DISPONER que la Municipalidad Distrital de Kimbiri reembolse al Consorcio Manitea el importe de S/ 39,407.19 (treinta y nueve mil cuatrocientos siete con 19/100 Soles).

Notifíquese a las partes.-



JUAN MANUEL FIESTAS CHUNGA
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL



DANIEL TRIVEÑO DAZA
ÁRBITRO



ARBITRARE
centro de arbitraje

Abog. Maria Alejandra Paz Hoyle
SECRETARIA GENERAL

 SEDE TRUJILLO

Av. América Oeste N° 1565 Of. 601
Urb. Covicorti - Trujillo
☎ 986 636 759 / ☎ 044 - 533 646
✉ secretaria@arbitrareperu.com

SEDE PIURA 

Calle Las Begonias Mz. U lote 19
Urb. Miraflores - Castilla - Piura
☎ 942 690 831 / ☎ 073 - 405 234
✉ kvalverde@arbitrareperu.com