

[Handwritten signature]

CARTA N° 017-2015-AU/MDM-CM

LIMA, 07 de mayo de 2015

Señores
Municipalidad Distrital de Miraflores
Av. Larco N° 400 – Miraflores
Presente.-

Atención : Dra. Mariela Gonzales Espinoza
Procuradora Pública Municipal
Asunto : Remito Laudo Arbitral.
Referencia : Expediente I130-2014.

De mi consideración:

Tengo a bien dirigirme a Ustedes, con relación al proceso arbitral de la referencia, relacionado a la controversia del Contrato N° 120-2012, "Ejecución de la obra: Mejoramiento de los acantilados de las zonas de los delfines, Punta Roquitas, Waikiki y Bajada Balta", remito adjunto remito adjunto al presente el laudo arbitral emitido por el Árbitro Único, en setenta y tres (73) folios.

Sin otro particular, quedo de Ustedes:

Atentamente;

Nicanor Milton Gómez Zúñiga
Secretario Arbitral

74 folios



CARTA EXTERNA No
15433-2015



Secretaría General

Solicitante : GOMEZ ZUNIGA NICANOR
Asunto : REMITE LAUDO ARBITRAL
Folios : 74
Observac. : CONSORCIO MIRAFLORES-MEJORAMIENTO ACANTALADOS

Registrado por: VBazan el 07/05/15 a las 14:41 Hras
U. organica : ADMINISTRACION DOCUMENTARIA Y ARCHI



EXPEDIENTE ARBITRAL N° I130-2014

DEMANDANTE : MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MIRAFLORES, EN
ADELANTE LA ENTIDAD

DEMANDADO : CONSORCIO MIRAFLORES, EN ADELANTE EL
CONTRATISTA

ARBITRO ÚNICO : GUSTAVO ADOLFO DE VINATEA BELLATÍN

SECRETARIO ARBITRAL : NICANOR MILTON GÓMEZ ZÚÑIGA

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Resolución N° 18

Lima, 05 de mayo de 2015

VISTOS:

I. ANTECEDENTES DEL PROCESO ARBITRAL

CONTRATO

Con fecha 19 de noviembre de 2012, el CONTRATISTA y LA ENTIDAD suscribieron el Contrato N° 120-2012 derivado de la Adjudicación Directa Pública N° 006-2012-CE/MM, para la ejecución de la obra: "mejoramiento de los acantilados de las zonas de Los Delfines, Puntas Roquitas, Waikiki y Bajada Balta, distrito de Miraflores – Lima – Lima".

CONVENIO ARBITRAL

La cláusula Décimo Octava del Contrato establece expresamente lo siguiente:

“Cláusula décimo Octava: Solución de Controversias

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

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

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

II. INSTALACIÓN Y APERTURA DEL PROCESO

DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO UNICO Y AUDIENCIA DE INSTALACIÓN:

1. Mediante el Oficio N° 909-2014-OSCE/DAA de fecha 11 de febrero de 2014, la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) comunicó al Dr. Gustavo Adolfo De Vinatea Bellatin, su designación como Árbitro Único, en mérito a la Resolución N° 038-2014-OSCE/PRE de fecha 07 de febrero de 2014, emitida a raíz del pedido de designación de árbitro que formuló la Entidad.
2. Mediante Carta de fecha 21 de febrero de 2014, dirigida a la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, el Árbitro Único acepta su designación como Árbitro Único.

3. El 28 de marzo de 2014, con la presencia del Árbitro Único y de la Dra. Natalia Berrocal Gonzales, en representación de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, así como la Dra. Olga Adriana Pérez Uceda designada por la Procuradora Pública Municipal de la Municipalidad Distrital de Miraflores, dejando constancia de la inasistencia de los representantes del Consorcio.
4. En los numerales 23 y 24 del Acta de Instalación del Árbitro Único, se otorgó a cada parte un plazo de diez (10) días, a fin de que la Entidad presente su demanda arbitral y el Consorcio conteste la demanda arbitral; y que cada parte al momento de ofrecer sus medios probatorios deberá identificarlos con claridad, así como señalar el número que le corresponde a cada uno de ellos a fin de facilitar su ubicación y la relación de éstos con los argumentos que se expongan.

MARCO LEGAL APLICABLE PARA RESOLVER LA CONTROVERSIA

5. En el numeral 8 del Acta de Instalación del Árbitro Único, se estableció que el arbitraje se regirá de acuerdo a las reglas establecidas en el Acta de Instalación, la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por decreto Legislativo N° 1017 y modificada mediante Ley N° 29873, Su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF, y a las directivas aprobadas por el OSCE para tal efecto. Supletoriamente, regirán las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje (en adelante "Decreto Legislativo") y en caso de deficiencia o vacío en las reglas que anteceden, el Árbitro Único resolverá en forma definitiva del modo que considere apropiado mediante la aplicación de principios generales del derecho.

III. DEMANDA ARBITRAL POR LA ENTIDAD

- A. Con escrito de fecha 11 de abril de 2014, la Entidad presenta su demanda, con las pretensiones y fundamentos que allí aparecen y que buscan esclarecer los hechos en controversia:

Pretensiones:

1. Primera Pretensión Principal.

Se declare la nulidad de la resolución del Contrato N° 120-2012, contenida en la Carta Externa N° 34681-2013 recepcionada el 30 de octubre de 2013.

2. Primera Pretensión Accesoría

Como consecuencia de la pretensión principal, cumpla con pagar la correspondiente indemnización por daños y perjuicios a favor de la Municipalidad de Miraflores, por daño emergente, por el monto ascendente a S/. 150,000.00 (Ciento cincuenta mil con 00/100 Nuevos Soles), más intereses legales derivados hasta el cumplimiento total de dicho pago.

3. Segunda Pretensión Accesoría

Como consecuencia de la pretensión principal, se declare inválida la Carta Externa N° 36411-2013, por medio de la cual Consorcio Miraflores, considera que la resolución del contrato ha quedado consentida y de pleno derecho.

4. Tercera Pretensión Accesoría

Como consecuencia de la pretensión principal, se renueve la Carta de Fiel Cumplimiento N° E1019-02-2012 de fecha 27 de noviembre de 2013.

5. Cuarta Pretensión Accesoría

El demandado asuma el pago de las costas y costos arbitrales.

Antecedentes:

- a) Ante los constantes accidentes ocasionados por deslizamientos de rocas en los acantilados de la Costa Verde, y teniendo en cuenta la falta de respuesta de parte de la Municipalidad Metropolitana de Lima

para extender los trabajos de enmallado realizados por EMAPE, la Municipalidad de Miraflores, con recursos propios, formuló el expediente técnico para la ejecución del proyecto: “mejoramiento de los acantilados de las zonas de Los Delfines, Punta Roquitas, Waikiki y Bajada Balta, distrito de Miraflores”.

- b) La Entidad realizó la convocatoria de Adjudicación Directa Pública N° 006-2012-CE/MM el 06 de noviembre de 2012, adjudicando la Buena Pro al Consorcio Miraflores, con quien suscribió el Contrato N° 120-2012 de fecha 19 de noviembre 2012 .
- c) De acuerdo al punto 22 de las Bases, el Contratista era el responsable de la obtención de todas las licencias, autorizaciones, permisos, servidumbres y similares para la ejecución de la obra.
- d) El Consorcio Miraflores mediante Expedientes N° 22831-13 y N° 22539 de fecha 01 de febrero de 2013, solicitó ante la Municipalidad Metropolitana de Lima la autorización para la ejecución de obra.
- e) Mediante Carta N° 0136-2013-MML/GDU-SAU-DORP de fecha 08 de febrero 2013, la Municipalidad de Lima metropolitana, señaló que no era factible el otorgamiento de autorización, por no considerarse el área de intervención, una vía metropolitana y señalándose que al respecto debe coordinarse con la Autoridad del Proyecto Costa Verde.
- f) El 4 de febrero de 2013, el Consorcio Miraflores solicitó al Gerente de la Secretaria Técnica Permanente de la Autoridad del Proyecto Costa Verde, la autorización para la ejecución de la obra.
- g) Con Oficio N° 024-2013-MML-APCV-GG del 26 de febrero de 2013, la Gerente General de la Autoridad del Proyecto Costa Verde, comunicó al Consorcio Miraflores que es necesario que el proyecto obtenga la compatibilidad con el Plan Maestro de Desarrollo de la Costa Verde, el cual hasta la fecha está pendiente de actualización; adjuntando el

Informe Técnico N° 006-2013-MML/APCV/GT, fijando los siguientes aspectos:

- Que, el proyecto de estabilización de taludes debe obtener la compatibilidad con el Plan Maestro de Desarrollo de la Costa Verde, debiendo solicitarse la compatibilidad ante la Autoridad del Proyecto Costa Verde.
 - Que tratándose de un proyecto de protección de taludes, a criterio del Informe Técnico no requiere de Estudio de Impacto Ambiental (EIA); sin embargo recomienda solicitar al Ministerio del Ambiente se determine la exigibilidad de la certificación ambiental.
 - Que, respecto al pedido de autorización para ejecución de obra pública y el plan de desvío, correspondía emitir dicha autorización a la Sub Gerencia de Ingeniería y Transito de la Gerencia de Transporte Urbano de Lima Metropolitana.
- h) El Consorcio Miraflores mediante Carta N° 26-2013/CM del 27 de marzo de 2013, solicitó al Ministerio del Ambiente se precise sí para la ejecución del proyecto se requiere la certificación ambiental en virtud de las recomendaciones del Informe Técnico N° 006-2013-MML/APCV/GT.
- i) Con Carta N° 27-2013/CM del 10 de abril de 2013, el Consorcio Miraflores reiteró al Ministerio del Ambiente su pedido contenido en la Carta N° 26-2013/CM.
- j) Con Carta N° 037/Consorcio Miraflores del 29 de mayo de 2013, el Consorcio Miraflores solicitó a la Municipalidad de Miraflores interponer buenos oficios ante la Autoridad del Proyecto Costa Verde a efectos que se viabilice la opinión del proyecto.
- k) Mediante Oficio N° 08-2013-SGLPAV/GOSP/MM del 29 de mayo de 2013, la Municipalidad de Miraflores solicitó al Ministerio del Ambiente

(MINAN) precise la exigibilidad de la Certificación Ambiental-EIA para la ejecución del proyecto.

- l) Mediante Oficio N° 412-2013-SGLPAV/GOPS/MM del 07 de junio de 2013, la Municipalidad de Miraflores solicitó a la Gerente de la Autoridad del Proyecto Costa Verde, la autorización por emergencia y la opinión técnica para la ejecución de la obra.
- m) Con Oficio N° 026-2013-MML-APCV-GT de fecha 13 de junio de 2013, la Autoridad del Proyecto Costa Verde emite su opinión: “ (...) A la fecha el MINAM no ha emitido pronunciamiento respecto a la procedencia de la certificación del EIA y que el proyecto no interfiere sobre áreas intangibles ni sobre la vía, que se han realizado los estudios técnicos sustentatorios para intervenir en la zona de los acantilados y que no incumple lo dispuesto en el reglamento de usos de suelo y de mar, habilitación urbana, construcción y medio ambiente de la costa verde y que no se puede causar más retraso en el inicio de ejecución de obra, por lo que se recomienda a esta Gerencia de manera extraordinaria otorgar pronunciamiento “positivo” respecto a la ejecución de obra; por lo que, no se requeriría certificación del sector correspondiente, se opina favorablemente por la ejecución de la obra de protección de taludes.
- n) Mediante Oficio 027-2013-MML-APCV-GT de fecha 18 de Junio 2013, la Autoridad del Proyecto Costa Verde pone en conocimiento del Ministerio del ambiente el Informe Técnico N° 006-2013-MML-APCV-GT-CC por el cual se concluía que a criterio de la Autoridad del Proyecto Costa Verde no era exigible el EIA.
- o) Mediante Oficio N° 269-2013-MINAM-VMGA-DGPNIGA de fecha 8 de julio de 2013, la Directora General de Políticas, Normas e Instrumentos de Gestión Ambiental del Ministerio del Ambiente, precisa que el proyecto no requiere el certificado de Impacto Ambiental (EIA).

- p) Con Resolución de Subgerencia N° 10367-2013-MML/GTU-SIT, la Municipalidad Metropolitana de Lima, autorizó al Consorcio Miraflores interferir de manera temporal el tránsito debido a la ejecución de la obra, en horario nocturno desde el 3 al 31 de agosto de 2013; debiendo obtener el permiso de la Gerencia de Desarrollo Urbano de la Municipalidad de Lima (Ordenanza N° 341) y/o de la Municipalidad Distrital (si fuera el caso en vías locales) para proceder con la ejecución de la obra, adjuntándose a tal efecto el Informe Técnico N° 00020-2013-MINAN-VMGA-DGPNIGA del Ministerio del ambiente.
- q) Teniendo en consideración que la ejecución del proyecto se ejecutaría en la Costa Verde, afectando vías metropolitanas, la Municipalidad de Miraflores emitió los siguientes documentos:
- Con Oficio N° 14-2013-SGLPAV/GOSP/MM, de fecha 18 de setiembre de 2013, en base al artículo tercero de la Resolución de Subgerencia N° 10367-2013-MML, pone en consideración de la Municipalidad Metropolitana de Lima, la autorización para la ejecución de la obra, reiterando con el Oficio N° 18-2013-SGLPAV/GOSP/MM, de fecha 23 de octubre de 2013.
- r) Con fecha 27 de Enero 2014, la Municipalidad Metropolitana de Lima emite el Oficio N° 008-2014-MML/GDU-SAU, señalando que no es competente para emitir autorización para la ejecución de la obra respecto del proyecto indicado, mencionando que la competente es la Municipalidad de Miraflores.
- s) Mediante Oficio N° 06-2014-SGLPAV/GOSP/MM de fecha 03 de febrero 2014, la Municipalidad de Miraflores, contesta el Oficio N° 008-2014-MML/GDU-SAU mostrando disconformidad por la demora en pronunciamientos claros en los que ha incurrido tanto la Municipalidad Metropolitana de Lima, como la Autoridad del Proyecto Costa Verde.

Indebida Resolución del Contrato

- a) Mediante Contrato N° 120-2012, de fecha 19 de noviembre de 2012, la Municipalidad Distrital de Miraflores encarga al Consorcio Miraflores la ejecución de la obra.
- b) Se estableció la entrega de terreno, dentro del plazo de quince (15) días calendario de suscrito el contrato, antes del vencimiento del plazo, se suscribió el Acta de postergación de la entrega de terreno de fecha 03 de diciembre de 2012, dejando constancia que esta se debió a la ejecución de obras proyectadas por la Municipalidad Metropolitana de Lima para el tramo de la Costa Verde comprendido entre San Miguel y Magdalena en temporada de playa.
- c) Al no terminarse las obras y no se contaba con la aprobación del Proyecto por parte de la Autoridad del Proyecto de la Costa Verde, se postergó nuevamente la entrega de terreno mediante Acta de fecha 25 de marzo de 2013, donde se acordó que la entrega del terreno se llevaría el 15 de mayo de 2013, para lo cual el contratista renunció a solicitar cualquier tipo de resarcimiento a la entidad.
- d) El 15 de mayo de 2013, se firmó el Acta de Entrega de Terreno en la cual luego del recorrido y la inspección ocular, así como la determinación de hitos y los puntos geométricos para el trazo de la obra, se constató la libre disponibilidad del terreno para que la municipalidad entregue al contratista, sin observación alguna de éste.
- e) Después de tres (03) meses de la entrega del terreno, el contratista comunica mediante Carta Externa N° 28350-2013 de fecha 04 de setiembre de 2013, la falta de disponibilidad de terreno, bajo los siguientes argumentos:
- En reiteradas ocasiones venimos siendo impedidos de ejecutar las partidas de las obras preliminares de la obra, tanto por funcionarios de la Gerencia de Fiscalización de vuestra representada y del acta de entrega del terreno, así como por miembros de la Asociación Peruana de Instructores de Parapente

quienes sostienen que mediante la Resolución de Gerencia de Desarrollo Humano N° 002-2013-GDH/MM de fecha 02/07/2013 (...) la Municipalidad de Miraflores les ha renovado la Autorización Temporal de Uso de Área Pública, en el área amurallada del parque Raimondi, donde se desarrolla la actividad de parapente y donde precisamente se encuentra ubicado la obra”.

- f) La ubicación de la obra no es correcta, en vista que el numeral 3, Capítulo III - Requerimiento Técnicos Mínimos, señala que el área de influencia de la obra se encuentra ubicada en los acantilados del distrito de Miraflores. Dicha área comprende desde el punto más bajo, a la vía metropolitana de la Costa Verde, y en su punto más alto el pico de los acantilados, donde termina el parque Raimondi, como se prueba con los planos topográficos LT01 y LT02 actualizados.
- g) El parque Raimondi no formó parte del acta de entrega del terreno, lo cual desvirtúa los hechos alegados por el demandado, puesto que legalmente se encuentra impedido de solicitar la entrega de un área que no es materia del contrato.
- h) Mediante Resolución N° 002-2013-GDH/MM de fecha 02 de julio de 2013, resuelve Renovar la Autorización a la Asociación Peruana de Instructores de Parapente, la cual no impide la ejecución de la obra ni afecta la disponibilidad del terreno.
- i) Que, el demandado tenía pleno conocimiento de la delimitación del terreno, remitiendo maliciosamente la carta externa N° 32671-2013 del 11 de noviembre de 2013, otorgando a la Entidad un plazo de quince (15) días calendarios para que cumpla con poner a disposición el terreno, bajo apercibimiento de resolver el contrato.
- j) La Entidad, atendiendo a la imposibilidad física y jurídica del requerimiento, y la necesidad de la ejecución de obra, remite la Carta N° 716-2013-SGLPAV/GOSP/MM de fecha 25 de octubre de 2013, en

el cual convoca a una reunión de carácter indispensable a realizarse el día 28 de octubre a las 11:00 am.

- k) Asimismo, cursó la Carta N° 725-2013-SGLPAV/GOSP/MM de fecha 28 de octubre de 2013, solicitando al Contratista la remisión de los permisos y autorizaciones de ejecución de obra, en virtud a lo dispuesto en los requerimientos Técnicos Mínimo.
- l) Transcurrido el plazo de 15 días, el demandado comunica con Carta Externa N° 34681-2013 de fecha 30 de octubre de 2013, la decisión de resolver unilateralmente el contrato de pleno derecho, debido a una supuesta falta de disponibilidad física del lugar; atribuyendo responsabilidad a la entidad y solicitando como consecuencia de ello, una indemnización por daños y perjuicios por una suma de S/. 92,500.00 (Noventa y dos mil quinientos con 00/100 Nuevos Soles).
- m) En ese sentido, no solo no resulta válida la resolución del contrato sino que además la Carta Externa N° 36411-2013, por medio de la cual Consorcio Miraflores, considera que la resolución del contrato ha quedado consentida y de pleno derecho es inválida; toda vez que mi representada aún se encontraba dentro del plazo legal establecido en el artículo 201° del Reglamento de Contrataciones del Estado para iniciar conciliación y/o arbitraje, para revertir la resolución arbitraria y carente de sustento comunicada por el demandado, como efectivamente se hizo, al solicitar conciliación extrajudicial el 21 de noviembre de 2013, luego de lo cual se solicitó el arbitraje que nos llevó a la interposición de la presente demanda.

Indemnización por daños y perjuicios por la Resolución indebida del Contrato

- a) Que, el demandado se ha valido de un argumento ilegal y carente de razonabilidad para resolver el contrato, ocasionando un perjuicio no sólo económico a la Entidad, perjudicando por la paralización abrupta de una obra, sino por el perjuicio social que se originó al no haberse

continuado con la obra, pese al latente e inminente riesgo de caída de piedras del acantilado que afectan la vida y la salud de las personas que transitan por la vía metropolitana de la costa verde, así como para evitar lamentables accidentes como el que ocurrió el 20 de enero de 2014, al menor Tiago Alonso Orellana Huerta de tres (03) años de edad.

- b) Como consecuencia del accidente referido, se han abierto una serie de investigaciones de índole penal que afectan la imagen institucional de la Municipalidad de Miraflores, del titular y de sus funcionarios, y que significarían un considerable desmedro en el presupuesto institucional ante una eventual exigencia de reparaciones civiles.
- c) Que, la Entidad asumió como representante de los derechos e intereses de los vecinos del distrito de Miraflores, las gestiones de apoyo a la familia del menor Tiago, lo cual genera un costo económico cuyo margen no resulta calculable, debido a las graves secuelas del menor.
- d) En ese sentido, resulta amparable el pedido para que el demandado cumpla con pagar la suma de S/. 150,000.00 (ciento cincuenta mil con 00/100 Nuevos Soles), por daño emergente, por un monto equiparable a poco menos del 10% del valor de la obra; por haberse ocasionado precisamente, una afectación a la Entidad por responsabilidad atribuible al contratista; y para cubrir eventuales reparaciones civiles a la familia del menor Tiago Orellana y los que pudieran ocurrir de manera posterior, hasta la ejecución de la obra submateria.

Medios probatorios ofrecidos por la Entidad

1. Contrato N° 120-2012.
2. Bases Integradas de Adjudicación Directa Pública N° 006-2012-CE-MM.
3. Actas de Postergación de Entrega de Terreno de fecha 03 de diciembre de 2012 y de fecha 25 de marzo de 2013.

4. Acta de Entrega de Terreno de fecha 15 de mayo de 2013.
5. Carta N° 403-2013-SGLPAV/GOSP/MM del 04 de junio de 2013, por medio del cual la Municipalidad de Miraflores remitió a la invitada los planos topográficos.
6. Resolución N° 002-2013-GDH/MM de fecha 02 de julio de 2013, por la cual se resuelve Renovar la Autorización a la Asociación Peruana de Instructores de Parapente.
7. Carta Externa N° 28350-2013 de fecha 04 de setiembre de 2013, por medio del cual la invitada comunica a la Municipalidad de Miraflores la Falta de Disponibilidad de Terreno.
8. Carta externa N° 32671-2013 del 14 de octubre de 2013, que otorga un plazo de 15 días calendarios para levantar las observaciones a la disponibilidad del terreno
9. Carta Externa N° 34681-2013 de fecha 30 de octubre de 2013, que resuelve el contrato N° 120-2012.
10. Resolución de Subgerencia N° 10367-2013-MML/GTU-SIT, que otorga la Autorización de Interferencia de Vías.
11. Carta N° 584-2013-SGLPAV/GOPS/MM de fecha 26 de agosto de 2013, por el cual la Municipalidad de Miraflores comunica la improcedencia para la realización de obras en horario nocturno.
12. Carta Externa N° 36411-2013 de fecha 15 de noviembre de 2013, por medio del cual la contratista considera que la resolución del contrato ha quedado consentido y de pleno derecho.
13. Fotografías del parque Raimondi y del área de terreno materia de contrato N° 120-2012.
14. Acta de Conciliación N° 398-2013-CCR de fecha 05 de diciembre de 2013 y de la Solicitud de Conciliación Extrajudicial de fecha 21 de noviembre de 2013.
15. Planos Topográficos LT01 y LT02 que delimitan el área del terreno de la obra.
16. Impresión del Portal web de la Autoridad del Proyecto Costa Verde.
17. Impresión de portal web de EMAPE donde aparece información sobre protección de acantilados de la Costa Verde con Mallas y Geomallas.
18. Impresión de publicación digital de La República de fecha 30 Noviembre 2013 que informa que EMAPE dispuso la aplicación de

estabilizador ecológico en acantilados de la Costa Verde para evitar erosión y deslizamiento de piedras.

19. Impresión del portal web de EMAPE donde se informe sobre trabajos actuales en los acantilados de la Costa Verde.
20. Oficio N° 094-2011-ALC/MM de fecha 12 de diciembre de 2011
21. Oficio N° 032-2012-ALC/MM del 06 de marzo del año 2012
22. Oficio N° 001-2012-GM/MM del 07 de marzo de 2012
23. Oficio N° 06-2012-GM/MM de fecha 08 de mayo de 2012
24. Comunicación de fecha 25 de junio de 2013 dirigida a la alcaldesa de la Municipalidad de Lima Metropolitana por los Alcaldes de las Municipalidades de Miraflores, San Isidro, Barranco y San Miguel.
25. Revista MIRAFLORES en tú Corazón correspondiente al año 2012 No.5/Junio.
26. Acta de Acuerdo de fecha 11 de Agosto del año 2011.
27. Carta No. 0136-2013-MML/GDU-SAU-DORP de fecha 08 de Febrero 2013, contenida en el Exp. N° 22539-20134 de la Municipalidad Metropolitana de Lima.
28. Comunicación de fecha 4 de febrero de 2013 dirigido por el Consorcio Miraflores, ante la Gerencia de la Secretaria Técnica Permanente de la Autoridad del Proyecto Costa Verde.
29. Oficio N° 024-2013-MML-APCV-GG del 26 de febrero de 2013, dirigido a Consorcio Miraflores por la Autoridad del Proyecto Costa Verde.
30. Informe Técnico N° 006-2013-MML/APCV/GT de la Gerencia Técnica de la APCV.
31. Carta N° 26-2013/CM dirigida por Consorcio Miraflores al Ministerio del Ambiente.
32. Carta N° 27-2013/CM del Consorcio Miraflores reiterando pronunciamiento al Ministerio del Ambiente.
33. Carta N° 037/Consorcio Miraflores del 29 de mayo de 2013, remitido a la Municipalidad de Miraflores solicitando interposición de buenos oficios.
34. Oficio N° 08-2013-SGLPAV/GOSP/MM remitido por la Subgerencia de Limpieza Pública y Áreas Verdes de la Municipalidad de Miraflores al Ministerio del Ambiente.

35. Oficio N° 412-2013-SGLPAV/GOPS/MM remitido por la Subgerencia de Limpieza Pública y Áreas Verdes de la Municipalidad de Miraflores ante la Autoridad del Proyecto Costa Verde.
36. Oficio N° 026-2013-MML-APCV-GT de la Autoridad del Proyecto Costa Verde dirigida a la Sub gerencia de Limpieza Pública y Áreas Verdes de la Municipalidad de Miraflores.
37. Oficio N° 027-2013-MML-APCV-GT remitido por la Gerente Técnico de la Autoridad del Proyecto Costa Verde ante el Ministerio del Ambiente.
38. Oficio N° 269-2013-MINAM-VMGA-DGPNIGA dirigido por el Ministerio del Ambiente a la Sub Gerencia de Limpieza Pública y Áreas Verdes de la Municipalidad de Miraflores e Informe Técnico No. 00020-2013-MINAN-VMGA-DGPNIGA.
39. Oficio N° 14-2013-SGLPAV/GOSP/MM dirigido a la Gerencia de Desarrollo Urbano de la Municipalidad Metropolitana de Lima.
40. Oficio N° 18-2013-SGLPAV/GOSP/MM, de fecha 23 de octubre de 2013.
41. Oficio No. 008-2014-MML/GDU-SAU de fecha 27 de enero 2014.
42. Oficio No. 06-2014-SGLPAV/GOSP/MM de la Municipalidad de Miraflores.
43. Oficio N° 002-2014/ALC.MM del 20 de enero de 2014.
44. Informe Social N° 021-2014-RBC (Exp. N° 313-2014), del estado de salud del menor Tiago Alonso Orellana Huerta.
45. Oficio No. 08-2014-GM/MM de fecha 21 de Enero 2014.
46. Oficio No. 07-2014-GM/MM, de fecha 21 de Enero 2014 y Oficio No. 006-2014-GM/MM de fecha 21 de Enero 2014
47. Informe S/N-2014-OD-LIMA/BA de fecha 28 de febrero de 2014, emitido por la Defensoría del Pueblo, en la cual recomienda evaluar el inicio de una investigación respecto a la actuación del personal de las áreas de la Municipalidad de Miraflores que intervinieron en la ejecución del Contrato N° 120-2012.
48. Oficio N° 40-2014- 10° FPPL-MP-FN, de fecha 21 de febrero de 2014, de la 10° Fiscalía Provincial de Lima, por medio del cual se comunica la investigación por la presunta comisión del delito contra la vida, el cuerpo y la salud- Lesiones culposas graves- en agravio de Tiago

Alonso Orellana Huerta de tres (03) años de edad; así como por la presunta comisión del delito de omisión de actos funcionales y delito común- Estragos en la modalidad culposa- en agravio de El Estado y La Sociedad.

49. Citación N° 1209-14-DIREICAJ/DIRA/DIVPIDDMP-DECOOR (Denuncia N° 53-14/38° FPPL), dirigida al Alcalde de Miraflores Jorge Vicente Muñoz Wells.
50. Cédula de citación dirigida al Alcalde de Miraflores Jorge Vicente Muñoz Wells (Carta Externa N° 9256-2014), por la denuncia N° 142-2014, ante la 57° FPPL
51. Carta N° 716-2013-SGLPAV/GOSP/MM de fecha 25 de octubre de 2013, en el cual convoca a una reunión de carácter indispensable.
52. Carta N° 725-2013-SGLPAV/GOSP/MM de fecha 28 de octubre de 2013, solicitando al demandado remita los permisos y autorizaciones de ejecución de obra
53. Carta Fianza N° E109-00-2012 de fecha 27 de noviembre de 2013, el cual tuvo una vigencia hasta el 05 de marzo del 2014.

IV. CONTESTACION DE LA DEMANDA POR EL CONSORCIO

1. Con escrito de fecha 14 de mayo de 2014 y dentro del plazo otorgado mediante Resolución N° 02 de fecha 28 de abril de 2014, el Consorcio contestó la demanda arbitral formulada por la Entidad, en los siguientes términos:
 - a) Mediante Expediente N° 22839-13 de fecha 1 de febrero 2013 se solicitó a la Gerencia de Desarrollo Urbano, Sub Gerencia de Autorizaciones Urbanas, División de Obras y Redes Públicas; obteniendo como respuesta: la Carta N° 0136-2013-MML/GDU-SAU-DORP , de 8 de febrero 2013, notificada el 18 del mismo mes, donde se señala que *“conforme a lo señalado en el artículo 3 de la Ordenanza N° 203-MML, el cual se establece que corresponde a la Municipalidad Metropolitana de Lima autorizar la ejecución de obras en las áreas de Uso Público en el Cercado de Lima, y en áreas de*

jurisdicción metropolitana como la vía expresa, arteria y colectoras del Sistema Vial Metropolitano; y siendo que los acantilados no forman parte del derecho de vía del circuito de playa de la costa verde , se le comunica que no es factible otorgar la autorización solicitada por no constituir vía Metropolitana los espacios públicos a intervenir. “ Sin perjuicio de lo expuesto, se precisa que dichas intervenciones deberán ser coordinadas con la autoridad del Proyecto Costa Verde.

- b) Que, inicialmente la dilación en la ejecución de la obra se produjo porque el expediente técnico contenía errores en su formulación como se puede ver de la comunicación de la Autoridad Autónoma del Proyecto costa Verde, Oficio N° 024-2013-MML-APCV-GG de 28 de febrero, donde se señala que es necesario que el Proyecto (la obra) obtenga la compatibilidad con el Plan Maestro de Desarrollo de la Costa Verde, solicitando presentar una solicitud y anexar Planos perimétricos y de ubicación de la zona de intervención y en determinados parámetro cartográficos WGS, Zona 18 y UTM, ya que el expediente técnico utilizó coordenadas obsoletas, no vigentes para la fecha de su elaboración.
- c) Mediante Carta N° 403-2013-SGLPA/GOSP/MM, de fecha 4 de junio de 2013, la Municipalidad Distrital de Miraflores remite los planos topográficos completando el expediente técnico.
- d) Que, obtenida las autorizaciones del Proyecto Costa Verde y de la Municipalidad Metropolitana de Lima, lo que correspondía era iniciar la obra, constituyéndose a la parte inferior del Parque Raimondi a fin de tomar posesión de la obra y dar inicio a los trabajos que fuera presentado a la supervisión y contemplaba las labores a realizar en el mes de agosto a saber:

Partida	Descripción	Porcentaje
01.00.00	Obras Provisionales	
01.01.00	Caseta provisional para guardiana y almacén	100%

01.02.00	Cartel de obra	100%
01.03.00	Baños Químicos para el personal de la obra	14.17%
01.04.00	Cerco perimétrico	100%
01.05.00	Plan de desvío de tránsito y seguridad peatonal vial	100%
02.00.00	Obras Preliminares	
02.01.00	Movilización y desmovilización herramientas equipos y maquinaria	11.43%
02.02.00	Desquinche, instalación y señalización	21.31%
02.03.00	Trazo y replanteo	75%
03.00.00	Movimiento de Tierra	
03.01.00	Corte de Material Suelto	60%
03.02.00	Eliminación de material excedente	40%
04.00.00	Anclaje	
04.01.00	Concreto para anclaje y/o dado	2.63%
04.02.00	Perno helicoidal	2.63%
04.03.00	Perno autopercutor	0%

Que como se puede ver de la labores programadas y aprobadas por la supervisión, tenían que ver únicamente con obras provisionales, obras preliminares, Movimiento de Tierra y Anclajes, para lo cual era necesario contar con la libre disponibilidad del terreno, ya que se tenía las autorizaciones necesarias y no se iban a ejecutar aun la labores principales que requerían de trabajos de altura y condiciones riesgosas.

- e) Habiendo transcurrido 31 días desde la comunicación s/n de fecha 4 de setiembre 2013, y la entidad no dio respuesta alguna a dicha comunicación, demostrando una falta de interés de parte de la Entidad, se remitió la carta notarial S/N de fecha 10 de octubre de 2013, emplazándola para el cumplimiento de obligaciones contractuales.
- f) Mediante Carta Externa N° 26318-2013, de fecha 18 de agosto de 2013, se solicitó a la Entidad, el contenido y la ubicación del panel de obra, sin obtener respuesta alguna, como cuando observamos las

dificultades que tuvimos para ingresar al área de trabajo para iniciar la ejecución de la obra, al ser impedidos por los miembros del serenazgo y la Asociación de Parapentistas, quienes acreditaron tener concesionado todo en área del parque Raimondi, ello por disposición expresa de la Municipalidad de Miraflores, y con mucha razón Los parapentista reclamaban que por seguridad de sus operaciones aéreas de despegue y aterrizaje, requiere que toda el área concesionada del Parque Raimondi, por lo cual debe estar libre de obstáculos, ante ello es que se opusieron, nos impidió el ingreso a la parte inferior del parque, donde se tuvo proyectado un cerco perimétrico y la cimentación de los anclajes de las mallas metálicas. Y que la entidad no tuvo en cuenta que el contrato estaba suscrito y que la obra debería ejecutarse por el plazo de 120 días y para su ejecución por el alto riesgo y el equipamiento a utilizar requería de instalaciones seguras y aislada incompatibles con la actividad de parapente, por ello señalamos que la entidad, a sabiendas que existía una obra pública en trámite otorgo la licencia perjudicando la disponibilidad del terreno por parte del Consorcio Miraflores.

- g) Que toda esta argumentación carente de sustento se produce una vez ocurrido el accidente en el cual se lesionó gravemente el menor Tiago; evento que tuvo repercusión periodística e incluso se aperturò investigación en el Ministerio Publico; y que el argumento usado en la actualidad por la Municipalidad es con la finalidad de evadir su responsabilidad en la resolución de contrato.
- h) Al no haber ocurrido esta eventualidad no hubiese mostrado preocupación alguna en esta obra, tal y ahora pretenden sorprender al Tribunal señalando que el terreno donde se quiso instalar el almacén, se realizarían los trabajos preliminares y se colocarían los anclajes para la malla geo textil, no se encuentra dentro de los alcances del contrato y que se tenía el Consorcio Miraflores, libre disponibilidad del terreno, para ello únicamente se entiende el terreno donde se ejecuta la obra los acantilados, desconocen que los anclajes se colocan en la parte superior de los acantilados es decir sobre el Parque Raimondi,

lugar donde nos fue entregado el terreno y que hoy se pretende señalar que no es parte de terreno entregado.

- i) Que el contrato no se resolvió arbitrariamente, sino que fue por causas justificadas y que no fueron atendidas por la Municipalidad.

- j) Con relación al Oficio N° 008-2014-MML/GDU-SAU de fecha 27 de enero 2014, de parte de la Gerencia de Desarrollo Urbano de la Municipalidad Metropolitana de Lima, se desconoce el contenido y alcances, sin embargo debemos referir que esto ya era de nuestro conocimiento, y de que entidad era la competencia o facultad de autorizar la obra, ya que se nos señaló mediante comunicación Mediante Expediente N° 22839-13 de 1 de febrero 2013 donde se solicitó a la Gerencia de Desarrollo Urbano, Sub Gerencia de Autorizaciones Urbanas, División de Obras y Redes Públicas; y obteniendo como respuesta : la Carta N° 0136-2013-MML/GDU-SAU-DORP , de 8 de febrero 2013, notificada el 18 del mismo mes, donde se señala que *“ conforme a lo señalado en el artículo 3 de la Ordenanza N° 203-MML, el cual se establece que corresponde a la Municipalidad Metropolitana de Lima autorizar la ejecución de obras en las áreas de Uso Público en el Cercado de Lima, y en áreas de jurisdicción metropolitana como la vía expresa, arteria y colectoras del Sistema Vial Metropolitano; y siendo que los acantilados no forman parte del derecho de vía del circuito de playa de la costa verde , se le comunica que no es factible otorgar la autorización solicitada por no constituir vía Metropolitana los espacios públicos a intervenir. “*
Sin perjuicio de lo expuesto, se precisa que dichas intervenciones deberán ser coordinadas con la autoridad del Proyecto Costa Verde.

- k) Como se puede apreciar, la Municipalidad Metropolitana de Lima no tiene competencia para emitir autorizaciones de ejecución de obra en los acantilados del circuito de playa de la Costa Verde, la cual tenía conocimiento de la Municipalidad de Miraflores.

- l) Respecto al oficio N° 06-2014-SGLPAV/GOSP/MM de fecha 06 de febrero 2014 de la Sub Gerencia de Limpieza Pública y Áreas Verde de la Municipalidad de Miraflores, se desconoce los alcances y no se comunicó dicho trámite en la fecha señalada.

- m) Respecto a la indebida resolución de contrato, efectivamente el 15 de mayo 2013 se tenía libre disponibilidad del terreno, sin embargo al momento de iniciar el plazo de ejecución de la obra al haberse cumplido los requisitos contemplado en al artículo 184° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, no se pudo tener acceso al terreno en razón de que este había sido concesionado mediante Resolución de Gerencia de Desarrollo Humano N° 002-2013-GDHMM de fecha 2 de julio del 2013.

- n) La Entidad nunca absolvió el requerimiento de cumplimiento de obligaciones contractuales y dejó que se continuara con el proceso de resolución de contrato.

La OPINIÓN N° 122-2009/DTN de fecha 30 de octubre del 2009, respecto a la libre disponibilidad del terreno señala:

2.1 De acuerdo con el artículo 13° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto legislativo N° 1017, en adelante la Ley, el área usuaria, al plantear su requerimiento, debe describir el bien, servicio u obra a contratar, definiendo con precisión su cantidad y calidad, la que en el caso de la ejecución de obras se encuentra detallada en el expediente técnico. El mismo artículo señala que en estos casos es necesario, además, que la entidad cuente con la disponibilidad física del terreno.

2.2 En atención a lo anterior, (...) debiendo entenderse por disponer de un bien no solo a la capacidad de gravarlo o enajenarlo sino a la capacidad de determinar u ordenar lo que debe hacerse u omitirse con dicho bien.

2.3 En este punto, (...) debemos tener presente que, el artículo 923° del Código Civil, señala que el propietario de un bien cuenta con

poder jurídico suficiente para usarlo, disfrutarlo, reivindicarlo y disponer de él, mientras que el artículo 896° del mismo cuerpo normativo indica que el poseedor puede ejercer de hecho uno o más poderes inherentes a la propiedad.

2.4 De todo lo anterior, podemos concluir que aquello que resulta relevante para entender cumplida la obligación prevista en el artículo 13° de la Ley es que la entidad cuente con poder legal suficiente para determinar u ordenar lo que debe hacerse u omitirse con el terreno en el que se ejecutará una obra.

o) Respecto a la ubicación de la obra no es correcta; en los planos entregados se delimita la zona de trabajo y efectivamente son los Acantilados y también se señala en los planos que la delimitación de la propiedad donde se ejecuta la obra y se establece que esta es desde el muro bajo, borde de la pista y es justamente donde debían efectuarse las obras preliminares, el expediente manda efectuar muros y/o dados donde se sostendrían la malla geotextil y esto no se colocan en el acantilado sino sobre ellos, en terreno plano (parque Raimondi para la zona I) lo señalado por la demandante es absurdo ya que únicamente señalan que la zona de libre disponibilidad es la zona de intervención y supuestamente son los acantilados, pero deja de lado el lugar donde se colocarían los anclajes para la cobertura a colocar, deja de lado que el cerco perimétrico a colocarse se debe hacer en un espacio que permita manipular la maquinaria a utilizar, el almacén, colocación de baños químicos para el personal y eso es en parte del parque Raimondi, y que es justamente el lugar donde se nos impidió el acceso al terreno entregado y que fuera comunicado a la entidad sin que ella diera explicaciones y menos una solución al impedimento oportunamente comunicado.

p) Que no es cierto que se tenía libre disponibilidad del terreno, de ser así, no se nos comunicó de este hecho y no existe explicación del porque la entidad permitió que mi representada implementara el proceso de resolución de contrato, hubiese bastado que nos comunicue que estábamos incurrido en un error y nos dieran la

delimitación de terreno ante nuestro requerimiento, nunca lo hizo y teniendo la razón resulta inexplicable que permitieran que se curse la carta notarial, Resolviendo el contrato; pudiendo satisfacer nuestro requerimiento de cumplimiento de obligaciones contractuales, con lo cual definitivamente no existía libre disponibilidad de terreno, ello está demostrado por la conducta la entidad en aceptar el procedimiento de resolución de contrato y al no contradecirlo en absoluto, demuestra con ello que mi representada tenía la razón para resolver dicho contrato.

- q) Por lo antes señalado nos ratificamos en que es válida nuestra resolución de contrato y eficaz en todos sus extremos.
- r) Así mismo debemos manifestar que el consorcio Miraflores, obtuvo los permisos que eran necesarios para iniciar la ejecución de la obra y así lo reconoce la entidad cuando señala que debió pedirse la reconsideración de la Resolución que autoriza el plan de desvío, (existía la autorización) y la autorización era valedera. Ya que de texto del contrato, las bases No existía condiciones específicas o especiales respecto al horario es decir que No existía , cláusula en el contrato que impida los trabajos nocturnos y mucho menos se nos comunicó la existencia de la ordenanza que impida ejecutar trabajos nocturnos, al momento de suscribir el contrato, por lo que lo señalado no resulta aplicable al caso concreto, ya que la autorización la emite un ente diferente al de los actores contractuales de la obra (Consortio Miraflores y Municipalidad Distrital de Miraflores) y lo hace en función de criterios técnicos, considerados para la zona evaluada y toman en consideración el flujo vehicular, horas punta, trabajos a ejecutar etc. y que fuera sostenido ampliamente por mi representada y que a criterio de la MML, se otorgó permiso para ejecutar las labores principales en horario nocturno.
- s) Así mismo lo señalado en relación a que la entidad desconocía de las autorizaciones no es cierto ello ya que mi representada cursó las comunicaciones siguientes y donde se le hacía conocer aspectos

relacionados con el inicio del plazo contractual al haber obtenido las autorizaciones necesarias para ejecutar la obra y son:

- Carta Notarial N° 30158, de fecha 9 de agosto de 2013, donde se le pide a la Entidad la designación del Supervisor de Obra.
- Carta N° 541-2013-SGLPA/GOSP/MM, de fecha 12 de agosto de 2013, con la cual comunica la designación del supervisor de obra.
- Carta s/n de fecha 19 de agosto de 2013, haciendo entrega del Calendario de Avance de Obra.
- Resolución de Sub Gerencia N° 10367-2013-MML/GTU-SIT, en la que la Municipalidad de Lima Metropolitana a través de la Gerencia de Transporte Urbano Sub gerencia de Ingeniería del Tránsito, aprobando la interferencia de vías solicitada para la ejecución del proyecto.
- Carta N° 584-2013-SGLPA/GOSO/MM, de 23 de agosto del 2013, la Municipalidad Distrital de Miraflores, señala que es improcedente realizar trabajos nocturnos.

- t) En razón de lo expuesto resulta risible que la entidad teniendo pleno conocimiento de las autorizaciones para ejecutar la obra (opinión favorable del Proyecto Costa Verde, y autorización de Desvío de Tránsito como bien lo señalan en la Carta N° 584-2013-SGLPA/GOSO/MM, de 23 de agosto del 2013, pida nuevamente la entrega de los permisos para ejecutar la obra, a sabiendas que obran en su poder y eran de su pleno conocimiento.

Por estas consideraciones pedimos se sirva declarar infundada esta pretensión.

Respecto a la primera pretensión accesoria:

No corresponde la indemnización, porque el contrato fue resuelto válidamente por causas imputables a la Entidad quien no cumplió con levantar el requerimiento de incumplimiento de obligaciones contractuales, dejando transcurrir el plazo de 15 días de requerida y no se ha acreditado

la existencia del daño causado y menos lo ha demostrado documentalmente.

Respecto a la segunda pretensión accesoria:

Se reproduce los alcances de contestación a la primera pretensión principal de la demanda, la cual demuestra la validez de la comunicación; máxime si la Entidad no recurrió al arbitraje sino el 9 de diciembre 2013.

Respecto a la tercera pretensión accesoria:

El Consorcio ha mantenido y mantiene vigente la Garantía de fiel cumplimiento, ya que no existe liquidación de obra y al haberse iniciado el proceso de solución de controversia y como una obligación legal en tanto no quede firme dicha resolución de contrato.

Respecto a la cuarta pretensión:

No corresponde, porque la Entidad fue la causante de la resolución del contrato por causas imputables a ella.

Medios probatorios de la contestación de la demanda

1. Contrato de obra N° 120-2012.
2. Acta de Postergación de entrega de terreno de fecha 03 de diciembre del 2012.
3. Acta de Postergación de entrega de terreno de fecha 25 de Marzo de 2013.
4. Acta de entrega de terreno de fecha 15 de Mayo de 2013.
5. Carta s/n del consorcio Miraflores de 16 de Mayo 2013, señalando, que como consecuencia de la entrega de terreno, aún falta cumplir algunos requisitos que señala el artículo 184° del RLCE
6. Carta N° 403-2013-SGLPA/GOSP/MM, de 4 de junio del 2013, la Municipalidad Distrital de Miraflores remite los planos topográficos completando el expediente técnico.
7. Carta Notarial N° 30158, de fecha 9 de agosto del 2013, donde se le pide a la Entidad, comunique la designación del Supervisor de Obra.

8. Carta N° 541-2013-SGLPA/GOSP/MM, de 12 de agosto del 2013, comunicando la designación del supervisor de obra.
9. Carta S/N del consorcio Miraflores de 19 de agosto 2013, en la que hace entrega del Calendario de Avance de Obra.
10. Resolución de Sub Gerencia N° 10367-2013-MML/GTU-SIT, en la que la Municipalidad de Lima Metropolitana aprueba la interferencia de vías solicitada para la ejecución del proyecto.
11. Carta N° 584-2013-SGLPA/GOSO/MM, de 23 de agosto del 2013, la Municipalidad Distrital de Miraflores, comunica que es improcedente realizar trabajos nocturnos.
12. Carta S/N del consorcio Miraflores de fecha 4 de setiembre 2013, donde se hace conocer a la Municipalidad de Miraflores la falta de disponibilidad de terreno. Y vistas fotográficas
13. Carta Notarial S/N-2013-CM, de fecha 11 de octubre 2013, emplazando a la Municipalidad Distrital de Miraflores el cumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales otorgándole 15 días.
14. Carta Notarial S/N -2013-CM, de fecha 29 de octubre 2013, comunicando su decisión de Resolver el Contrato a la Municipalidad Distrital de Miraflores.
15. Carta Notarial S/N-2013-CM, de fecha 14 de noviembre 2013, recepcionada por la Municipalidad Distrital de Miraflores en la cual se hace conocer que ha quedado consentida la resolución de contrato.
16. Anexo 10 de las propuestas técnicas del personal propuesto donde se señala al residente de Obra Ing. Carlos Vidal Rivadeneyra.
17. Factura por el pago de las comisiones por renovación de Cartas fianzas.
18. Copia de Presupuesto de ejecución de obra.

V. RECONVENCION DE LA DEMANDA POR EL CONTRATISTA

En el escrito de demanda de fecha 14 de mayo de 2014, el CONTRATISTA promueve reconvención a la demanda arbitral, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

1. Primera pretensión principal:

Que la Municipalidad indemnice por daños y perjuicios por la suma de S/. 166,000.00, por no otorgar la libre disponibilidad del terreno e incurrir en causal de resolución de contrato que ha llevado a que el Consorcio Miraflores incurra en gastos que no se pudieron recuperar en la ejecución de la obra por causas imputables a la Entidad.

Fundamentos:

- a. El gasto incurrido desde la suscripción del contrato, como es la permanencia del Residente de Obra desde el mes de diciembre del 2012 y hasta la resolución de contrato octubre de 2013 del orden de 8,000.00 mensuales, lo que asciende a la fecha a S/. 80,000.00.
- b. El gasto de confección de equipamiento para ejecutar la obra por el importe de Veinte mil dólares a cambio del día (2.80 soles por dólar) asciende a S/. 56,000.00; suscrito para la elaboración de equipos metal mecánico como son máquina perforadora hidráulica, Winche Neumático y jaula de acondicionamiento donde se suscribió contrato con el señor Santos José de Cruz Garay y GEXA operador Tributario del Consorcio Miraflores.
- c. El contrato suscrito para la asistencia técnica legal para la obtención de los permisos y licencias, así como el proceso de Resolución de Contrato por el importe de S/. 30,000 con el Abogado Jorge Luis Cubas Mendivez.

2. Segunda pretensión principal

Que la Entidad reembolse los gastos financieros que ha generado renovar la carta fianza de fiel cumplimiento de contrato, hasta la fecha en que ésta sea liberadas por la Entidad, en el orden de S/. 1,764.75 trimestral.

Fundamentos

Los gastos que a la fecha venimos asumiendo como gastos por mayor periodo de cobertura de fianza lo señalamos textualmente:

FECHA	EMPRESA	MONTO S/.
15-11-2012	SECREX	4,034.14
30-05-2013	SECREX	3,494.09
28-11-2013	SECREX	1,764.75
25-02-2014	SECREX	1,764.75
TOTAL		11,057.73

3. Primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal

Que de considerar el Arbitro único que nos corresponde otorgarnos la indemnización solicitada en la pretensión principal, se otorgue el 50 % de las utilidades por resolución de contrato por causas atribuibles a la entidad, importe de S/. 40,000.06.

Fundamentos

En caso que la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, actualizado mediante las fórmulas de reajustes hasta la fecha en que se efectuó la resolución del contrato; que constituye el importe de S/. 40,000.06, más el IGV, adicionando su actualización e intereses acorde a la normativa legal vigente, hasta la fecha que se haga efectivo el pago.

El proceso de resolución de contrato se llevó adelante por causas imputables a la Entidad; no habiendo sido cuestionada, por la cual ha quedado consentida, ante ello la entidad demandada deberá pagar el 50 % de la utilidad del saldo de la obra, de conformidad al siguiente detalle:

Ítem	Descripción	Und	Metrado	Precio S/.	Parcial S/.
01	OBRAS PROVISIONALES				40,241.83
01.01	CASETA PROVISIONAL PARA GUARDIANA Y ALMACEN	glb	1.00	7,525.05	7,525.05
01.02	CARTEL DE OBRA 7.20 X 3.60 M	u	2.00	3,413.62	6,827.24
01.03	BAÑO QUIMICO PARA PERSONAL DE OBRA	mes	4.00	1,000.00	4,000.00
01.04	CERCO PERIMÉTRICO	m	360.00	43.12	15,523.20

01.05	PLAN DE DESVIO DE TRANSITO Y SEGURIDAD PEATONAL VIAL	glb	1.00	6,366.34	6,366.34
02	OBRAS PRELIMINARES				16,253.60
02.01	MOVILIZACION Y DESMOVILIZACION DE HERRAMIENTAS, EQUIPOS Y MAQUINARIAS	esl	1.00	7,000.00	7,000.00
02.02	DESQUICHE, INSTALACIÓN, SEÑALIZACION	glb	1.00	5,586.83	5,586.83
02.03	TRAZO Y REPLANTEO	m2	8,730.40	0.42	3,666.77
03	MOVIMIENTO DE TIERRAS				2,536.94
03.01	CORTE DE MATERIAL SUELTO	m3	43.76	30.11	1,317.61
03.02	ELIMINACIÓN DE MATERIAL EXCEDENTE V=10M3 D=15KM	m3	36.76	33.17	1,219.33
04	ANCLAJES				32,698.15
04.01	CONCRETO fc=210 kg/cm2 PARA ANCLAJES Y/O DADOS	m3	38.50	271.67	10,459.30
04.02	PERNO HELICOIDAL MG 500 DE 22MM DE DIAMETRO X 7 PIES DE LONGITUD, INCLUYE TUERCA Y PLANCHUELA	pza	58.00	31.05	1,800.90
04.03	PERNO AUTOPERFORANTE R 32N DE 32MM DE DIAMETRO X 3M, INCLUYE COPLA, TUERCA, PUNTA BROCA Y PLANCHUELA	pza	195.00	104.81104.81	20,437.95
05	ESTABILIZACION DE TALUDES DEL ANCATILADO				264,843.21
05.01	CABLE PERIMETRAL DE ANCLAJE – CABLE ESTURION AA 6X19 S 5/8"	m	974.69	10.80	10,526.65
05.02	MALLA DOBLE TORSIÓN 6X8 CM BZN 2.20MM+PVC ROLLOS DE 2X50 (100 M2)	m2	8,730.40	17.79	156,313.82
05.03	MANTO PERMANENTE TRM 5000	m2	8,730.40	11.34	99,002.74
06	INSTALACION DE MATERIALES				636,927.78
06.01	INSTALACION DE PERNO HELICOIDAL MG 500 DE 22MM DE DIAMETRO, INCLUYE TUERCA Y PLANCHUELA, ANCLAJE 7 PIES	pza	58.00	112.05	6,498.90
06.02	INSTALACION DE PERNO AUTOPERFORANTE INTERMEDIOS, INCLUYE INYECCION DE CEMENTO PARA FIJACION. INTERMEDIO DE 3M	pza	211.00	218.08	46,014.88
06.03	COLOCACION DE CABLE PERIMETRAL	m	974.69	10.66	10,390.20
06.04	INSTALACION DE MALLA TORSION 6X8 CM Y MANTO PERMANENTE TRM	m2	8,730.40	65.75	574,023.80
07	VARIOS				6,500.00
07.01	LIMPIEZA FINAL DE LA OBRA	glb	1.00	6,500.00	6,500.00
	COSTO DIRECTO				1,000,000.51
	GASTOS GENERALES 10%				100,000.15
	UTILIDAD 8%				80,000.12
	SUBTOTAL				1,150,001.78
	IGV				212,400.32
	TOTAL PRESUPUESTO				1,392,402.10

Saldo por valorizar:	S/. 1`392,402.10
Utilidad de la obra 8%	S/. 80,000.12
50 % por 50% de utilidad	S/. 40,000.06

Tercera pretensión principal

Que la demandada asuma el pago de las costas y costos del proceso.

Medios probatorios de la reconvención:

Los señalados para la contestación de la demanda

VI. ABSOLUCION DE LA RECONVENCION

1. Con escrito de fecha 13 de junio de 2014, la Entidad contestó la reconvención a la demanda arbitral, en los siguientes términos:

Respecto a la primera pretensión principal

- a. El Consorcio Miraflores pretende cobrar los gastos incurridos desde la suscripción del contrato por S/. 80,000.00 (Ochenta mil con 00/100 Nuevos Soles), cuando su pretensión no es por vicios contenidos en el Contrato N° 120-2012, sino por la supuesta afectación derivada de la ejecución del mismo, es decir, por la “falta de disponibilidad del terreno”. En ese entendido, no puede pretender establecer como un gasto propio de la ejecución, la contratación de personal antes del inicio de ejecución de obra, puesto que son hechos ajenos a la materia controvertida.
- b. En efecto, los trabajos que debe realizar el Residente de Obra no son de gabinete sino en obra, por lo que mal hace Consorcio Miraflores al solicitar el pago de gastos en la contratación de un personal que nunca trabajó y que por dicho efecto, no debe considerarse “gasto”.
- c. Asimismo, reclama los gastos incurridos en el contrato de fecha 06 de febrero de 2013, para la confección y equipamiento para ejecutar la obra, por el importe de \$ 20,000.00 (Veinte mil con 00/100 Dólares Americanos).

El punto 6.2 de los Términos de Referencia del Contrato establecen que los equipos mínimos para la ejecución de la obra son: (i) Camión Volquete, (ii) Minicargador, (iii) Mezcladora de Concreto Tambor, (iv) Grúa Brazo Hidráulico, (v) Teodolito, (vi) Estación total. Agrega que

estos equipos “deberán ser acreditados por los postores con una Declaración Jurada que garantice la disponibilidad de los equipos, en las que indiquen el modelo, marca año de fabricación ubicación y condición”; es decir, no contempla de manera obligatoria ninguna de las maquinarias contratadas antes del inicio la ejecución del contrato.

Por consiguiente, también debe ser desestimado la Orden de Compra N° 270, por cuanto contiene inconsistencias legales que desvirtúan su veracidad. Primera inconsistencia: Consorcio Miraflores señala este documento responde al gasto de material contratado con señor Santos José de Cruz Garay para la confección de las maquinarias para la ejecución de obra; sin embargo, la emite la empresa JAGUI S.A.C y no GEXA ingenieros S.A.C; es decir, la emite una empresa distinta a la contratante. Segunda Inconsistencia: Ninguna de las empresas conformantes de Consorcio Miraflores debía emitir una orden de compra, pues de acuerdo a lo señalado en la cláusula Sexta del Contrato de fecha 06 de febrero de 2013, el Fabricante se obliga a fabricar el equipo a todo costo. En ese sentido, se trata de una “prueba fabricada” por Consorcio Miraflores, que no prueba ni acredita su real y efectivo gasto y mucho menos la vinculación de estas herramientas o maquinarias con la ejecución del contrato N° 120-2012.

A mayor abundamiento, corresponde señalar que la Casación N° 2487-2003-Lima, estableció que *“el mero incumplimiento de una obligación por parte del demandado es insuficiente para dar por generados los daños colaterales que se reclaman, pues si la actora afirma que el retraso de la obra de ampliación de su planta, que además fue financiada por el Banco, es consecuencia directa de la inejecución de la obligación a cargo del Estado era necesario que demostrara que el dinero pagado tardíamente estaba destinado a la obra”*.

- d. Que, con respecto al contrato de trámite de Licencia y Permiso para la ejecución de obra suscrito con el abogado Jorge Luis Cubas Mendívez (Anexo 1-V de la reconvención), se advierte que era por la suma de S/.

3,000.00 (Tres mil con 00/100 Nuevos Soles) y no por S/.30,000.00 (Treinta mil con 00/100 Nuevos Soles). Si bien señala que su asistencia se prolongó hasta el 30 de octubre de 2013 (fecha en que se resolvió el contrato), no prueba documentariamente la renovación y/o ampliación de la vigencia de su contrato y los recibos pertinentes que lo sustenten.

Respecto a la segunda pretensión principal

La presentación y renovación de la Carta de Fiel Cumplimiento constituye una obligación legal del Contratista, la cual será liberada una vez culminado el contrato sin dar lugar al pago de intereses, en aplicación del artículo 164.1 de la norma antes descrita.

Respecto a la primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal

Esta pretensión no tiene asidero legal pues la resolución del contrato fue provocada de cargo y responsabilidad exclusiva del Contratista, por tanto, la Entidad se reserva el derecho de aplicar en la eventual liquidación, las penalidades que correspondan por la resolución atribuible al contratista, conforme a lo dispuesto en los artículos 164° y 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Medios probatorios de la contestación de la reconvenición:

1. Bases Integradas de Adjudicación Directa Pública N° 006-2012-CE-MM.
2. Expediente Técnico del año 2012
3. Resolución N° 002-2013-GDH/MM de fecha 02 de julio de 2013, por la cual se resuelve Renovar la Autorización a la Asociación Peruana de Instructores de Parapente.
4. Carta N° 725-2013-SGLPAV/GOSP/MM de fecha 28 de octubre de 2013, solicitando al Consorcio Miraflores remita los permisos y autorizaciones de ejecución de obra.

5. Resolución de Subgerencia N° 10367-2013-MML/GTU-SIT, que otorga la Autorización de Interferencia de Vías.
6. Fotografías del parque Raimondi y del área de terreno materia de contrato N° 120-2012.
7. Acta de Conciliación N° 398-2013-CCR de fecha 05 de diciembre de 2013 y de la Solicitud de Conciliación Extrajudicial de fecha 21 de noviembre de 2013.
8. Planos Topográficos LT01 y LT02 que delimitan el área del terreno de la obra, los cuales obran en el escrito de demanda.
9. Oficio N° 08-2013-SGLPAV/GOSP/MM remitido por la Subgerencia de Limpieza Pública y Áreas Verdes de la Municipalidad de Miraflores al Ministerio del Ambiente.
10. Oficio N° 412-2013-SGLPAV/GOPS/MM remitido por la Subgerencia de Limpieza Pública y Áreas Verdes de la Municipalidad de Miraflores ante la Autoridad del Proyecto Costa Verde.
11. Oficio N° 14-2013-SGLPAV/GOSP/MM dirigido a la Gerencia de Desarrollo Urbano de la Municipalidad Metropolitana de Lima
12. Oficio N° 18-2013-SGLPAV/GOSP/MM, de fecha 23 de octubre de 2013.
13. Oficio N° 008-2014-MML/GDU-SAU de fecha 27 de enero 2014.
14. Oficio N° 06-2014-SGLPAV/GOSP/MM de la Municipalidad de Miraflores.
15. Oficio N° 094-2011-ALC/MM de fecha 12 de diciembre de 2011
16. Oficio N° 032-2012-ALC/MM del 06 de marzo del año 2012
17. Oficio N° 001-2012-GM/MM del 07 de marzo de 2012
18. Oficio N° 06-2012-GM/MM de fecha 08 de mayo de 2012
19. Carta N° 0136-2013-MML/GDU-SAU-DORP de fecha 08 de febrero 2013, contenida en el Exp. N° 22539-20134 de la Municipalidad Metropolitana de Lima.
20. Comunicación de fecha 4 de febrero de 2013 dirigido por el Consorcio Miraflores, ante la Gerencia de la Secretaria Técnica Permanente de la Autoridad del Proyecto Costa Verde.
21. Oficio N° 024-2013-MML-APCV-GG del 26 de febrero de 2013, dirigido a Consorcio Miraflores por la Autoridad del Proyecto Costa Verde.

22. Informe Técnico N° 006-2013-MML/APCV/GT de la Gerencia Técnica de la APCV.
23. Carta N° 037/Consortio Miraflores del 29 de mayo de 2013, remitido a la Municipalidad de Miraflores solicitando interposición de buenos oficios.
24. Oficio N° 026-2013-MML-APCV-GT de la Autoridad del Proyecto Costa Verde dirigida a la Sub gerencia de Limpieza Pública y Áreas Verdes de la Municipalidad de Miraflores.
25. Oficio N° 027-2013-MML-APCV-GT remitido por la Gerente Técnico de la Autoridad del Proyecto Costa Verde ante el Ministerio del Ambiente.
26. Oficio N° 269-2013-MINAM-VMGA-DGPNIGA dirigido por el Ministerio del Ambiente a la Sub Gerencia de Limpieza Pública y Áreas Verdes de la Municipalidad de Miraflores e Informe Técnico N° 00020-2013-MINAN-VMGA-DGPNIGA.
27. El mérito de la Carta Externa N° 11978-2014 de fecha 08 de abril de 2014, en el cual Consortio Miraflores convoca a una reunión para buscar conciliación previa a arbitraje

VII. EXCEPCION DE CADUCIDAD DE LA ACCION ARBITRAL INTERPUESTA POR EL CONTRATISTA

1. Con escrito de fecha 14 de mayo de 2014, el CONTRATISTA deduce excepción de caducidad, en los siguientes términos:
 - a. El artículo 209° del Reglamento en el penúltimo párrafo establece “en caso que surgieran alguna controversia sobre la resolución de contrato cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la ley, el Reglamento o en el contrato”, como se puede apreciar de las cartas enunciadas precedentemente, la Resolución de Contrato se produjo el día 30 de Octubre del 2013; en consecuencia la Entidad tenía 15 días hábiles para recurrir a los mecanismos de solución de controversias, es decir que su plazo para recurrir se vencía el 21 de Noviembre del 2013, fecha en la cual se produce dos eventos jurídicos de relevancia en el proceso de Resolución de

Contrato: 1) Quedó consentido la resolución de contrato efectuada por el Consorcio Miraflores; y 2) Se vencía el plazo de la entidad para recurrir a arbitraje y era el día 21 de Noviembre del 2013.

- b. Que la Cláusula Décimo Octava de Solución de Controversias del contrato, señala como obligatoriedad el de recurrir a arbitraje y se establece que facultativamente cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la controversia sin perjuicio de recurrir a arbitraje.
- c. Que mediante escrito de 21 de Noviembre 2013, la Entidad recurre al centro de Conciliación Extrajudicial "República" y solicita conciliación extrajudicial; entiéndase que esta solicitud está calificada de facultativa para las partes; pero necesariamente debe recurrirse en arbitraje, es decir que debe usarse la conciliación simultáneamente dentro de los plazos de caducidad previsto específicamente en el artículo 209° del Reglamento de la ley.
- d. Mediante Carta N° 057-2013-PPM/MM, de fecha 9 de diciembre de 2013, la procuraduría Municipal hace la petición de arbitraje con fecha posterior a los 15 días hábiles que establece la norma, siendo que estos plazos son de caducidad se ha extinguido el derecho y la acción para recurrir en arbitraje por las controversias surgidas en la ejecución contractual de esta obra.
- e. El Órgano o Entidad competente para decidir respecto de si una solicitud de arbitraje es o no extemporánea, el artículo 139° de la Constitución considera que la vía arbitral de solución de controversias constituye una jurisdicción independiente a la judicial, por lo que los árbitros tienen en cada caso concreto competencia jurisdiccional para decidir sobre la controversia que se ha sometido a su conocimiento.

VIII. ABSOLUCION DE LA EXCEPCION DE CADUCIDAD

Con escrito de fecha 14 de mayo de 2014, la Entidad contesta la excepción de

caducidad, en los siguientes términos:

1. La Entidad no se encontraba obligada únicamente a solicitar el arbitraje dentro del plazo de caducidad, sino que con antelación podía someter a conciliación las controversias derivadas de la resolución contractual, únicamente hasta quince (15) días hábiles de surgidas.
2. La petición de Nulidad de la resolución del Contrato y otros, fue sometida a conciliación conforme se aprecia del Acta N° 398-2013-CCR de fecha 05 de diciembre de 2013, ante el Centro de Conciliación República. En dicha Acta se estableció expresamente que no se adoptó ningún acuerdo por la inasistencia del demandado, por lo que mi representada contaba con quince (15) días hábiles siguientes de emitida el Acta de Inasistencia de Una de las Partes para someter la pretensión a arbitraje.
3. La Entidad tenía el derecho de optar facultativamente primero por la conciliación como medio de solución pacífica antes de someter la pretensión a arbitraje, y estando que la solicitud de conciliación se presentó el 21 de noviembre de 2013 y posteriormente la petición de arbitraje el 09 de diciembre de 2013, dentro del plazo de quince días hábiles establecidos por ley en cada caso, no se configura la excepción de caducidad propuesta por el demandado.

IX. EXCEPCIÓN DE OSCURIDAD O AMBIGÜEDAD EN EL MODO DE PROPONER LA RECONVENCIÓN INTERPUESTA POR LA ENTIDAD

Esta excepción se propone cuando la demanda o reconvención plantea en forma oscura, confusa, imprecisa o contradictoria las pretensiones del actor, lo cual impide al demandado un efectivo ejercicio de su derecho de defensa, no se puede establecer con precisión que se demanda y para que se demanda, condiciones que se presentan en este caso:

- a. En la reconvención, se advierte que el CONTRATISTA no ha señalado cual es el tipo de daño patrimonial susceptible de pretensión indemnizatoria.

- b. Las pretensiones de la reconvención son el pago de gastos derivados de la resolución del contrato, pero su modalidad no puede inferirse o presumirse bajo sanción de nulidad, la cual debe ser expresamente establecida por el actor.
- c. Se plantean gastos de materiales, de equipamiento, maquinarias, entre otros, que pertenecen a la ejecución del contrato que nunca se autorizó.

Atendiendo que el lucro cesante hace referencia al dinero, a la ganancia, a la renta de una persona deja de percibir como consecuencia del perjuicio o daño que se le ha causado y el daño emergente hace referencia al valor o precio de un bien o cosa que ha sufrido daño o perjuicio; el Consorcio no ha determinado claramente el tipo de daño patrimonial que ha sufrido.

Al no haber satisfecho este requisito procesal, corresponde que se declare fundada la presente excepción y se suspenda la tramitación de la reconvención.

Medios probatorios de esta excepción:

La Entidad ofrece el propio escrito de reconvención y sus recaudos que obran en autos.

X. AUDIENCIA DE CONCILIACION Y PUNTOS CONTROVERTIDOS

- A. Con fecha 25 de agosto de 2014, se llevó a cabo la Audiencia de determinación de Puntos Controvertidos y admisión de medios probatorios. El Árbitro Único procedió a sugerir un acuerdo conciliatorio entre las partes a fin de que puedan resolver sus controversias; sin embargo, ambas partes manifestaron en ese momento, no resultaba posible arribar a una conciliación; no obstante dejaron a salvo la posibilidad de que ello pudiera darse en cualquier estado del proceso arbitral.
- B. El Árbitro Único procedió a declarar saneado el proceso y determinó como puntos controvertidos lo siguiente:

Primer punto controvertido.- Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la resolución del Contrato N° 120-2012, contenida en la Carta Externa N° 34681-2013 recepcionada el 30 de octubre de 2013.

Segundo punto controvertido.- Determinar, si corresponde o no indemnizar por daños y perjuicios a favor de la Entidad, por daño emergente, por el monto ascendente a S/. 150,000.00 (Ciento cincuenta mil con 00/100 Nuevos Soles), más intereses legales derivados hasta el cumplimiento total de dicho pago.

Tercer punto controvertido.- Determinar, si corresponde o no declarar inválida la Carta Externa N° 36411-2013, por medio de la cual el Contratista, considera que la resolución del contrato ha quedado consentida y de pleno derecho.

Cuarto punto controvertido.- Determinar, si corresponde o no la renovación de la Carta de Fiel Cumplimiento N° E1019-02-2012 de fecha 27 de noviembre de 2013.

Quinto punto controvertido.- Determinar, si corresponde o no indemnizar por daños y perjuicios a favor del Contratista, por el monto de S/. 166,000.00, por otorgar la libre disponibilidad del terreno e incurrir en causal de resolución de contrato que ha llevado a que el Consorcio Miraflores incurra en gastos que no se pudieron recuperar en la ejecución de la obra por causas imputable a la entidad se tuvo que resolver el contrato.

Sexto punto controvertido.- Determinar, si corresponde o no que la Entidad reembolse los gastos financieros que ha generado renovar la carta fianza de fiel cumplimiento de contrato, 15 de noviembre 2012 y hasta la fecha en que ésta sea liberada por la Entidad, en el orden de S/. 1,764.75. trimestral.

Sétimo punto controvertido.- Determinar, a quien corresponde asumir el pago de costas y costos del proceso arbitral.

XI. ALEGATOS

El 01 de setiembre de 2014, tanto la entidad contratante como el Contratista presentaron sus correspondientes escritos de alegatos.

XII. AUDIENCIA DE INFORME ORAL

Con fecha 25 de agosto de 2014, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, en donde las partes expusieron los hechos.

XIII. ANALISIS DE LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

Habiendo planteado el CONSORCIO, Excepción de Caducidad, corresponde que previamente a resolver los puntos controvertidos a que se refieren las pretensiones de las partes, el Árbitro Único proceda a pronunciarse respecto a dicha Excepción, como sigue a continuación:

Posición del CONTRATISTA:

Ha operado la caducidad debido a que solicitud arbitral ha sido formulada fuera de plazo de ley, debido a que fue interpuesta con fecha 09 de diciembre de 2013 cuando el plazo máximo para ello era el 21 de noviembre de 2013; siendo que el haber interpuesto conciliación en dicha fecha no suspende el plazo de caducidad en la medida que paralelamente debió interponerse la solicitud arbitral en esa misma fecha (21 de noviembre de 2013).

Posición de la ENTIDAD:

Dicha parte considera que no se encontraba obligada únicamente a solicitar el arbitraje dentro del plazo de caducidad, sino que tenía el derecho de optar facultativamente primero por la conciliación como medio de solución pacífica antes de someter la pretensión a arbitraje, como en efecto lo ha hecho ante el Centro de Conciliación República con fecha 21 de noviembre de 2013 y al no arribar a acuerdo alguno, posteriormente con fecha 09 de diciembre de 2013, dentro del

plazo de quince días hábiles, presentó solicitud arbitral, la misma que considera fue formulada dentro del plazo de ley.

Análisis del Árbitro Único:

La conciliación y el arbitraje como mecanismos de solución de controversias para los contratos del Estado, en el marco de las normas que rigen para el presente proceso, se encuentran regulados en el Artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado y Artículos 214°, 215° y 216° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Asimismo, en lo que concierne a esta materia, corresponde aplicar lo dispuesto por las partes en la Cláusula Décimo Octava del Contrato N° 120-2012-Adjudicación Directa Pública N° 006-2012-CE/MM de fecha 19 de noviembre de 2012.

En este orden de ideas, de acuerdo a las disposiciones contractuales antes citadas, se advierte que lo pactado por las partes en el contrato materia de autos textualmente dice lo siguiente:

“CLÁUSULA DÉCIMO OCTAVA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

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

Facultativamente cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas...”

Del texto antes citado, se colige con absoluta claridad que la intención de las partes fue el uso tanto del arbitraje como de la conciliación para la solución de sus controversias contractuales, siendo que en caso que la conciliación no prosperara satisfactoriamente, esto es, que las partes no arribaran a un acuerdo en esta etapa, quedaba habilitado como paso siguiente el arbitraje, al cual se daría inicio ante la falta de acuerdo entre ambas en la etapa conciliatoria. Por lo que del texto de la Cláusula Décimo Octava del Contrato N° 120-2012, queda

claro que las partes no pactaron el uso de ambas vías de manera paralela, sino una después de agotada la otra, por lo que en ese orden de ideas, sus plazos son independientes, no pudiendo computarse de manera paralela.

Bajo este contexto, queda claro que la regla pactada entre las partes y contenida en la Cláusula Décimo Octava del Contrato N° 120-2012, establecía que surgida una controversia, se podía facultativamente recurrir a la solución de aquella por conciliación o prescindir de ella y recurrir directamente al arbitraje. Siendo que en caso de optar por el empleo de la conciliación, ésta debía iniciarse dentro del plazo de caducidad a que se refiere el Artículo 209° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, esto es, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de surgida la controversia.

Así tenemos que la controversia está referida a resolución de contrato, la misma que se produjo cuando EL CONTRATISTA envió con fecha 30 de octubre de 2013 a LA ENTIDAD, la Carta Notarial S/N-2013-CM comunicándole su decisión de resolución de contrato por falta de disponibilidad física y legal del lugar para la ejecución de la obra, por tanto, a partir del día siguiente de dicha notificación empezaba a computarse el plazo de quince (15) días hábiles para someter la controversia a conciliación, lo cual vencía el día 21 de noviembre de 2013. De la revisión de actuados se puede apreciar que obra en Anexo 1-P de la demanda la solicitud de conciliación extrajudicial con sello de recepción de fecha 21 de noviembre de 2013 ante el Centro de Conciliación República, mediante cuyo documento LA ENTIDAD inició proceso de conciliación respecto a la controversia referida a la resolución del Contrato N° 120-2012; por lo que en este primer extremo queda acreditado que dicha solicitud de conciliación fue tramitada dentro del plazo de ley, por lo que no ha operado la caducidad invocada.

Ahora bien, corresponde verificar si agotada la vía de la conciliación sin acuerdo alguno, LA ENTIDAD inició el arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles de emitida el Acta de Conciliación. Al respecto se puede advertir de los actuados que la etapa conciliatoria concluyó sin acuerdo el día 05 de diciembre de 2013 conforme consta del Acta de Conciliación N° 398-2013-CCR – Exp. N° 410-2013-CCR que obra en el Anexo 1-P de la demanda, por lo que el cómputo del plazo de los quince (15) días hábiles se dio a partir del día siguiente, esto es

a partir del día 06 de diciembre de 2013, venciendo los quince días hábiles el 27 de diciembre de 2013. De los actuados se advierte que la Solicitud Arbitral fue presentada con fecha 09 de diciembre de 2013 por LA ENTIDAD mediante Carta N° 057-2013-PPM/MM; por lo que en este segundo extremo queda acreditado que dicha solicitud arbitral fue tramitada dentro del plazo de ley, por lo que no ha operado la caducidad invocada.

Por lo tanto, el Árbitro Único declara infundada la excepción de caducidad, correspondiendo por consiguiente pronunciarse respecto a cada una de las pretensiones de las partes contenidas en la demanda y reconvención.

XIV. ANÁLISIS DE LA EXCEPCION DE OSCURIDAD O AMBIGÜEDAD EN EL MODO DE PROPONER LA RECONVENCIÓN.

Las excepciones son medios formales de defensa a través de las cuales las partes denuncian la inexistencia o presencia defectuosa de un presupuesto procesal o de una condición de la acción que determinan una relación procesal inválida o la imposibilidad de pronunciamiento válido sobre el fondo¹.

En este caso la excepción planteada por LA ENTIDAD es la de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, la misma que procede frente a incumplimiento de las formas de la demanda/reconvención o su planteamiento confuso de manera tal, que impide el efectivo ejercicio del derecho de defensa al no poder el demandado negar o reconocer cada uno de los hechos expuestos en la demanda/reconvención.

De los fundamentos expuestos por LA ENTIDAD se advierte que aquella propone ésta excepción al considerar que EL CONTRATISTA al formular su reconvención, no ha señalado con claridad el tipo de daño patrimonial susceptible de su pretensión indemnizatoria, los mismos que considera no pueden deducirse porque no siempre corresponde otorgar indemnización por daño emergente y por lucro cesante, lo cual dependerá de cada situación, por lo que al ser las pretensiones del CONTRATISTA pago de gastos derivados de la resolución del contrato, su modalidad no puede inferirse o presumirse, por lo que

¹ Casación N° 795-98-Lima. El Peruano, 30-03-2001, p.7082.

considera que EL CONTRATISTA debió determinar claramente el tipo de daño patrimonial que alega haber sufrido, a efectos de no compeler su cabal derecho de defensa.

Del texto de la reconvención se advierte que el reclamo indemnizatorio formulado por EL CONTRATISTA tiene como causa motivadora la “falta de cumplimiento de la obligación esencial de LA ENTIDAD, referida a falta de disponibilidad de terreno para la ejecución de la obra, que motivó su resolución de contrato”, por consiguiente respecto a este extremo existe absoluta claridad respecto a cuál es la obligación pactada que no se cumplió y de la cual deriva el reclamo indemnizatorio objeto de reconvención, por lo que no existe obscuridad o ambigüedad de la causa de la cual deriva el reclamo indemnizatorio. Asimismo también se advierte del texto de la reconvención, que existe una clara estimación de los montos que se reclaman por daños y perjuicios, debiendo tener presente asimismo que conforme lo dispone el Artículo 1331° del Código Civil² y lo corrobora y precisa la Jurisprudencia³, es obligación procesal a cargo del que alega haber sido perjudicado, la prueba de los daños reclamados (determinación del tipo de daño, montos, sustento, etc) por tanto, en la medida que no los acredite o su acreditación sea ambigua o defectuosa, es de su entera responsabilidad, no correspondiendo que en caso de existir deficiencia probatoria, ésta sea corregida, ampliada o modificada a pedido del tribunal.

Por consiguiente, se declara **INFUNDADA** la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la reconvención, propuesta por LA ENTIDAD.

XV. ANALISIS DE LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES Y DE LA CUESTION CONTROVERTIDA

² **Código Civil:**
Artículo 1331°.- Prueba de daños y perjuicios.

³ **Casación N° 1108-97-Lima, El Peruano, página 1469 (18.07.1998)**
El Artículo 1331° del Código Civil al establecer que corresponde al perjudicado la prueba de los daños reclamados, claro está que nos encontramos frente a una disposición de carácter procesal, puesto que prevé a quien incumbe la carga de la prueba como obligación procesal desde que la naturaleza jurídica de la referida norma no se pierde aun cuando contra toda técnica aparezca inserta dentro de un cuerpo normativo distinto.

1. **RESPECTO AL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO, referido a nulidad de la resolución del contrato efectuada por EL CONTRATISTA.**

Materia controvertida:

“Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la resolución del Contrato N°120-2012, contenida en la Carta Externa N° 34681-2013 recepcionada el 30 de octubre de 2013”.

Análisis:

- a) La pretensión de LA ENTIDAD se encuentra dirigida a cuestionar la validez de la resolución contractual efectuada por EL CONTRATISTA mediante Carta Externa N° 34681-2013 de fecha 29 de octubre de 2013 y notificada a la ENTIDAD con fecha 30 de octubre de 2013, la misma que según lo expresado por el CONTRATISTA en el primer párrafo de su carta de resolución de contrato, se sustentó en la falta de disponibilidad física y legal del lugar para la ejecución de la obra “Mejoramiento de los acantilados de las zonas de los Delfines, Punta Roquitas, Waikiki y Bajada Balta, Distrito de Miraflores – Lima”, que según lo expresado por EL CONTRATISTA constituye incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de la ENTIDAD y que por ende es causal de resolución contractual establecida en el Artículo 168° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- b) El Contrato sub litis se encuentra dentro de los alcances de la normativa de contrataciones del Estado y que de conformidad con lo establecido en el Cláusula Décimo Quinta del Contrato N° 120-2012, su resolución se constituye a través de un procedimiento reglado, que se encuentra descrito en las disposiciones contenidas en LA LEY y EL REGLAMENTO; en este sentido, corresponde realizar el análisis de la actuación del CONTRATISTA y LA ENTIDAD a la luz de dicho procedimiento reglado, previsto en el Artículo 40° de LA LEY y los Artículos 167°, 168° y 169° de EL REGLAMENTO. Así tenemos que efectuando el análisis de legalidad del acto de resolución de contrato efectuado por EL CONSORCIO, teniendo como base la causal invocada por aquel (falta de disponibilidad física y legal del lugar para la ejecución de la obra) se debe **Determinar si hubo incumplimiento**

de LA ENTIDAD: Al respecto, el último párrafo del **Artículo 168° del REGLAMENTO** establece que el contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del Artículo 40° de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el Artículo 169° del REGLAMENTO.

Respecto a este punto, corresponde entonces determinar si existió o no incumplimiento de LA ENTIDAD y en caso de haberse producido éste, determinar si éste era injustificado o no, para lo cual es necesario analizar la causal motivadora del incumplimiento alegada por EL CONSORCIO, la misma que de los actuados se advierte está referida a la falta de disponibilidad física y legal del lugar para la ejecución de la obra, según lo expresa EL CONTRATISTA en su Carta S/N 2013-CM (Carta Externa N° 94681-2013) enviada a LA ENTIDAD por conducto notarial con fecha 30 de octubre 2013.

Posición del CONTRATISTA

Sobre este tema, de los argumentos expuestos por EL CONTRATISTA en su contestación de demanda así como en el curso del proceso arbitral, se advierte que sus alegaciones de falta de disponibilidad física y legal del lugar para la ejecución de la obra se basan en que tal situación se ha producido por lo siguiente:

- i) Por la ocupación que tiene a su favor la Asociación Peruana de Instructores de Parapente, respecto al área amurallada del Parque Raimondi, lo que se encuentra acreditado con la Resolución de Gerencia de Desarrollo Humano N° 002-2013-GDH/MM de fecha 02 de julio de 2013, mediante la cual la Municipalidad de Miraflores le renovó a la Asociación Peruana de Instructores de Parapente, la concesión temporal de uso de dicha Área Pública, que es el lugar donde se encuentra ubicada parte de la obra y las obras provisionales.
- ii) Por haber sido impedido de ejecutar las obras provisionales en el referido lugar, tanto por funcionarios de la propia municipalidad como

- por miembros de la citada Asociación Peruana de Instructores de Parapente.
- iii) Por haber hecho caso omiso LA ENTIDAD a sus continuos requerimientos de disponibilidad del terreno (Parque Raimondi) que formuló desde el 04 de setiembre de 2013 como acredita con su Carta Externa N° 28350-2013, sin haber obtenido respuesta alguna de LA ENTIDAD.
 - iv) Por haber estado proyectado realizar en dicha área un cerco perimétrico y la cimentación de los anclajes de las mallas metálicas y que para su ejecución por el alto riesgo y el equipamiento a utilizar requería de instalaciones seguras y aisladas que eran incompatibles con la actividad de parapente para la cual LA ENTIDAD había otorgado una concesión de dicha área, perjudicando así la disponibilidad del terreno.
 - v) Porque el terreno donde quiso instalar el almacén, baños químicos para el personal y donde se realizarían los trabajos preliminares y donde se colocarían los anclajes para la malla geo textil por disposición del expediente técnico, si se encuentra dentro de los alcances del contrato y que el terreno para ejecutar la obra no era sólo la zona de los acantilados sino también la parte superior de éstos, es decir el Parque Raimondi, que es donde se colocan los anclajes.
 - vi) Porque en los planos entregados se delimita la zona de trabajo y que ésta efectivamente son los acantilados y también se señala en los planos que la delimitación de la propiedad donde se ejecuta la obra es desde el Muro bajo, borde de la pista y es justamente donde debían efectuarse las obras preliminares, ya que el expediente manda a ejecutar muros y/o dados donde se sostendrían la malla geotextil y esto no se coloca en el acantilado sino sobre ellos, en terreno plazo (Parque Raimondi para la zona I).
 - vii) Porque resulta absurdo por la topografía de la obra y por los trabajos a ejecutar, pretender que EL CONTRATISTA se instale en los acantilados para ejecutar las partidas iniciales.

Asimismo alega que si bien habían autorizaciones, permisos, licencias,

servidumbres y similares que tramitarse para la ejecución de la obra, considera que no existía en el contrato ninguna mención y/o condición de horario (diurno o nocturno) respecto a aquellas, agrega también que la obtención de dichos documentos era responsabilidad de LA ENTIDAD en su condición de Titular de la obra conforme lo establece el Artículo 154º del REGLAMENTO y que sin embargo cumplió con tramitarlas habiendo cumplido así con dicha obligación contractual a pesar que ello colisiona con lo establecido en el Artículo 184º del REGLAMENTO al haber establecido LA ENTIDAD condiciones distintas a la previstas en la Ley para el inicio del cómputo del plazo de ejecución contractual.

Posición de LA ENTIDAD

Sobre este tema, de los argumentos expuestos por LA ENTIDAD en su demanda así como en el curso del proceso arbitral, se advierte que sus alegaciones respecto a que no hubo falta de disponibilidad física y legal del lugar para la ejecución de la obra se basan en lo siguiente:

- i) Que, el 15 de mayo de 2013 se firmó el Acta de Entrega de Terreno en la cual luego del recorrido y la inspección ocular del lugar, así como la determinación de hitos y los puntos geométricos necesarios para el trazo de la obra, se constató la libre disponibilidad del terreno para que la Municipalidad entregue al CONTRATISTA, sin observación alguna de éste, para el efecto de la ejecución de la obra. Es decir, EL CONTRATISTA verificó todo el territorio comprendido para la ejecución de la obra, desde el punto más bajo hasta el más alto de los acantilados, sin tener ninguna observación respecto a su libre disponibilidad.
- ii) Que, tres (03) meses después de la entrega del terreno, EL CONTRATISTA comunica a LA ENTIDAD, mediante Carta Externa N° 28350-2013 de fecha 04 de setiembre de 2013, la falta de disponibilidad de terreno bajo el argumento que la obra se encuentra ubicada en el área amurallada del Parque Raimondi, donde se desarrolla la actividad de parapente.
- iii) Que, la referencia de la ubicación de la obra no es correcta, en vista que el numeral 3, capítulo III – Requerimientos Técnicos Mínimos, de los Términos de Referencia de la obra, al cual se refiere el artículo

segundo del Contrato N° 120-2012 señala expresamente que el área de influencia de la obra se encuentra ubicada en los acantilados del distrito de Miraflores. Dicha área comprende desde el punto más bajo, a la vía metropolitana de la Costa Verde y en su punto más alto el pico de los acantilados, donde termina el Parque Raimondi, como se prueba en los Planos LT01 y LT02 actualizados remitidos mediante Carta N° 403-2013-SGLPAV/GOSP/MM del 04 de junio de 2013, los cuales delimitan el área de terreno.

- iv) Que, el área de acantilados se encuentra delimitada en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° del Reglamento de la Ley N° 26306, aprobado por Decreto Supremo N° 01-95-MTC.
- v) Que, el Parque Raimondi no formó parte del Acta de Entrega del Terreno suscrito el 15 de mayo de 2013, puesto que dicha área no es materia del Contrato N° 120-2012, por lo que la concesión de dicha área para actividades de parapente no impide la ejecución de la obra ni afecta la disponibilidad del terreno. Que en todo caso el terreno delimitado y entregado a mérito del Contrato N° 120-2012 corresponde a los acantilados de las playas Los Delfines, Punta Roquitas, Waikiki y Bajada Balta, donde ninguna persona natural o jurídica ejerce actividad.
- vi) Que, la obligación principal del CONTRATISTA referida a Tramitar los permisos de ejecución de obra e interferencia de vías (de acuerdo al punto 22 de las Bases del proceso de selección) que dio origen al contrato, por todo el plazo contractual de ejecución de obra, por ciento veinte (120) días calendario no fue cumplida por EL CONTRATISTA. No habiendo asimismo esperado la respuesta de la Municipalidad Metropolitana de Lima respecto a la reconsideración del horario ni la ampliación del plazo para interferencia de vías, incumpliendo así su obligación establecida en el numeral 3.3 de las Bases.
- vii) Que EL CONTRATISTA no cumplió con indicar fecha y hora para la constatación física e inventario, por lo que considera que la resolución del contrato carece de una formalidad para su eficacia.

Análisis del Árbitro Único:

De conformidad con lo establecido en el Artículo 142° del REGLAMENTO, el contrato está conformado por el documento que lo contiene, las bases integradas (incluye expediente técnico para el caso de obras) y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato. En este sentido, para determinar si hubo o no disponibilidad física y legal del terreno para la obra, resulta necesario conocer los alcances y área de influencia de la obra objeto del Contrato N° 120-2012, lo cual se debe determinar sobre la base del análisis de la información contenida en los antes citados documentos, de cuya lectura y análisis se puede verificar lo siguiente:

A.- Del Expediente Técnico:

- i) Que según lo establecido en su **página 48, el área de trabajo abarca** las siguientes progresivas: Progresiva 0+220 hasta 0+270 y Progresiva 0+482 hasta 0+575 que se visualizan en los planos transversales.
- ii) Que, asimismo según lo establecido en su **página 145, numeral 6.1, el Área de Influencia Directa e Indirecta del Proyecto el Plan de Desvíos abarca vías** cuya circulación vehicular se verán afectadas directamente por la ejecución de las obras.
- iii) Que según lo establecido en su **página 50, numeral 8.12, el plan de trabajo** propuesto **contempla** la ejecución de actividades a través de **dos frentes de trabajo**.
- iv) Que según lo establecido en su **página 51, numeral 8.13, los Trabajos Preliminares eran** los siguientes: a) Plan de desvío temporal de tránsito vehicular y peatonal, b) Instalación de cerco perimetral provisional en el área de trabajo (parte superior e inferior del talud), c) Instalación de malla de protección al pie de talud para contención de fragmentos que caerán durante el proceso constructivo, d) Instalación de 01 winche de 20 toneladas sobre durmientes, localizado en la cresta.
- v) Que según las **especificaciones técnicas** contenidas en el **expediente técnico, páginas 57 a 60, numeral 1, las Obras Provisionales** eran:

- 1.01 Caseta provisional para guardiana y almacén**, respecto a lo cual las especificaciones técnicas establecieron que el contratista podía construir módulos o podía alquilar locales u oficinas que se ubiquen adyacentes a la obra y que cumplan el mismo objetivo.
- 1.02 Cartel de obra**, respecto a lo cual las especificaciones técnicas establecieron que debían instalarse en el centro de actividad a criterio del Contratista y con aprobación de la Supervisión.
- 1.03 Baño químico para el personal de obra**, respecto a lo cual las especificaciones técnicas establecieron que la ubicación será establecida por el Supervisor.
- 1.04 Cerco Perimétrico**, respecto a lo cual las especificaciones técnicas establecieron que debe instalarse antes de cualquier obra a realizarse.
- vi) Que según las **especificaciones técnicas contenidas en el expediente técnico, página 61 y 65, numerales 1.05.1 y 2.02.2 - Método de Construcción, establecía** que previamente a la iniciación de los trabajos EL CONTRATISTA debía coordinar con el Supervisor las acciones y el programa previsto. Debiendo solicitar por escrito autorización al Supervisor. Asimismo que el plan de trabajo previsto podrá ser modificado por EL CONTRATISTA previa coordinación con el Supervisor de Obra.
- vii) Que según lo establecido en su, **página 63 numeral 2.01 – Movilización y Desmovilización de Herramientas, Equipos y Maquinarias**, la movilización y desmovilización involucra todo el trabajo requerido para suministrar y transportar el equipo mecánico de construcción al lugar de la obra, e **incluye la obtención y pago de permisos y seguros.**
- viii) Que según lo establecido en su **página 63 numeral 2.01.3 Transporte**, el Contratista **antes de iniciar el transporte de los equipos, deberá obtener las pólizas de seguro necesarias.** El sistema de movilización debe ser tal que no cause daño a los pavimentos ni a las propiedades de terceros.
- ix) Que según lo establecido en **su página 67, numeral 2.03 – Trazo y**

Replanteo, en base a los planos y levantamientos topográficos del Proyecto, sus referencias y Ms, **el Contratista procederá al replanteo general de la obra**, en el que de ser necesario se efectuarán los ajustes necesarios a las condiciones reales encontradas en el terreno.

- x) Que, según lo establecido en su **página 68, numeral 2.03.02 Consideraciones Generales**, los trabajos en cualquier etapa serán iniciados sólo cuando se cuente con participación escrita de la Supervisión.

B.- Documentos emitidos por las partes en el curso de la ejecución contractual:

- i) **Carta Externa N° 7592-2013** presentada por EL CONTRATISTA a LA ENTIDAD con fecha 04 de marzo de 2013, cuyo texto dice lo siguiente:

*“...Es el caso que esta entidad ha señalado la necesidad de contar con **algunos documentos que no se encuentran en el expediente técnico de obra alcanzado por ustedes, y que a continuación señalamos:***

- ***La definición exacta de las zonas de trabajo** (si son dos o tres contradicciones entre el plano y la memoria descriptiva.*
- *Plano Geo referenciado con la indicación de las coordenadas de cada una de las zonas de trabajo.*
- *Planos perimétricos y de ubicación de la zona de intervención en escala 1/100, 1/500...”*

- ii) **Acta de Entrega de Terreno de fecha 15 de mayo de 2013** emitida por LA ENTIDAD y EL CONTRATISTA, cuyo texto dice lo siguiente:

*“...En consecuencia, **se procede al recorrido y la inspección ocular del lugar, así como a la determinación de los hitos y los puntos geométricos del terreno** para que la Municipalidad lo entregue al Contratista, sin observación alguna de este, para el efecto de la ejecución de la obra.*

*Por tanto, **se concluyó el procedimiento con la decisión de dar por realizada la entrega del terreno y, en señal de conformidad firman** la correspondiente acta en tres (3) ejemplares.*

*Sub Gerente de Limpieza Pública y Áreas Verdes,
Representante del Consorcio*

Coordinador de Obra.”

- iii) **Carta S/N de fecha 16 de mayo de 2013** emitida por EL CONTRATISTA sobre cumplimiento del Artículo 184º del Reglamento la Ley de Contrataciones del Estado, cuyo texto dice lo siguiente:

“...solicitamos se cumpla con lo dispuesto en el artículo 184º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que a la fecha impiden el inicio del plazo de ejecución de obra a saber:

1.- A la fecha no se nos ha comunicado la designación del Supervisor de la Obra.

2. Expediente Técnico Incompleto

A la fecha el expediente técnico se encuentra incompleto ...Proyecto Costa Verde solicita Determinación de la Zona de Trabajo y Coordenadas e Hitos...

3. No están determinados los hitos en el terreno...”

- iv) **Carta N° 403-2013-SGLPAV/GOPS/MM** emitida por LA ENTIDAD y notificada al CONTRATISTA **con fecha 05 de junio de 2013**, cuyo texto dice lo siguiente:

“...Planos, como consta en la Carta Externa N° 7592-2013 presentada por el Consorcio Miraflores a la Municipalidad Distrital de Miraflores con fecha 04.03.13, mencionada en el segundo párrafo. Por lo que, en el plano de ubicación denominado LT-01 y LT-02 (Plano Topográfico) no presenta la delimitación del área a intervenir, correspondiendo a la Lámina LT-01 y las progresivas “o+360 -0+720km” pertenecientes a la lámina LT-02 y sus respectivas cotas de terreno y curvas de nivel, asimismo en la Memoria Descriptiva muestra los kilometrajes de inicio y fin de las áreas de intervención.

En tal sentido se remite los planos topográficos adjuntos (LT-01 y LT-02) actualizados siendo estas aprobados por el Consultor, en la cual se delimita el perímetro de trabajo de las Zonas N° 01 y 02 al mismo se adjunta las coordenadas Norte (y) y Este (x) para su posterior ejecución de acuerdo a escala del Expediente Técnico, está cumpliendo de acuerdo al Art. 184 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado “Que la Entidad haya hecho entrega del Expediente Técnico de obra completo.”

- v) **Carta N° 541-2013-SGLPAV/GOPS/MM** emitida por LA ENTIDAD y notificada al CONTRATISTA **con fecha 14 de agosto de 2013**, sobre designación de Supervisor de Obra, cuyo texto dice lo siguiente:

“...comunicarle que el Ing. Javier Antonio Ormeño Calderón con CIP 39554, ...se le designó mediante Contrato n° 100-2013 procedente de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 058-2013-CE/MM, como Supervisor de Obra, del Proyecto “Mejoramiento de los Acanilados de las Zonas de los Delfines, Punta Roquitas, Waikiki y Bajada Balta, Distrito de Miraflores, Lima-Lima.”

- vi) **Carta N° 584-2013-GSLPAV/GOSP/MM** emitida por LA ENTIDAD y notificada al CONTRATISTA **con fecha 28 de agosto de 2013**, cuyo texto dice lo siguiente:

*“...referente a la autorización para la Ejecución de la Obra en el HORARIO NOCTURNO, del proyecto “Mejoramiento de los Acanilados de las zonas de Los Delfines, Punta Roquitas, Waikiki y Bajada Balta, distrito de Miraflores”, por lo que la recomendación de los Estudios del Expediente Técnico (Estudio de Impacto Ambiental – Medidas de Mitigación Ambiental) Etapa de Pre Construcción, Etapa de Construcción y Etapa de Operación, y el Informe Técnico N° 020-2013/CO/SGLPAV-GOSP/MM, es **IMPROCEDENTE la ejecución de la obra en Horario Nocturno.***

*Además, cabe mencionar que se recomienda al Consorcio Miraflores ejecutor de la obra realizar el trámite de la reconsideración ante la Municipalidad Metropolitana de Lima siendo la postergación de Interferencia de Vías, considerando los Artículos Décimo, Primero y Décimo Quinto de la Resolución de Sub Gerencia N° 10367-2013-MML/GTU-SIT, además considerar que el plazo de ejecución de la obra es de **CIENTO VEINTE (120) DÍAS CALENDARIO CONSECUTIVOS** y no 28 días calendario como se muestra en los permisos, por lo que a recomendación de los actuados la ejecución del proyecto deberá de realizarse en el horario **DIURNO.***

Asimismo se procede a la devolución de la Carta Externa N° 26587-2013 de fecha 20/08/12 con (05) folios para su reprogramación de acuerdo a los permisos aprobados y/o Autorizados por las Entidades competentes para su ejecución del proyecto.”

En este orden de ideas se tiene que de la revisión del Expediente Técnico que dio lugar al Contrato N° 120-2012, así como de los documentos emitidos por las partes en el curso de la ejecución contractual y que han sido glosados líneas arriba, se puede colegir: i) Que el Expediente Técnico que dio lugar a la obra objeto del contrato sub Litis, no tenía total y claramente determinada y delimitada la zona de trabajo, intervención e influencia de la obra, ii) Que tanto LA ENTIDAD como EL CONTRATISTA fueron advertidos en el primer trimestre del año 2013, por la Autoridad a cargo del Plan Maestro de la Costa Verde (Municipalidad Metropolitana de Lima), de la deficiencia de delimitación del área de trabajo, zona de obra y área de influencia del Expediente Técnico, por lo que dicha situación era de pleno conocimiento tanto de LA ENTIDAD como del CONTRATISTA antes de la entrega del terreno; ii) Que no obstante que tanto la ENTIDAD como EL CONTRATISTA conocían de la deficiencia de delimitación de áreas y zona de trabajo en el Expediente Técnico, consintieron concretar la diligencia de Entrega de Terreno sin ninguna observación y/u objeción de las partes intervinientes; iii) Que la entrega de terreno fue además realizada sin participación del Supervisor de Obra (lo cual no fue objetado por EL CONTRATISTA), verificándose de los actuados que recién fue designado con fecha 14 de agosto de 2013, esto es, tres meses después de la entrega del terreno y nueve (09) meses después de firmado el Contrato N° 120-2012; iv) Que la zona de trabajo e influencia de la obra fue delimitada por LA ENTIDAD después de la entrega de terreno, no advirtiéndose de los actuados que obran como material probatorio en el presente proceso arbitral, ninguna atingencia, objeción u observación al respecto por EL CONTRATISTA; iv) Que tanto en el Expediente Técnico inicial como en el que fue completado posteriormente por LA ENTIDAD, la zona del Parque Raimondi no fue descrita ni referida como parte de la zona de trabajo e influencia de la obra, por lo que resulta irrelevante para estos efectos la existencia o no de parapentistas y autorizaciones para dicha actividad en la referida zona, que si bien podría o habría sido recomendable o adecuado que formara parte de la zona de obra, sin embargo los requerimientos con relevancia jurídica que se formulen las partes respecto de sus obligaciones contractuales no pueden estar basados en lo que hubiese sido recomendable o adecuado que hubiera en

el expediente técnico, sino únicamente respecto de lo que forma parte de dicho expediente; v) Que de acuerdo con el Cronograma de Obra y Calendario de Avance de Obra presentado por EL CONTRATISTA con fecha 20 de agosto de 2013, la ejecución de las obras preliminares empezaban el 15 de agosto de 2013, situación que resulta incongruente toda vez que dicho Calendario para poder ejecutarse debía contar previamente con la aprobación de la Supervisión la misma que recién fue designada el 19 de agosto de 2013, por lo que las fechas consignadas en el mismo no resultan válidas, como tampoco resultan válidos la ejecución de trabajos (cerco perimétrico, elección de lugar de ubicación de caseta de guardianía y almacén, baños químicos para el personal de la obra, ubicación de carteles de obra y plan de desvío de tránsito y seguridad peatonal - vial), la elección de zona para ubicar la caseta de guardianía, ni la colocación de los baños químicos, sin previa coordinación y autorización de la Supervisión, conforme así lo establece el expediente técnico glosado líneas arriba, por lo que si previamente EL CONTRATISTA no había coordinado y gestionado la autorización de la Supervisión para ello, no se encontraba facultado a exigir a autoridad o funcionario edil alguno la utilización de una determinada zona o área de terreno, máxime si dicha zona (Parque Raimondi) no se encontraba descrita como zona de obra en el Expediente Técnico, lo cual incluso es reconocido por EL CONTRATISTA cuando en su alegatos escritos, página 4, segundo párrafo, busca explicar vía interpretación del expediente técnico, que la zona de trabajo sí comprendía o debía comprender el Parque Raimondi. De este modo, queda acreditado una vez más que la zona de obra no se encontraba claramente delimitada en el expediente técnico.

Por consiguiente, existe responsabilidad compartida entre LA ENTIDAD y EL CONTRATISTA respecto a la falta de delimitación clara y precisa de la zona de trabajo e influencia de la obra, la misma que si bien nace como una responsabilidad primigenia de LA ENTIDAD como propietaria de la obra, sin embargo en el curso de la ejecución contractual se torna también en responsabilidad del CONTRATISTA quien tenía la obligación de formular las consultas y/u objeciones correspondientes al Expediente Técnico previo a la concreción de trabajo y/o actividad alguna, situación

que no se dio, encontrándonos por el contrario con una actitud permisiva y pasiva del CONTRATISTA que incluso consintió la entrega del terreno sin la participación del Supervisor de Obra, cuando de conformidad con lo establecido en el Artículo 194° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se establece que en la fecha de entrega del terreno, se abrirá el cuaderno de obra, el mismo cuya apertura requiere ser suscrita por el supervisor y por el residente en dicho acto. En este contexto definido por el contenido del Expediente Técnico y por las propias actuaciones realizadas por las partes en el curso de la ejecución contractual, queda acreditado de manera fehaciente que al no estar definida la zona del Parque Raimondi como zona de trabajo y/o influencia de la obra y no haber sido su utilización e inclusión como zona de trabajo, objeto de consulta previa a la Supervisión, no resulta válido que EL CONTRATISTA efectuara emplazamiento alguno a LA ENTIDAD requiriendo la disponibilidad de dicha área de terreno, ni mucho menos resulta válido que haya resuelto el contrato alegando que la falta de disponibilidad de dicha área de terreno implicaba falta de disponibilidad del terreno para la ejecución de la obra. Ello permite concluir al Árbitro Único que de acuerdo a los alcances del Expediente Técnico y las actuaciones realizadas por las partes contratantes en el curso de la ejecución contractual, no hubo falta de disponibilidad de terreno, sino deficiencia en la concepción del íntegro de la zona de trabajo, lo cual debió ser solucionado por ambas partes contratantes bajo las reglas de la buena fe contractual, *sin embargo ello no ocurrió así, perjudicándose la ejecución de la obra por culpa de ambas partes contratantes, quienes faltando a su deber de actuación de buena fe contractual (pilar en que se sustenta la contratación pública), abandonaron su deber de reciproca colaboración (previsto en el propio Expediente Técnico cuando éste hace referencia a la necesidad de coordinación permanente y previa entre Contratista y Supervisión, así como cuando el expediente técnico prevé la posibilidad de replanteo general de la obra por parte del CONTRATISTA en caso éste identifique la necesidad de llevar a cabo ajustes en función a las condiciones reales encontradas en el terreno), encaminada a cumplir de modo positivo la finalidad del contrato. De modo tal que al interpretar el Contrato y los documentos que lo integran, debían haberlo hecho como un compromiso*

de colaboración mutua dirigido a que ambas partes vean realizados los intereses por los cuales lo celebraron y la finalidad pública que se buscaba satisfacer mediante dicha obra, lo cual no ocurrió. Por ende, se concluye que resulta siendo inexistente la causal motivadora de la resolución del contrato invocada por EL CONTRATISTA, al no haberse previsto dentro de la zona de obra el área correspondiente al Parque Raimondi, por lo que no se ha producido incumplimiento de dicha obligación por LA ENTIDAD, lo cual no implica de modo alguno que el Expediente Técnico no adolezca de deficiencias, cuyo análisis no resulta relevante para la solución del presente caso arbitral, en la medida que las deficiencias del expediente técnico no fueron materia de invocación como causal resolutoria por EL CONTRATISTA.

POR LO TANTO, respecto a este primer punto controvertido y primera pretensión principal de la demanda arbitral de LA ENTIDAD, el Árbitro Único determina que al no ser válida la causa motivadora de la resolución del contrato (falta de disponibilidad de terreno para la obra) por ser contraria a la verdad material de los hechos producidos y documentación e información que se encuentra acreditada en el expediente técnico, por ende, no se ha configurado el incumplimiento de dicha obligación a cargo de LA ENTIDAD, consecuentemente no se configura el supuesto de hecho tipificado en el Artículo 40° de la Ley de Contrataciones del Estado y Artículo 168° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado para la resolución de contrato por culpa de LA ENTIDAD, por lo que resulta nula la resolución del Contrato N° 120-2012 contenida en la Carta Externa N° 34681-2013, correspondiendo declarar **FUNDADA** la primera pretensión principal de la demanda, lo que implica la restitución automática de la vigencia del contrato y los efectos que ello genera.

2. Respecto al segundo y quinto punto controvertido, referidos a indemnización por daños y perjuicios

Materia controvertida:

Segundo punto controvertido: *“Determinar, si corresponde o no indemnizar por daños y perjuicios a favor de la Entidad, por daño emergente, por el monto*

ascendente a S/.150,000.00 (Ciento cincuenta mil con 00/100 Nuevos Soles), más intereses legales derivados hasta el cumplimiento total de dicho pago”.

Quinto punto controvertido: *“Determinar, si corresponde o no indemnizar por daños y perjuicios a favor del Contratista, por el monto de S/. 166,000.00, por otorgar la libre disponibilidad del terreno e incurrir en causal de resolución de contrato que ha llevado a que el Consorcio Miraflores incurra en gastos que no se pudieron recuperar en la ejecución de la obra por causas imputable a la entidad se tuvo que resolver el contrato”.*

Posición de la Entidad:

Respecto al segundo punto controvertido, LA ENTIDAD considera que debe ser indemnizada por daño a la imagen institucional y por daño emergente por EL CONTRATISTA por la suma de S/. 150,000.00 (ciento cincuenta mil con 00/100 nuevos soles), porque éste se valió de un argumento ilegal y carente de razonabilidad para resolver el contrato, generándole perjuicio económico por la paralización abrupta de la obra y perjuicio social por el latente riesgo de caída de piedras del acantilado, como es el caso del accidente ocurrido el 20 de enero de 2014 al menor Tiago Alonso Orellana Huerta de tres (03) años de edad, cuyos costos de atenciones médicas viene asumiendo LA ENTIDAD y requiere dicha indemnización para cubrir eventuales reparaciones civiles a la familia de dicho menor y los que pudieran ocurrir de manera posterior, hasta la ejecución de la obra.

De otro lado, con relación al quinto punto controvertido, LA ENTIDAD alega que los gastos que pretende cobrar LA ENTIDAD vía indemnización, no se encuentran acreditados y son inconsistentes, así señala que los gastos por el pago a Residente de Obra no corresponde porque nunca trabajó, los gastos por confección de equipo no corresponden porque antes del inicio de obra no había obligación de tener ninguno de los equipos ofertados, los gastos por asesoría técnica y legal no corresponden porque son hasta octubre de 2013 y posteriormente no hay contrato y/o recibos que lo acrediten.

Posición del Contratista:

Con relación a la indemnización que reclama LA ENTIDAD, alega EL CONTRATISTA que no corresponde indemnización alguna a LA ENTIDAD,

porque el contrato fue resuelto válidamente por causas imputables a LA ENTIDAD, quien no cumplió con levantar el requerimiento de incumplimiento de obligaciones contractuales, dejando transcurrir el plazo de 15 días de requerida y porque no ha acreditado la existencia del daño causado y menos lo ha demostrado documentalmente.

De otro lado, con relación a la indemnización que reclama para sí, EL CONTRATISTA alega que LA ENTIDAD debe indemnizarlo por daños y perjuicios por la suma de S/. 166,000.00, por no otorgar la libre disponibilidad del terreno e incurrir en causal de resolución de contrato que ha llevado a que EL CONTRATISTA incurra en gastos que no se pudieron recuperar en la ejecución de la obra por causas imputables a la Entidad, como es el caso de gastos por residente de obra desde diciembre de 2012 hasta octubre 2013 por S/. 8,000.00 mensuales que hacen un total de S/. 80,000.00; gasto de confección de equipamiento para ejecutar la obra por S/. 56,000.00; gastos por asesoría técnica y legal por S/. 30,000.00 del abogado Jorge Luis Cubas Mendivez.

Análisis del Árbitro

La doctrina conceptúa la indemnización por daños y perjuicios como la acción que tiene el acreedor o el perjudicado para exigir del deudor o causante del daño una cantidad de dinero equivalente a la utilidad o beneficio que a aquél le hubiese reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación o a la reparación del mal causado. La indemnización tiene así una naturaleza resarcitoria y deber ser otorgada por los daños y perjuicios que hubiesen afectado al contratante, cuya probanza del hecho alegado corresponde a quien alega tal pretensión.

Asimismo, al hacer referencia a indemnización, se está aludiendo a la responsabilidad civil, que define cuándo y cómo se debe compensar un daño. En sentido estricto cuando alguien, por no haber cumplido un deber u obligación, debe pagar una indemnización por el daño causado.

La controversia se centra en determinar si LA ENTIDAD debe indemnizar AL CONTRATISTA o si éste último debe indemnizar al primero, en ambos casos por incumplimiento de obligaciones contractuales, para éstos efectos

se requiere que el daño sea imputable, es decir se requiere un nexo causal entre la acción o la omisión del deudor y la inejecución de la obligación, importando para los efectos indemnizatorios, únicamente aquel daño que constituye una consecuencia del hecho o de la omisión que obliga a reparar. En este orden de ideas, para que haya un daño contractual resarcible no basta que se incumpla la obligación y que el incumplimiento sea imputable al deudor. Es necesario, además, que el incumplimiento produzca un perjuicio.

En este sentido el Artículo 1321° del Código Civil establece:

“Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución...”

Bajo este contexto doctrinario y legal, se advierte que en el presente caso, el reclamo indemnizatorio formulado por LA ENTIDAD tiene como fundamento las consecuencias económicas, sociales y a la imagen institucional generadas por la acción resolutoria realizada por EL CONTRATISTA, la cual LA ENTIDAD considera que es ilegal e irrazonable. Por otro lado, el reclamo indemnizatorio formulado por EL CONTRATISTA tiene como fundamento la inactividad de LA ENTIDAD referida a la no solución de la situación de falta de disponibilidad del terreno para la ejecución de la obra, lo cual a entender del CONTRATISTA le ha ocasionado gastos diversos que considera deben ser asumidos por LA ENTIDAD.

Conforme se ha explicado en los fundamentos del primer punto controvertido, en lo que corresponde a la responsabilidad de LA ENTIDAD, se advierte que la causa motivadora de la resolución del contrato invocada por EL CONTRATISTA (falta de entrega de terreno para la ejecución de la obra) no es válida y por tanto nula la resolución del contrato, ello implica que no ha existido por parte de LA ENTIDAD inejecución de la obligación,

respecto a la cual EL CONTRATISTA invoca el supuesto daño sufrido, por consiguiente no se configura el primer elemento de imputabilidad de daños y perjuicios, cual es la inexecución de la obligación y por tanto al no existir inexecución por parte de LA ENTIDAD tampoco se configura el segundo elemento referido al nexos causal correspondiente a la materia indemnizatoria, ergo, la falta de concurrencia de los dos primeros elementos para la imputabilidad del daño, permiten colegir al Árbitro que no resulta factible disponer indemnización alguna de LA ENTIDAD a favor del CONTRATISTA.

En esta línea de análisis, corresponde determinar si EL CONTRATISTA es o no responsable por los supuestos daños y perjuicios que LA ENTIDAD alega haber sufrido. Así tenemos que la causa invocada por LA ENTIDAD como motivadora del daño que alega es la acción resolutoria realizada por EL CONTRATISTA, la misma que LA ENTIDAD considera ilegal e irrazonable. Al respecto en el análisis realizado con relación al primer punto controvertido, se determinó que la resolución del contrato efectuada por EL CONTRATISTA es nula al haberse fundado en causa no válida, sin embargo, ello no necesariamente implica que per sé genera un derecho indemnizatorio a favor de LA ENTIDAD, sino que resulta necesario verificar la concurrencia de los tres elementos para la imputabilidad de daños y perjuicios: Inexecución de la obligación, imputabilidad del deudor y el daño.

En este orden de ideas, tenemos que la acción resolutoria efectuada por EL CONTRATISTA al margen de su resultado, es el ejercicio legítimo de un derecho que le otorga el contrato y la ley, por lo que su accionar aun cuando la motivación que invocó no fuera la correcta, no constituye ejercicio ilegítimo alguno. Siendo esto así, no es válido el argumento alegado por LA ENTIDAD como causa generadora de resarcimiento por daños y perjuicios. A ello se añade el hecho que, se encuentra acreditado en autos que existieron diversas causas distintas a la resolución del contrato que afectaron y retrasaron la ejecución de la obra, las mismas que si bien su análisis no es objeto del presente laudo a razón de no haber sido invocadas por las partes como causal generadora de daño, no obstante lo cual, es importante tener presente que aquellas existieron (trámites

administrativos diversos, intervención de terceros en las aprobaciones y autorizaciones para la ejecución de la obra, entre otros) y tienen estrecha relación con la no ejecución de la obra en los plazos pactados, por lo que para los efectos del presente laudo, resulta inoficioso análisis alguno respecto a quién le es imputable o no dichas situaciones, por no ser parte de la materia invocada por LA ENTIDAD como nexo causal de daño, por lo que el Árbitro concluye sobre este extremo que no existe nexo de causalidad entre el daño alegado y la causa invocada por LA ENTIDAD.

Finalmente, cabe agregar que con relación a la acreditación del daño invocado por LA ENTIDAD, se advierte de los actuados, que LA ENTIDAD alega un daño valorizado en S/.150,000.00 (ciento cincuenta mil con 00/100 nuevos soles), cuya cuantificación no se encuentra acreditada objetivamente en autos, por lo que además de no concurrir los dos elementos de imputabilidad de daños y perjuicios antes mencionados, este último no cumple con acreditar la prueba de su existencia y cuantificación objetiva inobjetable.

Por tanto, el Árbitro Único declara **INFUNDADA la primera pretensión accesoria de la demanda arbitral** (correspondiente al segundo punto controvertido) e **INFUNDADA la primera pretensión de la reconvención** (correspondiente al quinto punto controvertido).

3. **Respecto al tercer punto controvertido, referido a invalidez de comunicación de ENTIDAD y consentimiento de resolución de contrato.**

Materia Controvertida:

“Determinar, si corresponde o no declarar inválida la Carta Externa N° 36411-2013, por medio de la cual el Contratista, considera que la resolución del contrato ha quedado consentida y de pleno derecho”.

Posición del Contratista:

El CONTRATISTA alega que con fecha 11 de octubre de 2013, emplazó a LA ENTIDAD mediante Carta Notarial S/N-2013-CM el cumplimiento de obligaciones contractuales esenciales.

Asimismo que con fecha 29 de octubre de 2013, mediante Carta Notarial S/N-2013-CM comunicó a LA ENTIDAD su decisión de resolver el contrato.

Finalmente alega que con fecha 14 de noviembre de 2013, mediante Carta Notarial S/N-2013-CM comunicó a LA ENTIDAD el consentimiento de la resolución del contrato, al no haber formulado LA ENTIDAD solicitud arbitral dentro del plazo de los quince (15) días hábiles de notificada de la resolución del contrato.

Posición de la Entidad:

LA ENTIDAD alega que no se encontraba obligada únicamente a solicitar el arbitraje dentro del plazo de caducidad, sino que con antelación podía someter a conciliación las controversias derivadas de la resolución contractual, únicamente hasta quince (15) días hábiles de surgido, lo cual resulta de la lectura de lo dispuesto en la Cláusula Décimo Octava del Contrato N° 120-2012:

“Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la ejecución contractual (...) facultativamente cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214º de la Ley de Contrataciones del Estado.”

Análisis del Árbitro Único:

El análisis de este punto controvertido tiene estricta relación con el primer punto controvertido (correspondiente a la primera pretensión principal de la demanda arbitral) resuelto líneas arriba y con lo resuelto respecto de la excepción de caducidad formulada por EL CONTRATISTA, asimismo constituye pretensión accesoria de la primera pretensión principal de la demanda arbitral, por consiguiente depende directamente de lo que el Árbitro Único resolvió respecto de aquella, todo esto en correlación con el

Principio de Derecho Accesorium non ducit sed sequitur suum principalem
"lo accesorio sigue la suerte de lo principal".

En tal sentido, al haber declarado fundada la primera pretensión principal se entenderá que su pretensión accesoria también corresponde ser declarada fundada.

Por tanto, el Árbitro Único concluye que carece de sentido entrar a analizar una prestación accesoria cuya prestación principal ha sido declarada fundada, sin perjuicio de lo cual se remite a todo su razonamiento que sirvió de base para su decisión respecto a la primera pretensión principal de la demanda arbitral y respecto de la excepción de caducidad. **Precisándose que habiendo sido declarado nula la resolución del contrato, deviene en inválida la comunicación posterior que declara consentida la resolución.**

Por ende, el Árbitro Único declara **FUNDADA** la segunda pretensión accesoria de la demanda arbitral y en consecuencia **inválida la Carta Externa N° 36411-2013 que declaraba consentida la resolución del contrato N° 120-2012.**

4. Respecto al cuarto punto controvertido, referido a renovación de carta fianza de fiel cumplimiento.

Materia Controvertida:

"Determinar, si corresponde o no la renovación de la Carta de Fiel Cumplimiento N° E1019-02-2012 de fecha 27 de noviembre de 2013".

Posición de la Entidad:

LA ENTIDAD alega que como consecuencia de su pretensión principal referida a que se declare la nulidad de la resolución del contrato N° 120-2012, EL CONSORCIO debe renovar la carta fianza de fiel cumplimiento N° E1019-02-2012 de fecha 27 de noviembre de 2013

Posición del Contratista:

EL CONSORCIO alega que ha mantenido y mantiene vigente la Garantía de fiel cumplimiento, ya que no existe liquidación de obra y al haberse iniciado el proceso de solución de controversia y como una obligación legal en tanto no quede firme dicha resolución de contrato.

Análisis del Árbitro Único:

El análisis de este punto controvertido tiene estricta relación con el primer punto controvertido (correspondiente a la primera pretensión principal de la demanda arbitral) resuelto líneas arriba, asimismo constituye pretensión accesoria de la primera pretensión principal de la demanda arbitral, por consiguiente depende directamente de lo que el Árbitro Único resolvió respecto de aquella, todo esto en correlación con el Principio de Derecho Accesorium non ducit sed sequitur suum principalei *"lo accesorio sigue la suerte de lo principal"*.

En tal sentido, al haber declarado fundada la primera pretensión principal se entenderá que su pretensión accesoria también corresponde ser declarada fundada. Sin perjuicio de lo cual es necesario tener presente que de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 158º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, EL CONTRATISTA está obligado a mantener vigente su carta fianza de fiel cumplimiento durante toda la vigencia del contrato hasta el consentimiento de la liquidación, no siendo por tanto el hecho del sometimiento de controversias contractuales a arbitraje causal de no renovación de la misma. **Por lo que estando vigente el contrato subsiste la obligación del CONTRATISTA de mantener vigente su carta fianza de fiel cumplimiento de contrato.**

Por lo tanto, el Árbitro Único declara **FUNDADA la tercera pretensión accesoria de la demanda arbitral** correspondiente al cuarto punto controvertido, por consiguiente corresponde que EL CONTRATISTA mantenga vigente la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento del Contrato N° 120-2012 y la renueve hasta que la liquidación del contrato haya quedado consentida conforme lo dispone el Artículo 158º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

5. Respecto al sexto punto controvertido, referido a reembolso de gastos financieros por renovación de cartas fianza.

Materia Controvertida:

“Determinar, si corresponde o no que la Entidad reembolse los gastos financieros que ha generado renovar la carta fianza de fiel cumplimiento de contrato, 15 de noviembre 2012 y hasta la fecha en que ésta sea liberadas por la Entidad, en el orden de S/. 1,764.75 trimestral”.

Posición del Contratista:

El CONTRATISTA alega que viene asumiendo gastos por mayor período de cobertura de fianzas cuyo monto trimestral asciende a S/. 1,764.75 y monto total reclamado por EL CONTRATISTA asciende a S/. 11,057.73.

Posición de LA ENTIDAD:

LA ENTIDAD alega que de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 158° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la presentación y renovación de la carta fianza de fiel cumplimiento constituye una obligación legal del CONTRATISTA, la cual será liberada una vez culminado el contrato sin dar lugar al pago de intereses, en aplicación de lo dispuesto en el Artículo 164.1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Asimismo alega que la resolución del contrato efectuada por EL CONSORCIO no tiene asidero legal por lo que no le corresponde asumir los gastos financieros generados por renovación de carta fianza de fiel cumplimiento.

Análisis del Árbitro Único:

La entrega de la carta fianza de fiel cumplimiento y la renovación de la misma durante la vigencia del contrato, es una obligación legal de todo contratista, cuyos montos se encuentran debidamente cubiertos e incorporados en el presupuesto de la obra, por lo que no corresponde efectuar ningún reconocimiento pecuniario adicional al ya presupuestado, a favor del CONTRATISTA.

Sin embargo, ante la extensión del plazo contractual originalmente pactado, los gastos financieros por mantenimiento y renovación de la carta fianza de fiel cumplimiento ya no tienen cobertura dentro del presupuesto original de la obra, por lo que su costo requiere ser cubierto con un nuevo presupuesto, para lo cual se deberá tener en consideración las situaciones fácticas y jurídicas que originaron la extensión del plazo contractual a fin de determinar si los mismos serán asumidos con nuevo presupuesto de LA ENTIDAD o si éstos deben ser asumidos con peculio del propio CONTRATISTA.

En este sentido, al emitir pronunciamiento respecto a la resolución del contrato, se determinó que éste es nulo conforme se explicó líneas arriba, en consecuencia la extensión de la vigencia del contrato hasta la actualidad tiene como una de las causales la errónea concepción del CONTRATISTA de la existencia de causal resolutoria, por ende, al ser agente generador de la extensión de la vigencia del contrato⁴, consecuentemente le corresponde asumir la carga de los costos de renovación y mantenimiento de la vigencia de su carta fianza de fiel cumplimiento, lo cual garantiza la correcta ejecución del contrato hasta su culminación (liquidación y pago), no siendo por ende factible que dichos gastos sean cargados al peculio de LA ENTIDAD.

Por lo expuesto, corresponde declarar **INFUNDADA la segunda pretensión principal de la reconvención**, correspondiente al sexto punto controvertido.

6. **Respecto a la primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la reconvención, referida a pago de 50% de utilidades por resolución de contrato por causas atribuibles a LA ENTIDAD, por la suma de S/. 40,000.00**

^{4 4} **Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado**

"Artículo 149º .- Vigencia del contrato: El contrato tiene vigencia desde el día siguiente de la suscripción del documento que lo contiene o en su caso, desde la recepción de la orden de compra o de servicio...

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

Materia Controvertida:

“Determinar, si corresponde o no que la Entidad pague a favor del CONSORCIO la suma de S/. 40,000.00 más IGV por concepto del 50% de utilidades por resolución de contrato por causas atribuibles a LA ENTIDAD”

Posición del Contratista:

EL CONTRATISTA alega que en caso que la resolución sea por causa atribuible a LA ENTIDAD, correspondería que ésta le pague el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se dejó de ejecutar, actualizado mediante las fórmulas de reajustes hasta la fecha en que se efectuó la resolución del contrato, que constituye el importe de S/. 40,000.06, más el IGV, adicionando su actualización e intereses acorde a la normativa legal vigente, hasta la fecha que se haga efectivo el pago.

Posición de LA ENTIDAD:

LA ENTIDAD alega que esta pretensión no tiene asidero legal porque la resolución del contrato fue provocada de cargo y responsabilidad exclusiva del Contratista, quien pretendió iniciar la ejecución de obra cuando no correspondía y sobre dicho sustento pretendió ilegalmente que se le otorgara un área de terreno ajena al área delimitada del contrato.

Análisis del Árbitro Único:

El análisis de esta pretensión tiene estricta relación con el quinto punto controvertido (correspondiente a la primera pretensión principal de la reconvencción) resuelto líneas arriba, asimismo constituye pretensión accesoria de la primera pretensión principal de la reconvencción, por consiguiente depende directamente de lo que el Árbitro Único resolvió respecto de aquella, todo esto en correlación con el Principio de Derecho *Accesorium non ducit sed sequitur suum principalei* “*lo accesorio sigue la suerte de lo principal*”.

En tal sentido, al haber declarado infundada la primera pretensión principal de la reconvencción, se entenderá que su pretensión accesoria también corresponde ser declarada infundada, careciendo de sentido entrar a

analizar una prestación accesoria cuya prestación principal ha sido declarada infundada.

Por lo tanto, el Árbitro Único declara **INFUNDADA la primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la reconvencción**, por consiguiente no corresponde imputar pago indemnizatorio alguno de LA ENTIDAD a favor del CONTRATISTA.

7. Respecto al séptimo punto controvertido, referido a determinación de costas y costos arbitrales:

Materia controvertida:

“Determinar, a quien corresponde asumir el pago de costas y costos del proceso arbitral”.

Posición del Contratista:

Considera que LA ENTIDAD es quien debe asumir el íntegro de las costas y costos arbitrales por haber dado lugar a la resolución del contrato.

Posición de LA ENTIDAD:

Considera que EL CONTRATISTA es quien debe asumir las costas y costos arbitrales por haber resuelto indebidamente el contrato.

Análisis del Árbitro Único:

Que, finalmente, en cumplimiento a lo establecido en el Artículo 70° de la Ley de Arbitraje aprobada por Decreto Legislativo N° 1071, que a la letra dice:

Artículo 70.- Costos

“El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del 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”.*

Que, asimismo de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 73° de la Ley de Arbitraje, cuyo texto se reproduce a continuación:

“Artículo 73.- Asunción o Distribución de Costos:

1. 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...”

Que, en mérito a los dispositivos legales antes citados, es obligación del Árbitro Único fijar en el laudo los costos del arbitraje y la forma de distribución de los mismos, atendiendo a los siguientes criterios: i) Acuerdo entre las partes, ii) A falta de acuerdo son de cargo de la parte vencida, iii) Distribución y prorrateo entre las partes, atendiendo a la razonabilidad del mismo y teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Que, en base a los criterios antes citados, el Árbitro Único manifiesta lo siguiente:

- i) Que de los actuados no se aprecia la existencia de documento alguno que acredite la existencia de acuerdo entre las partes respecto a la distribución o asunción de los gastos arbitrales, por lo que este elemento no puede tomarse en consideración para los efectos de distribución o no de gastos arbitrales.
- ii) Que, corresponde entonces analizar el extremo referido a quien es la parte vencida en el presente arbitraje, con relación a lo cual cabe precisar que en el presente laudo en puridad no existe una parte totalmente vencida ni una parte totalmente vencedora, por lo que este elemento de juicio se deberá considerar de manera conjunta con el que sigue a continuación.
- iii) Que, atendiendo a las circunstancias del caso y a la razonabilidad de las pretensiones analizadas a lo largo del proceso arbitral, el Árbitro Único advierte que ha existido tanto por parte de LA ENTIDAD como

por parte del CONTRATISTA situaciones que han conllevado a que ambas hayan tenido razones justificadas para litigar.

- iv) Por consiguiente, habiendo existido razones suficientes para que ambas partes (ENTIDAD y CONTRATISTA) diluciden sus diferencias recurriendo a proceso arbitral, el Árbitro Único considera que **es responsabilidad de ambas partes asumir en partes iguales los gastos arbitrales debidamente acreditados**, siendo estos los siguientes: i) Honorarios del Árbitro Único y ii) Honorarios de la Secretaría Arbitral; no existiendo otro concepto que tenga que prorratearse entre las partes, siendo que cada una de ellas deberá asumir por sí misma los gastos en que haya tenido que incurrir para su defensa en el presente proceso arbitral.

Por las razones expuestas de acuerdo a las Reglas del Acta de Instalación, Ley de Contrataciones del Estado, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y la Ley General de Arbitraje, el Árbitro Único RESUELVE, la controversia del modo siguiente:

LAUDA:

PRIMERO : Se declara INFUNDADA la excepción de caducidad deducida por EL CONTRATISTA, conforme a los fundamentos del presente laudo.

SEGUNDO : Se declara INFUNDADA la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la reconvención, deducida por LA ENTIDAD, conforme a los fundamentos del presente laudo.

TERCERO : Se declara FUNDADA la primera pretensión principal de la demanda arbitral, correspondiente al primer punto controvertido, en consecuencia nula la resolución del Contrato N° 120-2012 contenida en la Carta Externa N° 34681-2013, conforme a los fundamentos del presente laudo.

- CUARTO** : **Se declara INFUNDADA la primera pretensión accesoria de la demanda arbitral**, correspondiente al segundo punto controvertido e **INFUNDADA la primera pretensión principal de la reconvención**, correspondiente al quinto punto controvertido, conforme a los fundamentos del presente laudo.
- QUINTO** : **Se declara FUNDADA la segunda pretensión accesoria de la demanda arbitral**, correspondiente al tercer punto controvertido y en consecuencia inválida la Carta Externa N° 36411-2013, conforme a los fundamentos del presente laudo.
- SEXTO** : **Se declara FUNDADA la tercera pretensión accesoria de la demanda arbitral**, correspondiente al cuarto punto controvertido, por consiguiente corresponde que EL CONTRATISTA mantenga vigente la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento del Contrato N° 120-2012 y la renueve hasta que la liquidación del contrato haya quedado consentida conforme lo dispone el Artículo 158° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, conforme a los fundamentos del presente laudo.
- SETIMO** : **Se declara INFUNDADA la segunda pretensión principal de la reconvención**, correspondiente al sexto punto controvertido, por los fundamentos del presente laudo.
- OCTAVO** : **Se declara INFUNDADA la primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la reconvención**, por consiguiente no corresponde imputar pago indemnizatorio alguno de LA ENTIDAD a favor del CONTRATISTA, conforme a los fundamentos expuestos en el presente laudo.
- NOVENO** : **Se declara INFUNDADA la cuarta pretensión principal de la demanda arbitral e INFUNDADA la tercera pretensión principal de la reconvención**, correspondiente al séptimo punto controvertido, por consiguiente **se DISPONE que LA ENTIDAD y EL CONTRATISTA asuman en partes iguales los gastos arbitrales**, siendo estos: i)

Honorarios del Árbitro Único y ii) Honorarios de la Secretaría Arbitral y cada una deberá asumir por sí misma los gastos en que haya incurrido para su defensa en el presente proceso arbitral, conforme a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

DECIMO : **NOTIFÍQUESE** a las partes, remítase al Organismo Superior de Contrataciones del Estado copia del presente Laudo Arbitral y publíquese en el SEACE.



Gustavo Adolfo De Vinatea Bellatin
Árbitro Único